

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE I - SCIENCES SOCIALES



ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

CENTRE DU DROIT DES AFFAIRES

DOCTORAT

Sujet :

LA RÉGULATION DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES PAR LE CONTRAT

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé

Présentée par :

Héraclès Mayé ASSOKO

Le 29 novembre 2006

MEMBRES DU JURY :

Didier FERRIER, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Isabelle de LAMBERTERIE, Directeur de recherche au CNRS, Paris
Jacques LARRIEU, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse,
directeur de thèse
Philippe le TOURNEAU, professeur émérite de la Faculté de Droit
de Toulouse

« L'Université des sciences sociales de Toulouse n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

A ESTELLE-NAOMIE

A MA FAMILLE

REMERCIEMENTS

*Je rends grâce à **Dieu** pour la rédaction et la soutenance de cette thèse.*

Je remercie Monsieur le professeur Jacques LARRIEU, mon directeur de thèse, pour ses bons conseils, son encadrement avisé, la pertinence de ses analyses dans l'orientation de mes recherches et surtout pour son soutien moral et matériel.

Toute ma reconnaissance à Madame le professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Directrice du Centre de Droit des Affaires, ainsi qu'à toute l'équipe du Centre pour leur bon accueil et leurs encouragements.

Merci à Madame Marie-Thérèse Buso, pour sa grande disponibilité.

Je tiens à remercier particulièrement le Ministère de l'enseignement supérieur et le Service des Bourses de l'Etat de Côte d'Ivoire, ainsi que le Service Etudiants de l'Ambassade de Côte d'Ivoire en France pour leur assistance permanente.

J'exprime, pour finir, toute ma gratitude à toutes les personnes qui durant mon cursus scolaire et universitaire m'ont apporté leur soutien moral, matériel et spirituel, notamment, à la Famille KABY, à la famille ABLI, à Nicolas Djoman, Bernard Amien, Andresse Kangha, Emmanuel AKA Brou, Moussa Thioye, Yao Emilienne, Max et Michelle Krabé-Baraud, Marc et Yolande Tougouliga, Samuel et Nila Elogne, Serge et Myriam DIDI Kouko, Matthieu et Martine Akadjé, José et Sonia Ruiz, Laurent et Ingrid Defaye, Laurent et Hélène Kassi, Fred et Pélagie SEHO, Cédric et Flore Alexandron, Christian et Ghislaine Samba, Omer Kouakou, Philippe N'Guessan, Ballo Zié, Diakité Daouda, Ballo Yacouba, Thomas Gacha, Wognien Hyacinthe, Marcelle Kpan, Christie CHEN, Murielle Gauthier...

« *Le futur a déjà commencé* »

Francis LORENTZ,
Géopolitique, n°48, février
1998, p. 33

SOMMAIRE

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT AU COEUR DE LA REGULATION DES RESEAUX NUMERIQUES.....	34
TITRE I : LA FONCTION NORMATIVE DES CONTRATS SUR LES RESEAUX NUMERIQUES.....	36
CHAPITRE 1 : La régulation contractuelle de l'accès aux réseaux numériques.....	39
CHAPITRE 2 : La régulation contractuelle de l'utilisation des réseaux numériques.....	90
TITRE II : LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE AU SERVICE DE LA REGULATION DES RESEAUX NUMERIQUES.....	123
CHAPITRE 1 : Le contrôle contractuel des comportements sur les réseaux numériques.....	126
CHAPITRE 2 : La sanction du non-respect des obligations contractuelles sur les réseaux numériques.....	159
DEUXIEME PARTIE : LES REGLES DE LA REGULATION CONTRACTUELLE DES RESEAUX NUMERIQUES.....	180
TITRE I : LE RENVOI CONTRACTUEL AUX REGLES PRIVEES DES RESEAUX NUMERIQUES.....	181
CHAPITRE 1 : Les règles privées de la régulation contractuelle des réseaux numériques.....	183
CHAPITRE 2 : Les acteurs de la régulation privée des réseaux numériques.....	215
TITRE II : LA CONTRACTUALISATION DES REGLES LEGALES SUR LES RESEAUX NUMERISUES.....	245
CHAPITRE 1 : La volonté d'adapter les règles légales existantes : fondement de la contractualisation sur les réseaux numériques.....	247
CHAPITRE 2 : Les règles contractualisées mises en œuvre sur les réseaux numériques par les acteurs privés	261
CONCLUSION GENERALE.....	289

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A

AFA : Association des fournisseurs d'accès et de services Internet

AFP : Agence france-presse

Al. : alliés

Al. : Alinéa

Art. : Article

C

CA : Cour d'appel

Cah. : Cahier

Cass. Civ. : Cour de cassation, Chambre civile

Cf. : Conférer, consulter, se référer

CNIL : Commission nationale informatique et liberté

Com.-com. élec. : Communication-commerce électronique

Cons. Const. : Conseil constitutionnel

D

DP : Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941

E

Ed. : Edition

Et. : Etudes offertes à

Expertises : Expertises des systèmes d'information

F

FAI : Fournisseur d'accès et de services Internet

I

ICANN : Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

Infra : ci-après

J

JCP. G. : JurisClasseur Périodique, La semaine juridique, édition générale

JCP. E. : JurisClasseur Périodique, La semaine juridique, édition entreprise et affaires

JO : Journal officiel

J.O.C.E. : Journal officiel des communautés européennes

L

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

M

Mél. : Mélanges à l'honneur de ou en hommage à

O

Obs. : Observations

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Op. cit. : Opere citato (cité précédemment)

P

p. : Page

P. A. : Petites Affiches

Par ex. : Par exemple

P.U.F : Presses universitaires françaises

R

Réf. : Référé

RFAP : Revue française d'administration publique

S

Supra : ci-dessus

ss. dir. : Sous la direction

T

T. com : Tribunal de commerce

TGI : Tribunal de grande instance

TI : Tribunal d'instance

Th. : Thèse

V

V. : Voir

Vol. : Volume

INTRODUCTION

1. L'avènement de la société de l'information¹ a généré un bouleversement majeur² dans les sociétés modernes et a basculé le monde contemporain dans l'ère du numérique³. La Terre entière est, désormais, réduite en « un village planétaire » traversé de part et d'autre par « les autoroutes de l'information »⁴. La fin du vingtième siècle a inauguré un nouvel âge pour l'humanité tout entière, celui de l'Internet⁵. Il s'agit d'une véritable révolution⁶ technologique et sociale aux possibilités insoupçonnées. Les espoirs suscités sont immenses et dès lors « *la question n'est donc pas de savoir si la société de l'information constitue notre avenir, mais bien déjà quel avenir elle nous offre ?* »⁷. Le futur a déjà commencé⁸ et un nouveau monde s'ouvre aux humains : « le Cybermonde »⁹ ou « Cyberspace »¹⁰, un monde informatique en perpétuelle mutation. Les ordinateurs « s'achètent comme des petits pains », les foyers s'équipent en micro-ordinateurs, leurs prix baissent de façon continue.

1 M. Mathieu (ss la dir.), *La Société de l'information entre mythes et réalité*, Bruylant, 2005. Ce concept semble désigner les sociétés modernes caractérisées par le développement et l'usage accru des infrastructures de télécommunication et d'information.

2 M. Roulet, *Un bouleversement majeur dans nos sociétés*, Géopolitique, n°48, fév. 1998, p. 5.

3 Le numérique est le produit de la numérisation, qui, elle-même, est la technique à la base de la technologie informatique permettant de présenter des informations ou des signaux en une suite de nombre (0 et 1) afin de faciliter leur transmission, leur conservation, et leur modification.

4 « *Structure constituée par des moyens de télécommunication et d'informatique interconnectés, qui permet d'offrir à un très grand nombre d'utilisateurs de multiples services, en général à débit élevé, y compris des services audiovisuels* » : Commission générale de terminologie et de néologie, JO 16 mars 1999 in M. Vivant et al., *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, éd. Lamy S.A., 2006, p. 1888. V. aussi, C. Bernat, *Les autoroutes de l'information*, Université Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J., E.J.A., Paris, 1997.

5 Ce terme sera présenté d'une manière beaucoup plus détaillée mais pour l'heure il convient de retenir la définition que propose le *Dictionnaire Hachette encyclopédique* : « *réseau mondial créé par l'interconnexion de réseau ou d'ordinateur (publics ou privés), et fournissant de multiples services : courrier électronique, transfert de fichiers, serveurs d'informations multimédias, forums.* » (*Dictionnaire Hachette encyclopédique* éd. 2000, p. 973). Il est aussi intéressant de retenir la tentative de définition proposée par le Tribunal de commerce de Paris, 8^{ème} Chambre le 11 octobre 2000 dans l'affaire SA CEGEDEL c/ SA BEWEB : « *Attendu que l'Internet peut être défini...comme le réseau des réseaux (méta-réseau) ou bien comme un ensemble d'ordinateurs et de réseaux, reliés par des connexions de toutes sortes, dans des architectures variées* », note de J.-C. Gallaux, *Le fournisseur et l'hébergeur : deux professionnels de l'Internet face au droit commun des contrats*, *Com.-Com. élec.*, déc. 2000, p. 21.

6 J. Boyer, *La révolution d'Internet*, P. A., n°224, 10 nov. 1999, p. 11

7 L. Jospin (discours), in *La société de l'information : quel avenir ?* Actes de la journée d'étude du 9 octobre 1997, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

8 F. Lorentz, *Le futur a déjà commencé*, Géopolitique, n°48, fév. 1998, p. 33.

9 M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux*, JCP G. 1996, I, 3969

10 Le cyberspace est un mot de la littérature de Science fiction utilisé pour la première fois dans le roman de l'américain William Gibson intitulé : *Neuromancien* (Traduit de l'américain par Jean Bonnefoy et paru dans la collection *J'ai lu* en 1984). Par ce terme le romancier décrivait un monde virtuel dans lequel les ordinateurs interconnectés étaient directement reliés aux cerveaux des humains. Ce terme a été repris par le professeur Pierre Trudel pour désigner le réseau Internet. V., P. Trudel, *Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?*, *Sociologie et société*, vol. XXXII.2, p. 189

Désormais, il est tout à fait possible d'acheter un ordinateur portable à un euro par jour¹¹. La puissance des machines double tous les dix-huit mois à peu près. Monsieur Marcel Roulet, ancien président de France Telecom, reconnaît que : « *Peut-être pour la première fois dans l'histoire des télécommunications, et même dans l'histoire tout court, la technologie va beaucoup plus vite que notre capacité à l'utiliser* »¹². Cette mutation n'est pas seulement technologique, c'est toute la société qui s'est transformée en un temps record.

2. Mais, s'il est vrai qu' « *à la différence de celle de la plupart des pays occidentaux, la population de la France s'est amplement familiarisée avec la communication électronique au fil des vingt dernières années (l'aventure, largement commentée en son temps, de la télématique interactive et de son terminal spécialisé, le Minitel, en ont été l'instrument)* »¹³, cela n'a pu empêcher « la fracture numérique » observée dans la société¹⁴. Face à cette fracture numérique, de nombreux projets visant à permettre l'accès à Internet au plus grand nombre ont été mis en place tant au niveau mondial que national. Ainsi, au plan mondial, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) a financé des projets d'aide technique en vue de faciliter l'accès à Internet aux pays pauvres, notamment, grâce à l'ouverture de cybercafés¹⁵. En marge du dernier sommet mondial de la Société de l'information (S.M.S.I) tenu à Tunis les 16 et 18 novembre 2005, le Secrétaire général de l'ONU a dévoilé un programme à l'attention de ces pays pauvres, leur proposant l'achat de micro-ordinateurs portables à seulement 100 dollars U.S. l'unité. Au niveau national, la fracture numérique a été l'un des thèmes de la campagne présidentielle d'avril 2001. Des

11 Cette opération lancée par le ministère de l'éducation nationale français rassemble 95% des Universités et plus de 30 partenaires privés : Constructeurs, distributeurs, banques et éditeurs de logiciels. www.microportable.fr

12 M. Roulet, op. cit., p. 5

13 J.-P. Chamoux, *Internet : Vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et lex mercatoria* in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, année 2000 – volume 20, p.281

14 L'expression « Fracture numérique » traduit l'inégalité dans l'accès aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Cette fracture numérique peut s'observer à un double niveau. Au niveau mondial, elle caractérise les inégalités entre les pays du nord et les pays du sud créant ainsi un grand écart entre pays riches et pays pauvres. Au niveau national, des inégalités s'observent entre les hommes et les femmes, entre les jeunes et les vieux, entre gens de la ville et ruraux et, enfin, entre les différentes catégories socioprofessionnelles. V. O. Storch, *La fracture numérique. Coll. Note de la fondation Robert Schuman, Fondation Schuman, Paris, 2002.*

15 Lieu ouvert au public permettant l'accès à Internet moyennant le paiement d'un prix de connexion modéré. V. aussi la définition retenue par le *Dictionnaire Hachette encyclopédique* : « *Etablissement associant débit de boissons et un équipement en micro-ordinateurs connectés avec Internet (Dictionnaire Hachette encyclopédique, op. cit., p. 482).*

milliards d'euros avaient déjà été débloqués dans le cadre du programme d'action gouvernemental pour la Société de l'information (PAGSI) pour permettre l'équipement tant de l'administration publique que des citoyens et leur accès aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. C'est aussi dans ce sens que s'inscrit la campagne gouvernementale en faveur des étudiants : « un ordinateur portable à un euro par jour ». Ainsi, comme cela apparaît, loin d'être un simple phénomène de mode, l'accès à l'Internet a donc été et est toujours une véritable cause mondiale.

3. Une fois l'euphorie de la nouveauté passée, et les rêves d'un monde de partage des savoirs sans frontière et de liberté matérialisés, l'inventaire des implications de ce nouvel outil d'information et de communication dans la vie sociale des sociétés modernes a dépassé très largement les imaginations. L'Internet apparaît comme le point focal des principaux enjeux de développement du troisième millénaire : enjeux de liberté, enjeux économiques et juridiques¹⁶ mais aussi enjeux culturels¹⁷. Dès lors, s'observe une lutte engagée pour le contrôle et la maîtrise de ce formidable outil de pouvoir car celui qui gouvernera le réseau Internet gouvernera aussi le monde. La gouvernance d'Internet¹⁸ est donc un enjeu majeur pour les puissances mondiales avec à leur tête les Etats-Unis, « pays berceau de l'Internet ». Cependant, l'histoire récente du développement des réseaux d'information et de communication montre qu'aucun Etat n'est doté d'une légitimité suffisante pour gouverner seul le réseau mondial. Le second sommet mondial de la Société de l'information de Tunis, a clairement révélé la volonté des autres Etats, avec à leur tête l'Union européenne, de participer activement à la coordination au niveau mondial de la gestion d'Internet¹⁹.

4. Dans l'ordre interne, la mondialisation de l'économie et son corollaire qui est le libre-échange annulent les compétences étatiques sur l'encadrement juridique d'un phénomène mondial tel que le réseau Internet. La mondialisation du droit²⁰ démontre bien que l'Etat n'a plus le monopole normatif dans nos sociétés modernes, et donc n'a pas non plus de

16 I. Falque-Pierrotin, *Internet, Enjeux juridiques, Rapport officiel*, La Documentation française, Paris, 1997

17 A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, éd. Litec, Coll. [Droit@Litec](#), 1998, n°12 et s. Pour l'auteur : « *les supports et les réseaux numériques représentent un enjeu capital pour les industries culturelles qui « pèsent » déjà lourd et qui pèseront plus encore* ».

18 F. Massit-Folléa et R. Delmas (ss. dir.), *La gouvernance d'Internet*, Les Cahiers du numérique, volume 3-n°2-2002, Lavoisier, 2002

19 *L'Icann en fin de règne*, Expertises, n°297-nov. 2005, p. 1

20 E. Loquin, C. Kessedjian (ss dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), volume 19, Litec, 2000

légitimité à légiférer sur un réseau à caractère transnational. Cette érosion du monopole normatif de l'Etat dans l'encadrement des rapports juridiques entre les personnes privées, eu égard au réseau Internet et au développement du commerce électronique, est l'ultime conséquence de la globalisation des échanges internationaux²¹. Déjà des voix s'élèvent çà et là pour revendiquer l'indépendance du réseau mondial pour le protéger des velléités de colonisation de certains Etats²². L'arrivée des marchands sur le réseau Internet a exacerbé les phénomènes de décloisonnement et d'affranchissement des frontières étatiques dus au caractère massif et incontrôlable des échanges économiques y prenant place. Ces acteurs privés apparaissent comme mus par la volonté d'établir sur le réseau mondial leur propre encadrement normatif indépendamment des ordres juridiques étatiques. Dans cette optique le contrat semble jouer un rôle déterminant dans la mesure où il est la loi des parties²³. L'Internet pose donc un épineux problème d'encadrement juridique de son fonctionnement et des activités humaines s'y déroulant. Dès lors la question se pose de savoir quel encadrement normatif doit s'appliquer au réseau Internet ? Car si l'Internet est une chance pour le droit français²⁴, pour sa diffusion mondiale, la question fondamentale est celle de savoir si ce droit a une chance de s'appliquer à ce réseau universel. Le droit étatique, rigide et élaboré dans une dynamique nationale est-il apte à régir les comportements sur des réseaux universels ? La recherche d'autres modes d'encadrement normatif, notamment, de type conventionnel, encore appelé la « soft law » ou droit mou, plus adapté à l'évolution des pratiques et des technologies n'est-elle pas la meilleure des solutions ?

Un bref rappel de l'histoire du « réseau des réseaux » (I) et de son fonctionnement actuel (II) permettra de mieux cerner les enjeux juridiques qu'il induit (III). Ce qui fera par la suite clairement apparaître l'intérêt du sujet entrepris (IV).

21 U. Draetta, *Internet et commerce électronique en Droit international des affaires*, Forum Européen de la Communication (F.E.C.), éd. Bruylant, 2003, p. 17

22 J. Perry Barlow, « A declaration of the independence of Cyberspace », www.eff.org/publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration

23 L. Aynès, *Le contrat, loi des parties*, Cah. du Cons. Const., n°17, 2004, p. 77

24 I. de Lamberterie, *Internet, une chance pour le droit français et le droit comparé*, Gaz. du Palais, n° spécial des 11 et 12 septembre 1996, p. 38

I/ : Bref historique de la création du réseau Internet

5. « Réseau mondial d'ordinateurs composé d'un grand nombre de réseaux internationaux, nationaux, régionaux et locaux utilisant les protocoles de transmission de la famille TCP/IP »²⁵, l'Internet ne serait, au départ, qu'un simple réseau informatique d'échange d'informations, appelé ARPANet (Advanced Research Projects Agency Network)²⁶, développé pour des programmes militaires par le Département de la Défense américain à la fin des années 60. L'architecture du réseau primitif était constituée d'un nombre restreint d'ordinateurs (quatre) interconnectés et permettant l'échange d'informations en toute sécurité. La diffusion de l'information induite par le protocole de communication permettait la diffusion d'informations stratégiques à l'abri des interceptions hostiles durant la guerre froide. Ce réseau expérimental militaire sera rejoint par un nombre croissant d'universités et d'instituts de recherches, provoquant sa scission en deux parties dans les années 80. Une partie militaire, appelée MilNet, sous la responsabilité du Pentagone et l'autre, l'ARPANet, réseau civil, dédié à la recherche scientifique, placé sous la responsabilité de la National Science Foundation (NSF). Cette branche civile du réseau, qui s'est développée grâce au protocole TCP/IP²⁷ introduit en 1983 et à l'interconnexion de réseaux analogues dans d'autres pays, notamment européens, utilisant ce protocole commun, est devenue un réseau mondial. L'Internet est donc un produit hérité de la guerre froide²⁸. L'ouverture du réseau Internet à un public plus varié autre que les seuls militaires et universitaires a été possible grâce à l'invention du World Wide Web²⁹ dans les années 90. Cette invention majeure va complètement changer la configuration et les usages du réseau Internet. Utilisé à l'origine par quelques initiés, l'Internet est désormais ouvert au grand public qui y accède par un équipement informatique après la souscription d'un contrat auprès des prestataires techniques appelés fournisseurs d'accès. De grandes entreprises multinationales, qui possédaient leur propre réseau, vont s'y connecter pour créer des réseaux privés à l'intérieur

25 Dictionnaire de l'informatique et de l'Internet, Micro Application, Paris, 2000, p.448

26 Internet fête ses trente-cinq ans, Actualité, Expertises, oct. 2004, p. 325

27 TCP/IP est l'abréviation anglaise de Transmission Control Protocol / Internet Protocol.

28 F.-J. Pansier et E. Jez, *Initiation à l'Internet juridique*, Coll. Droit@Litec, 2^{ème} éd., Litec, 2000, n°3

29 Qui signifie littéralement : toile d'araignée mondiale. C'est une interface graphique qui permet la navigation sur le réseau Internet grâce aux liens hypertextes ou hyperliens en intégrant des éléments visuels et sonores. C'est la partie la plus attrayante du réseau Internet et qui fait de celui-ci un réseau multimédia. Internet est aussi désigné par le terme le Web ou le www.

du réseau mondial. D'où l'appellation « *de réseau des réseaux* » pour désigner le réseau Internet. Les nouvelles caractéristiques du réseau Internet et ses fonctionnalités vont complètement changer les usages de ce nouvel espace de communication mondial.

II/ : Les caractéristiques et les fonctionnalités du réseau Internet

6. Les caractéristiques du réseau Internet (a), son fonctionnement inédit et les services qu'il abrite (b) sont autant d'éléments qui le particularisent et en font un objet de culte³⁰. Mais ce particularisme à l'échelle universelle permet de comprendre les enjeux sociaux et économiques de cet outil révolutionnaire.

a-/ : Les caractéristiques du réseau Internet

7. L'Internet³¹ serait un anglicisme issu du terme « Inter networking »³² qui signifierait « se mettre en réseau » ou viendrait d'une contraction de l'expression anglaise, « Interconnected networks »³³ qui désignerait le réseau des réseaux liant des ordinateurs interconnectés dans le monde entier ou encore serait l'acronyme des mots anglais : « International Network »³⁴.

30 Ph. Breton, *Le culte de l'Internet : une menace pour le lien social ?* La Découverte, Paris, 2000.

31 L'office de la langue française du Québec recommande de ne pas utiliser l'article *l'* devant le mot Internet, qui est un nom propre (*Vocabulaire d'Internet*, Office de la langue française, Montréal, 1995, p. 31). Mais l'usage généralisé, tiré de la pratique anglo-saxonne qui admet l'article « the » pour différencier le réseau Internet des autres réseaux informatiques, conduit à ne pas suivre les règles linguistiques québécoises. Comme le fait remarquer Philippe Breton dans son ouvrage, *Le culte de l'Internet : « Cet usage est souvent le fait des authentiques pionniers du réseau mondial, mais aussi de certains de ceux qui, plus fraîchement convertis, veulent montrer par là qu'ils n'ignorent rien du caractère héroïque de sa naissance, et de la révolution qu'il représenterait pour l'humanité entière. »* (Ph. Breton, op. cit., p. 5). Mais l'auteur choisit de ne pas se convertir à cet usage. Un autre auteur, Philippe Amblard, lui, choisit, délibérément, de s'affranchir des règles linguistiques après les avoir longuement rappelées. Pour lui, cet usage développé chez les internautes exprime mieux la spécificité du réseau informatique qu'est l'Internet (Ph. Amblard, *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, cah. du CRID, n°24, Facultés universitaires Notre-Dame de la paix de Namur, Bruylant, 2004, p. 1). L'arrêté de terminologie publié en France au JO du 16 mars 1999, préconise l'utilisation de l'article *l'* pour désigner le réseau Internet mais garde le « i » minuscule. Cependant, cette absence de majuscule traduit mal la particularité de l'Internet (nom donné à un réseau unique, d'envergure mondiale).

32 R. Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, Th., Rennes, 2004, p. 13

33 L. Bochurberg, *Internet et le Commerce électronique*, Delmas, 2^{ème} éd., 2001, p. 9. V. aussi Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2006, n°0.4

34 Ph. Amblard, *Régulation de l'Internet*, op. cit., p. 4

Toutes ces tentatives de présentation s'accordent sur un même point qui est l'origine anglo-saxonne du terme Internet, qui est considéré en France et au Québec comme un nom propre³⁵.

8. Dans sa configuration actuelle, le réseau Internet se caractérise par sa dimension internationale, voire universelle. Sur le plan strictement technique, sans rentrer dans des détails inutiles pour une juste compréhension du phénomène, **l'Internet est le réseau mondial d'interconnexion informatique** qui utilise le protocole de communication et de transmission TCP/IP. Ce protocole repose sur le découpage des données transmises sur le réseau par petits paquets ou « data-grammes », qui peuvent circuler indépendamment les uns des autres entre la machine d'émission et la machine de destination. Le protocole TCP est relatif à l'organisation des paquets de données lors de leur transmission tandis que le protocole IP identifie chaque machine lors de l'acheminement des données qui passent de machine à machine jusqu'à leur destination finale. Ainsi, les données peuvent circuler dans le réseau et être restituées dans leur intégralité.

9. Cependant, du fait de son caractère transnational, la communication par Internet pose le problème de l'intégrité des données³⁶ dans la mesure où celles-ci peuvent être interceptées et copiées, voire modifiées. D'où la nécessité du cryptage pour sécuriser les échanges sur le réseau Internet mais cette technologie reste encore hors de portée pour le commun des internautes. Internet est aussi intimement lié à la technologie numérique qui permet le transfert, le stockage, la reproduction et la diffusion de l'information. Grâce au numérique, le réseau Internet est devenu un support multimédia capable de transmettre de façon quasi instantanée, d'un point du globe à un autre, du son, des images, de la vidéo et des textes. C'est ce qui permet d'identifier l'Internet comme **un réseau de réseaux numériques**. Ces réseaux numériques, supports multimédias, peuvent être des réseaux publics ou des réseaux privés. Les réseaux privés ou réseaux fermés ou encore réseau propriétaire sont des

35Cependant, pour monsieur le professeur Philippe Le Tourneau, le mot *internet* « n'étant ni un nom propre (d'une divinité) ni une marque, mais un nom générique, doit recevoir comme tel un article (l'*internet*) et ne point être affublé d'une majuscule (exactement comme le téléphone, le télex, le minitel, la radio ou la télévision) ». V. Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Op. Cit., n°0.4.

36 T. Piette-Coudol, *Echanges électroniques. Certification et sécurité*, Litec, Coll. Droit@Litec, 2000, n°10

réseaux centralisés appartenant à une entreprise ou un groupe d'entreprises³⁷. Ces réseaux privés sont hautement sécurisés et leur accès est strictement contrôlé.

10. Contrairement aux réseaux privés, le réseau Internet est un réseau ouvert accessible à tous et ayant un fonctionnement décentralisé. **L'Internet est dépourvu de centre de contrôle.** C'est « un bras articulé dépourvu de système nerveux central, seuls quelques petits nerfs lui permettent de se mouvoir »³⁸. Sa croissance dépend d'éléments indéterminés. Il peut s'agir de l'adjonction de nouvelles pages ou la connexion de nouveaux réseaux informatiques. Sa décroissance n'est pas non plus exclue. L'internet est donc **un réseau autonome en perpétuelle mutation.**

11. L'Internet est aussi **un réseau virtuel.** Mais cette virtualité n'est pas une négation de sa réalité. Dire que l'Internet est un réseau virtuel, c'est se référer à son caractère immatériel, c'est-à-dire qu'il n'est perceptible seulement qu'au niveau intellectuel sans réalité tangible. Cette immatérialité est liée au fait que le réseau Internet est un réseau informatique utilisant la technologie numérique. L'Internet est donc un espace immatériel où circulent uniquement des données numériques. Les réseaux numériques sont des réseaux multimédias capables d'associer tous les modes de communication audiovisuelle : musique, téléphone, télévision, vidéo, GPS, textes, animation graphique, etc. **L'Internet est de ce fait un réseau multimédia³⁹ qui concrétise la convergence technologique.**

12. Enfin, le réseau Internet se caractérise par **son interactivité et son instantanéité.** Ces deux derniers caractères font de l'Internet un monde virtuel vivant parallèlement au monde réel. Désormais, il suffit de connecter son équipement informatique aux réseaux numériques, et le monde devient à portée des « clics ». Toutes ces caractéristiques induisent des fonctionnalités propres au réseau Internet qui font de lui le catalyseur de tous les enjeux du nouveau millénaire.

37 S'agissant des réseaux propriétaires, il faut distinguer les extranets des intranets. L'extranet est l'ouverture de l'intranet aux partenaires de l'entreprise ou du groupe d'entreprises propriétaires. Ces partenaires peuvent être des clients, des fournisseurs ou des distributeurs.

38 Cette décentralisation pose un sérieux problème de régulation au sens biologique du terme : « maintien de l'équilibre d'un système complexe et structuré, assurant son fonctionnement correct ».

39 A. Bensoussan considère que l'Internet est plutôt un « supramédia » qui intègre l'ensemble des médias existants. Cf. A. Bensoussan, *Internet, aspects juridiques*, 2^{ème} éd., Hermes, Paris, 1998, p. 16, n°6

b-/ : Les fonctionnalités du réseau Internet

13. La complexité du réseau mondial justifie la multiplicité des services en ligne. Les fonctionnalités offertes par le réseau Internet sont donc loin d'être exhaustives. Les applications couramment utilisées sur l'Internet sont la messagerie électronique ou le courrier électronique, le site Internet ou le site web, les forums de discussion et les chats.

14. Sur le réseau mondial, le service le plus utilisé, et de loin, **est le courrier électronique**⁴⁰ qui permet d'envoyer et de recevoir des messages sous la forme de texte, d'image ou de son. Il implique la souscription « gratuite » à une boîte aux lettres électroniques. Cette fonctionnalité qui a détrôné désormais le courrier traditionnel sur support papier a aussi l'avantage de l'instantanéité. Le régime juridique du courrier électronique est en principe celui de la correspondance privée. Toutefois, ce régime peut-être écarté dans le cadre des relations de travail, et est exclu dans les relations entre professionnels.

15. **Le site Internet ou site web** est la fonctionnalité la plus attrayante des réseaux numériques en ce sens qu'il en constitue le support multimédia. C'est le site web qui fournit le contenu informationnel du réseau et permet une navigation non linéaire par le biais des hyperliens, sorte de liens dynamiques reliant les pages d'un même site ou les sites web sur une même machine (appelée serveur) ou sur plusieurs machines proches ou éloignées. Les sites web forment un maillage à l'échelle planétaire et traduisent bien l'idée d'un réseau mondial de contenus. D'où l'expression anglaise World Wide Web qui désigne la toile mondiale.

Le site web est le support idéal d'un nouveau type de commerce appelé « commerce électronique »⁴¹ qui marque un profond changement sur le réseau : le déclin du « tout gratuit »

40 L. Rapp, *Le courrier électronique* (« E-mail »), Que sais-je ?, PUF, 1998

41 Encore appelé « e-commerce ou e-business », le commerce électronique présente de multiples facettes qui rendent sa définition difficile et aléatoire dans la mesure où il s'agit d'appréhender des activités fugaces ou évolutives. Il est donc difficile de proposer une définition unique et unanime. Il est, néanmoins, intéressant de présenter quelques définitions proposées à titre indicatif par certains auteurs. Ainsi, dans son Rapport sur le Commerce électronique, Monsieur Francis Lorentz, propose une définition extensive qui inclut « l'ensemble des échanges électroniques liés aux activités commerciales ». Il s'agit donc aussi bien de relations interentreprises que de relations entre entreprises et administrations et des échanges entre entreprises et consommateurs. Cette même définition était déjà présente dans l'article 1^{er} de la Loi-type de la CNUDCI sur le Commerce électronique, adoptée le 12 juin 1996. La directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des

et l'essor de « l'Internet marchand ». Le commerce électronique est donc le domaine contractuel par nature sur le réseau Internet. La croissance exponentielle des sites web et des transactions en ligne font du commerce électronique l'activité la plus importante sur le réseau mondial avec toutes les implications d'ordre économique et juridique que cela sous-entend. Le commerce électronique a bouleversé la façon d'acheter et de vendre en achevant la dématérialisation du processus contractuel⁴². Du point de vue des entreprises, Internet constitue une nouvelle arme économique⁴³, un outil performant de prospection offrant le monde comme zone de chalandise⁴⁴.

16. Les forums de discussion sont un terme générique désignant des activités de débats et d'échanges d'opinions sur les réseaux numériques. Il peut s'agir de listes de diffusion ou « *mailing list* » réunissant des groupes de personnes autour d'un thème déterminé. Mais la participation au débat nécessite un abonnement à la liste par courrier électronique. Les différentes contributions au débat sont expédiées simultanément à chaque abonné à son adresse électronique personnelle. Ces listes de diffusion peuvent être ouvertes à tout public ou réservées à une certaine catégorie d'internautes.

17. S'agissant des forums de discussion proprement dits, encore appelés *newsgroup*, ils sont ouverts à tous les internautes intéressés par les thèmes débattus. Le site web peut être entièrement dédié aux débats ou peut ne consacrer que quelques pages à cette activité. La participation à la discussion est libre sous condition d'inscription, et les contributions des autres participants sont accessibles à tous, même aux non-inscrits. L'anonymat est le principe

services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite directive sur le commerce électronique, ne donne aucune définition du commerce électronique. Elle ramène le commerce électronique à un simple « *service de la société de l'information offert normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle du destinataire du service* ». Pour M. Vivant, le commerce électronique « *est un mode comme un autre de commerce international. Le vecteur à changer, l'esprit aussi certainement... Mais il s'agit toujours de commerce, de commerce dans sa dynamique internationale et de commerce soumis aux règles usuelles du droit commercial* » (M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, Coll. [Droit@Litec](#), Litec, 1999, n°1). Enfin, sans être vraiment originale, la définition proposée par le législateur français dans la loi du 21 juin 2004, a le mérite de la simplicité (loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, article 14, *al.1*, voir Table des annexes à la page 297). Selon celle-ci « *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». V. J-C Hallouin et H. Causse, *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique*, Université de Poitiers, L.G.D.J., 2005.

42 Les contrats par correspondance classiques (par téléphone ou par minitel) avaient déjà initié ce processus de dématérialisation du rapport contractuel.

43 O. Hance, *Business et Droit d'Internet*, Best Of Editions 1996, p. 44 et s.

44 D. Ferrier, *Droit de la Distribution*, 4^e édition, Litec, Coll. Manuels, Paris, 2006, n°598 et 698

de participation et la modération des débats est une exception. Sans être de véritables forums de discussions, les blogs⁴⁵ permettent également les débats par la publication d'articles et de commentaires sur les sites dédiés à cette activité. Ces activités de débats sur l'Internet posent de sérieux problèmes d'encadrement juridique dont l'enjeu dépasse de loin la simple liberté d'expression.

18. Les Chats sont des plates-formes de dialogues interactifs, en direct par ordinateurs interposés. Les personnes connectées communiquent entre elles en temps réel quel que soit leur lieu de situation physique. Son régime juridique relèverait de la correspondance privée.

19. Enfin l'Internet permet l'échange de fichiers de façon instantanée grâce aux protocoles **Telnet et FTP** (File Transfert Protocol) qui autorise l'accès à distance des machines et aussi le téléchargement de fichier. Cette fonctionnalité qui permettait à l'origine l'échange des savoirs à l'échelle planétaire est aujourd'hui source de contentieux avec le développement du téléchargement illicite de fichiers protégés par le Droit d'auteur et les droits voisins dans le cadre du *Peer-to-Peer*⁴⁶.

20. L'Internet offre, ainsi, une diversité de fonctionnalités dédiées à la communication, à l'information et à l'échange de biens immatériels ou matériels dont la mise en œuvre pose d'épineux problèmes d'encadrement juridiques. La concentration de toutes ces fonctionnalités sur un même support technique accessible dans le monde entier n'est pas uniquement l'expression d'une prouesse technologique, cela est aussi une source d'inquiétude et de grande peur. L'Internet menacerait l'ordre juridique établi⁴⁷ par son caractère universel et décentralisé. La gratuité des contenus mis en ligne pose des problèmes de contrefaçon et de « cyberpiratage », l'anonymat de principe qui prévaut sur le réseau mondial se heurte à la nécessité d'identifier et d'appréhender les auteurs de crimes et délits qui utilisent l'Internet pour commettre leurs forfaits. L'Internet est donc une grande source d'insécurité juridique consécutive au développement technologique des sociétés post-moderne. Mais dans la mesure

45 Les blogs peuvent être présentés comme des sortes de journaux personnels publiés sur un site web dédié à cette activité. En France, <http://skyblog.com> est considéré comme le plus important hébergeur de blogs avec 4.466.034 blogs. Sur ce site plus de 7000 blogs sont créés et hébergés « gratuitement » chaque jour.

46 Cf. *Infra*, n°296 et s.

47 H. Bitan, *L'Internet représente-t-il une menace pour l'ordre public ?*, Expertises, juillet/ août 1996, p. 266

où aucun Etat, ni Organisation internationale n'a le contrôle direct de ce média universel, la problématique de l'encadrement juridique du réseau se pose avec acuité.

III/ : Les enjeux juridiques du réseau Internet

21. Monsieur Lionel Jospin, dans son courrier de demande d'études sur les réseaux numériques adressé au Conseil d'Etat⁴⁸ en 1998, reconnaissait que : « *Par sa législation et sa jurisprudence, la France a su répondre, dans un cadre national, aux questions juridiques posées par le développement de la télématique. [Cependant] Aujourd'hui, l'essor d'Internet suscite des interrogations nouvelles qui tiennent, en particulier, à la dimension mondiale de ce réseau, à sa gestion décentralisée et à la multiplicité de ses acteurs* ». Ainsi, du fait de son caractère mondial, l'Internet viendrait perturber des institutions juridiques ayant pris plusieurs siècles pour asseoir leur légitimité⁴⁹. Le droit national est donc confronté à l'Internet⁵⁰, et cette confrontation apparaît comme une mise à l'épreuve du droit par la machine⁵¹. Les pratiques et les situations créées par le réseau mondial sont assez largement inédites⁵².

22. Le développement des réseaux numériques s'est accompagné de nouvelles formes de délinquance et de criminalité : la *Cybercriminalité*⁵³, qui aggrave ou fait peser de nouvelles menaces sur les sociétés modernes. L'Internet est donc apparu dans l'imaginaire populaire comme une zone de non-droit, un « far-west », un no man's land juridique assurant l'impunité des coupables⁵⁴. Cependant pour le Conseil d'Etat, il n'y a pas de vide juridique sur l'Internet

48 Conseil d'Etat, *Rapport, Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, Paris, 1998.

49 O. De Chazeaux (ss. dir.), *Quelle approche transatlantique du Commerce électronique et du nouvel Internet ?* Actes du colloque du 18 février 1999, MédiasPouvoir, 1999.

50 A. Bertrand et T. Piette-Coudol, *Internet et le droit, Que sais-je ?* Puf, 1999.

51 P. Catala, *Le Droit à l'épreuve du numérique-jus ex Machina*, Puf, 1998

52 Etienne Montero (ss. dir.), *Droit des technologies de l'information regards prospectifs*, Cah. du CRID, n°16, Bruylant, 1999, p. V

53 La cybercriminalité ou la criminalité en ligne est une notion qui a un sens assez large. Elle désigne l'ensemble des crimes et délits commis dans le cyberspace, c'est-à-dire par le biais des réseaux numériques. V. dans ce sens, M. Vivant et al., *Lamy informatique et réseaux*, réédition, 2006, n°2628 et s. V. également, P-M Reverdy, *La matière pénale à l'épreuve des nouvelles technologies*, Th., Toulouse, 2005

54 Conseil d'Etat, *Rapport*, op. cit., p. 169

L'ensemble de la législation actuellement en vigueur s'appliquerait au réseau Internet sous réserve d'une certaine adaptation aux nouvelles technologies de l'information⁵⁵.

23. Certes, les lois nationales s'appliquent aux activités s'exerçant sur le réseau Internet⁵⁶ mais elles apparaissent, par moment, inadaptées aux pratiques complexes et fugaces, et aussi à l'évolution rapide des technologies à la base du réseau mondial. D'un autre côté, la dimension globale des réseaux numériques rend applicables toutes les législations nationales. Cette pléthore de textes applicables pourrait constituer une source d'insécurité juridique pour les acteurs et utilisateurs de l'Internet. La sensibilité des systèmes juridiques par rapport aux contenus circulant sur les réseaux numériques peut largement varier d'un Etat à l'autre.

24. L'encadrement juridique du réseau mondial au niveau international apparaît également incertain dans la mesure où les procédures d'élaboration des normes internationales sont caractérisées par leur grande lenteur⁵⁷. Internet est aussi le lieu de confrontation de systèmes juridiques différents, ce qui pose de graves problèmes de qualification et d'application de la loi⁵⁸.

25. Enfin, la logique de liberté de communication qui est la constance du réseau Internet est incompatible avec une emprise étatique sur son fonctionnement, fût-elle juridique. La liberté d'utiliser le réseau Internet par les Etats avait pour contrepartie la nécessité de

55 Idem.

56 J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses édition, Coll. « Mise au point », 2005, p. 4

57 Ainsi, il a fallu quatre ans (1997-2001) au Conseil de l'Europe pour élaborer et faire adopter une convention relative à la lutte contre la cybercriminalité ; adopté le 8 novembre 2001, le texte a été soumis à la signature des Etats membres le 23 novembre 2001. Son entrée en vigueur reste, toutefois, conditionnée au nombre de signatures requises (cf. Lamy informatique et réseaux, n°2619.) V. P. Hauss, *Cybercriminalité, quatre ans après...*, Actualité du 24/ 04/2001 sur www.clic-droit.com

58 Les différents rebondissements de l'affaire Yahoo ! en France et aux Etats-unis montrent bien la difficulté des lois nationales à régir l'Internet de façon cohérente. L'entreprise américaine Yahoo ! Inc. avait été sommée par la justice française de « *prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis.* » Estimant avoir été victime d'une injustice en France, Yahoo ! a saisi la justice américaine qui a prononcé l'illégalité et donc l'inapplicabilité de la décision française à l'entreprise américaine. Entre-temps, Yahoo !, soucieuse de son image de marque, a décidé unilatéralement de proscrire la vente d'objets nazis de son site d'enchères. Toutes les décisions relatives à l'affaire Yahoo ! sont disponibles sur le site www.juriscom.net. V. également, R. Berthou, *Internet au gré du droit*, 10 janvier 2001, www.juriscom.net ; L. Thoumyre, *Consultation internationale sur les implications de l'affaire Yahoo ! Inc*, www.juriscom.net ; J. Krassovsky, *Affaire Yahoo ! l'épilogue ?*, www.transfert.net ; *La justice américaine se prononce sur l'affaire Yahoo !*, Actualité du 9 novembre 2001, www.foruminternet.org.

favoriser son développement sans obstacle de quelque nature qu'il soit⁵⁹. La crainte d'une prise de contrôle du réseau mondial par des régimes totalitaires ou liberticides a aussi fortement milité en faveur du dessaisissement des Etats dans l'encadrement juridique de l'Internet. Au sommet mondial de la Société de l'Information de Tunis, il a donc été observé la mise à l'écart des Etats en ce qui concerne la gouvernance de l'Internet au profit du secteur privé. La nature délocalisée d'Internet empêche les Etats d'exercer toutes leurs prérogatives de souveraineté sur celui-ci une fois l'accès ouvert au public⁶⁰. Dès lors, il apparaît clairement que les Etats sont impuissants du fait des limites inhérentes à toute initiative nationale et internationale d'encadrement de l'Internet.

26. Les réseaux numériques induisent donc une modification substantielle de l'encadrement juridique des phénomènes sociaux, habituellement réservé à la seule compétence des pouvoirs publics nationaux. Comme le remarque justement P. Trudel⁶¹, « *le cyberspace défie les repères que sont les frontières des Etats, cadres privilégiés d'élaboration et de mise en œuvre du droit. Comme cet espace paraît peu sensible aux frontières territoriales, le droit des Etats ne saurait régir à lui seul les activités prenant place dans le cyberspace à la façon des réglementations encadrant les activités se déroulant dans les espaces physiques* ». Cette observation a aussi été relevée avec pertinence par le Conseil d'Etat dans son rapport de 1998 sur les réseaux numériques. Ainsi pour la haute juridiction administrative, la réglementation d'origine étatique doit, désormais, se combiner avec l'autorégulation des acteurs privés⁶².

27. L'autorégulation⁶³ fait appel à une attitude volontariste des acteurs privés exerçant leurs activités sur le réseau Internet. Elle se manifeste par la mise en œuvre de règles contractuelles plus ou moins précises pour l'encadrement des pratiques dans le cyberspace. Ainsi en est-il des chartes et des codes de bonne conduite, et de l'ensemble des usages du

59 La nécessité de garantir la liberté d'utilisation de l'Internet s'est traduit dans l'Union européenne par l'obligation pour les Etats membres de ne pas prendre des mesures restrictives justifiées uniquement par la nature télématique du support d'activité. V. la Directive n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la signature électronique.

60 Même s'il a été constaté des tentatives de surveillance sur le réseau Internet exercées par certains Etats, celles-ci n'empêchent pas la « cyberdissidence ». Cependant, la censure des informations exercée par GOOGLE sur son moteur de recherche à partir de la chine est très inquiétant.

61 P. Trudel, *La Lex electronica*, in C.-A. Morand (ss. dir), *Le droit saisi par la mondialisation*, coll. de droit international, Ed. Bruylant, Ed. de l'Université de Bruxelles, Helbing et Lichtenhahn Verlag, p. 221

62 Conseil d'Etat, rapport, op. cit., p. 170 et s.

63 O. Cousi, *Autorégulation sur le marché de la communication*, Expertises, mai 1996, p. 179

réseau Internet. Ces règles de conduite privées, véhiculées par le contrat, ne sont pas limitées par l'obstacle de la territorialité, ni par celui des législations nationales, par nature, compartimentées.

28. L'action des acteurs privés dans la définition des règles de comportement, d'usage et de bonne pratique a pour but de faire émerger sur les réseaux numériques des règles claires et sanctionnables, tant pour mettre fin à l'insécurité juridique des acteurs eux-mêmes que pour protéger les utilisateurs et les consommateurs des services et des produits numériques. Il s'agit donc de faire naître une véritable civilité de l'Internet⁶⁴. Encore faudrait-il qu'elle ait été absente ou inexistante du réseau. Il a été donc suggéré, en France, la création d'un organisme privé associant pouvoirs publics et acteurs privés, « *de manière à ce que ceux-ci définissent préventivement des règles pour respecter des principes de droit et, a posteriori, travaillant ensemble pour lutter contre les contenus illégaux.* »⁶⁵.

29. En juillet 2000, le député Christian Paul, dans son rapport « *Du droit et des libertés sur Internet* »⁶⁶, a confirmé la nécessité de mettre en place cet organisme privé qu'il dénomma « Le Forum des droits sur l'Internet »⁶⁷. Cet organisme de « corégulation »⁶⁸ devrait donc être la solution miracle en France de l'encadrement juridique du réseau Internet. Cependant, il convient de remarquer que si le Forum des droits sur l'Internet est un acteur de plus en plus incontournable dans l'encadrement juridique de l'Internet en France, il demeure un acteur de l'Internet comme un autre, et à l'échelle mondiale sa contribution n'apparaît pas déterminante, même si elle n'est pas insignifiante.

64 M.-C. Piatti (ss dir.), *Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC*, Presses universitaires de Lyon, 2001, p. 5

65 Conseil d'Etat, rapport, op. cit.

66 C. Paul, *Rapport au Premier ministre : Du droit et des libertés sur Internet*, La Documentation Française, 2000.

67 Le Forum est un organisme de réflexion et d'action dont l'objectif central est de bâtir la civilité de l'Internet. Voir, Forum des droits sur l'Internet, *Premier rapport d'activité*, La Documentation française, année 2002.

68 Pour Isabelle Falque-Pierrotin, « ce concept innovant n'est pas aisé à définir et il s'inscrit dans le processus de mutation de la réglementation publique autoritaire. », in Forum des droits sur l'Internet, *Premier rapport d'activité*, op. cit., p.

30. La corégulation n'est qu'un reflet de la « postmodernité juridique »⁶⁹ qui conduit à une concertation et à un consensus entre acteurs, associés dès le départ, dans la production de la norme étatique. Ainsi, « *la règle de droit ne vaudrait comme telle qu'une fois admise par tous les acteurs* »⁷⁰. Mais, la réalité des pratiques sur les réseaux numériques dépasse le simple clivage entre autorégulation et corégulation.

31. Au-delà de cette dualité, le réseau Internet est au contraire le cadre d'élaboration complexe d'une normativité pluraliste. Fort de cette observation, monsieur Michel Vivant soutient que « *la régulation de l'Internet doit être plurielle... Bien plus, au-delà des instances impliquées à un titre ou un autre dans la régulation du net, ce sont certainement tous les acteurs qui sont fondés à le faire, dans la limite évidemment de leur compétence légitime... c'est de « multirégulation » qu'il faut ainsi parler... Dans notre optique, il ne s'agit donc pas de demander si tel ou tel va intervenir, mais quels sont ceux qui concurremment sont fondés à participer, à un titre ou à un autre, à la régulation du net.* »⁷¹.

32. La nécessité d'une « multirégulation » de l'Internet est le signe que les Etats ont définitivement perdu le monopole de l'encadrement juridique du réseau Internet. Cette situation n'est pas seulement due à l'envergure mondiale des réseaux numériques, elle est aussi liée à l'organisation sociale à l'origine de l'émergence de l'Internet tel qu'il se présente aujourd'hui. Monsieur Renaud Berthou⁷² décrit, dans sa thèse, une organisation sociale formée par une communauté primitive d'acteurs et d'utilisateurs, en majorité scientifique, qui a développé les premières règles d'usage et de conduite sur le réseau Internet. Cette communauté de scientifiques, rejointe plus tard par d'autres acteurs dont les plus actifs constituent la communauté des marchands, a imprimé un modèle d'encadrement des

69 J. Chevalier, *Vers un droit post-moderne ?* in J. Clam et G. martin (ss. dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau Européen Droit et Société, L.G.D.J., 1998, p. 23

70 C. Castets-Renard, *La mutation de la production de la norme en droit privé : d'une concurrence à une collaboration des producteurs de la norme*, in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (ss. dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*. Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, n°2, tome 1, Bilan, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 11

71 M. Vivant et al., *Lamy informatique et réseaux*, réédition, 2005, n°2320. Dans la réédition de 2006, n°2364, les auteurs maintiennent cette idée de *multirégulation* mais introduisent un nouveau concept, celui d'« *Interrégulation* » *reunissant les instances de régulation traditionnelles, forum des droits, où les acteurs se rencontrent mais aussi beaucoup plus que cela : Combinaison de toutes les normes issues des sources les plus diverses, chacune dans sa sphère de compétence légitime et naturelle qui est la sienne... C'est là certainement le modèle même de la seule régulation possible.*

72 R. Berthou, Th., op. cit., p.18 et s.

comportements et des activités propres aux réseaux numériques. Ainsi, comme le relève monsieur J.-P. Chamoux, les services exploités sur le réseau des réseaux « *sont le produit croisé d'un outil principalement coopératif, bâti au fil d'une décennie au sein de l'appareil scientifique et universitaire des laboratoires contribuant à la recherche publique américaine, et d'une très large palette d'investissements plus récents, issus du monde compétitif de l'entreprise et du capital-risque, c'est-à-dire d'un milieu sociologique représentatif de la tradition libre-échangiste et entrepreneuriale des Etats-unis. Ce mariage, assez surprenant pour les observateurs français, converge autour de deux notions communes aux libertaires des milieux universitaires et aux libertariens de la libre entreprise : la primauté de la liberté individuelle sur l'ordre imposé par l'autorité publique ; et le refus de contraindre les rapports interindividuels par une règle imposée d'en haut* »⁷³. Dès lors, ce modèle non pyramidal de production de normes va se répandre sur l'ensemble du réseau Internet, utilisant le contrat⁷⁴ comme l'instrument de cette « cybernormativité ».

33. Le développement du commerce électronique va hisser l'instrument contractuel au rang de nouveau paradigme de la normativité sur les réseaux numériques. Ces nouveaux acteurs, élaborant des règles pragmatiques et obligatoires, participent à la production normative au sens matériel. Cette diversification des sources du droit sur les réseaux numériques est soutenue à sa base par la diversification des producteurs de la norme juridique⁷⁵. Le recours au contrat pour l'encadrement juridique des réseaux numériques est donc une voie sérieuse à explorer d'autant plus que ce dernier apparaît comme « un pilier du droit »⁷⁶ dans la société contemporaine. La découverte du contrat comme un pilier du droit »⁷⁷ sur les réseaux numériques est donc une problématique qui justifie des recherches universitaires en Droit privé.

73 J.-P. Chamoux, *Internet : vers une véritable information sans frontière ?*, op. cit., p. 291

74 Le terme « contrat » est entendu au sens des articles 1101 et s. du code civil français. L'article 1101 dispose que : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

75 C. Castets-Renard, op. cit., p. 11

76 J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., E.J.A, 1995, p. 215

77 M.-A. Frison-Roche, *La redécouverte « des piliers du droit » : le contrat et la responsabilité*, in Jean Clam et Gilles Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 277 et s.

IV/ : Intérêt du sujet

34. Poser l'hypothèse de la régulation des réseaux numériques par le contrat revient à soulever la question de l'encadrement juridique de l'Internet par les règles de la « soft-law ». Cette hypothèse conduit à répondre à une série d'interrogations dont la plus pertinente est liée à la capacité des conventions privées à encadrer juridiquement le réseau Internet. Cette question centrale se pose à une période où, comme le remarque justement monsieur Jacques Chevallier⁷⁸, « *le procédé contractuel a connu un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur le libre accord de volonté* ». Le contrat peut-il encadrer juridiquement les réseaux numériques ? Comment un tel encadrement juridique est-il mis en œuvre sur les réseaux numériques ? La réponse à cette série de questions implique une observation minutieuse et une analyse approfondie de la pratique contractuelle sur le réseau Internet. Dans la mesure où le contrat est nécessairement créateur de normes⁷⁹, établir sa fonction normative sur les réseaux ne devrait pas être, a priori, une entreprise bien difficile. Cependant, la méconnaissance du milieu de l'Internet, des pratiques contractuelles et des acteurs concernés impose des recherches sérieuses en vue de cerner tous les aspects de cette problématique. Ainsi, il apparaît que le contrat introduit sur les réseaux numériques une normativité fondée sur la libre élaboration et la libre acceptation des règles ainsi élaborées pour l'encadrement des comportements. Ces règles trouvent leur légitimité dans l'accord donné par les sujets de droit qui en sont les auteurs mais aussi les destinataires. Les conditions d'élaboration et de mise en œuvre de ces règles méritent d'être étudiées en profondeur pour mieux cerner le phénomène de la régulation contractuelle des réseaux numériques.

35. Parler de régulation peut sembler aujourd'hui banal, tant le terme apparaît galvaudé⁸⁰.

78 J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ?*, op. cit., p. 37

79 E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 225

80 G. Timsit, *La régulation, La notion et le phénomène*, in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, 2004, n°109, p. 5 et s. V. aussi, M.-A. Frison-Roche, *Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^e Forum de la régulation*, P. A., n°87 du 3 mai 2005, p. 3 et s. Cependant, pour monsieur le professeur Yves Gaudemet, la régulation est incontestablement « une nouveauté » : « Y. Gaudemet, *une nouvelle approche des fonctions et des formes de la normativité...* » in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, op. cit., Introduction, p. 13 et s.

En effet, la régulation est l'un des substantifs les plus en vogue dans nos sociétés contemporaines. Il se retrouve dans tous les domaines de la vie sociale : « régulation sociale », « régulation économique », « régulation des télécommunications », « régulation des marchés publics », etc. Importé de la science physique et de la biologie, solidement ancré dans l'économie et la sociologie, le terme régulation semble désormais s'établir en science juridique. Cependant, si en Droit administratif⁸¹, il est donné d'observer une prolifération des « Autorités de régulation », en Droit privé, la régulation ne semble pas encore avoir trouvé un climat propice à son essor⁸².

36. La régulation⁸³ semble être un concept générique tantôt synonyme de réglementation, dans ce cas indissociable de l'activité normative étatique, tantôt conçue comme une alternative à la normativité étatique consistant « à introduire des régularités dans un objet social, à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l'intégral déroulement, donc sans exclure des changements »⁸⁴. Ainsi, la régulation traduirait un mouvement d'évolution et d'adaptation permanente de la normativité à l'objet social visé. Dans cette acception, la régulation s'opposerait à la réglementation dont l'objectif est la création d'un cadre rigide par la formulation de règles fixées de manière permanente, sinon durable.

37. Pour monsieur Gérard Timsit, la régulation « désignerait une forme de réglementation, dont le nom en français, simplement transposé du mot anglais *regulation*, renverrait à un type de

81 L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Th., Toulouse, 2005

82 Cependant, le terme régulation est rentré de façon positive dans le droit privé applicable en France grâce à la loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles régulations économiques, mais n'a pas reçu de définition légale. V. M.-A. Frison-Roche, Les nouveaux champs de la régulation, in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, 2004, n°109, p. 53 et s

83 Selon le *Vocabulaire juridique*, le mot régulation vient du terme latin « *regulare* » et signifie : régler, diriger. Ainsi, la régulation est définie comme « l'action de régler un phénomène : a/ Action de choisir le moment de son avènement ; b/ Action d'en maîtriser dans le temps l'importance quantitative, en soumettant son développement à des normes » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, Association Henri Capitant, P.U.F., 2000, p. 743). Pour le Dictionnaire *Le petit Robert*, la régulation est : « 1/ l'action de régler, de mettre au point... ; 2/ le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct (d'un système complexe) » (Dictionnaire *Le Robert*, Paris, 2003, p. 2221). Ainsi, il apparaît que les dictionnaires n'attribuent ni une seule définition au terme régulation, ni toujours les mêmes définitions. Aussi, L. Calandri insiste-t-elle dans sa thèse sur la polysémie du mot régulation. Pour l'auteur, « il n'existe pas, dans le vocabulaire courant, un, mais des « régulations » (L. Calandri, Th., op. cit.). La régulation des réseaux numériques peut, dès lors, être appréhendée comme « l'action d'encadrer par des normes juridiques les comportements et les activités se déroulant sur le réseau Internet en vue d'en assurer le fonctionnement correct ».

84 A. Jeammaud, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, in Jean Clam et Gilles Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 47 et s.

normes juridiques sur la nature desquelles l'on aurait à s'interroger pour les distinguer des normes de la réglementation classique »⁸⁵. Car pour l'auteur, la régulation et la réglementation semblent se méconnaître mutuellement⁸⁶. La régulation est un concept d'origine anglo-saxonne et la réglementation propre au système normatif français. Ainsi, « *un système normatif ne connaîtrait que la réglementation et ignorerait massivement la régulation. L'autre seulement la régulation et, par suite, n'aurait nul besoin, ou peu, de réglementation* »⁸⁷. De ce point de vue, la régulation serait donc un non-concept en droit français. Mais, l'auteur ne s'arrête pas à cette première conclusion qui ferait de la régulation une fausse notion juridique en droit français. Sans opposer la régulation à la réglementation, il fait apparaître la première notion comme « la face cachée de l'iceberg » que serait la seconde. De ce fait, la régulation se présenterait comme un phénomène plus informel situé à un niveau inférieur de la normativité juridique dont le niveau supérieur et visible serait la réglementation.

38. En réalité, loin d'être un non-concept, la régulation a droit de cité en droit privé français. Fruit d'un mimétisme juridique dû au phénomène de la mondialisation du droit, la régulation semble traduire une crise de la normativité traditionnelle et une forte volonté des sujets de droit d'être des acteurs autonomes de la production normative ou au moins d'y participer de façon significative. La régulation en droit privé peut dès lors être présentée comme l'activité de production normative destinée à remédier aux insuffisances de la normativité traditionnelle étatique et marquée par une concurrence accrue entre les acteurs normatifs, mais également par la recherche d'un dialogue permanent entre eux⁸⁸.

39. La régulation des réseaux numériques par le contrat met en relief des phénomènes de création normative par des acteurs privés dans le but de créer un cadre normatif favorable à la pérennité de leurs activités. Les normes ainsi créées, sans revendiquer une place de choix dans la hiérarchie des normes juridiques, apparaissent comme incontournables dans

85 G. Timsit, *La régulation, La notion et le phénomène*, in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, op. cit., p. 5 et s

86 Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, P. U. F., Paris, 1997, p. 161 et s.

87 Ainsi, « Il n'y a, ni ne peut y avoir, en droit français, de concept de régulation ». Cependant, l'auteur désire démontrer le contraire. Pour lui, « il existe des pratiques normatives relevant d'un tel concept et qui peuvent être identifiées en tant que telles », in *Archipel de la norme*, spécialement le Chapitre II intitulé « Régulation : naissance d'une notion » p. 176

88 F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : Participation, autorégulation et régulation privée*, in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RFAP, 2004, n°109, p. 23 et s

l'encadrement juridique des activités prenant place sur le réseau Internet. Dans cette acception, ces normes sont qualifiées de soft-law, c'est-à-dire des normes dépouillées de la rigidité du droit étatique et rendues « flexibles » par la volonté des acteurs privés. Ainsi, loin de défendre l'idée d'un ordre juridique autonome dont l'autorégulation serait le principe exclusif⁸⁹, la régulation contractuelle des réseaux numériques se présente comme la mise en œuvre d'un système de production de normes juridiques par des acteurs privés dans un contexte de concurrence normative entre acteurs privés et acteurs publics et dans lequel les normes produites semblent le fruit d'une influence réciproque.

40. La régulation contractuelle des réseaux numériques semble emprunter le même mécanisme de mise en œuvre que la *lex mercatoria* en matière de commerce international⁹⁰. En effet, la *lex mercatoria* a été présentée comme un système juridique autonome transnational, « réceptacle des principes communs aux droits nationaux » et « creuset des règles spécifiques qu'appellent le commerce international »⁹¹ ou encore, comme un droit « qui se forme, s'applique, se sanctionne en dehors, en marge des cadres et des autorités étatiques, à l'intérieur de groupes humains plus vastes et plus réduits à la fois, qui ne se constituent pas au sein d'une nation, mais d'une ou plusieurs professions ou corporations, et plus largement, d'une communauté internationale de commerçants »⁹².

41. Ce droit des marchands internationaux est aujourd'hui largement admis comme une source du droit du commerce international. Les pratiques contractuelles des acteurs privés issues des contrats-types, des codes de conduite professionnels et des usages se retrouvent également sur les réseaux numériques et y jouent le même rôle normatif. Ainsi, le caractère international du réseau Internet, son aspect décloisonné à l'égard des frontières étatiques et la pratique du commerce électronique sont autant d'éléments qui militent en faveur du

89 B. du Marais, *Régulation de l'Internet : des faux-semblants au retour à la réalité*, in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, op. cit., p. 83 et s

90 B. Goldman est l'auteur de référence de la théorie moderne de la *lex mercatoria* dont l'étude « *Frontières du droit et lex mercatoria* aux Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1964 » en est le fondement. L'actualité de sa théorie a été célébrée dix ans après sa mort lors d'un colloque organisé le 1^{er} octobre 2003 par le Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et publié sous la direction de Ph. Fouchard et L. Vogel, « *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, éd. Panthéon-Assas, juillet 2004 ».

91 B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, op. cit., p. 184

92 Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1964.

rapprochement des normes privées de régulation des réseaux numériques et la *lex mercatoria*. Cette analogie est à la base de la théorie de la *lex electronica*⁹³ conçue sur le modèle de la *lex mercatoria*. La doctrine de la *lex electronica*, développée au Canada, se veut une expansion continue de la *lex mercatoria* qui, dans le domaine de la régulation des réseaux numériques, fait office de référence historique.

42. Mais si la philosophie demeure immuable, en ce sens qu'il s'agit toujours d'encadrement des relations entre acteurs privés dans une dynamique internationale, le cadre n'est plus le même et les pratiques aussi. L'Internet met en œuvre des réalités nouvelles que sont l'anonymat des acteurs, l'instantanéité et l'interactivité des relations contractuelles. Les réseaux numériques font donc apparaître une nouvelle *lex mercatoria* de type électronique qui a ses racines et ses ramifications dans les pratiques contractuelles du commerce international, mais traduit une réalité contractuelle hétérogène.

En effet, dans le cyberspace, les chartes, les codes de conduite, les conditions générales de ventes et d'utilisation de services, et les contrats-types sont élaborés par une partie de la communauté des acteurs et usagers et servent de modèle aux comportements de toute la communauté des internautes dans l'ordre interne et international. La même importance accordée par les acteurs du commerce international au contrat se retrouve chez les acteurs privés de l'Internet que leurs activités s'adressent à des usagers nationaux ou internationaux.

43. Ainsi, la régulation du cyberspace, largement fondée sur les pratiques contractuelles et les usages, fait du contrat, non seulement, l'instrument privilégié de cette régulation juridique, mais surtout, une source importante de celle-ci. Ce mode d'élaboration des normes privées appliquées sur le réseau Internet présente de sérieux avantages. Il permet l'émergence de règles adaptées et plébiscitées par les acteurs du réseau⁹⁴. La régulation contractuelle des réseaux numériques étant mise en œuvre dans un environnement dominé par une concurrence très active des producteurs de la norme juridique, il arrive d'observer une interférence des pouvoirs publics⁹⁵ sur l'activité normative des acteurs privés. Cependant, loin de remettre en cause la régulation contractuelle, cette interférence manifeste le besoin de

93 V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, *Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica*, Revue de droit des affaires internationales (RDAI) n°5, 1997, p. 547 et s. V. également, P. Trudel, op. cit., p. 221 et s.

94 E. Montero, (ss. dir.), *Droit des technologies de l'information, Regards prospectifs*, op. cit., p. XIII

95 Ce terme désigne le gouvernement, le législateur et les autorités administratives indépendantes.

dialogue et de coopération des acteurs dans l'encadrement du réseau mondial. Ces interférences seront relevées tout au long de cette étude afin de mettre en relief la pertinence de la régulation contractuelle des réseaux numériques.

44. Le commerce électronique ayant une vocation planétaire, les contrats passés sur les réseaux numériques ont un caractère international très marqué. Néanmoins, ce caractère international n'apparaît dans la plupart des cas que lors de conflits entre les parties, la formation et l'exécution des contrats pouvant se faire instantanément sans que les parties s'aperçoivent de cette dimension internationale. Les contrats étudiés dans le cadre de ces recherches seront majoritairement issus de la pratique française du commerce électronique. Mais, des exemples étrangers seront aussi abondamment cités. Ces contrats tirés directement de la pratique, évolutive et concurrentielle des réseaux numériques, sont marqués par leur densité ou par leur caractère succinct. Dans la mesure où le réseau Internet est regardé comme un champ de liberté, les pratiques contractuelles qui y prennent place sont aussi multiples en nombre qu'en espèce, de sorte qu'aucune étude sérieuse ne peut prétendre à l'exhaustivité. Cependant, cette multiplicité des contrats, qui crée une sorte de maillage contractuel sur le réseau Internet et garantit l'effectivité de la régulation contractuelle, n'est pas un obstacle à une présentation catégorielle des pratiques les plus couramment rencontrées.

45. Dans la mesure où les techniques contractuelles ont de tout temps été mises au service de l'informatique⁹⁶, les contrats rencontrés sur les réseaux numériques sont dans leur ensemble des « contrats d'adhésion » dans le sens retenu par monsieur Georges Berlioz, c'est-à-dire des contrats « dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et unilatérale avant la période contractuelle »⁹⁷. Ces contrats qui sont donc marqués par la prédétermination unilatérale de leur contenu par l'une des parties, comportent des clauses énonçant des règles de portée générale, applicables de façon impersonnelle, et traduisent la volonté de la partie « stipulante » de dicter sa loi à la collectivité des « adhérents » aux contrats ainsi élaborés. Mais le processus de formation de ces contrats et

96 I. de Lamberterie, *Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique*, Thèse, A.N.R.T., Lille, 1985

97 G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, L.G.D.J., Paris, 1973, p. 27

leur mode d'exécution constituent un objet de curiosité qui leur donne une certaine particularité⁹⁸.

46. Toutefois, cette étude ne portera pas sur la formation et les conditions de validité des contrats du commerce électronique. Ces questions fort intéressantes ont déjà été savamment étudiées et ne justifient pas une digression⁹⁹. Il s'agira dans cette présentation de mettre en exergue la fonction normative des différentes clauses contractuelles, qui grâce à la force obligatoire des conventions, fixe le « cadre normal » des activités ainsi que la liste des comportements admis ou prohibés sur les réseaux numériques. Le contrat étant la loi des parties sur Internet, la violation des stipulations contractuelles met en œuvre une sanction unilatérale à l'encontre de la partie fautive. Ce pouvoir de sanction contractuel et unilatéral, en dehors de toute instance, confère aux acteurs privés un pouvoir de régulation sur les réseaux numériques.

47. Il s'agira donc dans le cadre de ces travaux de démontrer, d'une part que les contrats et les clauses contractuelles sont au cœur de la régulation des réseaux numériques. Cette démonstration se fera, nécessairement, par la mise en exergue de la fonction normative des clauses contractuelles qui puisent leur force dans la multiplicité des figures contractuelles dont le champ d'action semble extensible à l'infini. D'un autre côté, la technique contractuelle de création d'obligations, permet d'encadrer et de sanctionner les comportements contraires aux règles contractuelles sur les réseaux numériques.

48. Il s'agira, d'autre part, de mettre en exergue le rôle de réceptacle de règles d'origine privée élaborées par les acteurs de la régulation des réseaux numériques joué par le contrat. Pour les acteurs de l'Internet, le contrat semble constituer le creuset idéal de diffusion de règles pragmatiques à vocation normative. La fonction normative de ces règles se

98 Ainsi, la formation du contrat fait apparaître une expression progressive du consentement : l'acceptation de l'offre est suivie d'une confirmation nécessaire. De même, l'exécution du contrat peut être instantanée et totalement dématérialisée.

99 J.-C. Hallouin et H. Causse, *Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique*, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, édité par l'Université de Poitiers, 2005, T. Verbiest, *Le nouveau droit du commerce électronique*, Larcier, 2005, X. Linant de Bellefonds, *Le Droit du commerce électronique, Que sais-je ?* PUF, 2005, F. Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, L.G.D.J., Paris, 2003, *Le contrat électronique*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, journées nationales, Tome V/Toulouse-2002, Edition Panthéon-Assas, L.G.D.J., Paris, 2002. V. également M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, Litec, Paris, 1999

manifeste par le biais du renvoi contractuel et aussi par la technique de la contractualisation des règles légales qui permet de véhiculer des règles juridiques plus adaptées et propres aux activités sur le réseau Internet. Ainsi, cette thèse sur la régulation contractuelle de l'Internet fera l'objet d'une présentation en deux parties. Une première partie dans laquelle le contrat sera présenté comme le « macroélément » de la régulation des réseaux numériques et une deuxième partie où il s'agira d'étudier de façon très détaillée les règles mises en œuvre dans le cadre de cette régulation contractuelle.

PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT AU COEUR DE LA REGULATION DES RESEAUX NUMERIQUES

DEUXIEME PARTIE : LES REGLES DE LA REGULATION CONTRACTUELLE DES RESEAUX NUMERIQUES

PREMIÈRE PARTIE :

LE CONTRAT AU CŒUR DE LA RÉGULATION DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

49. Sur les réseaux numériques, tout se passe bien souvent comme si le contrat était la seule loi des acteurs privés. Pour ces derniers, le contrat est la loi du réseau de sorte qu'en l'absence du contrat il ne saurait exister d'autres obligations juridiques. Car sur le réseau Internet, tout commence par un contrat et tout fini par le contrat. C'est le contrat qui ouvre l'accès au réseau Internet et donc qui établit la conduite à y tenir, c'est aussi le contrat qui met fin à cet accès et à l'utilisation qui en est fait. La multiplicité des figures contractuelles mises en œuvre par les acteurs privés rend bien compte de leur volonté de définir clairement à l'égard des usagers les règles d'accès et d'utilisation des réseaux numériques. Le contrat devient alors la source de la régulation de l'accès et de l'utilisation des réseaux numériques. L'instrumentalisation des clauses contractuelles par la création d'obligations de bonne conduite assure aux acteurs des réseaux numériques un certain contrôle des comportements des usagers. Le non-respect de ces obligations contractuelles entraîne des sanctions, bien souvent unilatérales, à l'encontre du contrevenant. Ce faisant, les clauses contractuelles se voient doter d'une fonction normative qui apparaît comme essentielle dans le processus de régulation du réseau Internet (Titre I).

50. Cette instrumentalisation des clauses contractuelles pour la régulation de l'Internet n'est pas uniquement le fait des acteurs privés. Il semble que le législateur et les juges étatiques y recourent en obligeant les acteurs privés à lutter contractuellement contre les contenus illicites. De ce fait, la technique contractuelle devient l'instrument principal de la régulation des réseaux numériques (Titre 2). Ces recours récurrents au contrat démontrent clairement que celui-ci demeure incontournable dans la régulation des réseaux numériques. Ainsi, la signature d'un contrat sur les réseaux numériques déclenche un processus de

régulation qui dotent les clauses contractuelles d'une fonction normative qui se manifeste par la soumission des contractants aux obligations de bon comportement et de bon usage du réseau Internet. Il est évident qu'une telle soumission n'aurait pas été possible en l'absence de liens contractuels sur les réseaux numériques. Mais quel est le domaine de cette régulation contractuelle ? Tous les contrats conclus sur le réseau Internet participent-ils à cette fonction de régulation ou existe-t-il des contrats particuliers affectés à cette tâche ?

TITRE 1 :

LA FONCTION NORMATIVE DES CONTRATS SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

51. La multiplicité des figures contractuelles rencontrées sur le réseau Internet ne permet pas de dresser un inventaire sérieux ni un comptage des différents contrats susceptibles d'être conclus sur la toile mondiale. Cependant, cette diversité des pratiques contractuelles rend compte du succès du contrat en tant qu'instrument de régulation sociale.

Comme l'a démontré Jean-Jacques Rousseau¹⁰⁰, le contrat constitue la première manifestation de la régulation des rapports sociaux entre les individus d'une même cité. C'est le contrat qui permet aux individus de la cité d'entrer en interaction et de poser les fondements de leurs rapports futurs et éventuels. Le contrat étant ainsi l'élément primaire de la socialisation de l'individu, la cité virtuelle mondiale qu'est l'Internet ne pouvait donc échapper à une telle socialisation et en demeure le terroir de fécondité.

52. Les contrats qui intéressent de près ou de loin les activités se pratiquant sur le réseau Internet sont « légions » et de différentes moutures. Certains contrats rencontrés semblent réguliers et familiers¹⁰¹, d'autres restent « *singuliers dans leur économie, originaux dans leurs objectifs* »¹⁰², voire quelquefois insolites¹⁰³. Ceci s'explique par le fait que le

100 J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Document électronique du CNRS : <http://gallica.bnf.fr> . Les multiples théories contractuelles ont en commun d'être indissociables de l'idée de nature et considèrent que la société et l'Etat ne sont pas des phénomènes naturels mais le résultat d'une création humaine et volontaire. Il existe deux grands types de contrats. Le premier dit "contrat de gouvernement" est conclu entre les individus et le souverain qui acquiert dès lors la souveraineté. Le deuxième type de contrat est un pacte d'association où l'individu décide d'abandonner l'état de nature pour se constituer en corps social. C'est avec Rousseau que l'on trouve la formulation la plus aboutie de ce contrat.

101 Par ex. : les contrats de fourniture d'accès à Internet, contrats d'hébergement de site web, contrats de constructions de site web.

102 M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, op. cit., p. 3

103 Par ex. : les contrats destinés à concevoir et organiser une galerie marchande virtuelle

domaine contractuel est par essence celui de la liberté¹⁰⁴. Aussi, l'imagination débordante des acteurs et utilisateurs du réseau mondial donne-t-elle naissance à un foisonnement de contrats dont le recensement et la classification semblent une entreprise périlleuse. Pour ne pas s'embourber dans une savante recherche de classification, au demeurant utopiste et arbitraire, il conviendra de rester pragmatique et de conduire cette analyse des contrats sous l'angle des pratiques dominantes sur le réseau Internet. Il est clair que la régulation contractuelle de l'Internet débute au seuil de l'accès. Cet accès au réseau Internet est primordial pour tout acteur et utilisateur, c'est le commencement de toute chose. De ce fait, les toutes premières règles de l'Internet seront formulées dans le contrat d'accès. Ces règles véhiculées par les contrats dits d'accès au réseau Internet sont élaborées par les professionnels de l'accès à l'Internet, appelés « fournisseurs d'accès et de services Internet (F.A.I.) » ou en anglais « *access provider* ».

53. Mais l'accès à l'Internet ne fait pas naître qu'un simple « contrat d'accès ». Très souvent un seul et même contrat peut avoir plusieurs objets. Ainsi l'accès à l'Internet et l'hébergement d'un site web sont souvent offerts par le même contrat. D'un autre côté, ce même contrat peut aussi contenir une offre de construction du site à héberger. L'accès au réseau Internet met donc en œuvre diverses pratiques contractuelles qu'il conviendra d'analyser en profondeur afin de mettre en relief leur fonction normative (**Chapitre 1**).

54. L'accès au réseau Internet ouvre ensuite sur son utilisation. Plusieurs entités peuvent être regardées comme utilisateurs du réseau, le particulier lambda à la plus grande entreprise multinationale, sans oublier les administrations publiques et les associations à but non lucratif. L'utilisation du réseau génère aussi un grand nombre de contrats que l'imagination des contractants permet aisément. Ces contrats imposent les règles que tout usager du réseau doit respecter. L'utilisation des réseaux numériques fait donc l'objet d'une véritable régulation contractuelle qu'il conviendra aussi d'analyser (**Chapitre 2**). Mais dans la mesure où les usages sont multiples sur le réseau mondial, seules les pratiques dominantes seront étudiées. Toutefois, cette étude ne concernera pas certains contrats liés aux échanges de

104 Cette liberté contractuelle se réduit de plus en plus à sa plus simple expression : Liberté de contracter ou de ne pas contracter et dans une certaine mesure liberté de déterminer l'objet du contrat. V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} édition, Dalloz, 2005

bien, notamment, les contrats de vente de biens matériels. Ces contrats de vente de biens matériels même conclus en ligne ne présentent pas une grande fonction normative qui mériterait d'être soulignée dans le cadre de cette étude. Il s'agira essentiellement des contrats liés à la recherche d'informations sur le réseau Internet et des conventions pour l'établissement des liens hypertextes. Toutes ces pratiques créent des contrats dont les clauses originales et ingénieuses sont porteuses de règles de régulation du réseau Internet. Chaque catégorie de contrats contient un ensemble de clauses dont la fonction est d'établir des règles d'accès et d'utilisation du réseau Internet. L'accès au réseau Internet et son utilisation sont donc les domaines privilégiés de cette régulation contractuelle.

CHAPITRE 1 :

LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DE L'ACCÈS AUX RÉSEAUX NUMÉRIQUES

55. L'accès au réseau Internet est régulé par une multitude de contrats. Il peut s'agir de simples contrats d'accès et d'hébergement ou de contrats plus complexes, tels que les contrats de réalisation et de conception de site web ou d'enregistrement de nom de domaine. Ces figures contractuelles sont à la base de la régulation des réseaux numériques avec leur cortège de clauses permettant ou interdisant certains comportements des internautes. L'accès à la toile mondiale est donc encadré par un réseau de contrats qui établissent les règles à respecter. Toutes les entrées sur le réseau mondial sont ainsi balisées par le contrat.

56. L'accès au réseau Internet marque, de toute évidence, le premier pas de l'utilisateur dans l'Internet juridique, matérialisé par la signature d'un contrat d'accès et/ou d'hébergement. Les questions soulevées par l'entrée sur le réseau mondial sont donc réglées de façon assez classique par le contrat¹⁰⁵. La relation juridique entre l'utilisateur du réseau et le fournisseur d'accès est une relation contractuelle qui fait naître des obligations à la charge des parties¹⁰⁶. Si les contrats d'accès au réseau sont souvent pensés par le grand public comme des contrats offrant aux utilisateurs un accès direct à l'Internet, ils apparaissent aussi comme des contrats multiservices.

57. Ainsi, un contrat d'accès Internet peut aussi offrir l'hébergement du site web du client ou encore un fournisseur d'accès peut très bien endosser le rôle d'hébergeur de site web. Dans la mesure où ces fonctions ne sont pas incompatibles, il arrive qu'une seule et même entité fournisse aisément ces multiples services. Mais pour la clarté de l'analyse juridique, il apparaît nécessaire d'isoler chacune de ces fonctions qui appellent une construction contractuelle particulière et des clauses propres¹⁰⁷.

105 Olivier Hance, *Business et Droit d'Internet*, op. cit. p. 57

106 Ibid,

107 En réalité, seules les clauses relatives à l'objet du contrat peuvent être regardées comme des clauses propres à chaque contrat. Pour les autres clauses, il s'agit dans la majorité des cas de clauses-types ou clauses uniformisées.

Les contrats d'accès (**Section 1**) seront donc distingués des contrats d'hébergement de site web (**Section 2**), même si dans la pratique ces constructions contractuelles peuvent faire l'objet d'un seul et même acte juridique. C'est cette mosaïque de contrats qu'il convient maintenant de présenter dans le détail.

SECTION 1 :

Les contrats d'accès à l'Internet

58. Les contrats d'accès au réseau mondial peuvent ne pas présenter les mêmes rédactions suivant les fournisseurs. Mais dans le fond, il s'agit d'offrir les mêmes prestations. Si chaque acteur peut avoir sa propre construction contractuelle, les clauses rencontrées sont assez courantes et font naître les mêmes obligations d'un fournisseur à l'autre.

59. Ces contrats, qui incluent une multitude de services, concernent soit des professionnels, soit de simples particuliers ou consommateurs. Le contrat d'accès proprement dit est celui conclu entre un professionnel appelé fournisseur d'accès Internet (FAI) et sa clientèle civile ou commerciale. Ce contrat contient des clauses qui lui donnent une véritable fonction normative, et permet de réguler de façon pragmatique l'accès à l'Internet.

60. Mais bien avant de remplir leur rôle de fournisseur d'accès, ces professionnels doivent eux-mêmes avoir un accès au réseau Internet. Ils signent à cet effet une première convention avec les propriétaires des infrastructures de télécommunication. Ainsi en France, les fournisseurs d'accès doivent signer une convention appelée « contrat kiosque micro » avec l'opérateur historique national France Télécom¹⁰⁸. Ce contrat kiosque d'accès contient dans certains de ces aspects des règles contractuelles de régulation du réseau Internet qu'il convient d'étudier en premier lieu (§1) avant d'envisager le lot des contrats d'accès proprement dit, signés par les fournisseurs d'accès et leurs clientèles (§2).

108 Contrat kiosque micro de France Télécom (version du 26 juin 2002) reproduit dans l'ouvrage collectif sous la responsabilité de M. Vivant, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Formulaire*, 2005, n°III-156. V. aussi, M. Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux, réédition* 2006, n° 2272 et s.

§ 1 : Le contrat kiosque d'accès Internet

61. France Télécom, en tant qu'opérateur de télécommunication historique en France, jouit d'une position prépondérante sur le marché de l'accès à l'Internet. Cette position privilégiée lui permet de jouer un rôle prédominant dans ce secteur d'activité. Ainsi, France Télécom contrôle l'ensemble des segments de l'accès au réseau Internet puisque c'est son réseau téléphonique local qui est utilisé dans la très grande majorité des cas¹⁰⁹. C'est aussi sa filiale, Transpac, qui assure la connexion de la quasi-totalité des fournisseurs d'accès au réseau Internet sur le territoire français. L'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications n'a semble-t-il pas remis en cause cette position dominante de France Télécom qui continue de jouir d'un monopole de fait sur le réseau téléphonique commuté traditionnel¹¹⁰. C'est donc par une sorte de contrainte technique que les fournisseurs d'accès se voient proposer cette convention kiosque par France Télécom. Une brève présentation de ce contrat particulier **(A)** permettra de mettre en exergue sa fonction normative dans l'accès aux réseaux numériques **(B)**.

109 M. Vivant et *al.* Lamy informatique et réseaux, op. cit. n°1979

110 Cependant, aujourd'hui, l'accès à l'Internet haut débit s'affranchit de plus en plus de la ligne téléphonique commutée en utilisant d'autres canaux de transmission que sont le câble, le satellite et la téléphonie mobile. Même au niveau de la ligne téléphonique, l'ouverture à la concurrence de la boucle locale téléphonique par le décret du 12 septembre 2000 relatif à l'accès à la boucle locale (D. n°2000-881, 12 sept.-2000, JO du 13 sept.-2000, p. 14343), permet aujourd'hui le dégroupage total des lignes téléphoniques, désormais gérées directement par les fournisseurs d'accès Internet. V. M. Vivant et *al.*, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux, réédition 2006*, n° 1981 et s

A- La présentation générale du contrat Kiosque d'accès Internet

62. Le contrat kiosque d'accès à Internet a pour objet de définir les droits et obligations des parties dans le cadre de la fourniture aux utilisateurs d'un service télématique interactif consultable uniquement à partir d'un micro-ordinateur ou de tout autre équipement ou terminal supportant le protocole de communication IP. En clair, l'objet du contrat est d'assurer au fournisseur dans certaines conditions un accès spécifique au réseau Internet. Il s'agit pour l'opérateur France Télécom d'offrir aux fournisseurs d'accès la possibilité de rendre leur service d'accès à l'Internet effectif, pour tous les utilisateurs du réseau France Télécom se connectant depuis la France.

63. La recherche de la catégorie juridique à laquelle se rapporte le contrat kiosque d'accès conduit à envisager la qualification de contrat de louage de chose au sens de l'article 1709 du code civil¹¹¹. Mais la convention kiosque se rapproche aussi d'une opération de commission qui permet à France Télécom d'assurer la facturation et le recouvrement des sommes représentant à la fois le prix de ses prestations propres et la rémunération du fournisseur de service d'accès correspondant aux frais d'utilisation de ce service par l'abonné. En ce sens, le contrat met en œuvre une prestation de service à la charge de l'opérateur historique et peut aussi être analysé comme un contrat de louage d'ouvrage au sens de l'article 1710 du code civil.

64. Cette difficulté de qualification juridique du contrat kiosque d'accès à l'Internet s'explique par le fait qu'il fait naître plusieurs obligations à la charge de chacune des parties. C'est un contrat rédigé suivant le modèle des contrats d'adhésion. De ce fait, les obligations contractuelles s'imposent directement au fournisseur d'accès sans que celui-ci ait le pouvoir de les modifier de manière significative. Certes, les fournisseurs peuvent toujours modifier certains aspects du contrat, mais il ne s'agit en réalité que des modalités optionnelles ouvertes à leurs choix.

65. Le contrat fait naître deux types d'obligations, une principale, l'autre accessoire.

¹¹¹ « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* »

L'obligation principale, s'agissant de France Télécom, est la mise à la disposition du fournisseur de la partie de son infrastructure de télécommunication permettant l'accès à l'Internet. Cela implique concrètement l'attribution d'un code d'accès au fournisseur sur le réseau de France Télécom. Ce dernier doit également permettre et assurer de façon conséquente la fluidité du trafic informationnel sur son réseau.

66. Pour ce qui concerne les obligations accessoires de France Télécom, elles concernent la mise en place d'une assistance technique par téléphone ou d'une maintenance technique par déplacement d'agent. La mise en œuvre de la convention kiosque oblige France Télécom à reverser au fournisseur d'accès les sommes correspondant aux frais d'accès payées par les utilisateurs du service.

Dans la mesure où il s'agit de contrats signés entre professionnels, les dispositions d'ordre public s'appliquant aux contrats de consommation sont écartées. Mais les principes du « solidarisme contractuel »¹¹² trouveront ici matière à s'appliquer, notamment, le principe d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles qui permet d'établir un certain équilibre entre les prestations des différentes parties au contrat. L'analyse des obligations du fournisseur d'accès met en exergue la fonction normative du contrat kiosque qui permet ainsi une certaine régulation de l'accès aux réseaux numériques.

B- La fonction normative du contrat kiosque d'accès Internet

67. Le contrat kiosque met à la charge du fournisseur d'accès à l'Internet différentes obligations dont certaines apparaissent, souvent, sans rapport direct avec l'objet du contrat. Ces obligations indirectes sont primordiales dans la relation contractuelle et ont pour but d'instaurer une sorte de régulation de l'accès au réseau. Ainsi, il est rappelé au fournisseur la nécessité de respecter la loi et les règles déontologiques. Le contrat stipule clairement que le fournisseur d'accès à l'Internet « *s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur* » ou

112 Ch. Jamin, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », Et. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 et s. D. Mazeaud, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », in *L'avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Edition du Juris-Classeur, 1999, p.603 et s.

« s'engage à fournir un service respectant le code de déontologie, et à ne pas donner accès à des services non conformes audit code ou contraire aux lois et règlements en vigueur »¹¹³. Il est précisé dans le contrat que le code de déontologie figurant en annexe fait partie intégrale du contrat kiosque d'accès.

68. Il est remarquable que ce souci du respect de la déontologie se retrouve dans tout le corps du contrat. Il est ainsi demandé au fournisseur d'accès d'assurer une identification des utilisateurs, et de ne pas rendre accessible son service à des mineurs sans autorisation parentale expresse ou de prendre toutes les dispositions nécessaires pour sécuriser l'accès à son service afin que seuls les utilisateurs identifiés de façon certaine puissent y accéder. Le respect de la déontologie oblige enfin le fournisseur d'accès à être transparent, loyal, et à refuser la diffusion sur son service de message à caractère violent ou pornographique à destination des mineurs. Ce rappel contractuel des dispositions légales et déontologiques confère une véritable fonction normative au contrat kiosque au sein même de l'accès au réseau Internet.

69. Pour ce qui concerne les obligations ayant un lien direct avec l'objet du contrat, il s'agit essentiellement pour le fournisseur d'accès de mettre en œuvre les moyens techniques nécessaires afin de fournir un service conforme aux stipulations contractuelles. L'inexécution de ses obligations contractuelles par l'une des parties permet à l'autre de demander la résiliation du contrat, par une simple lettre recommandée un mois après une mise en demeure restée sans réponse. Le contrat prévoit la faculté pour France Télécom de suspendre l'exécution de sa prestation sans mise en demeure préalable en cas de non-respect par le fournisseur d'accès des règles déontologiques ou légales. Il s'agit là d'un véritable pouvoir qui fait de France telecom une autorité de fait pour l'accès au réseau Internet.

70. Il est à noter que la suspension ou la résiliation n'ouvre droit à aucune indemnité pour un éventuel préjudice direct ou indirect subi. Cette absence d'indemnisation est aussi de rigueur lorsque la suspension du contrat est motivée par des poursuites pénales, sur l'initiative du ministère public, à l'encontre du fournisseur d'accès, jusqu'à la date du jugement. Et en cas de condamnation judiciaire du fournisseur d'accès en raison du service offert, France

113 V. M. Vivant et al. *Lamy informatique et réseaux*, op. cit., n°2274 et s.

Télécom s'arroge le droit de résilier d'office et sans indemnisation le contrat précédemment suspendu.

71. Le fournisseur d'accès dispose quant à lui d'une action en paiement contre France Télécom en cas de non-reversement des sommes liées à la prestation kiosque. La mise en œuvre de cette action dont dispose le fournisseur d'accès est strictement encadrée par les clauses de la convention kiosque. Ces modalités contractuelles de reversement empêchent en pratique l'exercice d'une action judiciaire par les fournisseurs d'accès. Toute procédure judiciaire ou tout différend susceptible d'affecter le paiement des sommes dues par France Télécom au titre de la convention kiosque, doit être obligatoirement notifié à son service chargé des reversements. Le contrat kiosque d'accès à Internet privilégie en cas de litige la procédure amiable pour le règlement du différend.

72. Le contrat kiosque pose en quelque sorte les premiers jalons de l'Internet juridique. Ainsi, dès son accès, le réseau Internet apparaît comme un espace encadré par un droit, certes privé et contractuel, mais un droit quand même. Ce premier niveau de régulation est complété par un second niveau, plus complexe et varié, qui concerne les relations contractuelles mettant en rapport les fournisseurs d'accès et les utilisateurs du réseau Internet.

§2: Les contrats mis en œuvre par les fournisseurs d'accès à Internet

73. C'est le fournisseur d'accès qui offre à l'internaute la « clé » d'accès au réseau Internet par la signature d'un contrat d'accès. Ainsi, sans entrer dans les détails techniques, l'internaute qui veut accéder au réseau mondial devra passer un contrat avec son fournisseur d'accès. Ce contrat généralement pré-rédigé par ce dernier est donc un contrat d'adhésion. L'internaute n'a de liberté que de signer ou d'aller voir chez le concurrent. Et dans ce domaine, la concurrence ne manque pas.

74. La libéralisation du marché des télécommunications s'est caractérisée par une forte concurrence entre les nouveaux opérateurs. Ce qui a produit une baisse rapide des prix avec une qualité des services variant d'un opérateur à l'autre. En France, les internautes disposent d'un large panel de choix. Un baromètre des fournisseurs d'accès a même été publié en juin 2004 sur le site : . Ce baromètre a consacré « AOL TIME WARNER » fournisseur d'accès préféré des internautes en 2004 devant WANADOO INTERACTIVE , CLUB INTERNET, FREE, TISCALI¹¹⁴, NEUF TELECOM, TELE 2, NOOS, etc. De l'accès gratuit à l'accès payant sans oublier la panoplie des services optionnels, tout y est proposé.

75. Ces contrats d'accès à Internet sont conclus généralement par la signature, hors réseau, d'un document écrit renseigné et téléchargé à partir du site du fournisseur d'accès ou transmis en même temps que le kit de connexion. Toutefois, il arrive que certains fournisseurs proposent la conclusion en ligne du contrat d'accès. C'est le cas du fournisseur d'accès américain COMPUSERVE inc., qui permet la conclusion du contrat d'accès par le chargement d'un programme de connexion, la communication en ligne des données à caractères personnels et la transmission du numéro de la carte de paiement. Toutes ces manipulations valent acceptation de l'offre d'accès.

76. L'exercice du droit de rétraction est expressément prévu par la plupart des contrats d'accès même s'il doit se faire par voie électronique, notamment par l'envoi d'un courrier électronique. La majorité civile est exigée pour tout abonné. La prise en compte de la capacité

114 L'opérateur Tiscali a été racheté par Telecom Italia France et exerce son activité sous le nom d'*Alice*

juridique des internautes est assez manifeste dans les contrats d'accès. Ainsi, les conditions générales de vente du fournisseur CLUB INTERNET stipulent que : « *l'abonné ou utilisateur déclare être âgé d'au moins 18 ans ou être titulaire d'une autorisation parentale lui permettant de s'inscrire ou d'utiliser le service* »¹¹⁵. Mais en pratique, les fournisseurs n'ont aucun moyen de vérifier la véracité de telles informations.

77. L'objet du contrat est d'organiser l'accès en vue de permettre l'utilisation du réseau Internet¹¹⁶. Le fournisseur d'accès a donc pour mission de mettre à la disposition des utilisateurs les moyens techniques leur permettant de se connecter à l'Internet. C'est pourquoi ces contrats contiennent des stipulations relatives à l'usage que l'abonné devra faire du réseau. Il s'agit d'indications précisant le ou les comportements que l'abonné devra adopter ou éviter d'adopter sur le réseau Internet. Le contrat d'accès est aussi le moyen utilisé par les fournisseurs d'accès pour la gestion de leur responsabilité délictuelle. Dans la mesure où il s'agit, la plupart du temps, d'un contrat d'adhésion, les abonnés n'ont pas la possibilité de négocier les stipulations contractuelles qui leur sont imposées et auxquelles ils se soumettent par résignation. Toutefois, le contenu du contrat varie en fonction de la qualité du contractant, simple particulier ou cyber-commerçant. Ce dernier ayant plus de manœuvres que le premier.

78. L'analyse approfondie des contrats d'accès montre que leur portée excède largement la simple connexion au réseau mondial. Le contrat va bien au-delà de cette première finalité et met en œuvre une véritable régulation sur le réseau Internet¹¹⁷. Ainsi, de la simple prestation technique, le contrat débouche sur la régulation contractuelle de l'accès au réseau par l'insertion de clause contenant des règles de nature déontologique. Ces règles déontologiques, contenues dans les chartes signées par les professionnels du secteur et dans leurs codes de conduite et de déontologie, sont traduites dans le contrat d'accès et visent en réalité à donner une image rassurante des fournisseurs d'accès et faire de l'Internet une zone de sécurité juridique. Ainsi le contrat d'accès à Internet comporte un objet principal, qui est de fournir une connexion au réseau mondial (A). Cet objet principal du contrat d'accès cache

115 www.club-internet.fr/cgv

116 Selon M. Jacques Larrieu, « ce contrat permet d'assurer la connexion à Internet de l'équipement informatique de l'internaute. L'abonné va être mis en mesure de relier son micro-ordinateur au serveur du FAI de manière à pouvoir recevoir et envoyer des données sur le réseau. Il pourra ainsi surfer sur la toile », in *Droit de l'Internet*, Collection « Mise au point », Ellipses, 2005, p. 80.

117 . V. M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, Op. cit.

en réalité un autre plus ou moins occulte qui est d'assurer la régulation des comportements des utilisateurs des services Internet. Ce faisant, le contrat d'accès acquiert une fonction normative qu'il conviendra de mettre en lumière **(B)**.

A- L'objet du contrat mis en œuvre par les fournisseurs d'accès à Internet

79. L'objet du contrat d'accès est l'ouverture du réseau Internet à l'utilisateur ou l'abonné par le fournisseur d'accès via son infrastructure de télécommunication. Il a été observé que, dans la majorité des contrats d'accès, cet objet n'apparaissait pas toujours clairement formulé ou était sous-entendu, voire implicite. En principe, cette prestation qui est attendue du FAI¹¹⁸ est l'objet principal du contrat, cependant, à cette prestation principale s'ajoutent d'autres prestations secondaires **(1)**. De son côté, l'utilisateur ou abonné est tenu à une prestation assez classique qui est le paiement du prix de la connexion. La mise en œuvre de cette prestation traditionnelle dans le contexte des réseaux numériques fait apparaître certaines particularités **(2)**.

1- Les prestations du fournisseur d'accès à Internet

80. Le contrat d'accès à l'Internet met à la charge du fournisseur plusieurs prestations. La prestation principale du FAI consiste à connecter l'utilisateur du service au réseau Internet.

Ainsi, les conditions générales de vente du prestataire CLUB-INTERNET stipulent que : « *Club-Internet propose à toute personne un service permettant de connecter son équipement informatique, ordinateur et modem, au réseau de Club-Internet afin d'accéder à l'Internet* ». La plupart des contrats désignent cette prestation à la charge du fournisseur par le terme « service ». Le fournisseur s'obligeant ainsi à mettre le service à la disposition de l'utilisateur.

81. Cette prestation semble faire naître une obligation de moyens à la charge des fournisseurs d'accès. Les conditions générales de vente stipulent généralement que le fournisseur s'engage « *à tout mettre en œuvre pour assurer au mieux la permanence et la*

¹¹⁸ Désormais l'acronyme FAI sera utilisé en lieu et place des termes « Fournisseur d'accès à Internet ».

continuité de l'accès au service », ou « *n'est tenu que par une obligation de moyens* ». A l'analyse, la connexion au réseau Internet doit être distinguée de l'accessibilité des informations circulant sur ledit réseau. Si la mise à la disposition de l'utilisateur des informations circulant sur l'Internet peut et doit être regardée comme une obligation de moyens à la charge du FAI¹¹⁹ dans la mesure où ce dernier n'a aucun contrôle sur celles-ci, la permanence de la connexion au réseau Internet doit, quant à elle, être analysée en une obligation de résultat car elle est du ressort du FAI et constitue l'objet même du contrat d'accès.

82. Un jugement rendu le 2 juin 2004 par le TGI de Nanterre a décidé que le fournisseur d'accès AOL France était tenu d'une obligation de résultat consistant à fournir à ses abonnés l'accès à Internet¹²⁰. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 15 septembre 2005¹²¹. Ainsi pour la Cour de Versailles, AOL qui a contracté envers ses clients l'obligation de leur fournir la prestation promise « *est tenue non d'une simple obligation de moyens mais d'une obligation de résultat, la rendant présumée responsable de tout dysfonctionnement dont l'utilisateur n'est pas en mesure de connaître la cause et encore moins de rapporter la preuve d'une faute de son fournisseur* ». La clause par laquelle AOL se déclare n'être tenue qu'à une obligation de moyens et qui limite sa responsabilité en cas de dysfonctionnement a donc été jugée abusive.

83. L'accès à l'Internet permet aussi l'accès à d'autres services fournis par les FAI. Il s'agit de la faculté de créer une adresse électronique, de la mise à la disposition de l'utilisateur d'une capacité maximale de stockage des contenus personnels, de la fourniture d'une assistance technique en ligne ou téléphonique, de la fourniture d'un matériel de connexion et de certains logiciels coupe-feu, anti-virus ou de filtrage de contenu. Si l'abonné ou l'utilisateur est un consommateur, le FAI est tenu à une obligation d'information préalable sur les caractéristiques essentielles du service, les fonctionnalités et les modalités de paiement ou de résiliation de son abonnement.

119 Ce sigle sera utilisé en remplacement des termes « Fournisseur d'Accès Internet »

120 TGI Nanterre, 2 juin 2004, JCP G 2005, II, 10022, note, B. Fages. V. UFC/ AOL : Une obligation de résultat pour la fourniture d'accès à Internet, Actualité sur Légalis.net du 18/06/2004/, www.legalis.net.

121 CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 sept. 2005, SNC AOL France c/ UFC que Choisir, Com.-Com. élec., nov. 2005, p. 25 et s., note L. Grynbaum, Ph. Stoffel-Munck et C. Chabert.

84. Cependant, les FAI cherchent souvent dans leur contrat à limiter la portée de leurs obligations. Ainsi, il est assez souvent stipulé que « *le FAI ne garantit pas le taux de transfert ni le temps de réponse des informations sollicitées sur le réseau Internet* »¹²². L'obligation principale du FAI peut être limitée par la survenance d'évènements relevant de la force majeure ou résultant de la défaillance de la partie de l'infrastructure de télécommunication dont le FAI n'a pas la maîtrise. Cette limitation de l'obligation principale du FAI induit une limitation de sa responsabilité, voire une absence de responsabilité. Certaines clauses du contrat stipulent ainsi que : « *la responsabilité du FAI ne saurait être engagée en cas d'interruption du service pour des travaux de maintenance et/ ou d'amélioration des performances du réseau* ». Dans ces cas, le FAI s'engage seulement à rembourser à l'utilisateur abonné le montant correspondant au nombre de jours d'interruption durant lesquels ce dernier n'a pu se connecter à l'Internet.

84. Le 31 janvier 2003 a été publié l'avis 03-01 de la Commission des clauses abusives relatives au contrat de fourniture d'accès à l'Internet¹²³. Dans ce avis, la commission recommande que soient éliminées des modèles de conventions proposés au consommateur les clauses qui ont pour objet ou pour effet entre autres :

- d'exonérer le professionnel de toute responsabilité ou de la limiter excessivement, en cas de manquement à ses obligations contractuelles,
- de dégager le professionnel de son obligation d'assurer l'accès au service promis en cas de panne ou de limiter toutes les obligations du FAI à de simples obligations de moyens.

Cette recommandation est sans doute à l'origine des décisions déclarant abusives les clauses de limitation de responsabilité des prestataires techniques de l'Internet. Ces clauses abusives doivent être considérées comme non écrites et privées d'effet dans les contrats d'accès signés avec les consommateurs.

Le contrat d'accès met également des prestations à la charge de l'abonné ou utilisateur du service d'accès qu'il convient aussi d'analyser.

¹²² Ainsi, le FAI Club-Internet stipule dans ces conditions générales de vente que : « *Compte tenu des caractéristiques et des limites de l'Internet, Club-Internet ne garantit pas les taux de transfert ou les temps de réponse des informations circulant à partir de son centre serveur vers Internet* », www.club-internet.fr/cgv

¹²³ Etienne Wery, « *La Commission des clauses abusives émet une recommandation relative au contrat de fourniture d'accès à l'Internet* », actualité du 14 janvier 2003 sur www.droit-technologie.org

2- Les prestations de l'abonné ou utilisateur du service d'accès à l'Internet

85. En tant que contractant, les prestations à la charge de l'utilisateur du service d'accès à Internet semblent assez réduites. Le paiement du prix de l'abonnement ou de l'utilisation du service reste la prestation majeure à la charge de l'utilisateur. Mais, le contrat d'accès impose le respect préalable par l'utilisateur des conditions techniques liées directement à la fourniture du service.

S'agissant du respect de ces conditions contractuelles d'ordre technique, le client s'engage à utiliser le service selon les normes techniques spécifiées dans le contrat. Ainsi, le client devra par exemple utiliser le modem de connexion avec les caractéristiques techniques indiquées, utiliser le matériel informatique spécifié, les logiciels de protection et les anti-virus prévus. Cette dernière obligation perd toute sa pertinence dans la mesure où les FAI louent aux clients une partie de l'équipement nécessaire à la connexion au réseau. C'est ainsi que l'opérateur Free Telecom propose à tous ses abonnés Free Haut débit un modem de connexion, la « FREEBOX HD »¹²⁴, qui leur permet, non seulement, de se connecter à l'Internet, mais aussi d'avoir un service de téléphonie gratuit et illimité vers les postes fixes en France métropolitaine et à l'international ainsi qu'un accès à des chaînes de télévision en qualité numérique. Cette offre forfaitaire qui donne lieu à un abonnement au prix modéré d'environ trente euros par mois, a été reprise par la majorité des autres opérateurs en France.

86. S'agissant des prestations contractuelles d'ordre pécuniaire, ils concernent, l'obligation de payer le prix de l'abonnement incombant au client. C'est souvent un paiement mensuel couvrant toute la période de l'abonnement ou de l'utilisation du service. Le prix de l'abonnement comprend le prix de l'accès au service, le coût éventuel des communications téléphoniques et le coût des services supplémentaires. Le FAI Club-internet prévoit dans ses conditions générales de ventes de ses services que : « *l'abonnement est payable d'avance par tout abonné le premier jour de chaque période contractuelle...le paiement de l'abonnement forfait s'effectue par carte bancaire ou prélèvement automatique sur compte bancaire ou postal. L'abonné sera prélevé tous les trente (30) jours à compter de la date de sa souscription à l'abonnement* ». Club-internet se réserve le droit de reporter sur le prix de l'abonnement toute nouvelle taxe ou toute augmentation de taxe décidée par les autorités

124 <http://adsl.free.fr>

compétentes, et même la possibilité de modifier à tout moment le prix après une notification à l'abonné par courrier électronique ou postal ou encore par tout autre moyen avant l'entrée en vigueur du nouveau tarif. Toutefois, la possibilité de résilier l'abonnement est ouverte à l'abonné en cas de désaccord sur cette modification unilatérale du prix.

87. Tout retard ou défaut de paiement du prix du service entraîne, après l'envoi d'au moins un courrier de relance, dans un délai de dix jours, la suspension du service jusqu'à complet paiement. La non régularisation de la situation d'impayé entraîne à l'expiration d'un certain délai la résiliation définitive de l'abonnement. Il est à remarquer que cette résiliation définitive est opérée de plein droit par le FAI sans passer par une quelconque procédure judiciaire¹²⁵. Saisi éventuellement par l'internaute dont l'accès a été coupé pour non-respect des obligations contractuelles, le juge des référés ne fera que constater cette résiliation si les conditions contractuelles sont réunies.

Les obligations des parties au contrat d'accès ne s'arrêtent pas aux seules prestations techniques et pécuniaires décrites ci-dessus. Il est attendu de l'utilisateur qu'il fasse un bon usage du réseau auquel il demande l'accès. Cette obligation de bon usage du réseau confère au contrat d'accès une fonction normative qui fait de lui l'instrument principal de la régulation de l'accès aux réseaux numériques.

¹²⁵ La clause résolutoire de plein droit permet aux parties de soustraire la résolution du contrat à l'appréciation des juges.

B- La fonction normative du contrat d'accès à l'Internet

88. Les contrats d'accès aux réseaux numériques contiennent de nombreuses clauses imposant à l'utilisateur un certain comportement. Ces clauses véhiculent des règles de bonne conduite sur le réseau Internet et créent ainsi un environnement normatif dont le respect est obtenu grâce au mécanisme contractuel. L'utilisateur qui souhaite accéder au réseau s'engage à respecter les conditions générales d'utilisation du service, lesquelles dressent la liste des comportements admis ou prohibés sur le réseau mondial. Les règles qui encadrent l'accès aux réseaux numériques sont de plus en plus envisagées comme une composante du service sollicité. L'acceptation de ces règles véhiculées par le contrat se présente *in fine* comme la condition préalable à la prestation du service proposé.

89. Ces clauses normatives se présentent, d'abord, comme un manifeste rédigé par les FAI incitant au respect des lois nationales et internationales. Certains contrats d'accès stipulent que : « *l'utilisateur ou l'abonné s'engage à utiliser le réseau à des fins licites ou pour entreprendre des activités légales* ». L'abonné s'engage donc au respect des lois nationales et internationales en vigueur, notamment les droits de propriété intellectuelle, les droits extra-patrimoniaux, les lois relatives aux fichiers et aux systèmes informatiques et automatiques. Mais la difficulté ici, c'est que la légalité sur le réseau Internet est multiforme. Ce qui est légal dans un pays peut être illégal dans un autre. De la sorte, la légalité dont il est question ici ne concerne que les activités exercées à partir du territoire français ou accessible à partir de ce territoire ou encore destinées aux internautes français¹²⁶.

90. Par la suite, il a été donné d'observer dans les contrats la volonté des FAI de faire respecter et appliquer les règles corporatistes et déontologiques. Certains contrats précisent que l'utilisateur du service s'engage : «

- *à respecter les règles de bon comportement sur le réseau, notamment la Nétiquette¹²⁷ et les Acceptable Use Policies (A.U.P.)¹²⁸.*

126 L'affaire Yahoo ! permet de mesurer l'ampleur de ce problème. Cf. *Supra*, p. 20

127 Le contenu de cette notion sera étudié dans La seconde partie de la Thèse. V. *infra*, p. 185 et s.

128 Politique d'usages acceptables. V. O. Hance, op. cit. p. 360

- à respecter les engagements corporatistes, notamment, les règles de déontologie telles que les chartes, les codes de conduites ainsi que les règles et usages diffusés sur les sites web par leur propriétaire ».

Le respect des droits de propriété intellectuelle a été perçu ces dernières années comme une préoccupation majeure des FAI. Ainsi le 28 juillet 2004, a été signée, à Paris, une charte d'engagement pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique. Cette charte vise à endiguer le phénomène de l'échange de contenus piratés grâce aux logiciels « *Peer-to-Peer* » (P2P)¹²⁹. A travers cette charte, les FAI se sont engagés à attirer l'attention de leurs abonnés et utilisateurs sur le caractère illicite des échanges de fichiers piratés. Pour ce faire, les FAI, dans leurs contrats d'accès, rappelleront aux abonnés l'obligation de respecter les droits de propriété littéraire et artistique.

91. Enfin, ces clauses normatives s'intéressent au respect de la dignité humaine et à la protection des mineurs sur les réseaux numériques. Le FAI Club-Internet spécifie dans ces conditions générales de vente de ses services, à l'article 8, que : « *sous peine de résiliation de son abonnement forfait par Club-Internet, l'abonné ou utilisateur s'engage à respecter les conditions générales de vente, et tout particulièrement s'engage :*

- à ne pas diffuser...un contenu manifestement contraire aux réglementations en vigueur à ce jour en France et relevant, sans que cette liste soit pour autant limitative, de la pédophilie, de l'incitation à la haine raciale, de la négation des crimes contre l'humanité, de l'appel au meurtre, du proxénétisme et/ou portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou à tout autre droit ;
- à ne pas pratiquer le multipostage abusif de mails sans sollicitation des destinataires... ;
- à respecter la Nétiquette, les codes de conduite, usages et règles de comportement diffusés sur les sites web ;
- à ne pas se servir de sa connexion à Internet pour effectuer des actes de piratage ou utiliser, à des fins illicites et/ou illégales, les informations circulant sur le réseau ;
- à adopter un comportement normal et correct vis-à-vis du personnel de Club-Internet, et particulièrement vis-à-vis des centres d'appel ».

129 En français pair à pair.

92. La fonction normative du contrat d'accès permet donc de baliser le comportement de l'utilisateur du réseau Internet en l'obligeant à bien se conduire. Ainsi, dès son entrée sur le réseau mondial, l'utilisateur se trouve soumis à un ensemble de règles dont le respect est exigé pour obtenir la fourniture du service demandé. Les clauses du contrat d'accès étant uniformisées, ces règles s'imposent à tous les utilisateurs dans les mêmes termes grâce au mécanisme du contrat d'adhésion. La régulation mise en œuvre par le contrat d'accès aboutit donc à l'uniformisation des comportements. L'analyse des pratiques sur le réseau Internet révèle que ce résultat final recherché est en bonne voie d'être atteint. Même si le contrat d'accès ne permet qu'une relative prévention des comportements illicites sans vraiment dissuader les utilisateurs de mal se comporter sur la toile mondiale. Il concrétise, néanmoins, l'idée selon laquelle, c'est le contrat qui établit les règles d'accès au réseau Internet en établissant contractuellement la liste de ce qui y est permis et ce qui y est prohibé. Cette vision de la régulation des comportements sur le réseau Internet est renforcée par la mise en œuvre des contrats d'hébergement qui prévoient aussi d'autres règles d'accès aux réseaux numériques.

SECTION 2 :

Les contrats d'hébergement sur les réseaux numériques

93. Comme pour les contrats d'accès, il existe plusieurs présentations des contrats d'hébergement sur le réseau Internet. Les constructions contractuelles mettent en exergue une variété non négligeable de situations d'un contrat à un autre. Ces contrats devenus courants sur le réseau, s'uniformisent par la standardisation de leurs clauses. Mais l'analyse de leurs contenus met en relief des situations juridiques très variées et complexes qui poussent à un examen minutieux des pratiques rencontrées sur le réseau mondial.

94. Une première observation de ces contrats montre qu'ils n'ont pas un objet unique comme l'étude des contrats d'accès l'a déjà relevé. Ces contrats appelés abusivement contrat d'hébergement proposent, en réalité, plusieurs prestations qui induisent une variété de services, allant de la mise à disposition d'un espace disque à l'ouverture d'un compte de messagerie électronique, en passant par l'enregistrement du nom de domaine du site hébergé, voire la conception du site à héberger. Ainsi, les contrats d'hébergement peuvent proposer une seule de ces prestations comme ils peuvent les combiner toutes ensemble dans un seul et même contrat. Tout dépend de la pratique de chaque acteur et aussi de ses compétences techniques. Les contrats d'hébergement peuvent donc être des contrats multiservices proposant des prestations connexes ou complémentaires.

95. Dans le cadre de cette étude portant sur la régulation contractuelle de l'accès aux réseaux numériques il apparaissait nécessaire d'isoler ces différentes prestations dans la mesure où chacune d'elles peut faire l'objet d'un contrat distinct. Ainsi, il conviendra de distinguer les prestations ayant un lien direct avec l'hébergement de site web mais pouvant faire l'objet de contrats distincts des contrats d'hébergement proprement dit. Il s'agit, essentiellement, des contrats de conception et de réalisation de site web et des contrats d'enregistrement de nom de domaine. Ces contrats peuvent ainsi être regardés comme connexes ou complémentaires (§1) aux contrats d'hébergement proprement dit (§2). La variété des figures contractuelles rencontrées prouve l'étendue du champ de la régulation contractuelle de l'accès aux réseaux numériques.

§1- Les contrats complémentaires au contrat d'hébergement

96. Il s'agit pour l'essentiel des contrats de conception et de réalisation de sites web et des contrats d'enregistrement des noms de domaine Internet. Ces contrats peuvent précéder l'hébergement ou être concomitants à l'hébergement. Ces contrats peuvent aussi faire intervenir des prestataires autres que les hébergeurs, ces derniers se contentant de recevoir le site réalisé pour le placer sur leur serveur ou assurer la redirection des internautes afin de rendre le site accessible sur la toile mondiale. Mais il n'en demeure pas moins que des hébergeurs proposent de telles prestations, d'où l'intérêt d'examiner les contrats mettant en œuvre ces prestations en vue de permettre une nette compréhension des pratiques contractuelles sur le réseau Internet.

97. Ainsi pour la clarté de l'analyse juridique, seuls ces deux contrats connexes ou complémentaires au contrat d'hébergement seront étudiés quand bien même d'autres contrats pourraient s'y ajouter, notamment les contrats liés à la promotion et à la visibilité du site hébergé. Toutefois, ces contrats promotionnels ne seront pas éludés, ils seront amplement étudiés dans les chapitres suivants¹³⁰. Si la conception des sites web n'a pas vraiment posé de sérieux problèmes d'encadrement juridique (**A**), l'enregistrement des noms de domaine reste, au contraire, l'un des points névralgiques du réseau Internet (**B**). Ce dernier point a donc fait l'objet d'une régulation contractuelle à l'échelle mondiale dans le but d'éviter ou de réduire considérablement les conflits judiciaires liés à l'attribution des noms de domaine.

130 *Infra*, Chapitre 2

A- Les contrats de conception et de réalisation de site web

98. La mise en ligne du site web concrétise la présence durable de l'internaute sur le réseau mondial. Cet accès durable permet la mise en ligne de divers contenus permettant la densification de l'Internet. L'internaute qui veut mettre son site en ligne peut l'élaborer lui-même ou le faire élaborer par un prestataire spécialisé dans la conception et la réalisation de site web. Le site web ou site Internet est un programme informatique qui fait apparaître sous la forme d'une page visible sur l'écran de l'ordinateur un ensemble d'éléments composés de graphisme, de textes, de son, d'images et de vidéos reliés entre eux par des liens hypertextes¹³¹. Le contrat conclu à cet effet a donc un objet bien déterminé : la conception et la réalisation de site web (1). Mais la nécessité de prendre en compte les conséquences juridiques d'une telle création multimédia oblige les prestataires à régler par le contrat la question du sort des droits de propriété intellectuelle nés de la conception et de la réalisation du site web (2).

1- L'objet du contrat : la conception et la réalisation de site web

99. Sur le réseau Internet, nombreux sont les prestataires qui proposent aux internautes, qu'ils soient de simples particuliers ou des personnes morales, l'établissement d'un devis, suite à l'analyse de leur besoin, en vue de l'élaboration d'un site Internet moyennant une rémunération appropriée. Les prestations ainsi proposées sont effectuées sur la base d'un « contrat de conception et de réalisation de site web¹³² ». Ce contrat peut être présenté comme « *la convention par laquelle un prestataire de services s'engage à réaliser un site Internet pour toute personne désirant s'installer sur le réseau mondial moyennant une certaine rémunération*¹³³ ». Au niveau de la qualification juridique, ce contrat présente toutes les caractéristiques d'un contrat d'entreprise ou de louage de service au sens de l'article 1710 du code civil¹³⁴.

131 Les liens hypertextes sont un langage de programmation informatique qui permet de relier les pages web entre elles. V. *infra*, p. 109 et s.

132 La terminologie retenue peut varier d'un prestataire à un autre mais il s'agit du même contrat

133 C'est la définition retenue par F. Baillet in, « *Internet : le droit du cybercommerce* », op. cit.

134 Le contrat d'entreprise est nommé dans le code civil louage d'ouvrage et est défini comme « *un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

100. Il arrive que le même contrat de conception de site web propose également d'assurer la maintenance technique du site. Il s'agira, dans ce cas, d'assurer la mise à jour du site en l'adaptant aux évolutions technologiques du réseau Internet. Le contrat ne limite pas la prestation du concepteur aux seuls développements informatiques des pages web, il prévoit aussi un ensemble de prestations impliquant différentes étapes, allant de l'audit des besoins du client à la maintenance du site livré en passant par le contrôle de qualité de l'ensemble des pages et de l'arborescence¹³⁵.

101. La réalisation du site Internet par le prestataire donne, généralement, lieu à la rédaction d'un cahier des charges décrivant les différentes prestations désirées par le client. Ce cahier des charges est souvent intégré dans le contrat et se fonde dans l'ensemble des obligations du concepteur. Contrairement au cahier des charges qui contient des exigences personnalisées du client, les clauses du contrat de conception et de réalisation de site web sont les mêmes pour tous les clients dans la mesure où il s'agit dans la majorité des cas de contrats d'adhésion. Ces clauses portent essentiellement sur l'objet de la convention qui est la conception et la réalisation du site Internet. Le contrat peut aussi prendre en compte certaines prestations complémentaires telle que la maintenance et la mise à jour du site réalisé.

102. Les clauses fixent les modalités d'exécution du contrat, c'est-à-dire les différentes étapes de la réalisation du site avec la mise en œuvre d'une procédure de contrôle de la conformité du site au regard du cahier des charges. Ce contrôle prévoit la validation de la maquette du site à réaliser par le client et un test de fonctionnalité du site réalisé « in situ », c'est-à-dire en situation réelle sur le réseau. Un échéancier plus ou moins impératif fixant les différentes étapes de la conception est intégré dans le contrat. Le concepteur du site est tenu de se conformer aux objectifs définis dans le cahier des charges.

103. Le concepteur est donc tenu d'une obligation de résultat car il doit réaliser un site web en mesure de combler les attentes du client et de le satisfaire. Il est aussi tenu d'une obligation de confidentialité ou de non-divulgence des informations sensibles auxquelles il a accès dans le cadre de sa mission. Toutefois, cette obligation de confidentialité peut être atténuée par la stipulation d'une clause de mise en garde qui oblige les parties à une certaine

135 C. Rojinsky, *Les techniques contractuelles du commerce électronique*, Légicom n°21/22-2000/1 et 2 p. 107

gestion de leurs secrets d'affaires et invite le client à ne divulguer au prestataire que les informations qui ne sauraient a priori lui nuire.

104. Quant au client, ses obligations sont aussi variées. Outre, le paiement du prix convenu, il est tenu de fournir au prestataire toutes les informations nécessaires à la bonne réalisation du site. Certains auteurs y ont vu une obligation de collaboration au sens de celle qui existe en matière de conception de logiciel¹³⁶.

105. Certains contrats limitent le champ de l'obligation de résultat pesant sur le concepteur. Ainsi, celui-ci serait tenu d'une obligation de moyens pour l'exécution des différentes prestations attendues à moins qu'un calendrier ne soit établi. Dans ce dernier cas, le respect du calendrier établi met à la charge du concepteur une obligation de résultat. Mais pour cela, il faudra que le calendrier soit impératif et non prévisionnel. Cette limitation des obligations du prestataire à de simples obligations de moyens pourrait constituer une limitation abusive suivant les recommandations de la Commission nationale des clauses abusives. Le client peut mettre en œuvre la responsabilité du concepteur en prouvant une faute de sa part. A l'égard du client, le prestataire se dégage de toute responsabilité liée aux préjudices directs ou indirects résultant de l'exploitation du site conçu.

106. L'usage, dans ce milieu, étant de reproduire le travail déjà effectué pour l'attribuer à un autre client, la stipulation d'une clause d'exclusivité sur certains développements est prévue par le contrat moyennant une rémunération supplémentaire. Ce qui permet d'assurer au site ainsi conçu une identité propre. Le contrat de conception et de réalisation de site Internet prévoit des cas de mise en jeu de la responsabilité contractuelle des parties. Il convient de relever que le prestataire, sans aller jusqu'à s'exonérer de toute responsabilité, prévoit dans le contrat des cas de limitation de responsabilité, notamment pour ce qui concerne les violations des droits de propriété intellectuelle que la réalisation du site pourrait entraîner.

107. La question du sort des droits de propriété intellectuelle semble insuffisamment prise en compte par le contrat. Ce qui pourrait entraîner un contentieux relativement important

136 M. Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, réédition 2006, n°2304

dans ce domaine. Mais cette situation se comprend aisément dans la mesure où, sur les réseaux numériques, les droits de propriété intellectuelle semblent « la chose la mieux ignorée » des internautes, d'où la nécessité d'organiser leur protection par le contrat.

2- Le sort des droits de propriété intellectuelle

108. La question des droits de propriété intellectuelle générés par la conception et la réalisation du site web ne semble pas constituer une préoccupation majeure des contractants. Cette négligence du sort des droits de propriété intellectuelle lors de la réalisation du site web se traduit par une insuffisante prise en compte de cette question aussi épineuse dans les clauses du contrat **(a)**. En pratique, peu sont les internautes ou les prestataires de services Internet qui appréhendent la construction de site web en terme de droits de propriété intellectuelle. Construire un site peu très vite apparaître comme un simple jeu. Mais un jeu aux conséquences juridiques insoupçonnables. Cependant, le faible nombre de contentieux rencontrés dans ce domaine témoigne soit de l'indifférence des acteurs, soit de l'efficacité des solutions contractuelles **(b)**

a- L'insuffisante prise en compte de la question du sort des droits de propriété intellectuelle par les contractants

109. Le respect des droits de propriété intellectuelle est prévu dans certains contrats, non seulement pour le site à construire mais aussi pour tous les éléments visuels, sonores et techniques utilisés pour la construction. L'accent semble être mis sur la « titularité » des droits portant sur les différents composants du site conçu. Il est ainsi spécifié que : « *le client s'assure de détenir tous les droits de propriété intellectuelle sur les images, les effets sonores, les vidéos ainsi que les logiciels fournis par lui pour la construction de son site* ». Dans cette perspective, si le client souhaite intégrer sur son site des documents écrits, des photographies, de la musique, des logos, des œuvres d'art, des dessins animés, des vidéos et des bases de données ou toutes autres choses qui ne lui appartiennent pas, il devra, avant toute intégration de ces éléments, disposer des autorisations écrites des titulaires des droits.

110. Cette autorisation est nécessaire pour la reproduction sous forme numérique de ces éléments afin de les intégrer au site à construire. Toutefois, les contrats précisent que cette autorisation n'est pas exigée en cas d'utilisation de ces œuvres dans le cadre des exceptions prévues par la loi, notamment, « *les exceptions de citation, de parodie, d'utilisation à des fins éducatives ou la liberté d'expression* ».

111. Les prestataires rejettent toute responsabilité en cas de violation des droits des tiers du fait des composants fournis pour la réalisation du site et se réservent le droit d'appeler le client en garantie en cas d'assignation en justice. Une clause du contrat prévue à cet effet stipule que : « *les parties attestent être chacune propriétaire du matériel fourni ou être autorisée à l'utiliser pour l'élaboration du site et que l'usage de ce matériel n'est pas contraire à la loi et aux règlements en vigueur* ».

112. Pour ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle sur le site Internet construit et sur les composants fournis par le concepteur et sur lesquels il possède des droits, une stipulation du contrat prévoyant la cession des droits au client pourrait régler la question. Mais dans l'ensemble, les contrats restent muets sur ce sujet. Ce qui risque de poser de sérieux problèmes en cas de litiges entre les parties après la conception du site web. La question de la « titularité » des droits sur le site construit est un sujet très préoccupant et une grande instance internationale comme l'O.M.P.I.¹³⁷ recommande vivement aux cocontractants de conclure une convention indiquant clairement par écrit le titulaire des droits sur chacun des éléments du site construit¹³⁸.

113. En France, il a été jugé que le site Internet, en tant que tel, est une œuvre de l'esprit¹³⁹ protégeable au titre des droits d'auteur¹⁴⁰ à condition de présenter une certaine originalité¹⁴¹. Dans une décision rendue le 12 janvier 2005, la Cour d'appel de Paris a, en effet, décidé que le site Internet d'une société, « *par sa présentation, l'organisation de ses*

137 Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle : www.OMPI.org / www.wipo.org

138 L. Verbauwheide, *Propriété intellectuelle et commerce électronique : Comment s'occuper du site web de votre entreprise ?*, www.OMPI.org

139 Selon le *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, une œuvre de l'esprit est une : « *création intellectuelle qui, exprimée sous une forme originale, donne prise au droit d'auteur, sans considération du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination* » (M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli et C. Wallaert (ss. dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS Editions, Paris, 2003, p. 100).

140 J. Larrieu, « *Une définition plus raisonnable du domaine du droit d'auteur* », *Expertises*, mars 2005, p. 102

141 J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, op. cit., p. 94 et s.

rubriques, le choix de ses couleurs, ses logos, est une œuvre originale et à ce titre protégeable par le droit d'auteur »¹⁴². Un jugement du TGI de Lille est allé dans le même sens que la Cour de Paris en affirmant que : « *la présentation même d'un site et ses divers éléments, c'est-à-dire une page-écran (avec assemblage de texte, d'images et de liens), un graphisme, une animation ou une arborescence, peuvent être protégés par le droit d'auteur, sous réserve de présenter un caractère d'originalité suffisant pour prétendre à cette protection des œuvres de l'esprit* »¹⁴³.

114. Dans la mesure où le contrat d'entreprise n'emporte pas cession des droits d'auteur au maître d'ouvrage, la nécessité d'intégrer dans le contrat de conception et de réalisation de site web une clause portant cession des droits de propriété intellectuelle s'impose. Car la méconnaissance de cette question, lors de la conclusion du contrat, risque de causer, ultérieurement, de sérieux problèmes quand il s'agira d'exploiter le site déjà conçu. Il est clair que tant qu'une telle clause de cession des droits au client n'aura pas été stipulée, le concepteur du site demeurera le titulaire des droits d'auteur sur le site créé.

115. Cette même clause devrait aussi permettre de régler la question du droit moral de l'auteur afin de faciliter une éventuelle mise à jour ou une modification ultérieure du site. Car selon la législation en vigueur en France, un site Internet modifié peut être considéré comme une œuvre dérivée nécessitant l'autorisation préalable du titulaire du droit moral sur l'œuvre originale. Mais les modifications du site réalisé de nature à porter atteinte à l'honorabilité ou à la réputation du concepteur sont interdites.

116. Cependant, force est de constater que cette question de cession des droits de propriété intellectuelle n'est pas sérieusement prise en compte dans la majorité des contrats étudiés. Ceci s'explique par le fait que la plupart des contrats de conception de site organisent aussi la mise à jour et la maintenance du site qui sont regardées comme des prestations complémentaires par les concepteurs. Ainsi, ces derniers gardent la possibilité de facturer au client ces prestations nécessitant leur autorisation au titre du droit d'auteur. D'un autre côté,

142 Société kaligona c/ Société Dreamnex, Cour d'appel de Paris, 12 janvier 2005, Expertises, mars 2005, p.118
143 TGI de Lille, 1^{ère} chambre A, 24 février 2005, SA Courta Finance c/ Dominique L., SARL Abyss Finance et SARL Eatime, www.foruminternet.org

cette omission peut s'expliquer par la simple méprise, voire la totale ignorance de la question par les concepteurs de site Internet. Cette ignorance n'a pourtant pas engendré de nombreux contentieux dans ce domaine.

b- Le contentieux lié à la question du sort des droits de propriété intellectuelle

117. Selon 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... L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit ainsi reconnu* ». La méprise de cette disposition peut occasionner de nombreux contentieux en matière de conception et de réalisation de site web. Il est vrai que le contrat permet d'organiser parfaitement cette question du sort des droits de propriété intellectuelle lors de la conception de sites web. Ainsi des clauses de garantie peuvent permettre au concepteur de garantir au client la jouissance paisible du site conçu. En outre, le concepteur peut être tenu de garantir le client contre tout recours émanant de tiers qui pourraient revendiquer la propriété du site ou ses composants.

118. Ces clauses sont indispensables pour, notamment, contrer les effets de toutes les revendications qui pourraient émaner des salariés ou des sous-traitants du concepteur du site lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Car il peut arriver qu'un salarié licencié ou un sous-traitant évincé engage une procédure judiciaire, au titre des droits d'auteur, pour régler un différend salarial¹⁴⁴. Dans une telle hypothèse, seule une qualification du site web en œuvre collective peut faire échec aux éventuelles prétentions des salariés ou sous-traitants. Car une telle qualification permet à l'employeur ou au maître d'œuvre de s'attribuer tous les droits de propriété nés de la conception et de la réalisation du site. L'article 113-5 du code de propriété intellectuelle attribue la propriété de l'œuvre collective, sauf preuve contraire, à « *la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. [Seule] cette personne est investie des droits d'auteur* ».

144 P. Bresse, *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Edition Vuibert, 2000, p. 99

119. Cette attribution des droits d'auteur au commanditaire du site conçu a été réaffirmée par le TGI de Lille, qui a accordé une présomption de titularité des droits à l'exploitant du site web. Dans sa décision du 24 février 2005, le TGI de Lille a décidé que *« la société qui exploite une œuvre ainsi protégée [par le droit d'auteur] est présumée être titulaire des droits de propriété incorporelle de l'auteur »*¹⁴⁵. Cette décision a pour conséquence de présumer l'exploitant d'un site Internet titulaire des droits d'auteur sur ce site. La qualification du site Internet en œuvre collective avait déjà été retenue dans la célèbre affaire Cybion¹⁴⁶ pour retenir la responsabilité de l'employeur du fait de contrefaçon du site réalisé par une salariée. Dans une affaire plus à propos, la Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 25 mars 2004¹⁴⁷, a débouté un salarié de sa demande tendant à la reconnaissance de sa qualité d'auteur d'un site Internet. Pour les juges de Versailles : *« le site ainsi créé est une œuvre collective dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé »*.

120. En l'espèce, un employé, monsieur François Z., avait assigné son employeur, la société Log-Access, pour revendiquer les droits d'auteur sur douze illustrations figurant sur les pages d'un site web appartenant à la société SIS, commanditaire dudit site. Le salarié estimait avoir fait œuvre originale en créant les douze illustrations en cause servant à l'embellissement du site du client. Cependant, les juges ont relevé qu'avant l'embauche de F. Z., la société dans laquelle il était employé avait déjà effectué un travail important en collaboration avec la société SIS, commanditaire du site, pour définir l'esprit et le résultat final attendu. Ce travail s'est concrétisé par l'élaboration du scénario de la visite virtuelle du site ainsi que du plan de navigation général. Après son embauche, F. Z. a été chargé de mener à bien artistiquement la charte graphique du site. F. Z. qui travaillait en concertation avec la société SIS, était assisté par une équipe de salariés de la société Log-Access entre lesquels avait été repartie le travail. F. Z. a, certes, exécuté lui-même un certain nombre d'éléments virtuels dans un souci de cohérence graphique mais travaillait sous l'autorité d'un chef de projet.

145 TGI de Lille, 1^{ère} Chambre A, 24 février 2005, op. cit.

146 T. com. Paris, 9 février 1998, Cybion c/ Qualisteam, Expertises juillet 1998 p.236

147 Cour d'appel de Versailles, 1^{ère} chambre, 1^{ère} section, 25 mars 2004 : M. François Z c/ Société log-Access, www.foruminternet.org

121. Devant tous ces faits, les juges ont décidé qu'il était suffisamment établi que « *la société Log-Access est à l'origine de l'œuvre, a joué un rôle essentiel durant la phase de conception et a surveillé son élaboration par ses salariés afin que l'œuvre finale présente un aspect homogène, assurant, ainsi, un rôle de direction au sens de l'article L.113-2 du code de la propriété intellectuelle* ». Dans la mesure où la contribution de F. Z. se fonde dans l'ensemble de l'œuvre, il était impossible de lui reconnaître un droit distinct sur celle-ci. En conséquence, ce dernier ne pouvait valablement revendiquer un quelconque droit d'auteur sur le site web ainsi conçu ni sur les éléments créés grâce à sa contribution. Cette solution est salutaire pour la société SIS qui aurait pu se voir privée de la jouissance du site réalisé pour elle.

122. La question de la « titularité » des droits sur le site web conçu n'est pas toujours réglée par la qualification du site Internet en œuvre collective. D'autres hypothèses de conception ne font pas intervenir une telle qualification, en particulier lorsque le site a été conçu par une personne physique pour le compte d'une autre personne. Dans ce cas, la cession des droits de propriété intellectuelle à la personne commanditaire du site Internet est donc capitale. Toutefois, cette cession des droits n'est pas toujours prévue par le contrat et, dans certaines situations, elle ne suffit pas à garantir une jouissance paisible du site réalisé. Sur le fondement du droit moral de l'auteur, rien n'empêchera ce dernier de s'opposer à une modification conséquente des pages du site ou du changement de destination du site (ex. : un site associatif transformé en site pornographique). En outre, la revendication de la paternité de l'œuvre par l'auteur en dépit du transfert des droits pourrait nuire à son exploitation si la réputation de ce dernier venait à être ternie par un scandale ultérieur. Il a ainsi été jugé qu'un salarié co-auteur d'un site pouvait en revendiquer la paternité et en faire état sur son propre site¹⁴⁸.

123. Dans un arrêt du 18 novembre 2004 rendu par la cour d'appel de Versailles¹⁴⁹, le débat avait été porté non sur le terrain des droits d'auteur mais sur celui du droit sui generis de la protection des bases de données. Dans cette affaire, monsieur Rojo R. qui avait, pendant deux ans, conçu et entretenu un site Internet pour le soutien d'un candidat à l'élection présidentielle malgache, a été évincé de l'équipe de soutien au candidat. Un des membres de

148 TGI Toulouse, réf. 6 juin 2001, SARL WS Interactive, Expertises, août 2001, p. 318, note N. Marchet ; T. com. de Lyon, réf., 22 octobre 2001, SARL Avant Première Design graphique, www.legalis.net. V. A. Mendoza, « *Création de sites internet et droit d'auteur des salariés* », Expertises, avril 2002, p. 144

149 T. Sinodinou, Troubles juridiques autour de la protection d'un site web, Expertises, mars 2005, p. 96

l'équipe, qui avait eu accès aux codes source, a recréé un site à l'identique avec le même nom de domaine sauf pour le suffixe qui était en « .org » au lieu du « .com » original. M. Rojo R., de retour en France, porta le litige devant la justice et soutient que la reprise à l'identique du site constitue une atteinte à son droit exclusif de producteur de base de données, assimilant ainsi le site Internet à une base de données¹⁵⁰. Cette vision des choses n'est pas nouvelle¹⁵¹. Un site Internet avec ses pages web reliées entre elles par des liens hypertextes peut bien s'analyser en une base de données. Les juges de la cour de Versailles acceptent cette analyse mais écartent l'infraction d'atteinte au droit exclusif du producteur de la base de données prévue par l'article L.342-1 du code de la propriété intellectuelle. Ils soutiennent que le producteur d'une base de données¹⁵² ayant le droit d'interdire toute extraction, M. Rojo R. aurait dû interdire toute copie de sa base de données. N'ayant pas interdit expressément cette extraction, le concepteur du site ne pouvait pas valablement invoquer la protection de son site pas le droit sui generis du producteur de bases de données.

124. Cette solution des juges de Versailles est difficilement acceptable car, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'une simple extraction mais d'une reproduction intégrale de la base de données sans autorisation du producteur. De ce fait, la demande du producteur était parfaitement légitime. Mais il est vrai que l'assimilation d'un site Internet à une base de données était un peu insolite. Ce qui explique probablement l'attitude des juges. Cependant, le malheureux Rojo R. aurait pu avoir gain de cause s'il avait placé son affaire sur le terrain plus traditionnel du droit d'auteur. Car ayant conçu seul son site et en l'absence de toute cession des droits d'auteurs, il aurait pu, à juste titre, revendiquer les droits attachés à sa création originale, notamment en invoquant la contrefaçon. Mais encore fallait-il que le site en cause ait été une création originale au sens du droit d'auteur. Ce qui n'est pas évident.

125. Une fois la question des droits nés de la conception du site réglée, le contrat envisage enfin les modalités de livraison ou de réception du site conçu. Cette réception est

150 Selon l'article L.112-3 alinéa 2 du code de la propriété Intellectuelle, qui transpose en droit français l'article 1 alinéa 2 de la directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données, « *on entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* »

151 T. Sinodinou, op. cit., p. 99

152 Selon l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle : « *le producteur d'une base de données est celui qui prend l'initiative de la création de la base de données et assume le risque des investissements liés à la constitution de celle-ci* »

organisée dans le contrat par le biais d'une clause appelée dans la pratique : « la clause recette ». Cette clause prévoit une procédure de réception et de validation du test de contrôle final. Le site livré devient la propriété du client commanditaire si tous les droits lui ont été régulièrement transférés. Ainsi, le contrat peut permettre, aisément, de régler la question des droits de propriété intellectuelle nés de la conception du site web, même si cette question ne semble pas préoccuper la majorité des acteurs en cause.

126. Le contrat de conception et de réalisation du site web est donc un contrat qui permet de régler la question des droits d'auteur liés à cette conception de façon pragmatique et plus ou moins efficace. Même si son caractère normatif n'apparaît pas nettement, ce contrat permet de prendre en compte des préoccupations qui dans le contexte de l'Internet n'auraient pu trouver de réponses satisfaisantes en dehors du cadre contractuel. Ce contrat de création de site web fait directement appel à une autre phase contractuelle, celle de la réservation et de l'enregistrement d'un nom de domaine Internet. Car le site conçu doit maintenant pouvoir être accessible sur le réseau mondial afin que les internautes puissent y naviguer. Pour ce faire, il est donc indispensable de posséder une adresse Internet qui nécessite la souscription d'un contrat d'enregistrement de nom de domaine. Cet autre contrat complémentaire au contrat d'hébergement proprement dit met en œuvre une régulation contractuelle de l'accès aux réseaux numériques qui mérite une analyse beaucoup plus approfondie.

B- Les contrats d'enregistrement de nom de domaine Internet

127. L'enregistrement d'un nom de domaine Internet est une étape importante dans le processus d'accès au réseau mondial. Cette étape n'est pas nécessairement liée à la création du site Internet. Les prestataires peuvent la différer. Il n'existe pas non plus de relation chronologique entre ces deux prestations. Ainsi, un nom de domaine peut être enregistré, bien avant la conception du site web ou en l'absence de tout site. Les organismes chargés de cette prestation sont des organisations privées. Les Etats sont entièrement dépourvus de toutes prérogatives en la matière¹⁵³. Au niveau mondial, c'est l'ICANN (l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)¹⁵⁴, un organisme privé de droit américain qui gouverne le système mondial des noms de domaine, appelé en anglais « The domain name system » ou *DNS*.

128. Le nom de domaine s'apparente à une adresse électronique qui permet de localiser et de visualiser sur son ordinateur un site relié au réseau Internet. Cette adresse se compose d'une série de lettres et de chiffres à laquelle est associé un numéro appelé adresse IP (Internet Protocol). La pratique a privilégié l'adresse alphanumérique du site Internet au détriment du numéro IP qui s'y rattache. De ce fait, le nom de domaine apparaît comme un élément d'identification alphanumérique des sites Internet hébergés sur des serveurs qui sont à leur tour reliés au réseau mondial de télécommunication¹⁵⁵. De simple moyen pratique de localisation des sites Internet sur la toile mondiale, le nom de domaine est peu à peu devenu un véritable signe distinctif permettant d'individualiser un site web et de rallier les internautes¹⁵⁶. Ainsi, pour une entreprise, il peut être important d'avoir un nom de domaine facilement mémorisable correspondant à l'un de ses signes identiques : nom commercial, raison sociale, marques¹⁵⁷.

153 Toutefois en France, l'article 24 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, visant à mieux encadrer la gestion des noms de domaine en *.fr*, soumet désormais les organismes d'enregistrement des noms de domaine *.fr* à l'autorité et au contrôle du ministre chargé des communications électroniques. Voir l'article 24 de cette loi à la Table des annexes, p. 297

154 L'ICANN est l'organisme mondial chargé de la gestion du système d'adressage sur Internet, (DNS). V. *Infra*, n°559 et s.

155 M. Vivant et al. *Lamy Informatique et réseaux*, réédition 2006, op. cit., n°2099 et s.

156 M. Jean-Baptiste, op. cit. p. 68. V. aussi, F. Baillet, op. cit. p. 26

157 N. Beaurain et E. Jez, *Les noms de domaine de l'internet (Aspects juridiques)*, coll. [Droit@Litec](#), Litec, 2001

129. L'enregistrement des noms de domaine s'inscrit dans le cadre d'une cascade de contrats qui aboutit en dernier lieu au contrat dit d'enregistrement ou de réservation de nom de domaine Internet. Cette succession de contrats crée des règles d'attribution des noms de domaine et réalise une certaine régulation du réseau Internet. Au sommet de cette pyramide de contrats se trouvent les contrats d'accréditation de l'ICANN, signés avec des entreprises privées chargées de la gestion des différentes extensions de noms de domaine. Ces dernières signent à leur tour des licences concédant l'enregistrement des noms de domaine à des bureaux d'enregistrement préalablement agréés par l'ICANN. Ces bureaux d'enregistrement signent en fin de parcours des contrats d'enregistrement de nom de domaine avec des personnes physiques ou morales désireuses de se voir attribuer un nom de domaine Internet.

130. Il existe deux grandes catégories de noms de domaine Internet. La première concerne les noms de domaine dits génériques (*Generic Top Level Domain*)¹⁵⁸. Ces noms de domaine représentent essentiellement différents types d'activités pratiquées sur le réseau Internet. La seconde catégorie est constituée par les noms de domaine nationaux ou régionaux (*Country code top level domain*) qui renvoient à un espace géographique précis¹⁵⁹.

131. Les formalités de réservation des noms de domaine diffèrent selon que le nom est du domaine générique ou géographique car les organismes d'enregistrement ne sont pas les mêmes dans chaque cas. Les noms de domaine génériques sont les plus couramment utilisés. Ils se terminent par les extensions « .com », « .net », « .org »¹⁶⁰, qui sont gérés au niveau mondial par la société américaine VeriSign, laquelle a racheté à coût de millions de dollars la société Network Solution Inc.(NSI) qui était précédemment chargée par le gouvernement américain de la gestion de ces extensions¹⁶¹.

158 Il s'agit des noms de domaine génériques qui ont une envergure mondiale. Ces noms dont les éléments prépondérants sont les termes finaux appelés aussi « extensions de nom de domaine » qui sont « .com », « .net », « .org », « .int », « .edu », « .gouv ». En 2001, l'ICANN a créé de nouveaux noms de domaines génériques. Il s'agit des extensions « .biz », « .info », « .name », « .pro », « .museum », « .coop », « .aero ».

159 Ainsi pour la France, il s'agit de l'extension « .fr » et pour l'Union européenne le « .eu ».

160 Selon les chiffres publiés par l'Afnic en 2001, plus de 30 millions de noms de domaine ont été enregistrés dont 18 millions de nom en .com, 3 millions en .net, 2 millions en .org et seulement 122 341 en .fr. V. N.

Beurain, E. Jez, Les noms de domaine de l'internet, op. cit., p. 1

161 V. *Infra*, n°559

132. Pour mener à bien sa mission, la société VeriSign a signé des contrats avec des prestataires d'enregistrement préalablement agréés par l'ICANN. Ces contrats qui sont des licences d'exploitation permettent à ces prestataires d'enregistrer les noms de domaine génériques à la demande des internautes. Ces unités d'enregistrement, appelées dans la pratique « registrar », sont des intermédiaires techniques par l'entremise desquels les demandes de noms de domaine sont acheminées vers les sociétés chargées de la gestion des extensions concernées, les « registry ». Les unités d'enregistrement ne procèdent donc pas elles-mêmes à l'enregistrement. Leur rôle consiste uniquement à transmettre la demande du client aux sociétés gestionnaires des extensions.

133. La procédure d'enregistrement s'effectue essentiellement en ligne sur le réseau Internet. Elle implique le paiement d'une certaine somme d'argent par le demandeur qui doit aussi signer le contrat d'enregistrement. Concrètement, l'enregistrement consiste à inscrire dans la base de données, partagée par les gestionnaires des extensions génériques, les noms de domaine choisis par les clients. L'accès à cette base de données est strictement réservé aux seules sociétés agréées par l'ICANN¹⁶², auprès desquelles les prestataires d'enregistrement sont autorisés à enregistrer les noms de domaines choisis par leurs clients. La société gestionnaire des extensions en « .com », « .net », « .org » est VeriSign, pour le « .biz » c'est la Société Neulevel, Inc., le « .info » est géré par la société Afilias Limited et le « .name » par la société Glogal Name Registry Limited. Au niveau européen, c'est l'Eurid qui a été accrédité pour la gestion du « .eu ». Cet organisme accorde à son tour des licences à de nombreux bureaux d'enregistrement parmi lesquels figure le prestataire Indom¹⁶³ qui a lancé fin septembre 2005 sa procédure d'enregistrement¹⁶⁴. Au niveau national, c'est l'Afnic¹⁶⁵ qui a été accrédité pour la gestion du « .fr ». La présentation générale du processus d'enregistrement (1) permet de mettre en exergue la fonction normative du contrat d'enregistrement des noms de domaine (2).

162 L'ICANN étant le gestionnaire mondial de la base de données des noms de domaine.

163 www.indom.com

164 P. Hauss, Réservez vos .EU !, la newsletter, édition n°51, septembre 2005 sur www.clic-droit.com

165 L'Association française pour le nommage Internet en coopération créée le 1^{er} janvier 1998. Elle a la charge de la gestion des noms de domaine en « .fr » en remplacement du NIC France

1- Présentation générale du processus d'enregistrement des noms de domaine

134. L'enregistrement des noms de domaine est un processus purement technique et conventionnel. Le contrat d'enregistrement est d'une construction assez standard. Mais l'analyse approfondie de la pratique permet d'en distinguer deux types. Un premier type, beaucoup plus répandu, propose l'enregistrement pur et simple du nom de domaine moyennant une rémunération plus ou moins modérée. Le second type, assez mal connu, propose une sorte de location gratuite du nom de domaine sollicité par le client avec une option de rachat¹⁶⁶. Le client, en contrepartie de cet enregistrement gratuit doit accepter d'héberger sur son site de la publicité par la mise en place de bandeaux publicitaires ou la technique de publicité par « *pops up* »¹⁶⁷. Cependant, seul l'enregistrement pur et simple fera l'objet de cette étude.

135. Les contrats mis en œuvre dans le cadre de ce type d'enregistrement définissent, en règle générale, l'objet de la prestation et fixent les règles d'attribution du nom de domaine choisi. Le contrat peut aussi envisager les modalités de la redirection des internautes vers le site du client. La principale règle d'attribution établit d'emblée par le contrat est la règle du « *premier arrivé, premier servi* »¹⁶⁸ en vertu de laquelle le premier demandeur sera le premier et le seul à qui le nom sera attribué à l'exclusion de tout autre¹⁶⁹. Le nom de domaine attribué demeurera la propriété¹⁷⁰ du client seulement si celui-ci s'acquitte de son obligation de paiement d'une redevance annuelle ou mensuelle qui est le prix de la prestation d'enregistrement. Il est souvent prévu au contrat qu'au bout d'un certain délai, en général une année, le client acquière la possibilité de racheter le nom enregistré qui sera alors sa propriété définitive.

166 La société gestionnaire du site www.domainegratuit.net semble être l'un des leaders dans ce domaine en matière de nom de domaine générique

167 Technique permettant l'ouverture spontanée et involontaire d'une page Internet de publicité dès que le client ouvre volontairement une nouvelle page web.

168 Cette règle est depuis longtemps utilisée dans le cadre des télécommunications par satellite pour opérer la répartition des ressources rares de l'espace (attribution des orbites géostationnaires et des spectres des fréquences) entre les Etats. V., L. Ravillon, *Le recours à la technique du « premier arrivé, premier servi » dans le droit des nouvelles technologies... ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques*, JCP/ La semaine juridique, éd. G., n°47 du 22 novembre 2000, p. 2111

169 Cf. *Infra*, n°671

170 Certains y voient un simple droit d'usage du nom de domaine attribué. V., Charte de nommage de l'Afnic, Tables des annexes, p. 297, 298

136. La signature du contrat d'enregistrement est toujours précédée d'une phase préliminaire permettant au demandeur de vérifier la disponibilité du nom de domaine désiré. Dans cette phase, les prestataires mettent à la disposition des clients un logiciel de recherche en ligne librement accessible sur le site. Cet outil de recherche en ligne est souvent désigné par le terme « WHOIS » qui est un néologisme anglais signifiant littéralement : « qui est-ce ? ». C'est l'ICANN qui a imposé aux prestataires d'enregistrement la constitution de ce fichier appelé « l'annuaire whois », permettant à toute personne intéressée d'avoir des informations sur les détenteurs des noms de domaine déjà enregistrés afin de pouvoir les contacter en cas de contestation. L'opération d'enregistrement ne pourra continuer que si le nom de domaine choisi est effectivement disponible dans les extensions voulues.

137. La phase suivante consiste à remplir en ligne un formulaire d'identification du demandeur, personne physique ou morale, comportant des renseignements d'ordre personnel et professionnel. C'est ici l'occasion de signaler que les prestataires d'enregistrement ne procèdent à aucune recherche d'antériorité sur la possession du nom choisi ni à aucune analyse de la légitimité du choix. Le demandeur est présumé être le titulaire du nom de domaine réservé. Les prestataires se dégagent donc de toute obligation de vérification à cet effet.

138. La dernière phase de cette procédure préliminaire consiste pour le client à accepter ou refuser les conditions générales du service pré-rédigées par le prestataire et disponible sur son site. L'acceptation des conditions générales se fait en ligne, sans possibilité pour le demandeur de modifier quoi que ce soit. En ce sens, le contrat d'enregistrement de nom de domaine est un contrat d'adhésion. Les conditions générales dressent la liste des obligations de chaque partie ainsi que les cas de mise en jeu de leur responsabilité. A ces conditions générales s'ajoutent, parfois, des conditions particulières qui concernent les noms de domaine génériques. Toutes ces conditions contractuelles portent essentiellement sur les modalités d'enregistrement du nom de domaine et son utilisation.

139. S'agissant des modalités d'enregistrement, il faut noter que tous les contrats prévoient que le prestataire « *n'assure qu'un simple rôle d'intermédiaire, n'agissant qu'au nom et pour le compte du client demandeur* ». De ce fait, le contrat d'enregistrement de nom

de domaine apparaît comme un simple contrat de mandat. Or à l'analyse, il n'en est rien car le prestataire n'effectue aucun acte juridique pour le compte du client pour se considérer comme son mandataire. Il ne s'agit, nullement, de mandat mais plutôt d'un contrat d'entreprise¹⁷¹, au sens de l'article 1710 du code civil, que le prestataire est tenu d'exécuter de bonne foi. Le client est, quant à lui, tenu au paiement du prix de l'enregistrement du nom de domaine sollicité. Le prix est celui en vigueur au jour de sa demande. Le paiement précède obligatoirement l'enregistrement technique du nom de domaine. Tout paiement irrégulier ou défaut de paiement annule la procédure d'enregistrement et provoque le rejet de la demande du client. Le client est donc tenu de s'assurer de l'effectivité du paiement, qui est effectué en ligne, par la réception d'un courrier électronique de confirmation du paiement.

141. Si le nom de domaine dont l'enregistrement est sollicité apparaît déjà réservé par une autre personne ou si l'enregistrement est techniquement impossible, il est alors proposé dans certains contrats au client la faculté de réserver un autre nom de domaine dans une autre extension ou le remboursement pur et simple de la somme versée dans un délai plus ou moins long suivant les cas. Lorsque l'enregistrement ne peut s'effectuer à cause de l'indisponibilité du nom choisi, il est spécifié dans le contrat que « *le client ne pourra pas engager la responsabilité du prestataire* ». Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles les sommes versées restent conservées par le prestataire au titre des frais de dossiers alors que l'enregistrement a été refusé au client. C'est, notamment, le cas lorsque le paiement effectué apparaît insuffisant ou irrégulier. Mais en cas de paiement effectif, c'est-à-dire, lorsque la demande d'enregistrement a été acceptée par le prestataire, ce dernier procède à l'enregistrement technique du nom de domaine choisi. Cet enregistrement consiste à inscrire le nom de domaine dans la base de données gérée par l'organisme chargé des extensions du nom de domaine concerné.

142. L'enregistrement technique du nom de domaine fait naître une nouvelle obligation à la charge du prestataire, celle de la redirection des internautes ayant saisi ce nom de domaine vers le site Internet du client ou vers le serveur l'hébergeant. Cela est possible grâce à l'adresse IP du client. Compte tenu de la technicité du procédé, cette redirection peut, exceptionnellement, générer des problèmes de connexion ou d'affichage du site sur les

171 J. Larrieu, droit de l'Internet, op. cit., p. 98

ordinateurs des internautes. Les contrats règlent cette situation en prévoyant que « *le client s'engage dès l'établissement de la redirection à vérifier que celle-ci fonctionne correctement et à avertir le prestataire pour toute difficulté rencontrée* ». Le prestataire se dégage ainsi de toute responsabilité suite au dysfonctionnement de la redirection mais se propose néanmoins d'y remédier. La redirection concerne aussi le courrier électronique du client. De ce fait, le prestataire met à la disposition du client un logiciel anti-virus et un logiciel anti-spam pour filtrer les courriers électroniques indésirables envoyés par les internautes.

143. Le nom de domaine enregistré confère, suivant les conventions, soit un droit de propriété au client, soit seulement un droit d'usage. Dans tous les cas, ce droit quel qu'il soit est limité dans le temps, la durée minimale étant d'une année. A l'issue de la période déterminée par le contrat, le client qui souhaite conserver l'usage ou la propriété du nom de domaine enregistré devra, soit procéder au renouvellement de l'enregistrement, soit racheter le nom de domaine au prestataire. Le renouvellement de l'enregistrement confère au client le droit de continuer l'usage du nom de domaine moyennant le paiement d'une redevance annuelle ou mensuelle. Dans ce cas, le renouvellement du contrat s'analyse en un procédé d'abonnement à un service ou un louage de service. Le client ne conserve le nom de domaine que dans la mesure où il paie son abonnement et le renouvelle. L'absence de renouvellement de l'abonnement pourrait entraîner irrémédiablement la perte de l'usage du nom de domaine et la fin de la redirection des internautes vers le site du client. Le nom de domaine sera donc bloqué et la redirection paralysée jusqu'à la régularisation de la situation qui passe nécessairement par le paiement des sommes dues au prestataire.

144. Toutefois le client peut se voir proposer le rachat du nom de domaine à l'issue de la période minimale fixée par le contrat d'enregistrement. Le rachat donne lieu au paiement du prix du transfert de la propriété du nom de domaine. Le client qui acquiert ainsi la propriété du nom de domaine est libre de le revendre ou de le transférer à une autre personne et sur un autre serveur sans que le prestataire puisse s'y opposer. Néanmoins, la demande de transfert du nom de domaine vers un autre serveur est strictement encadrée par les stipulations contractuelles. En principe, le transfert du contrat à une autre personne est interdit par la majorité des prestataires. Ceci, afin d'éviter les enregistrements frauduleux ou complaisants à

des fins mercantiles ou non. Cette pratique critiquable est appelée le « cybersquatting »¹⁷² ou « cybersquattage ». Mais les contrats prévoient la faculté pour le client, pendant la durée du contrat, de solliciter le transfert du nom de domaine, dûment enregistré à un nouveau propriétaire en remplissant les formulaires de changement de titulaire disponibles en ligne. Le nouveau titulaire s'engageant à respecter les stipulations du contrat antérieur. Ce changement est tributaire d'une redevance que le client doit payer au titre des frais de transfert. La procédure d'enregistrement et l'utilisation du nom enregistré sont ainsi strictement encadrées par le contrat, qui remplit à ce niveau une véritable fonction normative sur les réseaux numériques.

2- La fonction normative du contrat d'enregistrement de nom de domaine Internet

145. Les contrats d'enregistrement de noms de domaine attirent l'attention du demandeur sur la nécessité de respecter les lois en vigueur et les droits des tiers. Il est souvent stipulé que : « *le Client reconnaît déposer le nom de domaine en conformité avec la législation en vigueur et les droits légaux des tiers* » ou encore « *vous déclarez que le nom de domaine dont vous demandez l'enregistrement n'enfreint pas les droits d'un tiers, une réglementation applicable ou les dispositions en matière de droit d'auteur, de droit des marques ou autres droits de propriété intellectuelle* ». L'Afnic¹⁷³ qui a rédigé une charte de nommage¹⁷⁴ pour l'enregistrement des noms de domaine en « .fr » rappelle que « *les demandes de création de noms de domaine ne doivent en aucun cas porter atteinte aux droits des tiers ni à l'ordre public* ». Mais, cette limitation ne concerne pas la liberté d'expression. D'où la possibilité d'enregistrer des noms de domaine de contestation ou à viser polémique, tels que « *www.jaccuse.fr* » ou « *www.jeboycottedanone.com* »¹⁷⁵.

146. Tout manquement aux règles contractuelles n'engage que la responsabilité du déposant à l'exclusion de celle du prestataire. S'agissant des conditions d'utilisation du nom de domaine

172 Le terme « cybersquatting » ou « cybersquattage » désigne sur le réseau Internet le fait pour une personne d'enregistrer un nom de domaine sur lequel elle n'a aucun droit, soit dans le but de le revendre au légitime titulaire des droits, soit en vue de l'empêcher de l'occuper, en bloquant ainsi sa réservation. V. *infra*, n°687 et s. 173. www.afnic.fr. V. *Infra*, n°555

174 Voir Table des annexes à la page 297.

175 L'enregistrement de ce nom de domaine a, néanmoins, donné lieu à la célèbre affaire judiciaire Danone qui a généré deux ordonnances de référé parisiennes du 23 avril et du 14 mai 2001 ainsi qu'un jugement au fond par le TGI de Paris du 4 juillet 2001 rejetant la demande de fermeture du site Internet en cause : www.legalis.net

ainsi enregistré, il est précisé dans certains contrats que : « *le client est seul responsable de l'utilisation du nom de domaine enregistré* » ou « *Il assure, seul, la responsabilité éditoriale de l'utilisation du nom de domaine* ». A cet égard, « *Il est responsable des conséquences de tout litige relatif au nom de domaine, notamment, pour toutes conséquences de droit ou de fait affectant le nom de domaine et pour tout trouble de droit ou de fait causé à un tiers dans le cadre de l'exploitation du nom de domaine* ». D'autres contrats vont plus loin et dégagent un cadre normal d'utilisation du nom de domaine enregistré. Le client est ainsi invité, à ne pas pratiquer « *la pornographie, la pédophilie, l'incitation à la haine raciale, l'incitation à la violence, et à ne pas pratiquer le spamming*¹⁷⁶ à partir du site dont le nom est ainsi enregistré ».

147. L'enregistrement des noms de domaine a été l'une des causes de la mauvaise perception du réseau Internet en termes de sécurité juridique car il a donné lieu à de nombreux litiges essentiellement liés au phénomène du « cybersquatting ». La légitimité de l'enregistrement et la titularité des droits sur le nom de domaine enregistré ont été les questions les plus débattues devant les tribunaux¹⁷⁷ et les instances privées de règlement des litiges. Devant l'ampleur des contestations, l'ICANN a élaboré une série de règles véhiculées sur le réseau Internet par les contrats d'accréditation et qui autorisent les unités d'enregistrement et les registres chargés de la gestion des extensions à suspendre, transférer ou annuler les noms de domaine litigieux.

148. Adoptés le 24 octobre 1999, les Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, connus sous le sigle anglais U.D.R.P.¹⁷⁸, imposent un règlement extrajudiciaire des litiges en ligne, appelé système administratif de règlement des litiges¹⁷⁹. De leur côté, les registres des nouveaux noms de domaine génériques « *.biz* » et « *.info* » ont développé des procédures préventives pour limiter le phénomène du « cybersquatting » consistant à permettre aux titulaires de marques de revendiquer en priorité l'enregistrement de leur nom de domaine ou de s'opposer à la demande illégitime d'un tiers. Cette offensive des principaux acteurs du réseau Internet a permis de stopper de façon

176 Cf. *Infra*, n°418 et s., n°465 et s., n°649 et s.

177 L'essentiel de la jurisprudence sur cette question est disponible sur le site www.legalis.net

178 Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP), disponible sur le site www.icann.org/udrp-policy-24oct99.html.

179 J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, op. cit., p. 35 et s.

significative le « cybersquatting » et de réduire par la même occasion le nombre des actions judiciaires liées à l'enregistrement des noms de domaine.

149. Ainsi, en zone « .fr », la charte de nommage de l'Afnic avait mis sur pied une procédure plus rigide s'imposant aux prestataires ayant conclu une convention avec elle et habilités de ce fait à effectuer les enregistrements dans ladite zone. L'enregistrement du nom de domaine dans cette zone est soumis à l'acceptation par le demandeur de la charte de nommage ainsi que des procédures de résolution des litiges prescrites par celle-ci. Cette charte présentée comme un moyen efficace pour lutter contre les abus a semble-t-il permis de contenir le phénomène du *cybersquatting*. Toutefois ces dernières années, l'Afnic ne demande plus de justificatifs avant l'enregistrement des noms de domaine. Un accord signé avec le GIE infogreffe et l'INPI (Institut national de la propriété intellectuelle) lui permet une vérification à la source des demandes d'enregistrement à partir d'une base de données mise à sa disposition.

150. Comme cela transparaît, l'enregistrement des noms de domaines fait naître des règles contractuelles qui ont pour vocation de réguler la pratique des acteurs sur le réseau Internet. Cette régulation contractuelle crée chez les internautes une certaine sécurité juridique. La mise en œuvre des règles issues du contrat d'hébergement proprement dit et les obligations qui en découlent accentuent la régulation des comportements des acteurs de l'Internet.

§2- Le contrat d'hébergement proprement dit

151. L'hébergement du site web sur un serveur parachève l'accès au réseau Internet. Le terme « *hébergement* » traduit bien l'idée d'installation et d'occupation d'un espace sur le réseau Internet. Le contrat d'hébergement va donc offrir cette présence directe et permanente au réseau mondial. Pour monsieur Jacques Larrieu¹⁸⁰, le fournisseur d'hébergement tient en quelque sorte un « *hôtel virtuel* ». Cette idée est très intéressante en ce sens qu'elle évoque un lieu virtuel ouvert au public et qui offre, soit une prestation privée : la location d'un espace intime et privé, soit une prestation publique (par exemple la location d'une salle de conférence pour des débats publics). C'est exactement ce que permet le contrat d'hébergement sur les réseaux numériques.

152. Le fournisseur d'hébergement, appelé dans la pratique « *l'hébergeur* », remplit une fonction technique de location d'espace virtuel. Bien que, dans la pratique, le contrat d'hébergement puisse avoir une pluralité d'objets, la clarté de l'analyse conduit à n'étudier que l'objet du contrat tendant à la mise à disposition d'un espace virtuel situé dans la mémoire du serveur, sur le disque dur de la machine informatique. La mise à disposition de cet espace disque permet au client de l'hébergeur d'y loger un ou plusieurs sites Internet. La présentation générale du contrat d'hébergement **(A)** permet de mieux mettre en évidence sa fonction normative qui résulte de la mise en œuvre des obligations à la charge des parties contractantes **(B)**.

180 J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, op. cit., p. 86

A- Présentation générale du contrat d'hébergement de site Internet

153. Le contrat d'hébergement a pour objet, précisément, de déterminer la capacité de stockage à allouer au client et les modalités de son utilisation. Ce contrat détermine ainsi le volume d'octets à louer, les conditions d'utilisation de la bande passante, le choix du serveur adapté aux besoins du client (serveur dédié ou mutualisé), les logiciels de contrôle d'accès et anti-virus à utiliser, etc. Le site hébergé sera directement relié au réseau Internet, ce qui permettra à tout internaute connecté d'y accéder de par le monde afin de s'informer ou de communiquer. L'hébergement des sites Internet est donc la prestation pivot du commerce électronique.

154. L'hébergeur joue un rôle central et prépondérant au sein de la société de l'information. Le contrat d'hébergement va donc constituer un véritable instrument de régulation des comportements et des pratiques sur le réseau Internet grâce aux règles de bon usage de cet espace d'interconnexion mondiale.

155. La fonction d'hébergeur a fait l'objet, ces dernières années, d'un encadrement législatif important. Aux Etats-unis, c'est le Digital Millenium Copyright Act, adopté le 28 octobre 1998, qui définit le rôle de l'hébergeur et les conditions de mise en jeu de sa responsabilité¹⁸¹. Ce texte a inspiré la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, qui encadre au niveau européen les contours de cette fonction. En France, c'est d'abord la loi du 1^{er} août 2000¹⁸², transposant ladite directive, qui a apporté une première définition de la fonction d'hébergeur. Cette définition a, par la suite, été reprise dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Selon la définition légale, les hébergeur sont « *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*

181 N. Marchet, *La responsabilité civile des Intermédiaires techniques de l'Internet*, Thèse, Toulouse, 2003. V. aussi, V. Sedallian, « *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique* », www.internet-juridique.net

182 Loi n°2000-719 du 1^{ER} août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. n°177 du 2 août 2000, p. 11903

ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de son ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

156. Ce stockage permanent de contenus sur des machines informatiques, appelés serveurs, pour mise à disposition du public est donc réalisé par le biais du contrat d'hébergement. Ce contrat a été présenté comme un contrat de « louage de choses »¹⁸³ au sens de l'article 1709 code civil. Selon cet article, « *le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Cette analyse semble judicieuse. Dans le cadre du contrat d'hébergement, l'hébergeur s'oblige, en effet, à faire jouir le destinataire du service d'un espace évalué en octets sur le disque dur de son serveur moyennant le paiement d'un certain prix. L'hébergement de site web apparaît donc comme la location d'une chose mobilière immatérielle qui implique une exécution successive du contrat. Le contrat d'hébergement a, de ce fait, été rapproché du contrat de fourniture d'énergie informatique avec lequel il semble présenter beaucoup d'analogie¹⁸⁴.

157. Il est évident que la qualification de contrat de louage de chose est de nature à alléger la responsabilité de l'hébergeur quant au contenu hébergé dans la mesure où ce dernier n'a plus la garde du bien loué et n'est plus maître de l'usage qui en est fait¹⁸⁵. Mais ce raisonnement, aussi logique soit-il, ne correspond pas à la réalité du réseau Internet. Les fournisseurs d'hébergement, même s'ils n'ont pas la maîtrise du contenu hébergé, gardent la maîtrise du serveur sur lequel ce contenu est hébergé, et ont ainsi un accès aisé à ce contenu. L'hébergeur ne se dessaisit donc pas du disque dur de son serveur mais permet seulement au client d'en utiliser une partie. Le client, qui a bénéficié de l'usage du disque dur ainsi mis à sa disposition, doit, à la fin du contrat, libérer l'espace occupé. Dans l'hypothèse où cet hébergement serait gratuit, cette prestation pourrait s'analyser en un prêt à usage ou

183 J. Larrieu, op. cit., p. 87. V. aussi, M. Vivant, op. cit., p. 30, P. Bresse, op. cit., p. 103, et O. Itéanu, *Les contrats du commerce électronique*, Revue Droit et Patrimoine, 1997, n°55, p. 52 et s.

184M. Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et réseaux*, op. cit. n° 2329. V. aussi, J. Larrieu, op. cit., p. 87
185 O. Itéanu, op. cit., p. 53

commodat au sens de l'article 1875 du code civil¹⁸⁶. Cependant, la mise à disposition du disque dur du serveur n'est pas la seule prestation attendue de l'hébergeur.

158. En effet, le client n'exige pas qu'un simple emplacement pour son site Internet, il demande aussi que ce site soit accessible aux internautes. D'où la nécessité de mettre à la disposition du client une bande passante d'une capacité suffisante pour canaliser l'afflux de visiteurs que pourrait générer le site hébergé. L'hébergeur, dans le cadre du contrat, est tenu de veiller à l'accessibilité du site. De ce point de vue, le contrat d'hébergement pourrait s'analyser aussi en un contrat d'entreprise¹⁸⁷, l'hébergeur étant tenu de faire quelque chose (rendre le site hébergé accessible aux internautes) moyennant une certaine rémunération convenue. Il est vrai que cet élément peut apparaître secondaire, voire accessoire, et donc insuffisant pour transformer l'hébergement en un contrat d'entreprise¹⁸⁸. Le TGI de Paris a, dans une décision du 23 mai 2001, jugé que « *ce contrat n'a pas pour objet la réalisation d'un ouvrage...* »¹⁸⁹.

159. Cependant, il est à noter que l'accessibilité du site hébergé est une prestation inhérente à l'hébergement et ne saurait être regardée comme une prestation complémentaire ou accessoire. Il n'est, sans doute, pas sage de faire prospérer inutilement ce débat lié à la divergence de qualification dans la mesure où les contrats présentent, dans la pratique, des cas de figure variables et irréductibles à un schéma unique. Mais quelle que soit la nature juridique retenue, le contrat d'hébergement est avant tout un contrat d'adhésion, rédigé à la seule initiative de l'hébergeur. L'analyse du contenu du contrat d'hébergement met en relief des obligations à la charge des parties dont la fonction normative est indéniable.

186 L'article 1875 du code civil dispose que: « *Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi.* »

187 Au sens de l'article 1710 du code civil

188 J. Larrieu, op. cit., p. 87

189 TGI Paris, 23 mai 2001, S. P. c/ J.P., www.juriscom.net

B- Les obligations nées du contrat d'hébergement de site Internet

160. Le contrat d'hébergement met à la charge des parties, et principalement à la charge de l'hébergé, des obligations plus ou moins contraignantes. Si les obligations de l'hébergeur sont assez limitées et concises, celles de l'hébergé semblent beaucoup plus étendues et plus variées. Aux obligations liées directement à l'objet principal du contrat, s'ajoutent d'autres issues, soit de règles d'usage, soit de codes de conduite ou de déontologie. L'articulation de ces différentes règles dans le contrat d'hébergement fait de celui-ci une formidable source de régulation des réseaux numériques.

1- Les obligations de l'hébergeur

161. Hormis les obligations, essentiellement, d'ordre technique qui sont à la charge de l'hébergeur **(a)**, ce dernier est également soumis à des obligations qui semblent déborder le strict cadre contractuel. Il s'agit d'obligations légales dont la mise en œuvre produit des effets sur la relation contractuelle par le renforcement du rôle normatif du contrat d'hébergement **(b)**. Ainsi à l'égard du client, l'hébergeur n'est pas uniquement un contractant, il apparaît comme investi d'un certain pouvoir de contrôle de l'usage de son service.

a- Les obligations techniques de l'hébergeur

162. S'agissant des obligations contractuelles d'ordre technique, il faut distinguer, d'une part, l'obligation principale de mise à disposition du volume d'octets voulu par le client et, d'autre part, les obligations accessoires liées à la sécurité du site hébergé et aussi à la mise en œuvre de fonctionnalités particulières permettant, notamment, de fournir certaines informations au client (nombres de visiteurs, de téléchargements, etc.). La mise à disposition de l'espace disque convenu peut être regardée comme une obligation de résultat pour l'hébergeur, tandis que la sécurité et les fonctionnalités du site s'analysent en une obligation de moyens.

163. Les offres d'hébergement proposent différents volumes de stockages aux clients. De 12 Mo d'espace disque dur proposés au début de l'Internet commercial, le volume est passé successivement à 20 Mo, puis 128 Mo, 250 Mo, 512 Mo, pour atteindre aujourd'hui plus d'un Giga octets d'espace d'hébergement. Le client qui fait le choix d'un volume donné doit s'attendre à disposer effectivement du volume convenu. Dans certains contrats ce volume peut être évolutif. Ainsi, l'hébergeur peut s'engager à doubler le volume initialement choisi, lorsque le client fêtera son premier anniversaire d'abonnement au service. D'autres hébergeurs doublent gratuitement et automatiquement l'espace mis à disposition du client dès son premier anniversaire d'abonnement pour le fidéliser.

164. S'agissant des obligations accessoires de sécurité du site hébergé, le prestataire met à la disposition du client des logiciels anti-virus et coupe-feu (appelé en anglais Firewall). Pour les obligations accessoires liées aux fonctionnalités du site, l'hébergeur est tenu de fournir certaines informations portant sur la fréquentation du site. Il peut être également stipulé des possibilités de mise à jour du site par rapport aux logiciels de navigation utilisés sur le réseau.

165. La mise en œuvre de ces obligations techniques est strictement encadrée par le contrat. Celui-ci prévoit, en général, que le service pourra être interrompu pour des besoins de maintenance du serveur. Dans une telle hypothèse, l'hébergeur se dégage de toute responsabilité pour les dommages que pourrait causer cette interruption. Mais cette clause qui exclut la responsabilité de l'hébergeur est susceptible de tomber sous le coup de la qualification de clause abusive¹⁹⁰. Le contrat stipule aussi que l'hébergeur ne garantit aucune vitesse d'accès au site hébergé. Cependant, l'hébergeur a l'obligation de rendre le site accessible et disponible. La technicité du procédé d'hébergement et la non-maîtrise du réseau Internet peuvent être une source de difficultés pour l'hébergeur, l'empêchant ainsi de remplir parfaitement son obligation (les goulots d'étranglement sur le réseau, l'arrivée massive d'internautes à certaines heures de la journée, l'indisponibilité des réseaux secondaires ou indépendants, etc.). Les hébergeurs stipulent dans ce dernier cas n'assumer qu'une obligation de moyens. C'est ce qu'exprime le contrat d'hébergement de France.net¹⁹¹ : « *En cas d'inaccessibilité du service due à des dysfonctionnements techniques du réseau... France.net*

190 V. en ce sens l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 15 septembre 2005, AOL c/ UFC que Choisir, op. cit.

191 Contrat reproduit dans le Formulaire, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°III-161

disposera de 48 heures ouvrées pour trouver une solution aux problèmes. Dans le cas où aucune solution ne serait trouvée dans ces délais, le client sera en droit de demander la résiliation du présent contrat ». Ce délai de quarante-huit heures semble assez long pour des clients professionnels.

166. Enfin, le contrat prévoit la possibilité pour le client de transférer le site chez un autre hébergeur à la fin du contrat. Cette possibilité est strictement encadrée et demande beaucoup de diligence au client. En plus de ces obligations d'ordre technique, l'hébergeur est aussi tenu à certaines obligations légales qui apparaissent plus contraignantes à certains égards.

b- Les obligations de l'hébergeur liées à la fonction normative du contrat 'hébergement

167. Plusieurs obligations semblent peser sur l'hébergeur du fait de son activité sur le réseau Internet. Il s'agit de l'obligation d'information du public, de l'obligation d'identification des éditeurs des sites hébergés et de l'obligation de coopération avec les autorités publiques compétentes dans la lutte contre les contenus illicites.

168. S'agissant de l'obligation d'information du public, celle-ci existait déjà en droit français sous la forme d'une obligation générale d'information due au consommateur par le professionnel¹⁹². Cette obligation d'information qui portait sur l'identité du professionnel a été largement accentuée par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. L'article 6, III, 1 de cette loi dispose que : *« Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à la disposition du public :*

- *s'il s'agit de personnes physiques, leur nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéros de leur inscription ;*
- *s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone, et s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités*

192 Voir le code de la consommation, spécialement, les articles : L.121-18, L.111-1, L.111-2, L.113-3, L.114-1

d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéros de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social. »

169. Toutes ces informations ont pour but de permettre au public d'identifier de manière beaucoup plus détaillée le prestataire avec qui il traite et d'agir ainsi en connaissance de cause. Toutefois, seules les prestataires français agissant depuis le territoire français et les prestataires dont l'offre est destinée au public français sont concernés par cette obligation d'information.

170. Les fournisseurs d'hébergement sont également tenus de l'obligation de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de « *quiconque a contribué à la création du contenu ou l'un des contenus hébergés* »¹⁹³. Ils doivent aussi fournir à leurs clients les moyens techniques permettant à ces derniers de satisfaire aux exigences légales d'identification.

171. S'agissant de l'obligation de coopérer avec les autorités publiques compétentes, l'hébergeur est tenu, d'une part, d'informer promptement ces autorités de toutes activités illicites qui lui seraient signalées et qu'exerceraient ses clients. Ainsi, le législateur français vient d'instituer une « obligation de délation » sur les réseaux numériques à la charge des hébergeurs. D'autre part, l'hébergeur doit concourir activement à la lutte contre les contenus illicites, notamment, l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, la pédopornographie, en mettant en place des moyens efficaces consacrés à cette lutte. L'hébergeur peut être, en outre, tenu de procéder à une surveillance ciblée et temporaire des sites hébergés à la demande des autorités judiciaires. Dans le cadre de cette obligation de coopération, l'hébergeur doit aussi communiquer, à la demande des autorités judiciaires, les données permettant l'identification des créateurs de contenus illicites.

172. Toutes ces obligations légales font apparaître l'hébergeur comme un véritable « agent assermenté » ou « un auxiliaire de police judiciaire ». L'implication des hébergeurs dans la lutte contre les contenus illicites révèle le pouvoir très important que ces intermédiaires techniques exercent sur le réseau mondial. Fort de ce pouvoir, les hébergeurs

¹⁹³ C'est l'article 6,II, de la loi du 21 juin 2004 qui impose cette obligation

peuvent agir de façon préventive pour empêcher la diffusion de contenus illicites sur leurs serveurs. Certaines de ces mesures préventives sont le fruit d'engagements unilatéraux pris par les hébergeurs en adhérant à des chartes ou des codes de déontologie qui créent des obligations à leur égard et vis-à-vis de leur client.

173. Plusieurs chartes et codes de conduite ont été rédigés et signés par les membres de l'Association des fournisseurs d'accès et de services Internet connue sous l'acronyme « AFA »¹⁹⁴. Ces chartes et codes de conduite sont pour la plupart annexés aux contrats signés par ces prestataires avec leurs clients ou repris dans leurs points principaux. Tous ces engagements d'ordre déontologique de l'hébergeur ne poursuivent qu'un seul but : « présenter le réseau Internet comme un espace civilisé ». Dans cette perspective, le contrat d'hébergement met aussi à la charge de l'hébergé différentes obligations dont la portée dépasse de loin la simple prestation pécuniaire attendue de lui.

2- Les obligations de l'hébergé

174. Comme dans le contrat d'accès au réseau Internet, le contrat d'hébergement contient d'impressionnantes stipulations portant sur l'usage que le client doit faire du réseau. Le contrat met à sa charge, d'emblée, une obligation de bon comportement et de bon usage du réseau Internet. Cependant, il ressort directement du contrat d'hébergement d'autres obligations pour l'hébergé. Il s'agit, d'une part, des obligations d'ordre technique et, d'autre part, des obligations d'ordre pécuniaire. Ces obligations techniques et pécuniaires qui sont liées à l'objet principal du contrat vont pourtant être surpassées par l'obligation de bon comportement et de bon usage du réseau¹⁹⁵.

175. S'agissant des obligations techniques, il est souvent prévu dans les contrats que « *le client est tenu de respecter les indications techniques requises* ». Ces indications techniques portent, notamment, sur les types de fichiers refusés ou admis sur l'espace disque alloué ainsi que l'utilisation d'un équipement compatible avec les services proposés. Le client devra aussi faire un usage personnel des codes d'accès nécessaires à la mise en ligne des

194 V. Tables des annexes à la page 296

195 Ces obligations de bon comportement et de bon usage du réseau Internet feront l'objet d'une étude plus approfondie dans le Titre II de cette première partie de la Thèse. V. *infra*, p. 128 et s.

contenus hébergés. Il devra, enfin, utiliser les logiciels anti-virus fournis ou recommandés par l'hébergeur. Le client ne doit pas faire un usage abusif de la bande passante afin de ne pas nuire aux autres utilisateurs. Les hébergeurs insistent donc sur un usage modéré de la bande passante et se donnent les moyens de le garantir par la stipulation de sanction afin d'inciter à de bons comportements sur le réseau Internet.

176. Comme dans tout contrat à titre onéreux, l'hébergé doit payer un certain prix au prestataire pour le service rendu. Ce prix doit être déterminé ou déterminable. Ce qui apparaît très difficile lorsque l'hébergement requiert la mise à disposition de l'hébergeur d'un espace publicitaire sur le site hébergé. Dans ce cas, le prix stipulé est évolutif ou même révisable. En pratique, le prix varie en fonction du volume choisi par l'hébergé. Ce prix peut être payable par mensualité prédéterminée ou annuellement. Mais il peut arriver que l'hébergement soit gratuit ou que ce soit l'hébergeur qui rémunère le client. C'est, notamment, le cas lorsque le client accepte de recevoir sur son site de la publicité sous la forme de bandeaux publicitaires. Dans cette dernière hypothèse, l'hébergeur convient avec le client d'une rémunération à lui verser proportionnellement à la fréquentation du site. En contrepartie, le client s'engage à assurer l'animation du site et la dynamisation du contenu en vue de le rendre attractif pour les internautes. Le client, qui n'aura pas respecté ces obligations fixées par le contrat, se fera purement et simplement évincer du serveur sans préavis ni indemnité. Le client ainsi sanctionné sera tenu dans certains cas au paiement de dommages et intérêts à l'hébergeur.

177. Au terme de cette analyse, il apparaît clairement que l'accès au réseau Internet n'est possible que dans le cadre de relations contractuelles entre les divers acteurs et utilisateurs de ce média mondial. Ces relations contractuelles ne concernent pas uniquement les simples rapports entre les contractants mais tiennent aussi compte des droits et intérêts des tiers. L'accès au réseau mondial est ainsi contrôlé par le contrat qui en détermine les modalités. Les clauses des contrats liés à l'accès au réseau Internet exercent à l'égard des acteurs une fonction normative dont l'effet immédiat est l'encadrement des comportements. Aucun acteur ou utilisateur désireux d'accéder à l'Internet ne peut s'y soustraire. Ces clauses contractuelles standardisées et diffusées par le biais des contrats d'adhésion constituent la source même de la régulation contractuelle de l'accès aux réseaux numériques.

178. Les contrats étudiés dans ce chapitre sont des contrats en perpétuelle mutation au regard du caractère évolutif des technologies et du réseau Internet. Dans la mesure où les pratiques dans ce domaine sont susceptibles de changement, il peut arriver que certains contrats étudiés mutent ou changent de nom. Cependant, la régulation contractuelle mise en œuvre s'opèrera par le même mécanisme en vue de la régulation du réseau Internet. La pertinence de cette régulation a été relevée par les pouvoirs publics qui se réfèrent aux contractants pour la mise en œuvre contractuelle des dispositions légales, lesquelles n'auraient, sans doute, pas été appliquées en dehors d'un tel cadre. Si l'accès au réseau Internet fait l'objet d'une régulation contractuelle, son utilisation ne peut échapper à une telle régulation. Il est donc judicieux, après l'étude de la régulation contractuelle de l'accès au réseau Internet, d'étudier celle liée à son utilisation.

CHAPITRE 2 :

LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DE L'UTILISATION DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

179. L'utilisation des réseaux numériques est très variée et non exhaustive. Chaque jour s'y dévoilent de nouveaux usages et de nouvelles activités. L'évolution technologique du réseau facilite et entraîne la succession et la multiplication des pratiques. Cependant, certaines de ces pratiques se stabilisent et deviennent donc traditionnelles. C'est le cas de la messagerie électronique, de la recherche d'informations par le biais des moteurs de recherches et des ventes et achats de biens sur le réseau.

180. L'internaute qui accède au réseau Internet n'a souvent qu'un seul but : « avoir un accès rapide aux informations y circulant ». Cette activité de recherche d'informations entraîne aussi celle de la mise à disposition et de l'accessibilité de l'information. Les outils de recherche de l'information encore appelés outils de navigation sont donc nécessaires à cette fin. Il s'agit des moteurs de recherche, des annuaires, des portails, des guides et répertoires. La mise en œuvre de ces outils de recherche engendre des figures contractuelles originales qu'il conviendra d'examiner minutieusement. Ces contrats encadrent l'accès et la diffusion de l'information sur le réseau Internet et en déterminent les conditions. Ce faisant, il se crée une véritable régulation contractuelle de la recherche de l'information sur l'Internet (**Section 1**).

181. A ces contrats liés à la recherche d'informations s'ajoute la pratique des liens hypertextes qui fait aussi naître des conventions particulières (**Section 2**). Les liens hypertextes sont le reflet extérieur de l'Internet et en constituent la structure d'ensemble. Les « hyperliens »¹⁹⁶ sont une sorte de maillage des pages web dont la finalité est de permettre la navigation de site en site sans obstacle. L'accès à l'information étant l'une des missions fondamentales de l'Internet, la pratique des liens hypertextes en devient le corollaire. Ce sont des domaines privilégiés de la régulation contractuelle du Réseau. Cette régulation fait naître des règles de bon comportement et de bon usage du réseau dont le caractère contraignant résulte de l'acceptation des conditions générales d'utilisation des services proposés. Ces

¹⁹⁶ Formule contractée désignant les liens hypertextes.

contrats d'adhésion véhiculent des clauses de style dont l'objectif est la standardisation des comportements et des activités de manière à assurer une sécurité juridique aux acteurs et utilisateurs du réseau mondial.

SECTION 1 :

La régulation contractuelle de la recherche d'informations sur les réseaux numériques

183. La recherche d'informations sur le réseau Internet nécessite l'utilisation des outils techniques de recherche d'informations que sont les moteurs de recherches, les annuaires, les guides et les portails. Ces outils de recherche de l'information sur le réseau Internet sont des logiciels ou programmes informatiques créés et exploités par les acteurs du réseau. Leur utilisation se fait donc sur la base du contrat. L'Internet étant conçu pour la circulation des informations, sa structure offre également les bases d'une navigation non linéaire grâce à la mise en œuvre des liens hypertextes.

184. Les outils de recherche d'informations disponibles sur le réseau Internet en sont une composante essentielle sans laquelle l'internaute ne serait pas en mesure de s'orienter ni d'exploiter les ressources disponibles sur le réseau. Malgré leur complexité technique, ces outils de recherche utilisent une ou plusieurs bases de données répertorient les sites Internet. Leur exécution permet la recherche et l'accès aux informations disponibles sur le réseau mondial. Qu'il s'agisse de moteurs de recherche, d'annuaires, de guides ou de portails, ces outils, à quelques variantes près, utilisent, tous, la technique du référencement. C'est donc naturellement qu'ils sont appelés « outils de référencement de sites web »¹⁹⁷. Ils permettent aux internautes de se repérer dans le labyrinthe d'informations qu'est l'Internet en répertorient les sites web dans leurs bases de données.

185. Le référencement de sites web génère des contrats conclus, soit de façon automatique, c'est-à-dire sans l'intervention directe de l'homme, soit à la suite d'une

197 C. Rojinsky et O.Léaurant, *Créer et exploiter un site web*, aux éd. Lamy/les Echos, 2000, p. 116

négociation classique entre les parties (§1). Ces contrats qui encadrent strictement la pratique du référencement sont aussi une source de responsabilité pour les prestataires de référencement eu égard aux contenus informationnels indexés (§2). Ceux-ci vont donc chercher à aménager conventionnellement les conditions de la mise en jeu de cette responsabilité. De ce fait, la recherche d'information sur le réseau Internet met en œuvre une réelle régulation de l'accès à l'information. L'accès à l'information et l'utilisation de celle-ci sur les réseaux numériques se fait donc par le biais du contrat qui manifeste ainsi sa fonction normative et apparaît comme un instrument de régulation idéal.

§1- Les contrats de référencement sur le réseau Internet

186. Selon la définition donnée par monsieur Cyril Rojinsky, le référencement consiste, « *de façon manuelle ou automatique, à inscrire et faire reconnaître un site par un moteur ou annuaire de recherche* »¹⁹⁸. L'objectif du référencement est donc d'inscrire le nom du site web dans la base de données d'un outil de recherche afin que, lors de l'exécution du programme de recherche, le site ainsi répertorié puisse être rapidement et facilement retrouvé par l'internaute. La différence entre les outils de recherche est simplement liée à la technique utilisée pour le référencement.

187. Les annuaires, les guides et les portails procèdent à un classement manuel des sites qui induit une intervention humaine. Tandis que les moteurs de recherches utilisent une indexation automatique des informations basée sur l'intervention de logiciels de navigation, appelés « robots », qui parcourent les pages web et les indexent de façon automatique. Ces robots utilisent les mots-clés contenus dans les pages web ou les balises « méta-tags »¹⁹⁹ insérées dans les codes sources du site à répertorier (ce système est de moins en moins utilisé de nos jours).

188. Pour que le site web soit automatiquement reconnu par le moteur de recherche, l'éditeur doit y insérer les mots-clés qui, sans apparaître sur l'écran de l'ordinateur de

198 C. Rojinsky, *Les techniques contractuelles du commerce électronique*, op. cit. p. 108

199 Les « méta tags » sont des mots cachés dans le code source du site qui permettent une indexation automatique du site par les moteurs de recherches.

l'internaute, sont reconnus par les agents intelligents du programme de recherche. Google et Altavista sont de loin les moteurs de recherche les plus utilisés sur le réseau mondial.

189. Mais qu'il soit manuel ou automatisé, le référencement fait naître un lien contractuel entre l'éditeur du site et le prestataire exploitant le moteur de recherche. Ces contrats, appelés dans la pratique « les contrats de référencement », sont conclus, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Le consentement exprès du propriétaire du site n'est pas indispensable à l'apparition de son site dans les résultats d'une recherche d'informations sur le réseau Internet. L'indexation du site peut se faire sur la seule initiative du moteur de recherche par indexation automatique ou sur celle de l'annuaire par indexation manuelle. Cependant, l'éditeur d'un site qui veut avoir la certitude de sa présence dans les bases de données des outils de recherche peut être amené à conclure de façon formelle une convention de référencement lui garantissant cette présence grâce aux mots-clés prédéfinis.

190. La conclusion du contrat de référencement peut donc être très simple, consistant dans l'envoi d'un courrier électronique au prestataire exploitant l'outil de recherche ou, au contraire, se traduire par la rédaction et la signature d'un document écrit. C'est le plus souvent le cas lorsque d'autres prestations complémentaires doivent s'y rajouter. Par exemple, lorsqu'il est question de garantir à l'éditeur la présence de son site dans les dix ou vingt premiers liens du résultat de recherche. Le contrat de référencement présente dans ce cas un véritable intérêt pour les éditeurs de sites qui sont ainsi à la recherche des meilleures places dans la grille des résultats des outils de recherche.

191. Sur le marché du référencement interviennent des prestataires « intermédiaires de référencement » dont le rôle s'apparente à celui d'une régie publicitaire. Il s'agira pour l'intermédiaire, la régie, de fournir à ses clients un espace publicitaire en leur réservant les mots-clés leur permettant d'apparaître dans les résultats de recherches et susciter ainsi la visite des sites par les internautes. Dans les contrats de référencement conclus à titre gratuit, l'objet du contrat consiste dans l'indexation manuelle ou automatique des sites disponibles suivant certains critères (A). Les contrats de référencement à titre onéreux mettent en œuvre des pratiques plus complexes, ayant pour objet la vente directe ou par un système d'enchères de

mots-clés permettant à l'acheteur de voir son site obtenir un meilleur classement dans les résultats des outils de recherche (**B**). Cette dernière technique est celle des liens commerciaux dits encore « liens sponsorisés »²⁰⁰.

A- Les contrats de référencement à titre gratuit

192. A priori, il est difficile de caractériser l'existence d'une convention entre l'éditeur d'un site Internet et l'outil de référencement lors d'une indexation automatisée des sites nouvellement installés sur le réseau mondial. Tout cela est fait sans que le propriétaire du site ne donne son avis sur cette opération. Ainsi, l'aspect contractuel du référencement gratuit n'est guère apparent. Cependant, à y regarder de près, l'existence d'un contrat implicitement conclu peut se déduire du processus même du référencement automatique.

193. En effet, il est possible de caractériser une volonté manifeste de l'exploitant du moteur de recherche de procéder au référencement des nouveaux sites et celle de l'éditeur du site qui accepte que son site soit répertorié grâce à l'insertion de mots-clés dans les pages web ou de balises méta-tags dans les codes sources de ce site. La rencontre de ces deux volontés se fait implicitement mais de façon non équivoque. Ainsi naît de façon automatisée le contrat de référencement à titre gratuit. Les parties à ce contrat n'ont d'obligations que celles de respecter les règles de la nétiquette s'appliquant à tout acteur du réseau Internet.

194. Le contrat de référencement à titre gratuit se révèle de façon beaucoup plus explicite dans le cadre de l'indexation manuelle pratiquée par les annuaires, les guides et les portails. A la différence de la pratique des moteurs de recherche, ici les sites sont volontairement déclarés à l'annuaire ou au portail par les éditeurs. Un formulaire en ligne est mis à leur disposition à cet effet. Ce formulaire permet une brève description du site candidat et met en évidence les mots-clés pour le classement du site par thème ou sous-thème. Le

200 J. Larrieu, *Liens sponsorisés : quels risques pour les moteurs de recherches...et les autres ?* Expertises, février 2004, p. 55 et s. V. également, M. Cahen, *La protection des outils de référencement : l'articulation entre contrefaçon et concurrence déloyale*, www.droit-ntic.com.

contrat de référencement gratuit est ainsi formalisé par le formulaire rempli et signé par le destinataire. Les obligations du demandeur au référencement sont de fournir, de bonne foi, les informations requises par l'annuaire.

195. Un formulaire incomplet ou mal rempli sera tout simplement rejeté par le prestataire. Il peut arriver aussi que l'annuaire refuse de répertorier les sites à caractère publicitaire ou mercantile ou encore les sites ayant des activités illicites ou jugées attentatoire à la dignité humaine. Ce refus qui peut s'apparenter à une sorte de censure permet de faire le tri entre les informations autorisées et celles interdites sur le réseau mondial. En agissant ainsi, les acteurs du référencement opèrent une régulation de l'Internet qui utilise le contrat comme source des règles édictées.

196. Lorsque les conditions exigées sont réunies, l'annuaire est tenu de procéder à l'indexation du site web en l'inscrivant dans sa base de données. Toutefois, un délai d'attente ou de carence peut être stipulé. Ce délai permet à l'annuaire d'explorer le site en question et de vérifier qu'il remplit bien les conditions d'indexation fixées. Le référencement sera assuré aussi longtemps que le site indexé restera actif et dynamisera son contenu. L'annuaire assumera pleinement la responsabilité de l'indexation du site dans sa base de données en cas de litige sur le contenu d'un site. La sélection opérée lors du référencement permet difficilement à l'annuaire de plaider l'ignorance du caractère illicite du contenu en cause. Cette responsabilité de l'outil de recherche est renforcée lorsque le référencement s'effectue à titre onéreux.

B- Les contrats de référencement à titre onéreux

197. Dès le début de l'Internet grand public, les outils de recherche sur le réseau s'étaient interdits par déontologie de pratiquer le positionnement payant. Car si la position dans les résultats de recherche était payante, seuls les sites web qui avaient les moyens de payer seraient accessibles. Ce qui était contraire à l'esprit de l'Internet, réseau ouvert à tous et favorisant la liberté d'expression. Le rôle donc des outils de recherche était de permettre l'accessibilité de l'information de façon démocratique et sans discrimination.

198. Le Forum des droits sur l'Internet, dans son rapport du 23 octobre 2003²⁰¹, a relevé le rôle fondamental des outils de recherche « *consistant à offrir des ouvertures neutres sur le web en indexant l'essentiel disponible suivant des critères objectifs et automatiques* ». Aujourd'hui les choses semblent avoir nettement évolué. Même si le caractère automatique de l'indexation demeure, l'objectivité et la neutralité de celle-ci ont été abandonnées au profit du caractère commercial.

199. Il s'est ainsi développé sur le réseau Internet des services de positionnement payant permettant aux titulaires de sites web d'obtenir un classement privilégié dans les résultats de recherche en contrepartie de l'achat de mots-clés spécifiques. Cette technique de lien commercial ou lien sponsorisé permet d'optimiser l'indexation du site par les moteurs de recherche en le plaçant en tête de liste sur la page des résultats à chaque fois que les internautes saisissent les mots-clés ayant fait l'objet de la transaction.

200. Des prestataires ont donc dédié des emplacements spécifiques pour la présentation des liens sponsorisés. C'est, notamment, le cas de Google inc. et de sa filiale française Google France, qui réservent la partie droite de leurs sites pour l'affichage des liens commerciaux.

201 Forum des Droits sur l'Internet, *Rapport du 23 octobre 2003 : Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?* www.foruminternet.org

201. Le système du positionnement payant rompt radicalement avec les critères traditionnels d'indexation naguère rattachés au fonctionnement des outils de recherche. Par ce système, les mots-clés les plus valorisants sont mis aux enchères sur le réseau et attribués aux plus offrants ou vendus directement aux demandeurs. Ces derniers verront leurs sites occuper la première place dans la liste des résultats lorsque les requêtes des internautes porteront sur ceux-ci.

202. Le positionnement payant fait naître un contrat d'entreprise entre l'éditeur du site et le prestataire exploitant l'outil de recherche concerné. L'ingéniosité du système a poussé de nombreux prestataires à jouer les intermédiaires auprès des outils de recherche pour proposer ce service aux internautes intéressés. Cette dernière pratique fait apparaître le positionnement payant comme un contrat de publicité par lequel l'annonceur (l'éditeur du site demandeur) charge la régie publicitaire (le prestataire intermédiaire) de trouver auprès du support (l'outil de recherche) un espace pour la diffusion de ses pages web.

203. En France, en matière de vente d'espaces publicitaires, la loi exige que soit conclu obligatoirement un mandat écrit entre l'intermédiaire et l'annonceur. Dans la pratique, il est plutôt question de vente ou d'achat de mots-clés. L'opérateur Google France a développé cette pratique grâce à la mise au point de son service « Adwords » par lequel le moteur de recherche Google relie systématiquement les sites acquéreurs et les mots-clés achetés lors des requêtes des internautes pour les placer en tête de liste des résultats.

204. En principe, les mots-clés vendus sont empruntés au langage courant. Il s'agit donc de mots sur lesquels nul n'a de droit exclusif puisqu'ils sont dans le domaine public. Le prestataire réserve à l'éditeur du site l'exclusivité de l'usage du mot-clé acheté sur son moteur de recherche. Cette exclusivité engendre nécessairement un abus lorsque le mot-clé proposé correspond à un secteur d'activité car il fournit à l'acheteur un avantage concurrentiel par rapport aux autres opérateurs du secteur. Pour monsieur Jacques Larrieu, « *cet avantage devient très contestable lorsque le mot-clé correspond à une profession protégée ou à une activité réglementée* »²⁰². Ce trouble devient encore plus grave lorsque le mot-clé vendu correspond à un signe distinctif, une marque, appartenant à un tiers, notamment, un

202 J. Larrieu, op. cit., p. 55

concurrent ou un nom patronymique appartenant à un adversaire politique²⁰³. Le détournement du signe ou du nom et son usage abusif par le biais du positionnement payant caractérise des actes de contrefaçon, de concurrence déloyale²⁰⁴ ainsi que des actes d'usurpation de nom patronyme. Cette façon contestable de mener ses activités sur le réseau Internet, appelée le « position squatting », est une pratique manifestement illicite qui est de nature à engager la responsabilité des prestataires des outils de recherche Internet et aussi celle de leurs clients.

§2- La responsabilité des prestataires de référencement sur le réseau Internet

205. Comme cela se présente à l'évidence, la pratique du référencement peut mettre en jeu la responsabilité des prestataires techniques. Cette responsabilité est mise en cause dans la majorité des cas par les tiers qui s'estiment victimes d'agissements illicites. Ainsi, il sera moins question de responsabilité contractuelle que de responsabilité délictuelle.

206. La responsabilité contractuelle des prestataires d'outils de recherche vis-à-vis du client demandeur du référencement peut être engagée dans certains cas très rares en pratique, notamment, en cas de refus délibéré et injustifié de procéder au référencement du site²⁰⁵. Mais en règle générale, c'est surtout en matière de responsabilité délictuelle que la crédibilité du système de référencement sera éprouvée.

207. Cette responsabilité semble limitée, lorsque les moteurs de recherche et les annuaires remplissent leur rôle de simple outil de recherche de l'information sur le réseau Internet (A). Cependant, en cas de pratique des liens sponsorisés, la responsabilité encourue par les prestataires d'outils de recherche est étendue et peut déboucher sur une mise en cause

203 Récemment, l'UMP a acquis les noms patronymiques des présidentiables socialistes qui lui permet à chaque requête des internautes de faire apparaître le site du parti gauliste à droit de la page des résultats.

204 M. Cahen, *Qui est responsable en matière de contrefaçon de marque sur les liens commerciaux des moteurs de recherche ?* www.droit-ntic.com

205 N. Marchet, *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'Internet*, op. cit., p. 166

pénale des concernés (**B**). Devant un tel risque, le contrat apparaît comme le rempart idéal pour éviter cette mise en jeu de la responsabilité des acteurs.

A- La responsabilité atténuée des prestataires des outils de recherche sur le réseau Internet

208. En France, la loi du 21 juin 2004, qui transpose la directive européenne du 8 juin 2000 relative au commerce électronique, n'a pas prévu un régime spécial de responsabilité des prestataires des outils de recherche sur le réseau Internet. C'est donc sur le terrain du droit commun qu'il convient de la rechercher²⁰⁶. Aux Etats-unis par contre, le Digital Millenium Copyright Act prévoit une irresponsabilité de principe des prestataires des outils de recherche à condition qu'ils ne se soient pas immiscés dans la sélection du contenu des sites et qu'ils ne soient pas intervenus pour leur modification lors de la transmission. Ces prestataires ne doivent pas avoir eu connaissance du caractère illicite du contenu auquel ils ont donné accès et n'avoir reçu aucun avantage financier en contrepartie de la transmission. C'est donc le rôle de simple outil de recherche que le législateur américain vient d'exonérer de toute responsabilité.

209. En pratique, la question de la responsabilité des outils de recherche se trouve posée en cas d'accès à des contenus illicites permis par leur biais.

En effet, le fait de référencer un site Internet et de permettre ainsi d'accéder à son contenu ne revient-il pas à cautionner ledit contenu ? Il est vrai que le référencement, lorsqu'il est automatisé, ne permet pas le contrôle des contenus indexés. Les prestataires techniques que sont les outils de recherche n'ont aucune obligation générale de surveillance et de contrôle des contenus à l'instar des autres intermédiaires techniques²⁰⁷. Le tribunal de Nanterre, allant dans ce sens, a admis que « *la société Google ne peut pas en pratique contrôler que les mots-clés (servant au référencement) spontanément choisis par les clients sont des marques protégées*

206 Par application des articles 1382 et s. du Code civil

207 Ni la jurisprudence, ni la loi du 21 juin 2004 ne font peser une telle obligation sur les outils de recherche.

dans le domaine d'activité considéré »²⁰⁸. En outre, les mots-clés choisis pour le référencement d'un site web sont très souvent ordinaires, pouvant servir à référencer tant des contenus vertueux que des contenus illicites.

210. Il convient, cependant, de distinguer la mise en jeu de la responsabilité des outils de recherche en cas de référencement automatisé des sites web(1) de la responsabilité encourue en cas de référencement manuel (2).

1- La responsabilité des outils de recherche dans le cadre du référencement automatisé

211. Le référencement automatisé est pratiqué par les moteurs de recherche. Il s'agit d'indexer les sites web grâce aux mots-clés y insérés par des logiciels appelés « robots » parcourant la toile mondiale. Dans les affaires judiciaires ayant mis en cause les moteurs de recherche, les juridictions ont semblé très indulgentes. Ainsi, dans l'affaire « Matelsom »²⁰⁹ où un site référencé par le moteur de recherche Altavista contenait des métas-tags reproduisant la marque d'autrui, la Cour d'appel de Paris avait estimé que : « *Matelsom ne démontre pas que les critères d'indexation retenus par Altavista soient la cause du renvoi des utilisateurs vers le site litigieux... ni que leur orientation vers ce site soit le résultat d'une erreur dans la procédure technique de renvoi dépendant d'Altavista* ». La cour a donc rejeté la responsabilité du moteur de recherche au motif « *qu'aucune faute personnelle du prestataire n'était rapportée* ».

212. Dans une autre affaire plus ancienne, dans laquelle le moteur de recherche Altavista avait aussi été mis en cause pour avoir permis l'accès à un site litigieux, le Tribunal de Paris²¹⁰, en référé, n'avait pas retenu la responsabilité d'Altavista qui « *avait de sa propre initiative mis en place une procédure d'alerte et avait vite réagi pour « déréférencer » le site litigieux* ».

213. Ces affaires montrent clairement que les tribunaux ne retiennent pas la responsabilité des moteurs de recherche lorsqu'ils remplissent leur rôle de simple

208 TGI de Nanterre, 2^{ème} Chambre, 14 décembre 2004 : Société CNRRH, Pierre Alexis T. c/ Société Google France, Société Tiger et M. Bruno R. www.legalis.net, www.juriscom.net

209 CA de Paris, 14^{ème} Chambre, 15 mai 2002, Altavista c/ Matelsom, www.legalis.net

210 TGI Paris, référé, 31 juillet 2000 : D. Bertrand c/ Société Altavista company, SARL Kohiba Multimédia, SARL Kohiba production, Félix M. et Société Objectif Net, www.legalis.net/jnet

intermédiaire technique²¹¹. En revanche, la responsabilité des annuaires Internet est largement retenue même si ces derniers n'ont agi que dans le strict cadre de leur activité technique. Cela peut s'expliquer par le fait que ces derniers procèdent à l'indexation des sites de façon manuelle et volontaire.

2- La responsabilité des outils de recherche dans le cadre du référencement manuel

214. Il convient de souligner qu'à la différence des moteurs de recherche, les annuaires procèdent à une indexation manuelle des sites web par thème ou rubrique, et donc peuvent exercer un certain contrôle sur les sites candidats au référencement. La mise en cause des annuaires a connu un retentissement médiatique avec l'affaire Yahoo !²¹² dans laquelle le TGI de Paris avait sommé la société américaine Yahoo ! inc. et sa filiale française Yahoo ! France, de « *prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis* ».

215. Les experts commis par le tribunal avaient estimé que Yahoo ! pouvait contrôler l'accès des internautes aux sites référencés grâce à l'analyse des adresses IP qui est fonction des origines géographiques. Mais pour ces experts, ce contrôle ne pouvait être effectué que sur environ 70% des adresses IP des internautes localisés à partir du territoire français. Même si au final, Yahoo ! a décidé de retirer de la vente aux enchères sur son site les objets nazis et d'interdire le référencement des sites nazis, cette décision du juge français a été vivement critiquée. Certains y ont vu une sorte de censure judiciaire, d'autres une atteinte à la liberté d'expression et à la vie privée. D'autres encore ont dénoncé le caractère inefficace de ces mesures qui ne donnent pas un résultat fiable à 100%.

211 C. Le Stanc, *Interrogation sur la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche en cas de référencement de site illicite*, Recueil Dalloz, 2003, n°41, p. 2824 et s.

212 TGI Paris, référé, 22 mai 2000, Association Union des étudiants juifs de France, La ligue contre le racisme et l'antisémitisme c/ Yahoo ! Inc. Et Yahoo ! France ; www.legalis.net. V. également, C. Fabre, *y a-t-il une morale dans l'affaire yahoo ?* Expertises, n°246 du 1^{er} mars 2001, p. 107 et s. ; J. Reidenberg, *L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet*, Com. –Com. élec., n°5, mai 2001 p. 14 et s.

216. Estimant avoir été victime d'une procédure non équitable en France, Yahoo ! a introduit un recours devant la Cour fédérale de San José en Californie²¹³. Le but de cette procédure introduite aux Etats-unis était d'obtenir la position d'une Cour américaine sur la compatibilité des décisions françaises par rapport à l'ordre public américain, notamment, la liberté d'expression, garantie par la constitution américaine. La cour de San José a, dans un jugement déclaratif, rejeté l'exécution des décisions française, estimant que le filtrage des internautes français est incompatible avec le premier amendement de la constitution américaine relatif à la liberté d'expression²¹⁴.

217. Au-delà de la question de compétence, il incombe de noter que la justice peut enjoindre à un annuaire d'exercer un contrôle sur les contenus référencés afin d'empêcher l'accès aux contenus illicites. De là à conclure que les juridictions peuvent ordonner le déréférencement du site litigieux, il n'y a qu'un pas qui est aisément franchissable. Cependant, en pratique, la mesure de déréférencement est prévu par les contrats et est prise par l'annuaire à titre préventif, dès lors qu'un litige porte sur le site référencé avant même l'intervention de toute mesure judiciaire.

218. Ces mesures préventives de déréférencement prises par les prestataires sont le signe de l'existence d'une régulation contractuelle de la recherche de l'information sur les réseaux numériques. Cette autorégulation permet de limiter la responsabilité des outils de recherche Internet lorsque leur rôle se cantonne à la mise à disposition objective des informations circulant sur le réseau mondial. Quand le déréférencement a déjà été exécuté avant la saisine du juge, ce dernier, saisi postérieurement, ne fera que constater son effectivité et rejeter la demande de mise en cause du prestataire qui a procédé ainsi aux diligences appropriées pour mettre fin aux troubles à l'ordre public du fait du référencement d'un contenu illicite. Dans le cas contraire, une simple mesure de déréférencement peut alors être ordonnée à son encontre.

La responsabilité des outils de recherche est, toutefois, renforcée en cas de pratique des liens sponsorisés ou liens commerciaux.

213 *Yahoo ! estime avoir eu un procès inéquitable en France*, Actualité du 10 janvier 2001 sur www.legalis.net

214 US. District Court, District of California, San José, 7 novembre 2001, *Yahoo Inc. c/ La ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, www.foruminternet.org

B- La responsabilité renforcée des prestataires de référencement

219. La technique du positionnement payant développée ces dernières années par les outils de recherche Internet a été la source d'un contentieux judiciaire initié par les titulaires de marques contrefaites. Dans la majorité des cas, les juges ont sanctionné les prestataires d'outils de recherche pour avoir permis à leurs clients de contrefaire la marque d'autrui grâce à la technique du « position squatting ». Ces affaires ont surtout mis en cause le prestataire Google qui proposait un service de liens sponsorisés grâce à son logiciel « Adwords »²¹⁵. Les titulaires de marques se plaignaient de l'usage illicite de leurs marques par des concurrents qui obtenaient une position privilégiée dans l'affichage des résultats de recherche lorsque les internautes introduisaient une requête portant sur ces marques.

220. Dans l'affaire portée devant le TGI de Nanterre le 13 octobre 2003, la question principale posée au juge était celle de savoir qui du client ou du prestataire du moteur de recherche était le contrefacteur de la marque des demanderesse ? L'analyse de l'économie du système « adwords » mise en œuvre par Google a permis au tribunal de retenir sa responsabilité pour contrefaçon de marque. Il est, cependant, vrai qu'en pratique, c'est l'éditeur du site qui choisit les mots-clés, c'est donc lui qui est l'auteur principal de l'infraction. Comme cela a d'ailleurs été soulevé, le gestionnaire du système a pu honnêtement ignorer que les mots-clés sélectionnés par le client étaient des marques appartenant à autrui²¹⁶. Ainsi, le moteur de recherche pouvait valablement opposer sa bonne foi. Cependant, le tribunal a vigoureusement rejeté cet argument en rappelant qu'en matière de contrefaçon la bonne ou la mauvaise foi est indifférente dans la commission de l'infraction par application de l'article L.713-2 du code de la propriété intellectuelle.

215 TGI de Nanterre, 13 octobre 2003, Viaticum et Luteciel c/ Google France, Expertises décembre 2003 p. 431 ; TGI de Nanterre 14 décembre 2004, Société CNRRH, Pierre-Alexis T. c/ Société Google France, Tiger et M. Bruno R., www.legalis.net. Cour d'appel de Versailles, 13^{ème} Chambre, 10 mars 2005, Société Google France c/ Société Viaticum et Luteciel, www.foruminternet.org. TGI de Nanterre, Ordonnance de référé du 02 mai 2005, Axa banque c/ Google France, www.legalis.net, Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} Chambre, section 2, 23 mars 2006, Sté Google France c/ SARL CNRRH, Monsieur Pierre-Alexis T., Monsieur Bruno R., SARL Tiger, www.foruminternet.org (Confirmation du jugement du TGI de Nanterre du 14 décembre 2004.)

216 Le débat a même porté sur le caractère distinctif ou non des marques en cause (Bourse des voyages, Bourse des vols) qui étaient selon la défenderesse des mots génériques, usuels et descriptifs. Mais le tribunal a tranché dans le sens contraire en reconnaissant le caractère distinctif des marques litigieuses.

221. Comment Google aurait pu démontrer sa bonne foi quand cette dernière met à la disposition de ses clients un système d'assistance à la sélection des mots-clés ou quand par la mise en œuvre de l'option « requête large » l'adresse du site du client est listée dans les résultats de recherche même si l'internaute saisit un mot voisin ? Dans ces circonstances, c'est donc à bon droit que le tribunal a conclu que : « *l'intervention de la société Google France comme intermédiaire dans l'offre commerciale de ses annonceurs est incontestablement un acte positif de contrefaçon* ». Le tribunal de Nanterre a aussi relevé que le système des « requêtes larges » était déterminant. Car, même si les annonceurs n'ont acquis que des mots communs (vols, voyages, bourses), leur site s'affiche automatiquement dès lors que l'un de ces mots figure dans la requête de l'internaute utilisateur du moteur de recherche Google.

222. La contrefaçon de marque est donc un risque assumé par l'outil de recherche en contrepartie des profits tirés du positionnement payant. Le détournement de la marque d'autrui grâce au système du positionnement payant est donc sévèrement sanctionné. Ce détournement apparaît très accentué lorsque c'est la marque d'autrui qui est vendue comme mot-clé au concurrent. Ainsi, lorsqu'un internaute lance une recherche portant sur une marque donnée, il se voit proposer, en tête de liste des résultats, un lien sponsorisé renvoyant sur le site du concurrent de la marque recherchée. Le moteur de recherche établit donc un lien abusif entre la marque d'autrui et un site sponsorisé concurrent. Ce lien délibéré constitue manifestement un acte positif de contrefaçon mais aussi de concurrence déloyale²¹⁷.

223. L'opérateur Google a tenté d'échapper à sa responsabilité ainsi décrite en revendiquant la qualité de prestataire purement technique de services afin de bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue par la loi du 21 juin 2004 et par la jurisprudence. Mais dans son jugement du 14 décembre 2004, le TGI de Nanterre²¹⁸ a relevé que le prestataire de positionnement payant « *n'agit pas en tant que prestataire purement technique de services mais en tant que régie publicitaire* ». Même si le prestataire de positionnement payant n'effectue aucun contrôle sur le contenu des informations stockées dans les sites de ses clients, pour le tribunal de Nanterre, « *il peut néanmoins exercer un contrôle sur ses propres*

217 M. Cahen, op. cit.

218 TGI de Nanterre, 14 décembre 2004, op. cit., ce jugement a été confirmé en appel : Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} Chambre, section 2, 23 mars 2006, Sté Google France c/ SARL CNRRH, Monsieur Pierre-Alexis T., Monsieur Bruno R., SARL Tiger, www.foruminternet.org

prestations, notamment, dans la sélection des mots-clés qu'il propose et dont il établit la liste, même automatiquement ». Ainsi, conformément à l'article 1383 du code civil « *chacun est responsable du dommage qu'il cause non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

224. La CA de Versailles a, quant à elle, décidé le 10 mars 2005 qu'« *une société exerçant la double activité de moteur de recherche et de prestataire de positionnement payant ne peut se prévaloir du bénéfice des dispositions légales ou jurisprudentielles applicables aux intermédiaires techniques lorsque c'est en sa seule qualité de prestataire de positionnement payant que sa responsabilité est recherchée* ». Ainsi engage sa responsabilité, le prestataire de positionnement payant qui : « *sans être tenu à une obligation de surveillance générale concernant la sélection de mots-clés par les exploitants de sites référencés, n'a pas effectué un contrôle préalable des mots-clés réservés par ses clients pour interdire l'utilisation de mots-clés manifestement illicites, tels ceux qui sont contraires aux bonnes mœurs ou qui contrefont des marques notoires ou connues de lui,... ne s'est pas livré à une recherche sérieuse des droits éventuels de tiers sur les mots sélectionnés et qui n'a pas mis un terme complètement et sans délais aux agissements contrefaisant dès lors qu'il lui était signalé l'utilisation de mots-clés frauduleux* »²¹⁹.

225. Ce faisant, la Cour de Versailles met à la charge des prestataires de positionnement payant une obligation de vérification préalable de la légitimité de la réservation et de l'usage des mots-clés sélectionnés par leurs clients. Cette vérification préalable a pour but d'interdire aux clients la réservation de mots-clés manifestement illicites. Ainsi, pour les juridictions il appartient aux prestataires de jouer en amont le rôle de police qui leur incombe. Les juridictions exigent donc que les mots-clés vendus soient licites, ne nuisant à aucun droit de tiers. Il faut enfin noter que pour les juges de la Cour de Versailles, « *l'impuissance du prestataire de positionnement payant à empêcher les agissements répréhensibles de ses clients ou à faire cesser leurs conséquences dommageables ne constitue pas un cas de force majeure susceptible de l'exonérer de sa responsabilité* ».

219 CA de Versailles, 10 mars 2005, op. cit.

226. Les juges se montrent à l'évidence beaucoup plus sévères vis-à-vis des prestataires de liens sponsorisés. Ces réponses sévères apportées par les tribunaux à la question de la responsabilité des acteurs dans le processus des liens commerciaux ont eu pour effet de mettre les acteurs privés en éveil. Pour éviter l'escalade des procédures judiciaires face à un phénomène qui semble prendre de l'ampleur, le Forum des droits sur l'Internet a formulé et diffusé sur son site, le 26 juillet 2005, des recommandations à l'attention de l'ensemble des acteurs en y associant aussi les victimes²²⁰.

227. Ces recommandations visent à prévenir et à résoudre les atteintes aux droits des tiers susceptibles de survenir dans le cadre de l'utilisation des liens commerciaux. Le Forum recommande d'abord aux victimes des liens commerciaux de formuler une demande de désactivation du lien auprès de l'annonceur et/ou du fournisseur des liens commerciaux en appuyant sa demande des documents justifiant ses droits. Ensuite, le Forum recommande aux annonceurs (les éditeurs de site web) ou à leurs représentants de procéder à une vérification systématique des mots-clés réservés afin d'éviter les atteintes aux droits des tiers. Le cas échéant, les annonceurs doivent s'assurer de disposer des droits nécessaires sur les mots-clés sélectionnés. Ils doivent aussi retirer dans les meilleurs délais le ou les mots-clés litigieux lorsqu'ils ont connaissance de l'atteinte portée aux droits des tiers.

228. Le Forum rappelle aux annonceurs et à leurs représentants les dispositions de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 qui oblige « *les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne à mettre à la disposition dudit public, dans un standard ouvert, toutes les informations permettant de les identifier et d'entrer en contact avec elles* ». Ces informations devront donc être accessibles sur les sites auxquels renvoient les liens commerciaux.

229. S'agissant enfin des fournisseurs des liens commerciaux, le Forum a tenu, avant de formuler ses recommandations, à louer la bonne pratique de certains fournisseurs, consistant dans le contrôle de l'adéquation entre les mots-clés sélectionnés et les contenus ou les services proposés par l'annonceur. Pour le forum, ces contrôles, sans s'apparenter à un contrôle de propriété intellectuelle, permettent d'écarter certaines atteintes évidentes aux

²²⁰ Forum des droits sur l'Internet, *Recommandation sur les liens commerciaux : Prévenir et résoudre les atteintes aux droits des tiers*, 26 juillet 2005 : www.foruminternet.org

droits des tiers. Il est donc recommandé aux fournisseurs de liens commerciaux de mettre formellement en garde leurs annonceurs, dès le premier niveau de la relation contractuelle, contre la sélection de mots-clés pouvant porter atteinte aux droits des tiers, notamment, les marques et les noms commerciaux.

230. Les fournisseurs de liens commerciaux doivent également mettre à la disposition de leurs annonceurs des outils ou services leur permettant de vérifier que les mots-clés qu'ils souhaitent sélectionner ne sont pas des noms protégés. Pour ce faire, ces fournisseurs doivent veiller à ce que les générateurs de mots-clés ne soient pas présentés comme des outils « conseillant » ou « suggérant » la sélection de mots-clés portant atteinte aux droits des tiers et rappeler aux annonceurs la vérification préalable de la disponibilité des mots sélectionnés grâce au générateur de mots-clés. Les fournisseurs de liens commerciaux doivent, en outre, prévoir dans leurs contrats la suspension de l'utilisation des mots-clés litigieux dans les meilleurs délais lorsqu'ils ont connaissance du fait que cette utilisation porte atteinte aux droits des tiers.

231. Pour terminer cette série de recommandations, le Forum des droits sur l'Internet, invite les fournisseurs de liens commerciaux à afficher sur leur site une information visible permettant aux titulaires de signes distinctifs de signaler une éventuelle atteinte à leur droit dans le cadre de la pratique des liens sponsorisés.

232. L'enjeu de ces recommandations est d'arriver à résorber les atteintes portées aux droits des tiers par la mise en œuvre de mesures contractuelles jugées plus efficaces que la menace du juge étatique. Les clauses contractuelles des fournisseurs de liens commerciaux doivent être, au préalable, acceptées par les annonceurs. Mais ce dernier aspect ne semble pas poser de sérieux problèmes car il s'agit dans la majorité des cas de contrats d'adhésion. La loi du marché ayant mis les fournisseurs de liens commerciaux dans une position de force, les annonceurs seront dans l'obligation d'accepter ces nouvelles règles contractuelles sans pouvoir influencer sur les termes du contrat ainsi proposé.

233. Il est évident que ces recommandations qui émanent en grande partie des acteurs de l'Internet²²¹ seront bien reçues et trouveront une application concrète sur le réseau Internet. La recherche d'informations sur le réseau Internet est donc encadrée par les contrats signés entre les propriétaires de sites web et les gestionnaires des outils de recherche. Ces contrats plus ou moins formalisés intègrent de nombreuses règles d'utilisation dans le but d'éviter la circulation sur le réseau d'informations illicites ou la pratique d'activités illicites. La possibilité de « déréférencer » les sites illicites confère aux prestataires un grand pouvoir et une mainmise sur le fonctionnement du réseau Internet. Mais si la mise en œuvre des outils de recherche permet une certaine régulation contractuelle des contenus circulant sur le réseau Internet, la pratique des liens hypertexte le permet encore davantage.

221 Le groupe de travail ayant élaboré ces recommandations au sein du Forum des droits sur l'Internet se composait : des représentants de

- l'AFA (Association des fournisseurs d'accès et de services Internet)
- du BVP(Bureau de vérification de la publicité)
- de la Société Google France et Europe
- de l'IAB France (Internet advertising Bureau)
- de l'OUI (observatoire des usages de l'Internet)
- de la société Ouverture
- de l'UDA (Union des annonceurs)
- La Société générale

D'autres acteurs ont été auditionnés, notamment, la Société Yahoo !France et la Société E-Spotting

SECTION 2 :

Les conventions d'établissement des liens hypertextes sur le réseau Internet

234. « *Pas d'hyperlien, point de Net* », tel pourrait être le slogan applicable au réseau Internet. En effet, les liens hypertextes sont au cœur même de la structure visible du réseau Internet, car « *le web ne peut se concevoir sans liens hypertextes* »²²². C'est le mode de navigation par excellence sur la toile mondiale. Passer d'un site à un autre sans taper l'adresse du site sur son ordinateur ou se déplacer à l'intérieur d'un même site en passant d'une page à l'autre n'est possible que grâce aux liens hypertextes. Ils sont constitués de simples mots ou phrases soulignés d'un trait et changent de couleur après avoir subi un « clic ». Mais ils peuvent aussi se présenter sous la forme d'une icône ou d'un logo.

235. Selon l'Office de la langue française du Québec, le lien hypertexte est « *la connexion activable à la demande dans le web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet* »²²³. Pour sa part, le Forum des Droits sur l'Internet propose d'utiliser le terme « *hyperlien* » qui semble plus approprié et permet de tenir compte des textes mais aussi du multimédia dans la mesure où il s'agit d' « *une connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication* »²²⁴. C'est ce maillage de liens hypertextes qui donne au réseau Internet son aspect convivial. Du protocole de navigation²²⁵ au langage d'écriture des pages du web²²⁶, tout est à base d'hyperliens.

236. Relier un site à un autre peut se faire gratuitement avec ou sans le consentement de l'éditeur du site cible²²⁷. La pratique des liens hypertextes est regardée comme une pratique normale et inhérente au réseau Internet. C'est ce qu'a relevé le TGI de Nanterre dans son

222 J. Larrieu, *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité*, Expertises, juillet 2001, p. 257 et s.

223 Définition extraite de la Recommandation du Forum des Droits sur l'Internet : « *Hyperliens : statut juridique* », du 03 mars 2003, www.foruminternet.org

224 Recommandation du 03 mars 2003, op. cit.

225 http : hyper text transfert protocol

226 html : hyper text make-up language

227 Le Forum des Droits sur l'Internet pose un principe général selon lequel : « *l'établissement d'un lien est libre* » et a jugé irréaliste le fait de soumettre l'établissement de tout lien à autorisation préalable. V., Recommandation du 03 mars 2003, op. cit.

ordonnance de référé du 11 décembre 2000 en affirmant que : « *les liens hypertextes sont les éléments essentiels de l'Internet auquel ils confèrent son interactivité et sa richesse...* »²²⁸. Quoique libre et généralisée, la pratique des liens hypertextes n'est pas anarchique, elle doit être respectueuse des règles juridiques et des droits des tiers. Il se pose donc la question de la licéité de cette pratique.

237. L'observation de la pratique a révélé que des conventions établies par les acteurs privés mettaient en exergue deux types de liens hypertextes. Il s'agit d'une part, des liens hypertextes dits simples (§1) dont la pratique ne semble pas poser de problème juridique majeur et, d'autre part, des hyperliens dits profonds dont la licéité reste à établir (§2). La mise en place des liens hypertextes qui représente à la base un simple langage technique du réseau a fait naître une pratique contractuelle spécifique au réseau Internet dont les conséquences juridiques sont loin d'avoir été toutes explorées.

§I- Les conventions d'établissement des liens hypertextes simples sur le réseau Internet

238. L'établissement des liens hypertextes simples peut être regardé comme un usage sur le réseau Internet. Selon le Tribunal de commerce de Nanterre, « *la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement...* »²²⁹. Le lien hypertexte simple est celui qui, librement établie, renvoie à la page d'accueil du site cible. Pour le tribunal de commerce de Paris, « *s'il est admis que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site web,...le bon usage des possibilités offertes par le réseau Internet commanderait, pour le moins, de prévenir le propriétaire du site cible.* »²³⁰. L'information préalable du propriétaire du site cible ne semble, toutefois, pas

228 TGI de Nanterre, référé, 11 décembre 2000, Société GR. Industrie service Info, . V. aussi T. com. Nanterre, référé, 8 novembre 2000, SARL Stepstone France c/ SARL Ofir France,

229 T.com. Nanterre, référé, 8 novembre 2000, op. cit.

230 T. com. Paris, 26 décembre 2000, Société Havas numérique et Société Cadre online c/ Société Keljob, www.legalis.net/jnet

être une obligation légale, mais plutôt un simple devoir de courtoisie comme le conseille la Nétiquette²³¹.

239. L'établissement d'un lien hypertexte simple en reproduisant le logo ou la marque d'autrui risque, néanmoins, de poser, suivant les cas, quelques problèmes au regard des droits de propriété intellectuelle²³². Mais en règle générale, le fait d'être présent sur le réseau Internet autorise tout internaute à établir des liens hypertextes simples vers le site en cause, même si cela passe par la reproduction du logo ou de la marque d'autrui. Seul un usage abusif de la marque ou du logo dans ces circonstances pourra être condamnable²³³.

240. L'établissement d'un lien hypertexte simple peut ne pas nécessiter la conclusion d'un contrat. Mais lorsqu'une convention a été passée entre l'auteur du lien et le propriétaire du site cible, la relation contractuelle qui naît ainsi crée une rupture d'avec le cadre informel de la pratique des hyperliens. Dans cette hypothèse, les modalités d'établissement du lien et ses conséquences en termes de responsabilité et aussi en termes de profits pécuniaires sont réglées par le contrat. La prise en compte de ces éléments confère une fonction normative à la convention d'établissement des liens hypertextes.

241. Les conventions pour l'établissement de liens hypertextes peuvent être présentées en deux grandes catégories. Dans la première catégorie, il s'agit des accords par lesquels deux ou plusieurs propriétaires de sites web s'autorisent réciproquement à établir des liens gratuitement vers chacun des sites en cause, dans le but d'assurer la visibilité des sites sur le réseau Internet. Cette première catégorie, qui n'entraîne pas de conséquences juridiques particulières, n'impose pas une analyse approfondie. La seconde catégorie des conventions sur les liens hypertextes simples fait apparaître une nouvelle pratique contractuelle dans le commerce électronique. Il s'agit des contrats d'affiliation sur le réseau Internet²³⁴ (**A**). Ces contrats, sans être totalement originaux, créent des situations de fait aux conséquences juridiques graves en termes de responsabilité pour les parties au contrat (**B**).

231 *Netiquette Guidelines* - RFC 1855 du W3C d'octobre 1995. Selon le paragraphe 4.2.1, il est conseillé de « demander » avant de « pointer » vers un autre site. Voir Table des annexes à la page 297

232 J. Larrieu, *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité*, op. cit.

233 Dans la série judiciaire consacrée à l'affaire Keljob, seule le mauvais usage des liens a été condamné comme le relève le tribunal de commerce de Paris dans sa décision du 26 décembre 2000 : « toute création d'hyperliens entre les sites du réseau Internet, quelle que soit la méthode utilisée et qui aurait pour conséquence de... »

234 C. Manara, *Le contrat d'affiliation sur Internet*, Dalloz, 2000, n°19, p. III

A- Les contrats d'affiliation sur le réseau Internet

242. Les contrats d'affiliation sur le réseau Internet peuvent être présentés comme des conventions par lesquelles une partie, appelée l'affilié, accepte d'établir un lien hypertexte sur son site web renvoyant vers le site du cocontractant en recevant en contrepartie une rémunération variant en fonction, soit du nombre de « clics » exercés sur le lien, soit du chiffre d'affaires généré grâce au lien ainsi établi. Pour le TGI de Strasbourg, le contrat d'affiliation peut s'analyser comme « *un contrat de prestation de service de publicité, selon lequel, moyennant rémunération, les affiliés s'engagent à assurer la promotion du site cible en insérant des liens hypertextes sur leur site renvoyant sur le site cible ou ses fenêtres internes* »²³⁵. Il peut arriver que les affiliés soient autorisés à inclure au sein de leur propre site des pages appartenant au site cible. Mais dans le cadre de ces accords d'affiliation, il est manifeste que le propriétaire du site cible « *n'a aucune maîtrise du site affilié* » et vice-versa.

243. L'affiliation est une pratique assez souple qui s'est rapidement répandue sur le réseau Internet. Elle est devenue l'apanage des sites marchands tels « Amazon.com » ou « Fnac.com », pour ne citer que ceux-là. Le principe de fonctionnement de l'affiliation est très simple. Le demandeur du lien, en général un cybermarchand, propose à un propriétaire de site web dont la thématique développée sur le site convient parfaitement aux produits vendus, d'établir un lien renvoyant vers la page d'accueil du site marchand. L'affilié recevra, à chaque visite des internautes à partir de son site ou à chaque achat de produit, la rémunération convenue. Il est évident que pour la validité de cette convention la rémunération ne doit pas être hypothétique et doit être, au moins, déterminable²³⁶.

244. Mais à l'analyse, le contrat d'affiliation, vu du côté de l'affilié, présente les traits d'un contrat de courtage²³⁷. De ce fait, l'affiliation ne doit être proposée qu'aux personnes physiques ou morales commerçantes, seules habilitées à faire des opérations commerciales de

235 TGI Strasbourg, 19 mai 2005, SARL CNRRH et Pierre-Alexis T. c/ SARL 2L Multimédia et Aymeric L., www.foruminternet.org

236 Sur l'exigence de prédétermination du prix dans les contrats, voir, M. Thioye, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Tome 1, 2004, n°50 et s.

237 « Contrat par lequel une personne appelée courtier met en relation deux personnes qui désirent contracter », in *Lexique de termes juridiques*, 9^{ème} éd., Dalloz, 1993. L'opération de courtage constitue un acte de commerce.

cette nature. L'affiliation devient donc critiquable, lorsqu'elle concerne des consommateurs ou de simples particuliers²³⁸. Pour le professionnel non commerçant, l'affiliation lui fait prendre le risque d'être qualifié de commerçant de fait.

245. Mais l'affiliation n'a pas qu'un intérêt pécuniaire pour l'affilié, il constitue également un important moyen de promotion de son site. Plus le site contient de liens hypertextes vers d'autres sites, plus il dynamise et enrichit en contenus, et plus il sera visité. La qualité des liens hypertextes est donc une source de valorisation des sites d'accueil.

Que le lien hypertexte simple soit établi de façon informelle ou de manière conventionnelle, il peut présenter un certain risque juridique pour son auteur de nature à engager sa responsabilité. Ce risque de mise en jeu de leur responsabilité est donc aménagé conventionnellement par les parties pour en limiter la portée.

B- La responsabilité des auteurs de liens hypertextes simples

246. La question de la responsabilité des créateurs d'hyperliens simples n'a pas beaucoup défrayé la chronique judiciaire en France. Elle a, tout de même, été soulevée devant les tribunaux, notamment, lorsque le lien simple renvoie à des contenus illicites²³⁹. Il ne s'agira pas ici de reprendre l'analyse déjà effectuée pour les outils de recherche qui créent aussi des liens hypertextes dans le cadre de leur activité de recherche d'informations. Il s'agira d'analyser la responsabilité des créateurs d'hyperliens simples vers un contenu illicite dans un cadre informel ou conventionnel autre que celui des outils de recherche. Cette responsabilité est bien souvent appréhendée et encadrée par la convention des parties. Ce qui lui donne une fonction éminemment normative sur les réseaux numériques.

238 Les primes aux consommateurs, qu'elles soient en nature ou en espèce ne sont licites que dans les opérations de fidélisations dans la limite de l'article L.122-35 du code de la consommation

239 Forum des droits sur l'Internet, *Synthèse de la recommandation : Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites*, op. cit.

247. Celui qui prend l'initiative de créer un lien hypertexte vers un contenu illicite, prend aussi le risque d'engager sa responsabilité civile ou pénale suivant le cas. C'est ce qu'illustre l'arrêt de la CA d'Aix-en-Provence, rendu le 10 mars 2004²⁴⁰. Dans cette affaire, un particulier, A. Emmanuel, a été poursuivi et condamné pour complicité de contrefaçon, ayant créé des liens hypertextes vers des contenus contrefaisants.

En effet, le prévenu, qui avait créé son site web sur le thème de la console de jeu « Dreamcast », proposait des liens hypertextes permettant aux visiteurs le téléchargement direct de logiciels de jeux contrefaits.

248. Les juges ont relevé que : « *Si A. Emmanuel ne proposait pas directement aux internautes le téléchargement de logiciels de jeux contrefaits, il faisait, néanmoins, apparaître sur son site des liens renvoyant à d'autres sites proposant le téléchargement illégal de tels jeux* ». Cette mise à disposition de liens hypertextes s'analyse pour les juges de la Cour d'Aix-En-Provence en une complicité de contrefaçon par fourniture de moyens.

249. Dans une autre affaire²⁴¹ qui concernait des liens établis dans le cadre d'un contrat d'affiliation, le Tribunal de grande instance de Strasbourg n'a pas retenu la responsabilité des éditeurs du site cible vers lequel renvoyaient les liens des sites affiliés, ces derniers hébergeant des contenus illicites. En l'espèce, il ressortait des procès-verbaux d'huissiers que la marque « Eurochallenges » appartenant à M. T. apparaissait dans les codes sources de quatre sites Internet affiliés à la SARL 2L Multimédia. Le titulaire de la marque avait donc assigné la SARL 2L Multimédia pour contrefaçon de sa marque. Saisis de cette affaire, les juges ont relevé qu'« *il est manifeste que la SARL 2L Multimédia n'a aucune maîtrise du site affilié et que le contenu qu'elle leur fournit est constitué par tout ou partie de son propre site à l'égard duquel il n'est allégué aucune contrefaçon de la marque Eurochallenges* ». En outre, pour les juges strasbourgeois, « *les demandeurs ne rapportent pas la preuve qui leur incombe que les défendeurs auraient, de quelque manière que ce soit, fourni, aux propriétaires des sites contrefacteurs, une liste de mots-clés dans laquelle figurait la marque Eurochallenges* ». Enfin, le tribunal relève la bonne foi de la SARL 2L Multimédia

240 CA d'Aix-En-Provence, 5^{ème} Chambre, 10 mars 2004 : M. A. Emmanuel c/ Ministère public, Infogrames Europe et autres, www.foruminternet.org

241 TGI Strasbourg, 19 mai 2005, op. cit.

qui a stipulé dans son contrat d'affiliation une clause interdisant « *l'utilisation d'expressions répréhensibles, de marques ou de noms de sites* » par les affiliés.

250. Face à ces analyses, c'est à bon droit que le tribunal a dégagé la responsabilité de la SARL 2L Multimédia qui s'était, par les clauses de son contrat d'affiliation, protégée contre les agissements contrefaisants de ses affiliés. Comme cela apparaît, le contrat d'affiliation est donc un moyen très efficace pour régler la question des responsabilités en matière de liens hypertextes, contribuant de ce fait à la régulation des comportements et des pratiques sur les réseaux numériques.

251. C'est ce point de vue que semble soutenir le Forum des Droits sur l'Internet dans sa recommandation sur la responsabilité des créateurs de liens hypertextes²⁴².

En effet, le Forum fait plusieurs recommandations aux acteurs de l'Internet en formulant des obligations qui devraient être prises en compte dans le cadre de leur relation contractuelle. Il est donc recommandé aux créateurs d'hyperliens :

- *de vérifier, avant la création du lien, la teneur du contenu de la page qu'il souhaite lier et, en cas de doute sur celui-ci, qu'il examine certains éléments l'environnant tels que la page de garde, les pages mitoyennes, l'adresse URL, etc.*
- *de procéder rapidement au « déréférencement » des pages liés lorsqu'il a connaissance du caractère illicite des contenus proposés sur les pages.*

252. En toute hypothèse, le Forum des Droits sur l'Internet recommande aux créateurs manuels de tout type de liens d'agir avec la plus grande prudence, dès lors qu'ils doutent de la licéité d'une ressource disponible en ligne. Outre, les créateurs de lien hypertextes, le Forum a également formulé des recommandations à l'attention des juges étatiques.

- *Aux juges, le Forum recommande que la responsabilité pénale de droit commun de tout créateur d'hyperliens ne soit engagée que s'il est prouvé qu'il avait l'intention de commettre une infraction à la loi ou d'y participer.*

253. A propos de la mise en œuvre de la responsabilité civile de droit commun des créateurs d'hyperliens, le Forum estime qu'il doit être fait obligation à la victime de rapporter

²⁴² Forum des Droits sur l'Internet, recommandation du 23 octobre 2003, op. cit.

la preuve qu'elle est intervenue ou qu'elle a tenté d'intervenir contre l'éditeur et/ou l'hébergeur du site en cause avant d'engager ou de maintenir les poursuites contre le créateur du lien.

254. Cette curieuse recommandation des acteurs privés de l'Internet à l'attention des juges étatiques est symptomatique de l'état d'esprit qui prévaut sur le réseau Internet où les acteurs souhaitent une application spéciale des règles de droit commun aux infractions susceptibles d'être commises par eux du fait de leurs activités nouvelles. Ce qui corrobore la thèse de l'inadaptation des règles du droit commun aux réalités du réseau Internet. Mais plutôt qu'aux juges, c'est au législateur qu'il aurait fallu s'adresser pour qu'il crée des lois propres au « cybermonde ».

255. En attendant donc le vote de ces lois spécialement adaptées à la « cybercité », le contrat reste l'instrument le plus malléable et le plus approprié à la gestion des responsabilités entre acteurs du réseau Internet. Aussi, le Forum des Droits sur l'Internet recommande-t-il aux créateurs d'hyperliens, dans leurs contrats :

- de considérer comme une faute ou une négligence le fait d'établir un lien vers des contenus qui peuvent raisonnablement être considérés comme illicites ou susceptibles de causer des préjudices à des tiers.

Par contre, le Forum recommande *de ne pas considérer comme une faute ou une négligence le fait pour le créateur du lien de ne pas vérifier ultérieurement l'évolution du contenu du site ou des pages liés.*

256. Cependant, ces recommandations n'ont pas eu l'adhésion de tous les membres participants au Forum. Ainsi, l'Association des fournisseurs d'accès et de services Internet (AFA) adopte une position divergente sur la question de la responsabilité des créateurs d'hyperliens. Elle estime que l'obligation de procéder au « déréférencement » des pages dont le créateur du lien a eu la connaissance du caractère illicite ne peut être mise à la charge de ce dernier en dehors de toute injonction judiciaire. Car les demandes de « déréférencement » concerneront tout type de contenus, alors que les créateurs de liens n'ont souvent aucune

compétence pour apprécier le caractère illicite du contenu ou les limites de la liberté d'expression²⁴³.

257. Pour l'AFA, seuls les liens renvoyant vers des contenus manifestement illicites pourront être désactivés par leur créateur. Lorsque le lien a été établi à la suite d'une convention entre l'éditeur du site cible et le créateur du lien, l'AFA estime que ce dernier doit bénéficier du régime de l'erreur de fait car ayant sollicité l'autorisation d'établir le lien, il a pu raisonnablement ignorer qu'il s'adressait non pas au vrai titulaire des droits mais à un contrefacteur. Cette erreur de fait devrait légitimement être admise dans le cadre du réseau Internet et permettre d'exonérer le créateur du lien de toute responsabilité. Il reste donc à traduire ces recommandations sur le terrain de la pratique.

258. Mais à ce niveau, monsieur Cédric Manara qui a étudié de près la question estime que : *« de façon générale, la lecture des conditions générales de l'affiliation laisse à penser que, même si de tels risques ont été envisagés, on leur a préféré la brièveté d'une convention rendue ainsi plus attractive. La communication électronique, qui favorise les messages courts, impose indirectement la concision contractuelle et les risques afférents »*²⁴⁴. Les contrats d'affiliation devront donc de plus en plus prendre sérieusement en considération la question de la responsabilité des créateurs de liens hypertextes. La jurisprudence est, quant à elle, en cours de formation dans ce domaine et ne semble pas avoir totalement balisé les contours de cette responsabilité. Cependant, en matière de liens hypertextes profonds elle a édicté des principes qui semblent opposés à la pratiques des acteurs du réseau.

243 Cette réserve de l'AFA a été annexée à la recommandation finale du Forum des Droits sur l'Internet du 23 octobre 2003

244 C. Manara, op. cit., p. III

§2- La pratique des liens hypertextes profonds

259. Si la pratique des liens hypertextes simples est largement regardée comme licite et normale sur le réseau Internet, il n'en est pas de même pour les liens hypertextes profonds qui sont souvent contestés et deviennent condamnables lorsqu'ils sont associés à la technique du « Framing »²⁴⁵. Les liens profonds sont des liens hypertextes qui « renvoient directement aux pages secondaires du site cible sans passer par la page d'accueil »²⁴⁶. Les liens profonds permettent ainsi un accès direct aux pages intérieures du site cible privant les internautes de visualiser les publicités présentes sur la page d'accueil. Lorsqu'elle est associée à la technique du « framing », la pratique du lien profond « crée la confusion dans l'esprit de l'internaute, qui désorienté, ne sait plus sur quel site il se trouve »²⁴⁷.

260. Cette technique crée un cadre artificiel, et contraint l'internaute à accéder aux pages intérieures du site cible tout en restant dans l'environnement graphique du site originaire. L'internaute, ignorant ce changement, se croit toujours sur le premier site. Cette dissimulation de la navigation par le moyen du « framing » pourrait bien s'apparenter à du parasitisme²⁴⁸ puisqu'elle permet à son auteur d'extraire les pages intérieures et de profiter de l'investissement d'autrui. C'est cette pratique que le tribunal de commerce de Paris a condamnée dans sa décision du 26 décembre 2000 en la considérant comme « une action déloyale, parasitaire et une appropriation du travail et des efforts financiers d'autrui... »²⁴⁹.

261. Même si dans cette affaire, il a surtout été question du « framing », toujours est-il qu'en condamnant cette technique, le tribunal a condamné indirectement la pratique du lien profond.

En effet, le lien hypertexte profond, bien que « neutre » en termes de technique, peut être mal utilisé et avoir ainsi des conséquences dommageables dans le cyberspace. La jurisprudence

245 Le « framing » est une technique d'encadrement des pages web qui permet de les présenter comme étant issue du site qui les affiche.

246 C'est la définition qu'en donne le Tribunal de commerce de Paris, dans son ordonnance de référé du 26 décembre 2000 : Société Havas Numérique et Société Cadre Online c/ Société Keljob,

247 J. Larrieu, *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité*, op. cit. p. 260

248 C. Fabre, *Liens Hypertextes Profonds : une confirmation du caractère (il)licite de principe ?*, Expertises novembre 2001, p. 376

249 T. com. Paris, 26 décembre 2000, op. cit.

relative à la pratique des liens hypertextes profonds a été particulièrement riche grâce aux divers rebondissements de l'affaire « Keljob »²⁵⁰. Ainsi, après l'infirmité prononcée par la Cour d'appel de Paris, le 25 mai 2001, de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 8 janvier 2001 qui avait déclaré la pratique des liens hypertextes profonds par la Société « Keljob » vers le site de la Société Cadremploi illicite, c'était autour du TGI de Paris qui examinait l'affaire au fond de rendre un jugement condamnant cette pratique le 5 septembre 2001.

262. Les faits qui ont justifié ces différentes solutions sont assez simples. La société « Keljob » exploite une activité de moteur de recherche spécialisé facilitant l'accès des internautes aux offres d'emplois présentées sur le réseau Internet. La société Cadremploi reprochait à « Keljob » d'avoir établi, sans son autorisation, des liens hypertextes profonds renvoyant sur les pages intérieures de son site, de s'être livrée sans autorisation à des extractions substantielles du contenu de sa base de données et d'avoir utilisé la marque et la dénomination « cadremploi » de façon déloyale et parasitaire.

263. La Société Keljob a donc été condamnée, au fond, par le TGI de Paris aux motifs qu'« *en reproduisant ainsi sans autorisation la marque cadremploi..., la Société Keljob commet des actes de contrefaçon prohibés par l'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle* ». De même le tribunal a jugé que : « *l'extraction et la réutilisation quotidienne d'une partie qualitativement substantielle de la base de données de la Société Cadremploi sans l'autorisation de cette dernière est une atteinte aux droits de la Société Cadremploi sur sa base de données* ».

264. Ce jugement de condamnation prononcé par le TGI de Paris, alors que la Cour d'appel avait infirmé la première ordonnance de référé prise dans le même sens, permet de conclure que la mise en place des liens hypertextes profonds en direction d'un site Internet sans autorisation ne peut échapper à la qualification d'extraction frauduleuse de la base de données d'autrui²⁵¹. Le droit sui generis de la protection des bases de données semble donc s'opposer à la mise en place, même licite, des liens hypertextes profonds. L'utilisation d'un

250 TGI Paris, réf., 8 janv. 2001, Cadremploi / Keljob. Cour d'appel de Paris, 14^{ème} Ch., 25 mai 2001, Keljob. TGI Paris, 3^{ème} Ch., 5 septembre 2001, Cadremploi / Keljob. Toute la jurisprudence relative à cette affaire est disponible sur le site du Forum des Droits sur l'Internet : www.foruminternet.org
251 C. Fabre, op. cit. p. 381

message apparaissant sur l'écran de l'internaute et l'avertissant qu'il se trouve sur un autre site ne semble pas être la solution espérée²⁵². Cependant, à l'analyse, il apparaît que la pratique des liens hypertextes profonds n'a eu dans l'affaire « Keljob » qu'un rôle secondaire dans la commission de l'infraction d'extraction frauduleuse de base de données. Comme l'a si bien relevé monsieur Cyril Fabre, « *les liens hypertextes ont été les moyens de la commission de l'infraction* ».

265. Toutefois, cette complicité par fourniture de moyens, permise par les liens hypertextes profonds, doit être distinguée de celle révélée par le phénomène « des liens complices »²⁵³. Le lien complice peut être soit un lien hypertexte simple, soit un lien hypertexte profond qu'un éditeur utilise pour renvoyer les internautes vers le site cible dont il préconise la visite. Ici, l'auteur du lien complice manifeste une adhésion, voire une revendication du contenu ainsi lié. Ce type de lien peut nécessiter un accord de partenariat ou s'établir de façon informelle. Il n'est pas en soi illicite. Mais lorsqu'il est établi vers un contenu illicite, il est de nature à engager la responsabilité de son auteur²⁵⁴. Ce dernier ne pouvant plus valablement opposer sa bonne foi ou son ignorance de la situation illégale du site lié.

266. Le lien complice se distingue à son tour du lien malicieux dont « *le but est d'intercepter* »²⁵⁵ les internautes à la recherche d'un site donné et les réorienter vers un autre site concurrent ou non. La technique est bien rodée. Un cybersquatteur achète un nom de domaine portant sur la marque ou la dénomination de sa victime. A partir de ce pseudo site officiel, il établit un lien vers le site cible. Ce faux site n'existe que pour appâter les internautes pour ensuite les réorienter grâce au lien malicieux vers le site cible.

267. Le lien malicieux sert aussi de moyen de pression au cybersquatteur qui désire vendre le nom de domaine au titulaire légitime afin d'obtenir un prix élevé. Cette pratique engage aussi la responsabilité de son auteur. Ainsi, dans le cadre des conventions

252 Le Tribunal de grande instance de Paris est entré en voie de condamnation, bien que la Cour d'appel ait relevé que : « l'internaute qui sélectionne une annonce référencée « cadremploi »... est averti par une page qui s'affiche pour l'en informer, pendant le temps nécessaire à cette nouvelle connexion ». V. également J. Larrieu, op. cit., p. 261.

253 J. Larrieu, *L'hyperlien complice*, Expertises, avril 2002, p. 141

254 Cour d'appel de Paris, 19 septembre 2001 : NRJ et Jean-paul B. c/ Europe 2 communication, Expertises, avril 2002 p. 149

255 J. Larrieu, *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité*, op. cit., p. 262

d'établissement des liens hypertextes, il est souvent inséré des clauses interdisant l'utilisation des liens à des fins illicites ou préjudiciables aux tiers. L'affilié s'engage à ne pas exercer une activité illicite sur son site et, dans le cadre des liens profonds, à faire apparaître sur l'écran de l'internaute un message l'avertissant qu'il se trouve sur un autre site. L'affilié s'engage à garantir le site cible contre toute action en responsabilité initiée par des tiers en cas de contestation sur la légitimité de l'établissement du lien établi.

268. Toutes ces analyses sur les conventions liées à l'utilisation de l'Internet montrent, au total, que l'instrument contractuel reste l'outil adéquat à la régulation de l'utilisation des réseaux numériques. La relation contractuelle mise en place de façon souple et naturelle permet d'appréhender des pratiques ingénieuses aux conséquences juridiques graves. Les contrats proposés par les acteurs essaient tant bien que mal d'encourager les internautes à adopter un certain type de comportements mais aussi d'en prohiber d'autres.

269. Le développement et la mutation rapides des pratiques sur le réseau Internet ne semblent pas constituer un frein à l'émergence de normes contractuelles solidement établies pouvant se standardiser et se transmettre à tous les acteurs du réseau mondial. Ces nombreuses règles contractuelles édictées par les acteurs dans ce domaine participent à la régulation du réseau mondial.

270. La multitude de décisions judiciaires intervenues en la matière n'ont pas su donner une orientation normative générale aux pratiques naissant sur le réseau Internet. Les décisions des juridictions étatiques ne sont pas encore assez cohérentes dans la mesure où les tribunaux, loin d'avoir posé des principes généraux, n'ont fait que résoudre les questions au cas par cas. Le contrat demeure donc le seul moyen à la disposition des acteurs pour juguler les comportements des utilisateurs sur le réseau Internet en les encourageant par le biais de clauses contractuelles à des usages et pratiques prédéfinis.

271. Ce faisant, la multiplicité des figures contractuelles fait apparaître le réseau Internet comme un espace juridique conventionnel. Les règles à respecter sont abondantes, flexibles et évolutives en fonction de la technologie et de la politique des acteurs. Si l'activité normative contractuelle semble abondante sur le réseau, c'est parce qu'elle comble un vide juridique

créé par l'absence d'une régulation étatique durablement établie et d'une régulation internationale pertinente. Les contrats se multiplient là où les lois semblent incapables d'anticipation pour conduire une régulation affirmée et effective.

272. En balisant l'accès et l'utilisation des réseaux numériques, le contrat manifeste sa capacité à réguler ce nouvel espace de liberté. Aujourd'hui, les contrats étendent leur domaine de régulation de plus en plus loin sur le réseau Internet, non par souci de création de nouvelle activité mais simplement parce que le contrat permet d'établir un lien juridique participant au sentiment de sécurité juridique des acteurs et utilisateurs du réseau mondial. Le rapport contractuel, qui fait naître des obligations à la charge des parties et prévoit des sanctions en cas de non-exécution de ces obligations, constitue un formidable instrument de régulation des réseaux numériques.

273. Cette technique de création d'obligations contractuelles et de sanction du non-respect des obligations ainsi créées apparaît comme l'instrument principalement utilisé par les acteurs privés pour réguler l'Internet. Dès lors, le contrat qui jouissait déjà d'un plébiscite sans équivalent dans la société contemporaine en tant que pilier du Droit²⁵⁶ se révèle aussi comme l'instrument principal de la régulation des réseaux numériques.

256 M.-A. Frison-Roche, *La redécouverte « des piliers du droit » : le contrat et la responsabilité*, in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 277 et s.

TITRE 2 :

LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE AU SERVICE DE LA RÉGULATION DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

274. Cyril Rojinsky, dans son article sur « les techniques contractuelles du commerce électronique », a bien mis en évidence la fonction normative des clauses contractuelles sur le réseau Internet. Il reconnaissait ainsi que : « *la formule bien connue selon laquelle le contrat est la loi des parties aura rarement été si prometteuse que sur l'Internet. Sur le réseau plus qu'ailleurs, les contrats sont en effet un véritable outil de régulation* »²⁵⁷.

275. Certes, le contrat est naturellement créateur de normes *inter partes*, mais sans que ce principe soit remis en cause, les pratiques contractuelles sur les réseaux numériques produisent un effet normatif généralisé, une sorte de régulation « tentaculaire » permise par le mécanisme des contrats d'adhésion. Source d'engagements uniformes, ces contrats d'adhésion contiennent une liste de clauses-types énumérant les droits et obligations des parties ainsi que les conséquences attachées à leur non-respect. Par ce mécanisme de création d'obligations contractuelles uniformisées, l'effet relatif du contrat va concerner un nombre important d'utilisateurs signataires des mêmes contrats sur le réseau mondial. Mais ce phénomène n'est pas nouveau en soi, il se développe aussi de plus en plus dans les relations contractuelles hors réseau du fait de la société de consommation.

276. Cependant, sur le réseau Internet, ces contrats-types et les clauses-types qu'ils contiennent produisent, relativement à chacun des contractants, un effet obligatoire qui dans une vision d'ensemble, impose la conduite à tenir. Les contractants ainsi placés dans la même situation juridique induite par le contrat en subissent les mêmes effets. Les obligations

257 C. Rojinsky, Les techniques contractuelles du commerce électronique, op. cit., p.105

contractuelles apparaissent donc comme les principaux outils de cette régulation horizontale des comportements, garantissant le bon fonctionnement et un usage normal de l'Internet. Elles donnent aux acteurs les moyens d'opérer un véritable contrôle des comportements sur les réseaux numériques (Chapitre 1). De ce fait, le contrat n'a plus seulement pour but la réalisation d'une opération économique donnée, il remplit aussi une fonction pédagogique à l'égard des parties. Celles-ci sont sensibilisées au contexte normatif en vigueur sur les réseaux numériques.

277. Si donc ce phénomène de la normativité contractuelle n'est pas propre aux réseaux numériques, en ce sens qu'il a déjà été mis en évidence dans le commerce international par Berthold Goldman à travers la théorie de la *lex mercatoria*²⁵⁸, lequel a démontré dès 1964 le rôle fulgurant des pratiques contractuelles dans l'émergence d'un droit transnational et autonome des marchands, sur les réseaux numériques, le contrat acquiert, cependant, une nouvelle fonction sociale, celle de sensibiliser et de sanctionner les internautes eu égard à leur bon ou mauvais comportement sur le réseau Internet. L'instrument contractuel est mis au service de la communauté des usagers par la divulgation et la diffusion de la norme applicable sur cet espace virtuel.

278. La théorie de la *lex mercatoria* permet dans une certaine mesure d'expliquer aisément ce qui se passe sur les réseaux numériques. La même volonté des opérateurs économiques de disposer d'un ensemble de règles plus aptes à satisfaire les besoins du commerce international en utilisant le contrat comme support naturel d'existence et de diffusion se retrouve également chez les opérateurs du commerce électronique. Le corporatisme et la puissance économique de ces opérateurs leur permettent d'imposer aux internautes, utilisateurs de leurs services, les règles qu'ils jugent nécessaires au bon fonctionnement du réseau Internet.

279. Ainsi, la force de la régulation contractuelle des réseaux numériques réside dans la capacité qu'ont les acteurs de sélectionner les règles contractuelles applicables, de les imposer par le biais des obligations contractuelles et d'en sanctionner, par eux-mêmes, la violation. Mais, s'il est vrai que la mise en œuvre de la sanction, qui parachève le processus

258 B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *op. cit.* V. aussi, Ph. Kahn, *La vente commerciale internationale*, Sirey, Paris, 1961

normatif contractuel sur les réseaux numériques, implique généralement la saisine des autorités judiciaires étatiques, cette saisine n'est pas de principe. Les clauses contractuelles prévoient un mécanisme de sanction du non-respect des obligations contractuelles qui se passe de l'intervention du juge étatique qui, s'il est saisi, ne fera que constater l'application de la sanction prévue au contrat. Cette sanction contractuelle est toujours appliquée de façon unilatérale et révèle un grand pouvoir de sanction des acteurs techniques de l'Internet (Chapitre 2). La régulation contractuelle des réseaux numériques peut donc être analysée comme un enrichissement et une extension de la théorie de la *lex mercatoria*²⁵⁹ en ce sens qu'elle s'applique autant à des relations contractuelles véritablement transnationales que locales.

259 Ph. Kahn, « *La lex mercatoria et son destin* », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 25 et s. V. aussi, E. Loquin, « *où en est la lex mercatoria ?* », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherches du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Phillippe Kahn*, Litec, 2000, p. 23 et s.

CHAPITRE 1 :

LE CONTRÔLE CONTRACTUEL DES COMPORTEMENTS SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

280. La création d'obligations contractuelles apparaît comme l'effet principal des contrats conclus sur le réseau Internet. Sans, néanmoins, épuiser tout l'effet du contrat²⁶⁰, les obligations contractuelles mettent en lumière, sur le réseau mondial, la fonction normative du contrat. Selon Jean-Luc Aubert, dire que le contrat a une fonction normative signifie qu'il a « *pour effet de soumettre les parties à des règles, fixées de leur consentement mutuel, et qu'elles sont tenues d'observer à peine de sanction* »²⁶¹. Cette fonction normative du contrat résulterait d'une délégation de pouvoir consentie aux parties par la loi²⁶² sur le fondement de l'article 1134, al. 1, du code civil qui dispose que : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

281. Ainsi, sur ce fondement, les volontés individuelles se voient conférer un certain pouvoir normatif qui leur permet de fixer, par consentement mutuel, des règles auxquelles elles se soumettent et qu'elles sont tenues d'observer sous peine de sanctions. Pour Pascal Ancel, les obligations contractuelles s'imposent aux parties comme s'imposerait une norme légale. En distinguant la force obligatoire du contrat de son contenu obligationnel, l'auteur fait du contrat une source normative à part entière²⁶³.

282. Dès lors, le contrat sur les réseaux numériques, régit, non seulement la prestation attendue des contractants mais aussi fixe les règles d'action et de conduite dans cet environnement numérique. Ce qui est dû n'est plus la simple fourniture de l'objet principal du contrat mais inclut le respect par les parties d'un ensemble de règles, prohibitives ou permissives.

260 P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. octobre-déc. 1999, n°4 p. 771

261 J-L. Aubert, *Le contrat, Droit des obligations*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz 2^{ème} édition 2000 p. 24

262 Ibid

263 P. Ancel, op. cit., p. 771

283. Les stipulations contractuelles dressent, dans la majorité des contrats, une liste non exhaustive de comportements prohibés ou permis sur le réseau Internet. L'obligation de faire un usage licite des réseaux numériques et l'obligation de se conformer aux règles et usages en vigueur sur le réseau Internet apparaissent comme les plus représentatives de cette normativité contractuelle (**Section 1**).

284. Dans la mesure où l'article 1135 du code civil dispose que : « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* », le contrôle contractuel du bon usage du réseau Internet est renforcé par l'existence de dispositions légales applicables aux parties contractantes dont la mise en œuvre est aménagée contractuellement.

285. Cette capacité d'aménagement contractuel des dispositions légales fait des prestataires de services Internet les acteurs primordiaux et incontournables de la lutte contre les contenus illicites sur les réseaux numériques. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique fait jouer aux prestataires et utilisateurs des services Internet un rôle déterminant dans la lutte contre les contenus illicites et le respect de la législation nationale.

286. Cette obligation légale de lutter contre l'illicite sur le réseau Internet conduit les acteurs privés à organiser contractuellement les conditions du respect et de l'application de la loi selon leur conception du bon usage du réseau et selon leurs intérêts économiques. Par le biais du contrat, ils font le choix des dispositifs à mettre en œuvre dans le cadre de cette lutte et n'oublient pas de s'aménager une garantie qui se traduit généralement par des clauses limitatives de responsabilité en cas d'inefficacité de leur politique d'action.

Ce faisant, le contrat devient l'instrument principal de la mise en œuvre et du respect de la loi sur les réseaux numériques (**Section 2**). Cette délégation de compétence qu'opère implicitement la loi du 21 juin 2004 en faveur des acteurs privés montre bien l'avis favorable accordé à la régulation contractuelle du réseau Internet par les pouvoirs publics.

SECTION 1 :

Les obligations de bon usage des réseaux numériques

287. Sur le réseau Internet, le contrat apparaît comme une promesse de comportement²⁶⁴, d'action. Le droit fondamental qu'a tout homme de se gouverner par sa propre volonté trouve toute sa force et sa signification sur le réseau mondial. L'incapacité notoire du législateur de tout réglementer et de tout prévoir sur un réseau mondial en perpétuel changement a permis aux intermédiaires techniques de jouer un rôle majeur dans l'encadrement juridique de ce nouveau média. La technicité du réseau Internet et son caractère décentralisé ont placé les acteurs techniques au cœur de sa régulation. Ces acteurs privés, qui, devenus en quelque sorte les maîtres du réseau de par leur fonction, vont imposer par le biais du contrat le cadre normal d'utilisation de ce média en stipulant dans leurs contrats ce qui est permis et ce qui est interdit.

288. La stipulation des interdictions ou des permissions n'implique pas pour les acteurs techniques une recherche active des contenus illicites. Les utilisateurs des réseaux numériques s'engagent simplement par leur signature à faire un usage licite de celui-ci (§1) et à se conformer aux règles et usages en vigueur (§2). Les contractants promettent de bien se conduire, et il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement. Sur le réseau mondial, la courtoisie et le respect de la parole donnée sont aussi de rigueur, avec cette particularité que celui qui ne respecte pas son engagement « librement consenti » se verra purement et simplement exclu du réseau sans autre forme de procès. Ainsi le contrôle contractuel des comportements est nécessairement un contrôle a posteriori, c'est-à-dire le constat du manquement aux engagements contractuels de la partie défaillante.

264 L. Aynès, « *Le contrat, loi des parties* », Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°17/ 2004, p. 77

§1- L'obligation de faire un usage licite des réseaux numériques

289. Les clauses contractuelles sur les réseaux numériques contiennent une variété d'obligations dont la vocation est de contraindre les contractants à faire un usage licite de l'Internet. Ces « obligations de faire » imposent aux utilisateurs de ne mettre en ligne que des informations et des contenus ne portant pas atteinte aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

290. Les clauses sur la licéité des contenus sont nombreuses et variées. Elles sont souvent relatives à l'utilisation et au fonctionnement du réseau. Elles peuvent être très succinctes, à l'image de celle-ci : « *Vous vous engagez à utiliser le service conformément au droit en vigueur et aux règles de bonne conduite sur l'Internet* »²⁶⁵. Ou au contraire, plus étendues, comme celle-là : « *Le client s'interdit de publier ou diffuser, par quelque moyen que ce soit, un contenu contraire à l'ordre public, notamment et non limitativement, des contenus à caractère pédophile, pornographique, incitant au suicide, à la haine raciale ou à la commission de crimes et délits xénophobes, antisémites ou portant atteinte au droit à l'image et au respect de la vie privée. De même, le client s'interdit de porter atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, notamment et non limitativement, de diffuser des contenus portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle et/ou industrielle de tiers* »²⁶⁶.

291. Cette énumération non exhaustive des interdictions a pour but d'étendre le plus largement possible le champ d'application des obligations ainsi définies. Dès lors, il apparaît clairement que le client est tenu « *de ne pas faire* » plutôt que de faire. Il s'engage, en signant le contrat, à ne pas faire un usage illicite du réseau Internet. Cette obligation de ne pas diffuser des contenus illicites doit être clairement explicite dans le contrat et les règles auxquelles elle se réfère connues des parties. Une simple évocation générale du respect de la légalité ne suffit pas. L'utilisateur doit avoir eu une connaissance réelle des règles auxquelles le contrat se réfère ou être en mesure d'avoir cette connaissance.

265 Contrat de connexion classique au service Internet de AOL France consultable sur le site : www.aol.fr, art. 5.1 b

266 Conditions particulières d'utilisation « Accès Internet » des services et produits Alice Pro de l'opérateur Telecom Italia France consultable sur le site : www.aliceadsl.fr, art. 8.3

293. En pratique, pour apprécier la responsabilité des prestataires, les juges tiennent compte des stipulations contractuelles tendant à avertir le client de la nécessité de respecter les lois en vigueur et de faire un bon usage du réseau. Ainsi, dans l'affaire Estelle Hallyday contre l'hébergeur Valentin Lacambre²⁶⁷, le président du Tribunal a retenu que : « *Pour s'exonérer de sa responsabilité, l'hébergeur devra donc justifier du respect des obligations mises à sa charge, spécialement quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter le droit de la personnalité, les droits d'auteurs, des propriétaires de marques, etc.* ».

294. L'obligation de se conduire de façon licite sur le réseau Internet équivaut à l'obligation qu'a tout citoyen de respecter les règles de l'Etat à la seule différence que sur le réseau, c'est le contrat qui impose ce respect de la loi. C'est le contrat qui identifie la norme à respecter. Cependant l'appréciation par les acteurs de cette obligation de bonne conduite sur les réseaux numériques diverge selon les législations des Etats concernés.

En effet, ce qui est licite, bien que pouvant l'être de façon universelle, l'est, en général, par rapport à la législation d'un pays donné.

295. Le caractère mondial du réseau rend, nécessairement cette appréciation encore plus difficile²⁶⁸. D'où l'utilité du contrat pour lister les comportements admis ou prohibés dans ce nouvel espace social. Mais à cette difficulté objective, s'ajoute une autre de nature plus subjective liée à l'incompétence des exploitants de sites ou des intermédiaires techniques qui peuvent mal apprécier un contenu et le juger soit licite, soit illicite, alors qu'il ne présente pas un tel caractère.

296. Ce déficit de compétence des acteurs dans l'appréciation du licite sur les réseaux numériques peut constituer une limite au rôle normatif des clauses imposant aux contractants une obligation de faire un usage licite de l'Internet. Car une chose est de stipuler le respect des droits de propriété intellectuelle et une autre est de savoir que le téléchargement ou la

267 TGI Paris, (Réf.), 9 juin 1998, JCP, E, 1999, n°21 p. 953, Obs. M. Vivant et C. Le Stanc

268 Affaire Yahoo : confirmation de la compétence du juge pénal français, Cour d'appel de Paris, 11^{ème} Chbre, 17 mars 2004, Com. –Com. élec., avril 2005, p. 35

mise à disposition de fichiers piratés dans le cadre du Peer-to-Peer est légal ou illégal²⁶⁹. Cet exemple symbolise, à lui seul, les difficultés d'appréhension et d'appréciation du bon comportement ou du comportement licite sur le réseau Internet. Le régime juridique de cette pratique qui caractérise à elle seule l'esprit du réseau mondial ne fait pas l'unanimité au niveau national, encore moins au niveau mondial.

297. En France, la question de la légalité ou non du Peer-to-Peer est diversement appréciée tant au plan judiciaire que politique. Les tribunaux ont pris plusieurs décisions contradictoires dans ce domaine, sans qu'il soit permis de dégager une réponse claire et définitive en la matière. Ainsi, le Tribunal correctionnel de Saint-Etienne a décidé dès le 6 décembre 1999²⁷⁰ que : « *Attendu qu'en reproduisant, en diffusant et en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau Internet, fût-ce à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des cessionnaires des droits de reproduction, V.R et F.B se sont rendus coupables des délits de contrefaçon prévus par les articles L. 335-2 et L.335-4...* ».

298. Une autre décision rendue plus tard par le Tribunal de grande instance de Vannes le 29 avril 2004²⁷¹ a confirmé cette tendance en condamnant six internautes pour contrefaçon au motif que : « *En l'état de la législation actuelle, le téléchargement et la diffusion d'une œuvre de l'esprit à partir d'un site Internet supposent l'exercice d'une part du droit de reproduction, d'autre part en aval du droit de représentation et dès lors qu'aucune autorisation n'a été donnée par les auteurs ou leurs ayants droit, le délit de contrefaçon est, conformément à l'article L. 122 du code de la propriété intellectuelle, constitué sans que les prévenus puissent arguer du fait qu'ils n'ont tiré aucun bénéfice de leur activité* ».

269 Les réseaux numériques Peer-to-Peer (en français pair à pair) sont caractérisés par l'utilisation de logiciels qui permettent l'échange par mise à disposition publique pour téléchargement de fichier aux internautes connectés à ces réseaux dans le monde entier. Le régime juridique de ces téléchargements est controversé. V., J. Larrieu, « Le téléchargement au Paradis ? A propos de l'arrêt de la Cour de Montpellier du 10 mars 2005 », www.juriscom.net. V. également, L. Thoumyre, « *Rapport du Forum des Droits sur l'Internet : Etat des lieux sur le P2P et la musique en ligne en France* (septembre 2004) », www.foruminternet.org ; C. Le Stanc, P. Tréfigny, Droit du numérique : panorama 2005, Recueil Dalloz, n°11 du 16 mars 2006, p. 785 et s. ; C. Castets-Renard, Réseaux peer-to-peer : la clémence du juge pénal, Recueil Dalloz, 2006, n°13, p. 933 et s. ; G. Kessler, Le peer-to-peer dans la loi du 1^{er} août 2006, Recueil Dalloz, 2006, n°31, p. 2167 et s. ; C. Castets-Renard, La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006, Recueil Dalloz, 2006, n°31, p. 2157 et s.

270 www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=216

271 Légipresse, n°215, p. 180 ; JCP Entreprise et Affaires, n°3, janvier 2005, p. 81

299. Cependant, en 2005, une autre décision rendue par la Cour d'appel de Montpellier²⁷² va créer l'émotion chez les industriels de la musique et du cinéma en déclarant licites sur le fondement de l'exception de copie privée²⁷³ les téléchargements de fichiers sur Internet. Cette divergence judiciaire sur la licéité du Peer-to-Peer se retrouve également au sein des pouvoirs publics français. Elle s'est manifestée lors de la transposition de la directive du 22 mai 2001 sur les droits d'auteur.

300. A cette occasion, les députés français, à la surprise générale et contrairement au projet de loi déposé par le gouvernement, ont adopté, dans la nuit du 21 au 22 décembre 2005, deux amendements visant à légaliser les échanges de fichiers sur les réseaux Peer-to-Peer²⁷⁴. Ces amendements appliquaient aux échanges de fichiers sur Internet le principe de la copie privée, sous condition d'une rémunération des ayants droit.

301. Cette voie vers un système de « Licence légale » a été chaleureusement accueillie par les consommateurs, notamment, par l'association UFC-Que choisir, qui avait activement milité pour cette approche légale non pénalisante pour le consommateur. Cependant, le gouvernement qui n'était pas favorable à ces deux amendements a déposé le 14 janvier 2006, en seconde délibération, cinq nouveaux amendements par l'intermédiaire du Ministre de la Culture. Ces amendements du gouvernement, adoptés en mars 2006, ont eu pour effet de révoquer les amendements précédemment adoptés par les députés.

302. Cette législation un peu cavalière témoigne de l'état d'esprit des pouvoirs publics face à la révolution numérique. Ainsi, le débat sur la licéité du Peer-to-Peer constitue une sorte « d'arbre qui cache la forêt ». Car la frontière entre le licite et l'illicite apparaît dans certains domaines comme brouillée sur les réseaux numériques. Face à cet imbroglio juridique et devant l'ampleur du phénomène du Peer-to-peer, le contrat apparaît comme

272 CA Montpellier, 10 mars 2005. V. J. Larrieu, « *Le téléchargement au Paradis ?* », op. cit. Cette décision a depuis été cassée à la suite d'un pourvoi devant la chambre criminelle le 30 mai 2006. V. Ch. Caron, *La source de la copie privée doit-elle être licite ?*, Com.-com. élec., septembre 2006, p. 27

273 Les articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle sont en France le fondement de l'exception de copie privée qui permet de réaliser des reproductions et des représentations d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans la mesure où celles-ci sont destinées qu'au seul usage du copiste ou limitées au cercle de famille ou d'amis.

274 S. Long, *Les députés votent pour la légalisation des échanges P2P*, www.01net.com

l'instrument permettant de clarifier le débat en déterminant les comportements licites en accord avec tous les intéressés.

303. Ainsi, la pression exercée par les titulaires de droits et les organismes de gestion collective des droits d'auteur sur les FAI a eu pour conséquence la signature par ces acteurs d'une Charte d'engagement pour le développement de l'offre légale de la musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique le 24 juillet 2004²⁷⁵. Le 21 mars 2005, l'AFA et le Forum des droits sur l'Internet ont procédé au lancement du « *Guide de sensibilisation des jeunes internautes à la création artistique et au respect des droits de propriété intellectuelle sur l'Internet* », dénommé, « Adopte la Net attitude »²⁷⁶.

304. Tous ces engagements pris par les prestataires se traduisent par l'insertion dans les contrats de fourniture d'accès et de services Internet de clauses tendant au respect des droits de propriété intellectuelle et menaçant les internautes de résiliation du contrat en cas de non-respect. Les conditions particulières d'accès au service ADSL de l'opérateur Cegetel prévoient que : « *Le client s'engage à respecter l'ensemble des dispositions relatives à la protection des œuvres circulant sur Internet, notamment, en matière de téléchargement d'œuvres musicales. Conformément à la législation en vigueur, Cegetel rappelle au client que **LE PIRATAGE NUIT A LA CREATION ARTISTIQUE**. Le client s'interdit de transmettre sur Internet toutes données prohibées, illicites, illégales, portant ou susceptibles de porter atteinte aux droits de tiers, notamment en matière de propriété intellectuelle et de proposer à la vente sur ses pages personnelles des produits illicites ou illégaux, contraire à la loi* »²⁷⁷.

305. Dans ses conditions générales de service, l'opérateur Cegetel reprend cette même exigence mais la formule de façon plus générale : « *Le client s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur, notamment, en matière de communications électroniques, de droit de*

275 Voir Table des annexes, p. 297

276 C. Muller et L. Thoumyre, *Musique, film... Adopte la Net attitude !*, www.foruminternet.org

277 Conditions particulières d'accès au service ADSL de Cegetel, art. 9, disponible sur le site : www.cegetel.fr

propriété intellectuelle et en particulier aux dispositions visant à protéger le droit d'auteur »²⁷⁸.

306. En fait, l'obligation contractuelle de faire un usage licite de l'Internet, bien qu'ayant force de loi entre les parties, apparaît plutôt comme un instrument de sensibilisation des contractants, une sorte de « rappel à la loi ». Le contrat est ainsi utilisé par les parties comme un instrument de pédagogie au service des utilisateurs du réseau. Le but étant de rappeler au débiteur qu'il a aussi l'obligation de respecter les lois en vigueur sur le réseau virtuel comme il le fait hors réseau, et que le manquement à cette obligation de faire sera considéré comme un manquement grave susceptible d'entraîner l'arrêt de la fourniture du service ainsi visé.

307. L'attention du débiteur est donc attirée sur le fait que, sur les réseaux numériques, les règles légales sont aussi applicables sans pour autant rechercher l'effectivité de cette application. Le but de ces stipulations n'est pas seulement d'obtenir le respect de la loi, mais aussi et surtout de se protéger des actions en responsabilité que pourraient tenter les tiers victimes de la violation de leurs droits par les internautes.

308. D'ailleurs, les prestataires de services, créanciers de cette obligation de faire, ne se livrent à aucune recherche systématique des contenus illicites ou de circonstances permettant d'établir l'existence de tels contenus. La multiplication et la permanence des atteintes portées aux droits des tiers et à la législation en vigueur corroborent cette analyse des buts poursuivis par les contractants. Certes, il arrive que le non-respect de l'obligation de faire un usage licite soit sanctionné, mais cette sanction est rarement le résultat d'un processus de contrôle initié à la seule instigation du créancier.

309. Ici, tout mène à croire que cette obligation ne semble pas avoir été stipulée au profit d'une des parties. Il s'agit plus d'une proclamation, voire d'une invocation au sens religieux du terme dont l'effet principal est de créer un sentiment de confiance et de sécurité juridique sur le réseau et de préserver les prestataires de services Internet contre les actions en responsabilité délictuelle. Ainsi, contractuellement, les parties s'imposent le respect des lois

²⁷⁸ Conditions générales de service de l'opérateur Cegetel, art.12, disponible sur le site : www.cegetel.fr

en vigueur sur les réseaux numériques, mais, en fait, elles n'ont ni la compétence pour apprécier tous les cas de violation susceptibles de se produire, ni même les moyens de contrôler directement le respect effectif de cette obligation.

310. Au final, l'obligation contractuelle de faire un usage licite de l'Internet est une obligation insérée dans le contrat pour régir les rapports éventuels entre le créancier et les tiers mais ne semble pas avoir un grand intérêt au regard du seul rapport créancier / débiteur. Il n'en demeure pas moins que le respect de la loi est le résultat recherché par les diverses clauses contractuelles créant cette obligation. Le débiteur qui ne fournit pas ce résultat contrevient aux dispositions contractuelles et devra en subir les conséquences.

311. De ce point de vue, l'obligation de faire un usage licite est donc une obligation de résultat²⁷⁹ à l'égard du débiteur. Il ne s'agit en aucun cas d'une obligation de moyens même si le contractant doit mettre tous les moyens en œuvre pour exercer ses activités conformément aux lois en vigueur sur les réseaux numériques. Il a promis respecter la loi, il doit la respecter effectivement, sinon il engage sa responsabilité. Il arrive très souvent que le contrat élargisse le champ des obligations de bon comportement pour y inclure le respect d'autres règles de bon comportement non issues des lois étatiques. C'est le cas de l'obligation contractuelle par laquelle les contractants sont tenus de se conformer aux règles et usages en vigueur sur les réseaux numériques.

279 Pour monsieur Jean Bellissent, le critère de la détermination de l'obligation de résultat tiré de l'étendue des obligations respectives des parties est insuffisant en raison de la difficulté liée à l'évaluation du contenu de ces obligations et de la responsabilité qui découle de leur inexécution, (J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J., E.J.A, Paris, 2001, n°23). Mais ce critère est admis par J. Frossard pour qui l'obligation de résultat apparaît dans le rapport contractuel, chaque fois que le débiteur promet d'exécuter une « prestation déterminée » aux contours juridiques et matériels précis (J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J., Paris, 1962, n° 292, p. 167).

§2- L'obligation de se conformer aux règles et usages en vigueur sur les réseaux numériques

312. C'est une obligation assez récurrente dans les contrats conclus sur les réseaux numériques. Ces contrats prévoient clairement que : « *les parties s'engagent à se conformer aux règles et usages en vigueur sur le réseau Internet, notamment ceux développés par la communauté des utilisateurs du web* ». La difficulté ici réside dans la connaissance par le débiteur des règles et usages ainsi évoqués. Initialement formulées au sein des premières communautés virtuelles de l'Internet, les règles et usages du réseau se sont diffusés bien au-delà des communautés primitives, et leur respect est donc recommandé, voire exigé par l'ensemble des prestataires de services Internet.

313. Dans la mesure où il peut s'agir d'un simple consommateur, la Commission des clauses abusives recommande que ces règles et usages en cause soient portés à sa connaissance, sinon la clause contractuelle imposant leur respect pourra être réputée non-écrite à leur égard. Toutefois, la lecture de l'article 1135 du code civil permet de tempérer cette analyse. Cet article disposant que : « *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Sur ce fondement donc, les règles et usages appliqués par l'ensemble des utilisateurs du réseau Internet s'imposeront à tout contractant, fût-il consommateur, sans que ceux-ci aient été expressément portés à leur connaissance. Ainsi, l'adage populaire, [paraphrasé] selon lequel « nul n'est censé ignorer les usages du réseau Internet » s'appliquerait fermement ici.

314. Les usages en vigueur sur le réseau Internet s'appliquent aux parties dès lors qu'elles n'ont pas manifesté une volonté contraire. En ce sens, il s'agit d'usages à caractère supplétif fondant son autorité sur la relation contractuelle. Selon l'article 1160 du code civil : « on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. » Il est donc superflu pour les parties d'imposer le respect des usages

conventionnels qui sont en principe applicables à défaut pour les parties d'avoir exprimé une volonté contraire²⁸⁰.

315. Ces règles et usages sont ceux contenus dans la fameuse Nétiquette et aussi dans les chartes et codes de conduite et de déontologie rédigés par certains acteurs du réseau et imposés à tout utilisateur par le biais du contrat. Ces règles plus ou moins formelles tirent donc leur force du contrat. Mais en réalité, il ne s'agit pas d'imposer le respect de ces règles et usages mais d'informer le contractant de l'existence de tels usages et de définir les conditions de sanction de leur non-respect.

316. Ainsi, dans ses conditions générales d'utilisation des produits « *Alice* », l'opérateur Telecom Italia France informe ses abonnés que : « *La Nétiquette est un code de bonne conduite élaborée par la communauté des internautes. Le client est informé que son non-respect peut provoquer à son encontre des réactions de la part des autres internautes pour lesquelles Alice ne pourra être tenue responsable* ». Pour en savoir plus sur la Nétiquette, deux liens sont même proposés au client renvoyant sur le site de l'AFA : <http://www.afa-france.com/netiquette>²⁸¹ et <http://www.afa-france.com/usages>.

317. La communauté technique primitive de l'Internet²⁸² à l'origine des ces règles d'usages est aujourd'hui en minorité par rapport à l'ensemble des utilisateurs du réseau. Les valeurs véhiculées par ces acteurs se sont ainsi quelque peu émoussées même si elles continuent dans une certaine mesure à orienter la conduite des nouveaux utilisateurs. D'où la nécessité de ces rappels contractuels. Mais le problème majeur que pose ces règles et usages en vigueur sur l'Internet, c'est qu'ils sont difficilement identifiables. Les sources y sont fluides et variées. L'Internet ne compte pas une seule communauté virtuelle mais une

280 Pour la critique du terme « usage conventionnel », voir Pascale Deumier, *Le droit spontané*, éd. ECONOMICA, 2002, n°235, p. 216. Pour l'auteur : « *L'usage est une règle de droit extérieure à la volonté des parties, il s'applique de lui-même ; parce qu'il est une véritable norme, les parties, si elles peuvent l'écarter, ne peuvent l'anéantir ; parce qu'il est un élément de droit objectif, il s'impose en l'absence du moindre indice de volonté, même tacite ; parce que l'usage repose sur la collectivité, il n'a pas besoin de l'appui des volontés individuelles* ». Mais sur les réseaux numériques, force est de reconnaître que les parties n'ont ni le pouvoir d'anéantir la nétiquette, ni le pouvoir d'écarter conventionnellement son application. La Nétiquette semble s'appliquer de droit. En ce sens, elle s'apparente à un usage de droit au sens où l'entend monsieur Yves Guyon dans son *Traité de Droit commercial (Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et société*, 12^{ème} éd., ECONOMICA, 2003, n°32).

281 Voir Table des annexes à la page 297.

282 V. Ph. Amblard, op. cit., p. 128 et s.

multitude. La pertinence de ces règles et usages est donc en rapport avec la corporation ou le groupe qui les a développés. Dès lors, l'insertion de ces règles et usages dans le contrat permet d'étendre leur champ d'application et d'assurer leur rapide reconnaissance juridique sans satisfaire aux conditions de constance et de durée caractérisant la règle coutumière²⁸³.

318. De ce fait, le contrat devient le cadre d'émergence des usages au sens juridique du terme par la répétition d'une pratique par une communauté d'individus placés dans les mêmes circonstances et conscients de se soumettre à une règle contraignante²⁸⁴. C'est ainsi que la quasi-majorité des clauses contractuelles interdisent la pratique du « spamming », considérée dans le milieu de l'Internet comme « *une pratique déloyale et gravement perturbatrice* »²⁸⁵.

319. Le contrat de connexion classique d'AOL France stipule clairement à l'article 5.1 que : « *vous vous engagez à utiliser le service conformément au droit en vigueur et aux règles de bonne conduite sur l'Internet (<http://www.afa-france.com/netiquette.html>). En particulier, vous ne devez pas utiliser le service pour envoyer en masse des e-mails non sollicités* ». L'interdiction du spamming se retrouve également dans les conditions générales d'utilisation du service Alice de l'opérateur Telecom Italia France, mais formulée de manière plus impérative : « *L'utilisation par le client de la messagerie électronique de Alice à des fins frauduleuses ou nuisibles, telle que, notamment, l'envoi en nombre de messages non sollicités et autre fait de type « spamming » sans raison légitime sont formellement interdits* ».

320. Cette interdiction du « spamming » a été considérée par les tribunaux comme une règle d'usage fondamentale en vigueur sur les réseaux numériques. Sa violation peut alors entraîner la résiliation de l'accès au réseau Internet pour le contrevenant²⁸⁶. D'autres contrats imposent le respect par les internautes des règles de courtoisie, notamment dans les forums de discussion ou encore le respect des conditions d'accès et d'utilisation des contenus affichés sur les autres sites web. Ces obligations sont à l'égard des prestataires des moyens de limiter leur responsabilité à l'égard des tiers et de créer la convivialité et la confiance sur le réseau

283 Y. Guyon, *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et société*, op. cit., n°30, p. 26. V. aussi, J.-L. Bergel, *Théorie générale du Droit*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2004, n°42 et s.

284 F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^{ème} éd., vol. 1, L.G.D.J., Paris, 1954

285 TGI de Rochefort-Sur-Mer, 28 février 2001, M. Christophe G. c/ SA France telecom interactive, www.juriscom.net

286 Ibid.

universel. Ainsi, la référence contractuelle à ces normes privées du réseau apparaît comme la manière la plus efficace de diffuser les règles informelles créées par la multitude des acteurs privés.

321. Le débiteur de l'obligation de se conformer aux règles et usages en vigueur sur les réseaux numériques est tenu à l'égard du créancier d'une obligation de résultat. Il ne peut ignorer que sur le réseau Internet le spamming est une pratique « *contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite* »²⁸⁷ ou à la *Nétiquette*²⁸⁸. Le constat de la violation des règles et usages suffit à matérialiser le non-respect de l'obligation contractuelle imposée aux parties. Toutefois, la preuve des usages incombe à ceux qui les invoquent. Il appartiendra donc au créancier de cette obligation d'apporter la preuve de l'existence sur le réseau Internet de l'usage qu'il invoque. Mais cette preuve pourra se faire par tout moyen, notamment par la production de chartes et de code de conduite ou de déontologie, généralement annexés aux contrats.

322. Le contrat permet donc aux parties de poser le cadre de l'utilisation normale des réseaux numériques. Cette utilisation normale de l'Internet implique pour l'utilisateur de respecter la législation en vigueur ainsi que les règles et usages développés par la communauté des internautes.

323. Si le but apparent de ces obligations contractuelles est de faire adopter aux internautes des comportements licites et conformes à la culture de l'Internet, il apparaît après analyse que le but caché recherché par les acteurs privés est de s'assurer une plus grande sécurité juridique. Il s'agit pour les prestataires de services Internet de se préserver des actions en responsabilité que pourrait leur intenter les tiers victimes des mauvais comportements des Internaute. Ainsi, la relation contractuelle dans le cadre de la régulation des réseaux numériques semble orientée plus vers l'extérieur que l'intérieur. Elle prend plus en considération les intérêts des tiers aux contrats que ceux des contractants concernés. Cette prise en compte de l'environnement extérieur dans la relation contractuelle se manifeste également dans l'obligation pour les parties contractantes de lutter contre les contenus

287 TGI de Paris, Réf., 15 janvier 2002, M. P.V. c/ Société Liberty Surf et Société Free, www.juriscom.net

288 TGI de Rochefort-Sur-Mer, préc.

illicites. La mise en œuvre de cette obligation légale est laissée à la discrétion des prestataires de services Internet. Dès lors, le contrat devient l'arme maîtresse de la régulation des réseaux numériques à laquelle le législateur lui-même recourt pour ne pas rester impuissant face aux fléaux de toute nature se développant sur ce nouveau média.

SECTION 2 :

La mise en œuvre contractuelle de l'obligation légale de lutter contre l'illicéité sur les réseaux numériques

324. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique vient renforcer le rôle, déjà important, du contrat dans la lutte contre les comportements illicites sur les réseaux numériques en laissant libre cours aux acteurs concernés de déterminer les conditions de cette lutte (§1). Ce faisant, le législateur montre clairement que le contrat reste l'instrument le mieux adapté à la régulation des réseaux numériques.

325. En France, où la question de la responsabilité des prestataires techniques des réseaux numériques a fait couler beaucoup d'encre, la loi du 21 juin 2004 semble avoir apaisé les inquiétudes des acteurs et utilisateurs du réseau mondial. Même s'il s'agissait pour l'essentiel de transposer en droit interne la directive du 8 juin 2000 portant sur le commerce électronique, la loi, visant à instaurer la confiance, naguère inexistante sur les réseaux numériques entre les membres de la société virtuelle et entre ceux-là et les membres de la société hors réseau, semble, définitivement, ériger le contrat au rang d'instrument primordial et incontournable pour la régulation de l'Internet.

326. Cette analyse qui met en exergue le rôle éminent dévolu par la loi aux contractants dans la lutte contre les contenus illicites met également en relief l'aménagement des conditions de responsabilités des acteurs privés sur les réseaux numériques. Cet assouplissement des conditions de responsabilité par rapport au droit commun²⁸⁹ montre bien

²⁸⁹ Voir spécialement les articles 1382, 1383 et 1384 du code civil.

le statut particulier des acteurs privés de l'Internet à qui la loi fait, désormais, endosser le rôle de « gendarme du réseau des réseaux ».

327. Cependant, il ne s'agit pas pour les prestataires de rechercher ou de traquer les comportements ou les contenus illicites. La loi du 21 juin 2004, en effet, ne les soumet pas à « *une obligation générale de surveillance ou de recherche active des faits ou des circonstances révélant des activités illicites*²⁹⁰. D'ailleurs, ces professionnels n'ont jamais entendu se soumettre à de telles recherches. La loi les invite simplement à jouer un rôle essentiellement préventif, en échange de quoi ils obtiennent des conditions plus souples de mise en jeu de leur responsabilité délictuelle et pénale (§2).

328. Ainsi, les prestataires de services Internet, par le biais du contrat, sont appelés à jouer un rôle pédagogique très important sur le web. Le contrat devient alors un outil d'éducation, de sensibilisation et de promotion de la légalité sur le réseau Internet. Ce qui devrait contribuer à l'assainissement des comportements en vue d'augmenter la sécurité juridique et la confiance des internautes. Ce faisant, la régulation contractuelle de l'Internet apparaît comme « instrumentalisée » par le législateur français pour masquer sa propre incapacité d'encadrement exclusif du cyberspace.

290 Article 6 I-7 de la loi du 21 juin 2004

§1- Le renforcement légal du rôle du contrat dans la lutte contre l'illicite sur les réseaux numériques

329. En invitant les prestataires techniques à « *concourir activement à la lutte contre les contenus illicites* », notamment « *l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie enfantine* »²⁹¹, et à « *mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données* »²⁹², la loi du 21 juin 2004 a un effet direct sur les contrats conclus sur le réseau Internet. Désormais, le contrat va endosser le rôle majeur d'instrument de régulation des réseaux numériques. La loi transfère donc cette grande responsabilité aux prestataires techniques et les oblige, en outre, à « *rendre publics les moyens qu'[ils] consacrent à la lutte contre ces activités illicites* ».

330. Les acteurs privés de l'Internet reçoivent de ce fait un mandat légal pour la lutte contre les contenus illicites. Dès lors, toutes leurs actions tendant à ce but seront légitimes, sinon légales. La mise en œuvre de ce mandat légal se traduit par une multiplication des clauses contractuelles tendant à attirer l'attention des utilisateurs de leurs services sur la nécessité de respecter la législation en vigueur. A ces clauses rappelant la législation en vigueur, s'ajoutent d'autres qui obligent les abonnés à signaler aux prestataires techniques tout contenu illicite dans le cadre de leurs activités. Ainsi, des liens hypertextes sont à la disposition des abonnés qui leur permettent de signaler les éventuels contenus illicites dont ils ont pu avoir connaissance. L'AFA met également à la disposition des usagers du réseau des points de contact dans le cadre de cette lutte.

331. De nombreuses initiatives ont été aussi prises par les FAI en vue de sensibiliser leurs contractants au bon usage de l'Internet. C'est dans cette perspective que s'inscrivent les divers accords signés entre les FAI et les professionnels de la musique et du cinéma. Outre la signature le 24 juillet 2004 de la charte d'engagement pour le développement de l'offre légale de la musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie

291 Art. 6-I-7 al. 3

292 Art. 6-I-7 al. 4

numérique déjà évoquée, l'AFA a aussi lancé le 8 février 2005, à Paris, le label « *Net + Sur* » en présence du Ministre délégué à l'industrie français. Ce label est destiné à assurer une meilleure visibilité des engagements des FAI dans la lutte contre les contenus illicites. C'est aussi dans ce sens que s'inscrit la charte du 14 juin 2004 élaborée à l'instigation de l'AFA et signée par ses membres en matière de lutte contre les contenus portant atteinte à la dignité humaine²⁹³.

332. Tous ces engagements reçoivent un écho dans les stipulations contractuelles et participent ainsi à la régulation des comportements sur le Net. Dans la mesure où la loi a un caractère général et impersonnel, la latitude laissée au contrat permet de personnaliser le rapport à la loi et d'organiser dans le détail l'utilisation des réseaux numériques.

333. Cependant, la liberté contractuelle dans la mise en œuvre des dispositions légales n'implique pas toujours une fidélité à l'esprit de la loi. Ainsi, une simple conformité à la lettre des textes légaux est recherchée par les prestataires. Cette analyse est illustrée par la mise en application dans le cadre contractuel de l'article 6-I-1 de la loi du 21 juin 2004 qui dispose que : « *les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens* ». Les prestataires ont donc l'obligation de mettre à la disposition des usagers de leurs services des moyens techniques de filtrage des contenus pour assurer la protection des mineurs.

334. Hormis quelques FAI tels que AOL et MSN qui incluent cette protection gratuitement dans leur offre de services et l'affichent clairement dans leur contrat ou sur leur site, les autres fournisseurs la proposent mais en option payante. Et lorsqu'elle est proposée gratuitement, elle l'est dans une version inférieure donc moins efficace²⁹⁴. De plus ces outils

293 Voir Table des annexes, p. 297

294 Ainsi l'article 8-2 des conditions particulières d'accès Internet de Alice stipule que : « *Alice informe le client qu'il existe des logiciels de contrôle parental ou de filtrage d'URL ayant vocation à filtrer l'accès à des sites aux contenus présentant un caractère choquant pour des mineurs. Alice propose l'un de ces logiciels sur le site Alice* ». L'opérateur Tele2 se contente dans son article 5.5 des conditions générales d'accès de stipuler que : « *Le client est informé du fait qu'il existe des moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner. Un ou plusieurs de ces moyens sont à sa disposition conformément à ce que prévoit la documentation technique de Tele2.* »

sont souvent peu visibles et compliqués à installer. D'où la négociation entamée par les pouvoirs publics avec les FAI en vue d'obtenir la mise à disposition gratuite des moyens techniques de restrictions d'accès, menaçant, faute d'accord, de modifier la loi du 21 juin 2004 pour y inclure cette exigence. Un accord a finalement été trouvé le 16 novembre 2005²⁹⁵ entre l'AFA et les pouvoirs publics représentés par la Délégation aux usages Internet (DUI) en vertu duquel les nouveaux abonnés à Internet se verront systématiquement et gratuitement proposer un logiciel de contrôle parental à compter du premier trimestre de l'année 2006.

335. Ainsi, ces nouveaux abonnés devront passer, à l'occasion de leur inscription ou de la configuration de leur ordinateur, obligatoirement par une page de formulaire leur proposant le contrôle parental, et ils ne pourront pas poursuivre la procédure sans y avoir répondu. Pour le ministère chargé de la famille, la mise à disposition de ce logiciel permettant de filtrer l'accès à Internet pour les enfants et les adolescents ne devrait pas entraîner de « surcoût » pour les abonnés. Cet outil devra répondre à un cahier des charges très strict : la mise en place d'une liste blanche de sites pour les enfants auxquels ils pourraient librement accéder et une liste noire pour les sites auxquels les adolescents ne devraient pas pouvoir accéder. La présidente de l'AFA, s'est félicitée de l'accord trouvé mais a souligné l'important défi financier qu'il impliquera pour les FAI et les éditeurs de logiciels.

336. Cet accord trouvé entre pouvoirs publics et acteurs privés de l'Internet témoigne du rôle de plus en plus accru du contrat dans la régulation des réseaux numériques. Le recours quasi permanent aux contractants, donc au contrat, pour le contrôle des activités se déroulant sur le réseau Internet transforme les acteurs privés de l'Internet en auxiliaires, voire supplétifs des autorités compétentes.

337. Ainsi, l'article 6-I-7 al. 4 fait obligation aux prestataires techniques « *d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites... qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services* ». La loi fait également obligation aux prestataires techniques de détenir et de conserver « *les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de*

²⁹⁵ Dépêche AFP du 16 novembre 2005, *Internet : les fournisseurs d'accès vont proposer un contrôle parental gratuit*, www.yahoo.fr/actualités

l'un des contenus des services dont [ils] sont prestataires »²⁹⁶. Ils doivent aussi fournir à leur contractant les moyens techniques de satisfaire aux conditions d'identification ainsi prévues. L'autorité judiciaire pourra requérir communication auprès de ces prestataires de services des données d'identification, ceux-ci sont tenus de les lui communiquer. Le non-respect de ces obligations légales « *est puni d'un an d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende* »²⁹⁷.

338. Ces contraintes qu'impose la loi aux parties contractantes sur les réseaux semblent l'aveu du législateur de la pertinence de la régulation contractuelle du réseau Internet. N'ayant aucune emprise sur les activités s'y déroulant, le législateur se contente d'exercer une pression légale sur les seuls acteurs facilement identifiables sur le territoire national que sont les FAI. Ces dispositions légales viennent donc alourdir la charge pesant sur l'une des parties en lui faisant supporter des obligations étrangères à la relation contractuelle. Ce faisant, la loi laisse aux contractants le choix des moyens de la régulation des réseaux numériques, et en fait les acteurs principaux. Maniant ainsi « *la carotte et le bâton* », la loi du 21 juin 2004 allège les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile et pénale des prestataires techniques afin de les amener à jouer le rôle qu'elle leur impose.

296 Art. 6-II

297 Art. 6-VI

§2- Un régime légal de responsabilité incitatif à la régulation contractuelle des réseaux numériques

339. Les acteurs de l'Internet en tant que sujets de droit doivent répondre des dommages causés aux tiers et assumer les conséquences légales ou contractuelles de leurs activités sur le réseau. Cette obligation de répondre des conséquences dommageables de leurs activités implique, soit qu'ils assument les suites pénales des manquements aux règles légales, soit qu'ils réparent les dommages causés aux tiers ou aux contractants dans le cadre de leurs activités par la mauvaise exécution ou l'inexécution de leurs obligations contractuelles.

340. Ainsi, sur les réseaux numériques, les acteurs peuvent engager, par leurs actions ou leurs inactions dans le cadre de leurs activités, leur responsabilité contractuelle²⁹⁸ qui naît de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, leur responsabilité délictuelle pour les dommages causés aux tiers, et leur responsabilité pénale pour la violation des règles pénales. En tout état de cause, le mécanisme de mise en jeu de la responsabilité des acteurs ne se met en marche que par l'existence d'une faute²⁹⁹, c'est-à-dire un manquement à une obligation conventionnelle³⁰⁰ ou la violation d'une règle légale. Mais à l'analyse, la pratique d'activités illicites ou la diffusion de contenus illicites reste de loin la cause principale de mise en jeu de la responsabilité des acteurs du réseau Internet³⁰¹.

341. Dans la mesure où l'Internet permet facilement la commission de graves infractions³⁰² et des dommages aux tiers sur une échelle mondiale, la question de la

298 La responsabilité contractuelle a fait l'objet d'une grande polémique ces dernières années. V. à ce propos, les articles de : D. Talon, « *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation* », RTD civ. 1994, p.223 ; P. Remy, « *La responsabilité contractuelle : Histoire d'un faux concept* », RTD civ.1997, p.323 ; P. Jourdain, « *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle* », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Poitiers, 1997, p. 65 ; C. Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, Et. offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 543. V. aussi les ouvrages de Ch. Radé, *La responsabilité civile contractuelle-Les quasi-contrats*, Presses Universitaires de Grenoble, 2001 et Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2004, n°6, n°804. Cet éminent professeur préconise l'expression « défaillance contractuelle » en lieu et place de la « pseudo » responsabilité contractuelle.

299 Sur la notion de faute, v. Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 19 et s. V. également, J. Abli, *La faute du préposé de la banque*, Th., Toulouse, 2004

300 M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, L.G.D.J., Poitiers, 2003

301 N. Marchet, *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'Internet*, op. cit., p. 15 et s.

302 P.-M. Reverdy, *La matière pénale à l'épreuve des nouvelles technologies*, Th. op. cit., p. 206 et s.

responsabilité des prestataires de services a toujours été posée avec acuité. La peur d'être attirés devant les tribunaux pour répondre des conséquences dommageables de leurs activités a poussé les prestataires à utiliser les clauses contractuelles pour se prémunir de toute mise en cause et limiter, voire s'exonérer de toute responsabilité vis-à-vis de leurs clients ou des tiers.

342. Après une première tentative infructueuse du législateur ayant accordé aux tiers, « *estimant que le contenu hébergé est illicite ou lui cause un préjudice* », la possibilité de saisir le prestataire pour qu'il procède aux diligences appropriées³⁰³, il semble, aujourd'hui, que la loi du 21 juin 2004 a trouvé la formulation idéale. Ainsi, l'article 6-I-2 dispose clairement que ces personnes : « *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* ».

343. La loi semble donc avoir abondé dans le sens que souhaitaient les prestataires techniques de l'Internet en définissant limitativement les conditions de mise en jeu de leur responsabilité civile et pénale. Cet aménagement légal, qui crée un régime de responsabilité spéciale pour les prestataires de services Internet, poursuit des buts prophylactiques au regard des dommages causés aux tiers. Il s'agit d'une responsabilité subjective³⁰⁴ qui incite les prestataires à l'action. Dans cette vision, la loi nouvelle, loin d'avoir anéanti le rôle du contrat, permet, au contraire, un élargissement de son champ d'action.

344. Désormais, les clauses contractuelles vont être les catalyseurs de ce nouveau régime de responsabilité. Ainsi, le cadre législatif, tout en ne créant pas une exonération de responsabilité pour les acteurs de l'Internet, leur permet, néanmoins, de bénéficier de

303 Art. 43-8 de la loi 1^{er} août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication amputé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000.

304 Dans le sens où l'entend monsieur le professeur Ph. Le Tourneau, c'est-à-dire « *un instrument de régulation sociale* ». Pour l'auteur « *le poids de la responsabilité subjective incite les citoyens à penser leur conduite, à en écarter, autant que faire se peut, les fautes* » (Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n°20 et s.)

conditions plus favorables, qui, mises en œuvre dans un cadre contractuel, produit les effets d'une exonération de responsabilité.

345. Le régime de la responsabilité des acteurs de l'Internet est donc un cadre d'action contractuelle pour la lutte contre les contenus illicites (**A**) et offre aux acteurs privés la possibilité d'aménager contractuellement les conditions de leur responsabilité civile (**B**).

A- Le régime de responsabilité des acteurs : un cadre d'action contractuelle pour la lutte contre l'illicite sur les réseaux numériques

346. Le régime de responsabilité institué par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique est un appel lancé en direction des prestataires techniques en vue de leur participation ou de leur coopération à la lutte contre l'illicite sur les réseaux numériques. La participation ou la coopération des acteurs concernés, si elle peut se faire par d'autres moyens, utilise toujours l'instrument contractuel comme mode d'action. Alors que la loi ne les soumettait à aucune « *obligation générale de surveillance* » des contenus transmis ou stockés, ni à aucune « *obligation de recherche* » de faits ou de circonstances révélant des activités illicites, certains prestataires se sont engagés par contrat à contrôler les contenus en vue d'empêcher la diffusion sur le réseau Internet des contenus illicites.

347. L'opérateur Tele2 en donne une parfaite illustration lorsqu'il stipule dans les conditions générales d'utilisation de son service d'accès ADSL que : « *Le client s'engage à ne pas utiliser le service pour transmettre tout contenu qui soit illégal, nuisible, menaçant, abusif, constitutif de harcèlement, diffamatoire, vulgaire, obscène, menaçant pour la vie d'autrui, haineux, raciste ou autre répréhensible. Tele2 se réserve le droit, de sa propre initiative ainsi qu'à la demande de toute autorité compétente, de divulguer, supprimer, modifier ou déplacer tout contenu qui manquerait aux termes des présentes conditions générales ou serait répréhensible de toute autre façon* »³⁰⁵. En se donnant par la clause contractuelle compétence pour supprimer ou modifier de sa propre initiative les contenus

305 Conditions générales d'utilisation Tele2 Internet Accès ADSL, art. 5.6 et 5.7 : version en ligne au 01/01/2006

présentés comme illicites, Tele2 va plus loin que les prescriptions de la loi car il s'oblige à l'action alors que la loi invite à l'action. Dès lors, Tele2 engage sa responsabilité si un contenu présentant un caractère répréhensible demeure accessible sur le réseau par son biais.

348. L'invitation à l'action et à la coopération implique pour le prestataire la connaissance du caractère illicite du contenu en cause. Il n'est tenu d'agir que « *dès le moment où il a eu cette connaissance* ». Dans une telle hypothèse, son action doit être de « *retirer promptement ces données ou d'en rendre l'accès impossible* ». Ainsi, les prestataires ne sont responsables que s'ils ont une connaissance effective des activités illicites pratiquées sur les sites hébergés et n'ont pas agi promptement pour les retirer ou pour en rendre l'accès impossible. Cette connaissance effective de l'illicite devant s'apprécier au cas par cas au regard de la compétence personnelle du prestataire de services Internet.

349. Pour faciliter la connaissance par ce dernier des activités illicites ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère, la loi du 21 juin 2004 a institué une procédure de notification des activités illicites à l'hébergeur par toute personne intéressée³⁰⁶. Cette notification est facultative. Elle crée une présomption simple de connaissance des faits litigieux dès lors qu'elle a été faite dans les conditions posées par l'article 6, I, 5 de la loi du 21 juin 2004³⁰⁷.

350. Cependant, le Conseil constitutionnel dans sa décision 10 juin 2004³⁰⁸ adopte une interprétation restrictive des cas de mise en œuvre de la responsabilité de l'hébergeur³⁰⁹. Pour le Conseil constitutionnel, les dispositions de la loi du 21 juin 2004 « *ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente manifestement pas un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par le juge* ».

351. Pour éviter tout abus de notification ou les notifications fallacieuses, l'article 6, I, 4 de la loi sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende, le fait pour toute

306 Article 6, I, 5

307 D. Melison, op. cit.

308 Cons. Const., Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, www.conseil-constitutionnel.fr

309 L. Thoumyre, *Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite*, www.juriscom.net

personne d'avoir demandé abusivement le retrait ou la cessation de la diffusion d'une information présentée faussement comme illicite. En pratique, c'est souvent l'assignation en justice du prestataire par un tiers victime qui vaut mise en demeure de retrait du contenu illicite³¹⁰.

352. L'instrumentalisation du contrat dans la lutte contre les contenus illicites se manifeste aussi en matière de mise en place des forums de discussion ou *newsgroups*. Il existe deux catégories de forums de discussion : les forums dits modérés et ceux dits non modérés. L'inscription à un forum de discussion est toujours subordonnée à l'acceptation des conditions d'utilisation du service proposé qui expose les règles d'utilisation.

353. Lorsque le forum est modéré, les gestionnaires du site s'autorisent à pratiquer, sous la forme de censure, le contrôle des messages diffusés sur le site. La modération peut s'exercer a priori comme a posteriori. Dans le premier cas, le message ne sera publié sur le forum que lorsqu'il sera conforme aux conditions d'utilisation du service³¹¹. Dans le second cas, le modérateur peut prendre l'initiative, sans mise en demeure préalable, de supprimer, en totalité ou partiellement, tout contenu diffusé sur le forum s'il est constaté, après coup, qu'il contrevient aux conditions d'utilisation du service. Dans ce dernier cas, il est souvent prévu que tout utilisateur peut directement s'adresser au modérateur, en utilisant l'interface prévue à cet effet, pour signaler les messages ne respectant pas les règles.

354. Mais le fait qu'un article au contenu conforme à la charte d'utilisation du service soit approuvé et diffusé sur le site n'exclura pas la responsabilité du modérateur en cas de litige. Un tel contenu pourrait, ultérieurement, être jugé illicite par le tribunal³¹² et donc engager la responsabilité du modérateur qui pourra être considéré comme « *un directeur de publication* »³¹³.

310 TGI Paris, Réf. 9 juillet 2004, Groupama c/ Gerard D., Free, www.legalis.net. V. également, L. Grynbaum, *Première application de la loi « économie numérique » à la responsabilité de l'hébergeur*, Com.-Com. élec. Oct. 2004, p. 40

311 Le réseau Usenet francophone l'indique clairement dans ses conditions d'utilisation : www.usenet-fr.com

312 TGI de Lyon, Chambre des urgences, Jugement du 28 mai 2002, SA Père-Noël.fr c/ F.M., Mlle E.C. et Sarl Deviant Network,

313 Au sens de la loi du 29 juillet 1881 sur la Presse. V. TI de Puteaux, 28 septembre 1999, *Légipresse*, janv. – fév. 2000, n°168-III, p. 19, note Chr. Bigot

355. Ainsi, l'utilisation de la modération pour la régulation des forums de discussion peut apparaître très efficace pour la lutte contre les contenus illicites, en diminuant les risques de diffusion de tels contenus. Mais la modération peut aussi s'avérer dangereuse dans la mesure où elle accroît la responsabilité des modérateurs vis-à-vis des tiers, si le contenu diffusé leur cause un préjudice. En censurant les messages postés par les internautes, le gestionnaire du site se comporte comme un éditeur de contenus. Il engagera sa responsabilité éditoriale vis-à-vis des tiers toutes les fois qu'un contenu sera jugé illicite et causera un préjudice à autrui. L'administrateur du forum doit donc exercer un contrôle effectif et efficace sur les contenus publiés sur son site.

356. Lorsque le forum n'est pas modéré, les chartes d'utilisation prévoient généralement que : « *Tous les articles sont publiés sous la responsabilité de leurs auteurs respectifs* » ou « *Les utilisateurs restent seuls responsables des informations, messages, images et d'une manière générale de tout contenu qu'ils diffusent via les services interactifs* » ou encore « *Vous reconnaissez que vous êtes seul responsable de l'utilisation qui pourra être faite du contenu, de quelque nature qu'il soit, que vous diffusez, et que la société ne procède au contrôle, ni ne garantit l'exactitude, la légalité, la qualité ou la fiabilité des contenus de quelque nature qu'ils soient, diffusés via les services interactifs proposés sur le site* ». Ces stipulations qui ont pour but de dégager les initiateurs du forum de toute responsabilité ne produisent pas toujours l'effet escompté devant les tribunaux.

357. Ainsi, le TGI de Lyon a jugé, le 28 mai 2002, dans l'affaire SA Père-Noël.fr c/ F.M., Mlle E.C. et Sarl Deviant Network, que : « *Attendu qu'il est constant que Monsieur F.M. et Mademoiselle E.C. ont pris l'initiative de créer un service de communication audiovisuelle en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance et, en l'espèce, relatifs aux difficultés rencontrées par certains consommateurs face à certaines sociétés de vente ; qu'ils ne peuvent donc pas opposer un défaut de surveillance des messages qui sont l'objet du présent litige; qu'ils se considèrent eux-mêmes comme les concepteurs du site incriminé et doivent donc répondre des infractions qui pourraient avoir été commises sur le site qu'ils ont créé* ».

358. Ayant pris l'initiative de créer un service de communication audiovisuelle en vue d'échanger des opinions, les concepteurs du forum peuvent donc être poursuivis en qualité de producteur de contenus, sans pouvoir opposer un défaut de surveillance des messages incriminés. Le tribunal a donc « *fait interdiction à Mademoiselle E.C. et à Monsieur F.M. de publier ou de contribuer à publier, en qualité notamment d'auteur, producteur, éditeur, directeur de publication, webmaster ou hébergeur, tout propos ou écrit diffamatoire, injurieux ou dénigrant à l'égard de la société Père-Noël.fr sous astreinte du 800 euros par infraction constatée* ». Dans une telle circonstance, la responsabilité éditoriale de l'administrateur du site pourraient entraîner des suites pénales sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 en matière de presse écrite.

359. Ainsi, que l'administrateur du site se soit engagé ou non par contrat à surveiller les messages diffusés importe peu pour le tribunal, il est susceptible d'engager sa responsabilité du seul fait qu'il a pris le risque d'exploiter une activité qui pourrait causer des préjudices aux tiers, notamment en ouvrant un forum de discussion. Toutefois le nouveau cadre légal de la responsabilité des prestataires de service permet de nuancer cette analyse puisque l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 dispose que : « *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* ».

360. Cette disposition pourrait s'appliquer à l'activité des forums de discussion non modérés sur lesquels l'administrateur du site ne peut exercer de contrôle, se contentant simplement d'héberger les contenus et de les mettre à la disposition du public et des

destinataires du service. C'est cette vision des choses que vient d'adopter le TGI de Lyon dans son jugement correctionnel du 21 juillet 2005³¹⁴.

361. Ce tribunal a appliqué à l'organisateur d'un forum de discussion modéré a posteriori les principes de responsabilité des hébergeurs tels que résultant de la loi du 21 juin 2004. Les juges de Lyon ont ainsi affirmé que : « *le responsable d'un forum non modéré ou modéré a posteriori doit être considéré comme un hébergeur au sens de la loi puisqu'il assure le stockage direct des messages diffusés sans porter de regard préalable sur ces derniers* ». Dans cette affaire, il s'agissait d'une diffamation à l'encontre d'un groupe spécialisé dans la vente de robes de mariée tenue sur un forum de discussion. Sur la demande du marchand, le responsable du forum avait, dans les 24 heures, supprimé les propos litigieux. Le tribunal a considéré qu'il avait agi promptement dès qu'il avait eu connaissance du caractère illicite du message, en conséquence sa responsabilité devait être écartée.

362. Ce jugement marque donc un revirement jurisprudentiel par rapport aux décisions précédentes. Cela s'explique peut-être par le fait qu'il intervient après l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi du 21 juin 2004. Ainsi, l'absence d'obligation de contrôle a priori des contenus circulant sur le Net, dans le cadre des activités des prestataires de services Internet, a pour contrepartie la double obligation d'agir promptement pour mettre un terme à la diffusion du contenu illicite et d'identifier les auteurs des messages hébergés.

363. Le filtrage contractuel des contenus qui implique le contrôle de certaines activités, le blocage de l'accès à certains sites et la sensibilisation des internautes sur le caractère illicite de certaines pratiques, comporte aussi un danger qui est le risque de censure³¹⁵ provoqué par l'obligation pesant sur les prestataires d'agir promptement afin de faire cesser les troubles sur le réseau Internet. Mais d'un autre côté, cette obligation d'action protège les prestataires de services Internet contre les actions judiciaires que pourraient leur intenter les tiers victimes des contenus diffusés. Ainsi, le contrat permet aux acteurs d'aménager de façon préventive les

314 TGI de Lyon, 14^{ème} Chambre du tribunal correctionnel, 21 juillet 2005, Group Mace c/ Gilbert D., www.legalis.net

315 M. Vivant, N. Mallet-Poujol, J.-M. Bruguière, Droit de l'Internet, chronique, JCP, E., n°5, 2 février 2006, p. 233

conditions de leur responsabilité dans le cadre de la lutte contre les contenus illicites sur le réseau Internet.

B- Le régime légal de responsabilité des acteurs : un cadre d'aménagement contractuel de la responsabilité des prestataires de services Internet

364. Sur les réseaux numériques, c'est bien souvent la notification des tiers ou l'action judiciaire qu'ils intentent contre les prestataires de services qui révèle l'existence d'une violation des obligations des utilisateurs de faire un usage licite de l'Internet.

En effet, les tiers victimes d'activités illicites assignent dans la majorité des cas les prestataires de services en lieu et place des utilisateurs, auteurs du dommage, mais bien souvent difficilement identifiables.

365. Cette tendance des tiers à assigner les prestataires de service Internet en justice explique la volonté de ces derniers de se protéger contre leur mise en cause systématique du fait de leurs activités. Le contrat devient donc l'instrument de cette protection par la multiplication des clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité.

366. Ainsi, il a été stipulé que : « *Tele2 ne dispose d'aucun moyen de contrôle sur les informations, communications, logiciels, photos, vidéos, graphiques, musiques, sons et autre élément ou service accessibles par Internet. Tele2 n'est ni auteur, ni éditeur du contenu disponible par Internet, mais simple prestataire de service d'accès et ne peut, en aucun cas, être tenu responsable du contenu accessible par Internet* »³¹⁶.

367. Les stipulations contenues dans le contrat d'accès du fournisseur AOL sont exemplaires en la matière. Il y est stipulé que : « *d'une manière générale, AOL inc., qui n'est pas éditeur de contenus mais prestataire de services, fournit du support, ne filtre pas le contenu avant sa diffusion... AOL inc. ne peut restreindre, retirer ou contrôler les contenus, liens ou services se trouvant sur Internet que vous pourriez considérer comme obscène*

316 Conditions générales d'utilisation Tele2 Internet Accès ADSL, art.5.4

incorrect ou choquant ». Mais l'opérateur va plus loin en stipulant que : « *AOL n'est pas responsable du contenu fourni par d'autres qu'elle-même sur le service AOL ni du fait qu'un contenu non conforme n'a pas été supprimé ou l'a été en retard* ».

368. Cette clause d'exonération de responsabilité, « *qui exclut que la responsabilité du fournisseur ou de l'hébergeur puisse être recherchée à raison du contenu des informations transmises* », a été attaquée devant les tribunaux par l'association de défense des consommateurs UFC-Que Choisir³¹⁷. Cette clause d'exonération de responsabilité a été déclarée abusive par le TGI de Nanterre dans son jugement du 2 juin 2004. C'est ce jugement que la Cour de Versailles vient de confirmer dans son arrêt du 15 septembre 2005 privant ainsi AOL de sa protection contractuelle en matière de responsabilité sur le réseau Internet.

369. Pour la Cour d'appel de Versailles, les dispositions « *tant de la loi du 1^{er} août 2000 que la directive européenne du 8 juin 2000 transposée dans la loi du 21 juin 2004 n'édicte pas un régime d'exonération totale de responsabilité des fournisseurs et hébergeurs puisqu'elles prévoient expressément des restrictions à cette exclusion résultant de la connaissance du caractère illicite ou des faits et circonstances le faisant apparaître ou le défaut de réaction à retirer ces données ou rendre leur accès impossible* ». La Cour a donc déclaré la clause litigieuse non seulement abusive vis-à-vis du consommateur mais également illicite car contraire aux dispositions expresses de la loi du 21 juin 2004.

370. En déclarant cette clause illicite au regard de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004, la Cour d'appel semble relever le caractère d'ordre public de ces dispositions auxquelles les parties ne pourraient déroger. En cours d'instance, AOL a demandé à la Cour d'appel de prendre acte de la modification qu'elle entend apporter dorénavant à cette clause. La nouvelle clause que la Cour tenait à rappeler pour mémoire seulement stipule que : « *AOL n'est pas responsable du contenu fourni par d'autres qu'elle-même sur le service AOL sauf dans les cas où elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse soit, elle sélectionne le destinataire de la transmission soit, elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission. De même, AOL ne peut voir sa responsabilité engagée à raison*

317 TGI Nanterre, 2 juin 2004, JCP G. 2005, II, 10022, note Bertrand Fages ; CA Versailles, 1^{ère} Ch., 1^{ère} Section, 15 septembre 2005, SNC AOL France c/ UFC Que Choisir, Com.-Com. élec., nov. 2005, p. 25, note L. Grynbaum, Ph. Stoffel-Munck et C. Chabert

d'informations stockées à la demande d'un titulaire de compte AOL si AOL n'avait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information manifestement illicite ou si dès le moment où elle en a eu connaissance elle a agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible ».

371. Cette nouvelle clause d'AOL est une tentative de contractualisation des dispositions de la loi du 21 juin 2004 dans le but d'organiser par le contrat les conditions de la responsabilité prévue par la loi. Bien que la Cour d'appel ne se soit pas prononcée sur la validité de la nouvelle clause d'AOL, il n'en demeure pas moins qu'elle soit un aménagement contractuel des conditions de responsabilité des prestataires de services Internet.

372. En se bornant à reproduire dans le contrat les dispositions de la loi du 21 juin 2004, AOL entend établir clairement le cadre de la mise en jeu de sa responsabilité vis-à-vis du cocontractant et aussi vis-à-vis des tiers. Ainsi, le caractère impératif des dispositions de la loi du 21 juin 2004 qui institue « *une irresponsabilité conditionnée* » des prestataires de services Internet n'est pas a priori un obstacle à l'aménagement contractuel des conditions de cette irresponsabilité. Toutefois, les parties ne peuvent étendre cette irresponsabilité prévue de façon limitée par la loi. Elles peuvent, cependant, la restreindre mais les prestataires n'ont aucun intérêt à le faire.

373. Si les prestataires de service Internet se sont toujours considérés irresponsables des contenus auxquels ils donnent accès, cette vision des choses n'a jamais été partagée par les tiers, victimes des agissements illicites, qui continuent de les assigner en justice. En agissant ainsi, les tiers manifestent leur désir de voir les prestataires assumer un rôle de gendarme du réseau Internet. Assurer la police du réseau, prévenir les éventuels comportements illicites et dommageables, telles seraient donc les actions à entreprendre par les acteurs privés.

374. C'est cette vision du rôle des hébergeurs qu'avait adoptée la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 8 juin 2000³¹⁸ en énonçant dans un long attendu que : « *A l'occasion de son activité, une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation*

318 Versailles, 8 juin 2000, Sté Multimanía Production et France Cybermédia c/ Lynda L., D. 2000, IR, p. 270

de vigilance et de prudence quant au contenu des sites qu'elle accueille et dont elle assure la connexion au réseau Internet aux fins de diffusion, par l'intermédiaire de fournisseur d'accès, de messages écrits, visuels ou sonores, qui s'analyse en une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés ; que cette obligation de moyens, qui n'implique pas l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés, doit néanmoins se traduire, au stade de la formation du contrat avec le client créateur du site, par des mesures préventives tels la prohibition de l'anonymat ou de la non-identification, l'adhésion à une charte de comportement ou tout autre procédé incitatif au respect des textes et des droits des personnes, et, au stade de l'exécution du contrat, par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation... ».

375. Même si, au final, la cour de Versailles n'a pas retenu la responsabilité de l'hébergeur qui n'avait pas contrôlé le contenu du site litigieux dans la mesure où ce dernier a pu légitimement ignorer l'existence du site en cause, cette décision montre clairement le rôle attendu des prestataires d'hébergement dans la régulation du réseau Internet.

376. Au total, il apparaît clairement que le rôle du contrat en tant qu'instrument de régulation a été pleinement mis en relief sur les réseaux numériques. Sa grande capacité d'adaptation aux situations nouvelles et sa grande flexibilité en font l'instrument idéal de la lutte contre l'illicite sur le réseau Internet.

377. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique accentue ce rôle en faisant des contractants les acteurs incontournables de la régulation de l'Internet. Ceux-ci organisent donc contractuellement leur cadre d'action afin d'éviter la mise en jeu de leur responsabilité civile et pénale. Aujourd'hui, le régime légal de cette responsabilité incite ces acteurs à la régulation contractuelle de l'Internet.

378. Les prestataires de services acquièrent ainsi le pouvoir de contrôler les activités se déroulant sur le réseau Internet mais également le pouvoir de sanctionner la violation des règles contractuelles encadrant les comportements des utilisateurs de leurs services. Ce « pouvoir de police » ainsi reconnu aux acteurs privés de l'Internet pose un sérieux problème institutionnel. La question de la liberté des internautes et des limitations à y apporter se pose avec acuité. Appartient-il à des entités privées de déterminer ce qui est permis ou interdit sur le réseau et de déterminer les sanctions applicables ? N'est-ce pas là le rôle du législateur doté de la légitimité populaire ? La sanction contractuelle mise en œuvre par les prestataires de services Internet achève de convaincre du rôle prépondérant du contrat dans la régulation des réseaux numériques. Les clauses contractuelles prévoyant les modalités de sanction du non-respect des obligations contractuelles, sans être foncièrement originales, révèlent le grand pouvoir de sanction des acteurs sur les réseaux numériques.

CHAPITRE 2 :

LA SANCTION DU NON-RESPECT DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

379. Ce qui caractérise essentiellement la norme juridique, selon monsieur Xavier Labbé³¹⁹, et la distingue des normes morales et religieuses, c'est son caractère obligatoire qui se traduit par l'organisation étatique de la sanction de son non-respect. En tant que normes juridiques sur les réseaux numériques, le non-respect des règles contractuelles est vigoureusement sanctionné, soit indirectement par le juge étatique en application des sanctions prévues par le code civil en ses articles 1142 et suivants, soit directement par les parties elles-mêmes qui en déterminent les conditions et les modalités dans leur contrat.

380. Pour Hans Kelsen³²⁰, une sanction est toujours attachée à la norme juridique et réprime nécessairement les actions contraires à ses prescriptions. Cette sanction est, tantôt regardée comme un acte d'autorité³²¹, tantôt comme une punition. Dans ce dernier cas, elle est la conséquence directe de la violation de la règle imposant un certain comportement aux sujets de droit.

381. La signature d'un contrat implique un risque assumé par les parties qui est le non-respect des obligations qui en découlent ou leur mauvaise exécution. Les relations contractuelles sur les réseaux numériques, prenant ce risque en compte, organisent dans le contrat sa sanction par la stipulation de clauses de responsabilité, de clauses de sanction et de clauses pénales. Ces clauses qui ont une fonction comminatoire donnent un véritable pouvoir de sanction au prestataire qui, lui, n'assume qu'une responsabilité limitée en cas de manquement à ses obligations contractuelles. Le juge étatique qui intervient pour constater et sanctionner les comportements jugés contraires au contrat ou à l'ordre public, lorsqu'il est

319 X. Labbé, *Les critères de la norme juridique*, Presses universitaires de Lille, 1994, p.11 et s.

320 H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, P.U.F., 1^{ère} édition 1996 p.175 et s.

321 Acte par lequel le souverain revêt une loi de l'approbation qui la rend exécutoire. Mais ce sens historique du mot sanction semble aujourd'hui révolu. V., G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, définition du mot sanction, p. 793.

saisi, ne fait que prendre acte de ce pouvoir de sanction ou vérifier tout au plus la légitimité de la sanction contractuelle appliquée.

382. Si le fondement contractuel de ce pouvoir de sanction apparaît très clairement, sa mise en œuvre sur les réseaux numériques n'est possible que grâce au pouvoir technique des acteurs qui ont une certaine mainmise sur les infrastructures de télécommunication. Il est vrai que le code civil prévoit la condamnation du débiteur défaillant à des dommages et intérêts, mais sur les réseaux numériques, les manquements au contrat donnent lieu à l'application d'une variété de sanctions dont la mise en œuvre se fait plus ou moins graduellement.

Ce pouvoir de sanction des acteurs (**Section 1**) et les manifestations de cette sanction sur les réseaux numériques (**Section 2**) feront l'objet d'une analyse approfondie qui sera mener à la lumière des pratiques dominantes.

SECTION 1 :

Le pouvoir de sanction des acteurs privés des réseaux numériques

383. Le fondement contractuel du pouvoir de sanction des acteurs privés des réseaux numériques est clairement évident. C'est le contrat, qui, en tant que loi des parties, confère aux contractants le pouvoir de sanctionner les manquements aux règles qu'il contient (§1). Sanctionnant ainsi les comportements contraires aux règles contractuelles, le contrat peut dès lors être élevé au rang de norme juridique car il remplit ainsi les conditions de cette reconnaissance³²². Le contrat légitime donc et fonde les actions entreprises par les acteurs de l'Internet dans la répression des comportements prohibés sur les réseaux numériques.

384. Mais à l'analyse, au fondement contractuel nécessaire à la légitimation des sanctions contractuelles s'ajoute un pouvoir technique de sanction des prestataires de services Internet. Ce pouvoir technique, qui garantit l'efficacité des sanctions contractuelles, place les prestataires de services dans une position privilégiée vis-à-vis des utilisateurs des réseaux numériques (§2). C'est ce pouvoir technique qui leur permet surtout d'élaborer et d'imposer aux utilisateurs les contrats d'adhésion prévoyant la mise en œuvre des sanctions de manière unilatérale. Cette emprise technique des prestataires associée à la force obligatoire du contrat constituent les bases essentielles de la régulation contractuelle des réseaux numériques.

³²² Selon Hans Kelsen, « Une norme juridique est appliquée quand la sanction prescrite (peine ou exécution forcée) est dirigée contre le comportement contraire à la norme », in *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 4

§1- Un pouvoir contractuel de sanction

385. La multiplicité des contrats et le recours massif aux contrats d'adhésion sur le réseau Internet sont en rapport direct avec le pouvoir considérable que procure cet instrument d'organisation sociale³²³. Le contrat organise, en effet, les relations des parties dans le temps et permet de prévoir toutes les éventualités liées à son exécution³²⁴. Les clauses contractuelles offrent aux parties, notamment aux prestataires, les moyens d'asseoir leur politique d'usage et leur vision de l'Internet. La maîtrise de la rédaction des contrats par les prestataires et la quasi-impossibilité pour les utilisateurs d'en modifier les termes conditionnent favorablement l'exercice de ce pouvoir de sanction contractuelle.

386. Le contrat, devenu de ce fait la loi et l'instrument d'action des prestataires de services, leur permet de limiter excessivement les cas de mise en jeu de leur responsabilité, voire s'exonérer de toute responsabilité en cas de manquement à leurs obligations contractuelles, et d'appliquer, aux seuls utilisateurs, les sanctions liées au non-respect des clauses contractuelles. Les contrats d'adhésion balisant l'accès et l'utilisation du réseau Internet, l'utilisateur qui n'y adhère pas ne pourra pas accéder au réseau ni utiliser les services proposés. Par contre, celui qui signe le contrat et qui ne respecte pas ses clauses, autorise par-là même le prestataire à lui infliger la sanction prévue au contrat qui varie en fonction du degré de la violation. Il apparaît donc de toute évidence que les acteurs jouissent d'un pouvoir de sanction qui se caractérise par son aspect unilatéral (A). La légitimité de ce pouvoir contractuel de sanction, qui est une émanation de l'exercice par les contractants de leur liberté contractuelle, ne semble pas devoir être remise en cause, sauf à sanctionner ses éventuels abus devant les tribunaux (B).

323 Paul Didier, op.cit.

324 J. M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 3^{ème} édition par P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, Editions Francis Lefebvre, 2005, n°4, p. 19

A- Un pouvoir unilatéral de sanction

387. Les contrats signés sur les réseaux numériques semblent réserver aux seuls prestataires de service la faculté de sanctionner directement le non-respect des clauses contractuelles. Certes, il est toujours possible pour l'utilisateur de sanctionner l'inexécution du contrat par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, mais il ne s'agit là que d'un simple moyen de défense du contractant³²⁵ et non d'une sanction à proprement parler. L'exception d'inexécution dont pourrait se prévaloir l'utilisateur des réseaux numériques ne sanctionne donc pas les manquements aux obligations contractuelles dont il peut être victime.

388. Etant le seul « maître du contrat », le prestataire applique à l'encontre de l'utilisateur les sanctions prévues pour la violation du contrat. La faculté laissée aux utilisateurs, dans la majorité des contrats, « *de résilier de façon unilatérale et à tout moment par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception sous réserve du respect d'un préavis* », ne vient pas non plus sanctionner une faute du prestataire mais est simplement destinée à rompre intelligemment les relations contractuelles à durée indéterminée³²⁶.

389. La suspension de l'exécution du contrat et sa résiliation unilatérale pour manquement aux obligations contractuelles sont donc des prérogatives appartenant aux seuls prestataires de services sur le réseau Internet. Cette prérogative est souvent exprimée dans les contrats en des termes impératifs pour manifester ce pouvoir des prestataires. Ainsi, certains prestataires de services « *se réservent le droit de supprimer, modifier ou déplacer tout contenu jugé contrevenant aux clauses contractuelles* ». D'autres « *se réservent le droit de suspendre sans préavis ni indemnité le service en cas de manquement grave au contrat* ».

390. Dans la mesure où les clauses de sanction sont rédigées de façon unilatérale, la sanction prévue est appliquée sans concertation ni discussion avec le contrevenant. Cette sanction du non-respect du contrat s'applique donc de manière radicale et immédiate au

325 B. Starck, H. Roland, L. Boyer, op. cit., n°1966 et s.

326 Ibid.

contractant défaillant. Le prestataire concentre ainsi tous les pouvoirs : pouvoir d'édicter la règle, pouvoir d'en sanctionner la violation. La force obligatoire des conventions lui confère ainsi un pouvoir unilatéral dont la mise en œuvre sur les réseaux numériques ne nécessite pas l'intervention des juges étatiques ni même celle des juges privés. Ce pouvoir semble, de toute évidence, reconnu et légitimé par les autorités judiciaires quand elles sont saisies des litiges qui en découlent.

B- Un pouvoir de sanction reconnu et légitimé par les autorités judiciaires

391. Sur les réseaux numériques, l'application de la sanction prévue au contrat en cas de manquements aux obligations contractuelles n'attend pas l'issue d'une procédure judiciaire pour être mise en œuvre par les parties. En la matière, l'opportunité de la sanction est entièrement laissée à l'appréciation du prestataire concerné. En règle générale, le constat de la violation des règles contractuelles et la mise en œuvre de la sanction appropriée à cette violation sont de la seule compétence ou initiative des prestataires de service Internet. Ce qui les fait apparaître comme de véritables « justiciers » sur les réseaux numériques.

392. La lutte contre les contenus illicites et la promptitude des actions tendant à faire cesser toute illégalité constatée sur le réseau Internet sont incompatibles avec la longueur d'une procédure judiciaire. Mais il arrive que la partie sanctionnée saisisse le juge étatique pour contester la sanction appliquée. Dans ce cas, le juge est amené à apprécier les manquements commis et à juger de la conformité des sanctions prises au regard des clauses contractuelles et des lois d'ordre public en vigueur sur le territoire national. Mais il peut arriver aussi qu'un tiers saisisse le tribunal pour lui demander de prononcer à l'encontre de l'une des parties la sanction prévue au contrat, notamment, lorsqu'il est victime des agissements contraires aux clauses contractuelles.

393. C'est le sens de l'action intentée le 8 octobre 2004, en référé, par la société civile des producteurs phonographiques (SCPP) tendant à ordonner au fournisseur Wanadoo³²⁷, par le TGI de Paris, la résiliation du contrat d'accès d'un internaute. En l'espèce, un abonné au

327 TGI de Paris, 1^{ère} Chambre, ordonnance sur requête, 08 octobre 2004, www.juriscom.net

service d'accès à Internet du fournisseur Wanadoo avait procédé à la mise à disposition du public de fichiers d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre d'un réseau Peer-to-Peer. Sans attirer l'abonné responsable de ces agissements en justice, la S CPP avait directement assigné le FAI pour qu'il se voie ordonner par le tribunal, d'une part, « *de mettre fin à cet accès en résiliant l'abonnement du client* » et, d'autre part, « *de justifier de cette résiliation auprès de la S CPP dans un délai d'une semaine à compter de la signification de l'ordonnance* ». Mais le tribunal a rejeté cette requête au motif que : « *la mesure sollicitée à savoir la résiliation d'une convention permettant l'accès à Internet ne ressort pas de la compétence du juge des requêtes ni d'ailleurs de celle du juge des référés* ».

394. Ainsi, l'effet relatif des conventions empêcherait un tiers de faire résilier par le juge des référés un contrat qui lui causerait un préjudice. En revanche, là où le juge étatique ne semble pas compétent pour prononcer la résiliation du contrat, les prestataires de services Internet, eux, le sont et font de la résiliation leur épée de Damoclès sur la tête de leurs abonnés. Toutefois, la saisine du juge étatique par un tiers qui demande la suppression d'un contenu qui lui causerait un préjudice peut constituer l'élément déclencheur de la sanction contractuelle.

395. Monsieur Pascal Nègre, qui détient la double casquette de président d'Universal Music France et celle de président de la S CPP, expliquait dans une interview publiée sur le site 01Net³²⁸ que : « *l'ensemble des procédures civiles engagées contre les internautes soupçonnés d'avoir mis à la disposition illégalement des fichiers musicaux sur les réseaux Peer-to-Peer a permis d'obtenir 61 ordonnances sur requêtes qui ont entraîné une résiliation de l'abonnement des internautes concernés* ». Si le contrat peut être résilié de façon unilatérale par les prestataires, c'est qu'ils en ont, non seulement, le pouvoir contractuel, mais aussi et surtout le pouvoir technique.

328 Ph. Crouzillacq, *Déconnexions en série chez les pirates du Peer-to-Peer*, Actualité du 29/06/2005 sur www.01net.com

§2- Un pouvoir technique de sanction

396. C'est sur le plan technique que s'affirme avec beaucoup plus de force le pouvoir de sanction des prestataires de services sur le réseau Internet. Ce pouvoir technique qui était détenu de façon factuelle par ces prestataires a été renforcé par les clauses contractuelles. Ce renforcement contractuel permet aux prestataires techniques d'appliquer légitimement les sanctions prévues en cas de non-respect du contrat par leurs signataires. Ce pouvoir technique de sanction a aussi été implicitement reconnu et validé, d'abord par la jurisprudence, puis par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

397. S'agissant de la jurisprudence, elle avait alors mis à la charge des prestataires techniques, notamment des hébergeurs, « *un devoir de prudence, de diligence et d'action* » dans la lutte contre les contenus illicites³²⁹. Le tribunal de Nanterre avait alors affirmé que : « *en tant que professionnel avisé, [l'hébergeur] devait prendre toutes les mesures raisonnables pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent* »³³⁰.

398. S'agissant de la loi du 21 juin 2004, elle a aménagé la responsabilité civile des prestataires techniques à condition qu'ils agissent « *promptement pour retirer les contenus illicites du réseau* » ou « *en rendent l'accès impossible* »³³¹. Dès l'instant où les juges et le législateur reconnaissent aux prestataires le droit et le devoir de supprimer les contenus illicites et d'évincer leurs auteurs de leur serveur, ces prestataires obtiennent par cette reconnaissance la légitimation de leur pouvoir technique de sanction sur les réseaux numériques.

399. Cependant, tous les acteurs techniques n'ont pas les mêmes pouvoirs ni les mêmes capacités d'action sur le réseau Internet. Les hébergeurs semblent avoir plus de pouvoir d'action et de sanction que les autres. Dans la mesure où ces derniers ont la maîtrise de leur serveur, les mesures d'éviction des utilisateurs n'impliquent qu'une simple

329 Ce devoir d'action a atteint son paroxysme dans les affaires Estelle Hallyday et Linda Lacoste : www.legalis.net

330 TGI, Nanterre, Jugement du 8 décembre 1999, op. cit.

331 Art. 6-I-2. V. supra, n°346 et s.

manipulation technique qui revient à fermer la source d'émission des informations illicites. La capacité de contrôler et de sanctionner les manquements aux obligations contractuelles confère aux hébergeurs un véritable pouvoir de police³³² sur le réseau Internet. De ce fait, ils apparaissent comme des « agents de sécurité privée » sur les réseaux numériques.

400. S'agissant des FAI, assimilés par la directive européenne du 8 juin 2000 à de « *simples transporteurs d'informations* », dans la mesure où ils ne stockent pas en permanence les contenus auxquels ils permettent l'accès, ils n'ont pas un pouvoir très étendu mais tout aussi efficace. Ils peuvent ainsi couper l'accès aux informations illicites circulant sur le réseau Internet. Ils ont également la possibilité de pratiquer le filtrage des informations. Mais, cette capacité de filtrage nécessite un équipement technique conséquent et n'est pas fiable à cent pour cent³³³. Par ailleurs, le TGI de Paris a affirmé dans son ordonnance du 30 octobre 2001³³⁴ que : « *les FAI n'ont, en effet, aucune autre obligation que celle de fournir à leur client des outils de filtrage... et n'ont de ce fait aucune obligation personnelle de filtrage* ». Il n'en demeure pas moins que les FAI, sans en avoir l'obligation, ont le pouvoir et la capacité technique d'entreprendre le filtrage des informations sur le réseau Internet.

401. D'autres prestataires techniques, tels que les organismes d'enregistrement de noms de domaine, disposent aussi d'un pouvoir technique de sanction en cas de non-respect des clauses contractuelles. C'est le cas de l'AFNIC qui a la capacité technique de « geler » le nom de domaine enregistré lorsque celui-ci fait l'objet d'une contestation sérieuse de la part d'un tiers ou lorsqu'il porte atteinte aux droits d'un tiers ou à l'ordre public³³⁵. Ce gel qui correspond, en réalité, à une suspension de l'usage du nom de domaine, peut durer jusqu'à un mois. Dans ce cas de figure, le nom de domaine enregistré reste au nom de l'organisme demandeur dans les bases de données de l'AFNIC mais, ne peut plus servir à accéder aux services correspondants (sites, courriers électroniques, etc.). Ce gel peut dans certains cas aboutir à un transfert des droits sur le nom enregistré au profit d'une autre personne³³⁶. Ce pouvoir de blocage de l'Afnic sur les noms de domaine litigieux a été jugé licite par le

332 M. Vivant, op. cit., p. 44

333 Le TGI de Paris, dans son ordonnance du 30 octobre 2001 opposant 13 fournisseurs d'accès aux associations de défense des droits de l'Homme, avait laissé aux FAI « *le soin de déterminer librement les mesures qui leur apparaîtront nécessaires et possibles en l'état des moyens techniques existants* », www.legalis.net

334 TGI de Paris, réf., 30 octobre 2001, op. cit.

335 Charte de nommage en « .fr » de l'AFNIC, Table des annexes, p. 297

336 Notamment en cas de « Cybersquatting ».

Tribunal de grande instance de Versailles³³⁷. Dans cette affaire, la société KLTE Ltd. qui avait procédé à l'enregistrement de 1296 noms de domaine auprès de l'Afnic, a été assignée par des sociétés titulaires des droits portant sur une vingtaine de noms enregistrés. Face à ce litige, l'Afnic avait bloqué tous les 1296 noms de domaine enregistrés par la société KLTE Ltd. Cette dernière, devant le tribunal, après avoir conclu une transaction avec les sociétés demanderesse, a soulevé la question de savoir si l'Afnic pouvait ainsi bloquer tous les noms enregistrés. Pour le TGI de Versailles, « *aucun reproche sérieux ne saurait être fait à l'Afnic dans la mesure où les pratiques incriminées sont conscientes, volontaires et habituelles de la part de la société KLTE Ltd* ». En procédant ainsi au blocage de tous les noms de domaine enregistrés par la société KLTE Ltd, « *l'Afnic n'a pas commis de voie de fait* » puisque cette décision est conforme à sa charte de nommage qui oblige le demandeur à s'assurer que le nom déposé ne cause pas d'atteinte ou ne constitue pas un acte de concurrence déloyale. Néanmoins le tribunal ordonne que l'Afnic publie « *sur une page de son site internet accessible au public et par tous autres moyens qu'elle estimera appropriés, la liste des noms déposés par la société KLTE Ltd. et devra, dès lors qu'un délai de trente jours consécutifs s'est écoulé depuis la publication sans réclamation, mise en demeure ou plainte à elle adressée, débloquent le nom de domaine de sorte que celui-ci puisse être exploité, ou justifier auprès de la société KLTE Ltd. de la réception d'une telle réclamation, mise en demeure ou plainte* ».

402. En matière de référencement de sites Internet, il a été aussi donné d'observer la promptitude avec laquelle le prestataire de référencement payant, Google France, avait supprimé de son générateur de mots-clés tout nom ou tout signe portant atteinte aux droits des tiers, privant de ce fait les annonceurs du droit d'usage de ces éléments. Ainsi, devant le TGI de Paris le 24 juin 2005³³⁸, la société Google, pour sa défense, avait maintenu « *avoir agi promptement en supprimant, dès le 4 novembre 2003, le lien commercial litigieux de sorte que la société Espace 2001 n'apparaît plus, désormais, en réponse à la requête AMEN* » et

337 *Le pouvoir de blocage de l'Afnic sur les noms de domaine conforté en référé*, Actualité du 23/05/2006, www.foruminternet.org. V., C. Manara et A. Nappey, *Le blocage de noms litigieux par l'Afnic est jugé licite*, www.juriscom.net. TGI Versailles, réf. Du 25 avril 2006, Sté France-Printemps, Sté Somewhere, Sté Redcats, Sté Free, Sté NRJ group, Sté Radio Nostalgie c/ Sté KLTE Ltd., Afnic, www.foruminternet.org

338 TGI de Paris, 3^{ème} chambre-2^{ème} section, le 24 juin 2005, Société Agence des Médias Numériques (AMEN) c/ SARL Espace 2001 et SARL Google France, www.juriscom.net

« affirme que, depuis cette date, aucun annonceur ne peut faire usage du terme AMEN à titre de mot-clé ».

403. Le pouvoir technique des prestataires de service Internet, renforcé et légitimé par le contrat, permet ainsi de sanctionner les manquements aux règles contractuelles. Les acteurs privés sont de ce fait, placés en première ligne dans la lutte contre les contenus illicites. Ce pouvoir unilatéral de sanction apparaît comme une extension aux réseaux numériques du domaine de « l'unilatéralité » observé en matière contractuelle hors réseau³³⁹. Dans le cadre de la lutte contre l'illicite, les utilisateurs qui ne respectent pas les règles contractuelles fixées par les prestataires de services, subissent de plein fouet la variété des sanctions imposées par le mécanisme des contrats d'adhésion appliquées sur les réseaux numériques.

³³⁹En matière de fixation du prix, de rupture du contrat de travail dans le cadre du contrat nouvelle embauche, etc.

SECTION 2 :

Les manifestations des sanctions contractuelles sur les réseaux numériques

404. Les sanctions prévues dans les contrats et applicables en cas de non-respect des obligations contractuelles sont de diverses formes. L'idée de vouloir sanctionner la partie défaillante sans recourir aux instances juridictionnelles publiques est caractéristique de l'état d'esprit des acteurs du réseau qui ont toujours milité pour l'auto-gouvernance de bout en bout de l'Internet. Cette autonomie de sanction des acteurs qui se manifestait, dès les origines de l'Internet, par l'exclusion des forums de discussion des contrevenants aux règles communautaires est une caractéristique de la « cyberculture »³⁴⁰.

405. Les contrats prévoient différents types de sanctions qui peuvent être appliquées de façon graduelle, mais non nécessairement, en fonction de la gravité des manquements constatés. La sanction de niveau inférieur dans l'échelle de gravité semble être la suspension temporaire et unilatérale du contrat ou du service. Cette première manifestation de la sanction aboutit en pratique, par exemple, à la suppression temporaire de l'accès au site litigieux lorsque celui-ci contient des contenus jugés illicites ou au gel d'un nom de domaine, lorsque celui-ci porte atteinte aux droits d'un tiers (§1). La sanction de niveau supérieur dans l'échelle de gravité, donc la plus sévère, est la résiliation unilatérale du contrat (§2). Toutes ces sanctions sont appliquées, soit immédiatement, soit après le respect d'un délai de préavis. Lorsqu'elles sont appliquées sans préavis, elles caractérisent une violation jugée intolérable des obligations contractuelles. La confiance étant ainsi brisée entre les parties, la relation contractuelle est définitivement compromise et doit donc cesser pour l'avenir.

340 Ph. Amblard, op. cit., n°135 et s.

§1- La suspension des relations contractuelles

406. La suspension des relations contractuelles est une prérogative reconnue au prestataire contre l'utilisateur du service dans la majorité des contrats conclus sur les réseaux numériques. Elle se traduit donc par la suspension temporaire du service objet principal du contrat. Les clauses contractuelles qui organisent cette sanction sont très explicites à ce niveau. Les termes utilisés sont très variés. Il peut s'agir, soit « *d'une interruption temporaire du service* », soit « *d'une suspension du contrat* ». Dans d'autres contrats, il est question d'« *une suspension immédiate sans préavis* ».

407. Ainsi, en cas de non-respect, jugé grave, d'une obligation contractuelle, le prestataire « *se réserve le droit de suspendre ou d'interrompre tout ou partie de la prestation due au titre du contrat* ». La suspension immédiate du service est souvent mise en œuvre à la suite de la plainte d'un tiers déposée auprès du prestataire, estimant que l'utilisation par l'abonné du service lui cause un préjudice ou à la suite de la saisine des autorités judiciaires ou encore sur leur injonction. La mise en œuvre de la suspension de service ne donne droit à aucune indemnité de compensation à l'utilisateur. Elle ne met pas non plus fin à la relation contractuelle. Le contrat continue de produire ses effets à l'égard de l'utilisateur qui est toujours tenu de fournir les prestations attendues, notamment le paiement du prix aux échéances convenues.

408. La suspension ou l'interruption temporaire du service a pour but d'attirer l'attention de l'utilisateur sur le manquement constaté et le sommer d'y remédier dans un bref délai. Le FAI Free stipule ainsi, dans son contrat d'accès à l'Internet Haut débit par ADSL, qu'il : « *pourra suspendre de plein droit et sans préavis les services : en cas de violation grave ou renouvelée par l'usager des obligations contractuelles liées au respect de la législation en vigueur* ». Mais la mesure de suspension est aussi envisagée en cas de violation des obligations contractuelles d'ordre pécuniaire. Pour Free, « *tout retard ou défaut de paiement donnera lieu à l'envoi à l'usager d'un courrier électronique de rappel lui notifiant un délai de 15 jours après lequel, à défaut de régularisation, l'accès au forfait free haut débit*

sera suspendu »³⁴¹. Il est important de relever qu'ici, la violation des obligations pécuniaires ne donne pas lieu à une suspension immédiate du service. La suspension n'intervient que lorsque la carence du débiteur se prolonge au-delà du délai imparti pour la régularisation.

Dans ce dernier cas de figure, le contrat met à la charge de l'utilisateur « *des frais de pénalité à compter de la suspension des services* », qui correspondent au cas classique de pénalités de retard de paiement. La différence de sanction, entre la violation des obligations liées au respect des lois et usages en vigueur et la violation des obligations d'ordre pécuniaire, traduit la volonté des acteurs d'imposer par le contrat la loi de l'Internet.

409. En effet, dans les relations contractuelles hors réseau, la suspension des services fournis n'est, le plus souvent, envisagée que dans les cas de non-paiement des sommes dues au titre de l'abonnement au service. La Générale des eaux ou EDF et GDF ne vont pas, nécessairement, suspendre la fourniture d'eau et d'électricité, parce que le client aura utilisé ces services pour commettre un délit ou nuire aux droits des tiers ! De même, il est inimaginable que la Poste puisse suspendre la délivrance du courrier à un criminel ou le déclaré « interdit postal ».

410. Il est vrai, que l'eau et l'électricité sont des biens de première nécessité rattachés aux droits de l'Homme. Mais l'accès aux nouvelles technologies de l'Information l'est tout autant. La suspension immédiate du contrat en cas de violation des obligations liées aux lois et usages en vigueur sur le réseau Internet exprime la fébrilité des acteurs soucieux de présenter un tableau idyllique du réseau en sanctionnant immédiatement tout comportement susceptible de le noircir. Le motif attaché à la sanction permet de la légitimité et de la rendre moins brutale. Cette sanction immédiate se comprend donc par la nécessité d'empêcher le contrevenant de causer un grave préjudice aux victimes dans la mesure où l'Internet permet la commission de crimes et délits sur une grande échelle et de façon instantanée.

411. Le rapport de force, ici, joue en faveur du prestataire qui jouit d'un pouvoir contractuel l'autorisant à sanctionner tout manquement et d'un pouvoir technique qui lui donne les moyens de cette sanction. La loi du 21 juin 2004 semble renforcer les mesures suspensives prises par les prestataires puisqu'elle leur impose, dès qu'ils ont connaissance du

341 www.free.fr

caractère illicite d'un contenu ou de circonstances faisant apparaître ce caractère, d'« *agir promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* »³⁴². La suspension des services Internet est donc une sanction immédiate et de premier niveau dans l'échelle graduelle des sanctions contractuelles. Elle intervient alors que l'effet dissuasif et préventif des clauses contractuelles n'a pas opéré. La prestation principale attendue par l'utilisateur est donc suspendue à cause de son manquement aux obligations contractuelles. Mais ce dernier reste, néanmoins, tenu d'exécuter au profit du prestataire son obligation de paiement du prix. Sa carence à cet égard lui fait supporter des frais de pénalité de retard et peut aboutir *in fine* à la résiliation de son contrat.

§2- La résiliation du contrat

412. La résiliation du contrat est la sanction contractuelle suprême appliquée sur les réseaux numériques par les acteurs en cas de manquements jugés très graves aux obligations contractuelles. Celle-ci figure dans la plupart des clauses des contrats signés sur les réseaux numériques.

La résiliation met fin au contrat pour l'avenir³⁴³ en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par l'une des parties de ses obligations. Dans les contrats, la clause de résiliation, encore appelé « pacte comissoire exprès », réserve de façon unilatérale au créancier de l'obligation inexécutée la faculté de mettre fin à la relation contractuelle, souvent sans formalité.

413. Cette faculté laissée au seul prestataire de service Internet est le reflet du poids économique et politique de ces acteurs sur les réseaux numériques. Certes, l'utilisateur n'est pas totalement privé de la faculté de résiliation, mais à la différence du prestataire, cette initiative n'est pas souvent en rapport avec les manquements aux obligations contractuelles. Ainsi, le FAI Free prévoit que « *l'utilisateur peut résilier le contrat à tout moment par lettre recommandée avec avis de réception en utilisant le formulaire de résiliation, téléchargeable*

342 Art.6-I-2

343 B. Stark, H. Roland, L. Boyer, op. cit., n°138 et s.

sur le site Internet, www.free.fr ». Il s'agit ici des modalités de rupture du lien contractuel dans le cadre du contrat à durée indéterminée. Ce même esprit de rupture du lien contractuel se retrouve dans le contrat d'accès du FAI TELE2 qui stipule que : « *Chacune des parties a la faculté de résilier à tout moment le présent contrat par envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée à l'autre et sous réserve du respect d'un préavis de 15 jours* ». Le FAI Free permet également à l'utilisateur de résilier son contrat en cas de déménagement ou de changement d'opérateur téléphonique.

414. Mais s'agissant de la résiliation pour manquement aux obligations contractuelles, très peu de contrats réservent cette faculté aux utilisateurs³⁴⁴, la plupart ne la réserve qu'aux seuls prestataires.

En principe, le code civil prévoit une résolution judiciaire des conventions. L'article 1184 du code civil dispose à cet effet que : « *... le contrat n'est point résolu de plein droit...* ». La résolution doit être demandée en justice. Cependant, « *il n'est pas défendu aux parties, par convention expresse d'attacher à l'inexécution du contrat les effets d'une condition résolutoire, précise, absolue et opérant de plein droit. Une pareille convention n'a rien d'illicite, elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite et les tribunaux ne peuvent pas la changer* »³⁴⁵.

415. Ainsi, lorsque les parties ont convenu d'une résolution opérant de plein droit, l'intervention du juge est alors écartée³⁴⁶ au profit des stipulations contractuelles qui prévoient, dès lors, que la résiliation aura lieu de plein droit, sans formalité ni préavis. Toutefois, la mise en œuvre de la clause de résiliation unilatérale n'élimine pas totalement le recours au juge étatique qui pourra être saisi par le débiteur s'il l'estime non fondée. Mais, en général, lorsqu'il est saisi, les pouvoirs du juge se limitent à l'appréciation de la bonne application des termes de la clause et de la bonne foi du créancier.

416. La pratique sur les réseaux numériques révèle que la résiliation unilatérale est l'arme maîtresse des prestataires pour contraindre les utilisateurs à se soumettre à leur

344 Le FAI TELE2 prévoit dans son contrat d'accès que : « Sans préjudice des autres dispositions des présentes conditions générales, le client pourra mettre fin au contrat à tout moment si TELE2 ne respect pas l'une quelconque des clauses du présent contrat ».

345 Cass. Civ., 2 juillet 1860, DP, 180, I, 284

346 B. Stark, H. Roland, L. Boyer, op. cit., n°1961 à 1965.

politique du réseau et à observer scrupuleusement les clauses contractuelles, notamment celles relatives aux lois et usages en vigueur sur le réseau Internet. Dans les contrats d'accès à l'Internet, la résiliation unilatérale se manifeste par la fermeture définitive sans préavis du compte du client qui ne pourra plus naviguer sur le Web à partir de celui-ci. L'illustration qu'en donne le contrat d'accès du prestataire CLUB-INTERNET est exemplaire à cet égard. Il prévoit ainsi que : « *Club-Internet se réserve la faculté de résilier l'abonnement forfait, sans formalité et sans indemnité en cas de non-respect d'une ou plusieurs des conditions visées...* ». Une stipulation similaire se retrouve également dans le contrat d'accès Wanadoo de l'opérateur France telecom Interactive : « *France telecom Interactive se réserve le droit de résilier le présent contrat, sans préavis ni indemnité, en cas de non-respect par l'abonné d'une quelconque des clauses mentionnées dans les présentes...* ».

417. La clause de résiliation immédiate du contrat d'accès sans mise en demeure préalable de l'abonné a été jugée abusive dans la mesure où elle crée un déséquilibre manifeste en faveur du FAI³⁴⁷. Toutefois, lorsque la résiliation immédiate est effectuée à cause de la violation de la loi ou des droits des tiers, elle a été légitimée car elle permet au FAI de disposer d'une sanction efficace pour mettre un terme aux agissements de l'abonné et garantir l'application de la loi sur les réseaux numériques³⁴⁸. L'absence de mise en demeure préalable est aussi justifiée dans certains cas d'extrême gravité touchant, notamment, la diffusion de certains messages sur le réseau par l'abonné car apparaissant comme la seule sanction adaptée à ce type de manquement, et empêche son renouvellement par l'abonné.

418. En France, de nombreuses affaires judiciaires ont permis de mettre en exergue les manquements de l'abonné pouvant justifier la résiliation du contrat d'accès par le FAI. La pratique du « Spamming »³⁴⁹ par les abonnés a toujours été sanctionnée par une résiliation du contrat d'accès. Dans un jugement en date du 5 mai 2004³⁵⁰, le Tribunal de commerce de Paris a conclu à un manquement grave aux obligations de l'abonné, justifiant la résiliation

347 TGI de Nanterre, 1^{ère} chambre A, 2 juin 2004 : UFC que Choisir c/ AOL Bertelsmann Online France ; www.legalis.net

348 Ibid.

349 Selon la CNIL le spamming est : « *l'envoi massif et parfois répété de courriers électroniques non sollicités à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse de façon irrégulière* », in *Rapport de la CNIL sur le Spam*, www.cnil.fr

350 T. com. Paris, 8^{ème} chambre, 5 mai 2004, Société Microsoft Corp. Et AOL France c/ Monsieur K, www.juriscom.net

unilatérale du contrat d'accès sans préavis ni mise en demeure, le fait pour ce dernier d'avoir pratiqué le spamming. En l'espèce, monsieur K., un commerçant, avait souscrit deux contrats auprès de deux prestataires de services Internet distincts. Le premier contrat lui permettait d'utiliser le compte de messagerie électronique MSN Hotmail géré par la société Microsoft et le second était un contrat d'accès à Internet souscrit auprès de l'opérateur AOL France. Monsieur K. a utilisé sa messagerie électronique Hotmail pour envoyer des courriers électroniques non sollicités via son accès à Internet AOL. Cette pratique qui contrevient aux stipulations contractuelles a suscité de nombreuses plaintes de la part des internautes utilisant les services des deux opérateurs en cause.

419. Dans la mesure où monsieur K. a violé les conditions générales d'utilisation des services des deux prestataires concernés, le tribunal a donc jugé fondé la fermeture des comptes ouverts par le contrevenant conformément aux stipulations contractuelles qui prévoient en cas de manquement grave une résiliation unilatérale du contrat sans préavis ni mise en demeure de l'abonné. Par ailleurs, les juges ont alloué des dommages et intérêts aux deux prestataires du fait que la pratique du spamming a porté atteinte à leur image, notamment à la crédibilité des actions de lutte mise en place ainsi qu'à leur réputation quant à l'efficacité des mesures mises en œuvre pour le respect des conditions générales d'utilisation de leurs services.

420. Dans une affaire similaire, le TGI de Rochefort -Sur -Mer³⁵¹ avait déjà jugé fondée la résiliation unilatérale du contrat d'accès à Internet d'un spammeur pour violation des obligations contractuelles. Le tribunal, dans cette affaire, avait basé sa décision sur la violation de l'article 1135 du code civil selon lequel : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Ayant relevé que la pratique du spamming était contraire aux usages en vigueur sur Internet, et notamment dans les groupes de discussion, le TGI de Rochefort- Sur –Mer a conclu aux manquements de l'abonné à ses obligations contractuelles. Le TGI de Rochefort–Sur–Mer ayant ouvert la voie, le TGI de Paris s'y est engouffré le 15 janvier 2002 par une ordonnance de référé qui a jugé bien fondée la décision de deux FAI de couper l'accès à Internet à leur abonné qui avait fait un usage manifeste et

351 TGI de Rochefort–Sur-Mer, 28 février 2001, Monsieur Christophe G. c/ SA France Télécom Interactive, www.juriscom.net

répétitif du spamming³⁵². La pratique du spamming a été considérée par le tribunal « *comme une pratique déloyale, gravement perturbatrice* » et « *contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite* ». Le non-respect de la règle d'interdiction du spamming, rappelée à plusieurs reprises sans effet par les fournisseurs d'accès à l'internaute, suffisait à justifier la coupure de l'accès à Internet.

421. L'analyse de ces décisions révèle que c'est bien souvent le non-respect des obligations contractuelles d'ordre réglementaire par l'abonné qui est sanctionné par les prestataires. Sur ce point, il est intéressant de constater que cette normalisation contractuelle des comportements sur le réseau Internet est une pratique bien rodée en Amérique du nord. La Cour Supérieure de l'Ontario au Canada avait, le 09 juillet 1999³⁵³, pris une décision approuvant la fermeture définitive du compte du client se livrant au spamming, consacrant de ce fait la force obligatoire des règles privées en vigueur sur l'Internet. La résiliation immédiate et brutale des relations contractuelles est l'affirmation de la toute puissance des prestataires de service Internet. Ils ont le pouvoir de fixer les règles d'accès et d'utilisation de la toile mondiale et aussi le pouvoir de sanctionner les contrevenants à ces règles. C'est donc le contrat qui stipule les règles à respecter sur le réseau Internet et qui détermine les sanctions encourues en cas de non-respect.

352 TGI de Paris, Ordonnance de référé du 15 janvier 2002, Monsieur P.V.c/ Société Liberty Surf et Société Free, www.juriscom.net

353 L. Thoumyre, *Résumé de l'affaire Ontario Inc. C/Nexx Online Inc.*, www.Juriscom.net

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

422. Cette première partie de notre étude montre que le contrat est au cœur de la régulation des réseaux numériques. C'est le contrat qui confère aux acteurs privés le pouvoir de contrôler l'accès et l'usage des réseaux numériques. Ces acteurs privés élaborent seuls les contrats et établissent eux-mêmes les règles à respecter. Ils assurent aussi seuls le contrôle de leur exécution et en sanctionnent la violation. Le contrat élève donc les acteurs privés au rang de « *Seigneurs* » des réseaux numériques, chacun d'eux établissant sa loi sur la portion de « *toile* » dont il est maître comme, jadis, le faisaient les membres de la monarchie chacun sur ses terres. Sur le réseau Internet, c'est bien le contrat qui établit les règles de conduite des acteurs privés. Cette intervention du contrat au cœur de la régulation des réseaux numériques se fait à deux niveaux.

423. Le premier niveau d'action du contrat se situe, en amont, au stade de la formation du lien contractuel entre les parties. Il se traduit par des mesures préventives tendant à attirer l'attention des utilisateurs sur la nécessité de respecter les lois et les règles en vigueur sur le réseau Internet. Ces mesures incitant aux bons comportements des internautes opèrent une sorte de contrôle contractuel des pratiques et des comportements, mais ont aussi pour effet de limiter ou d'exonérer les prestataires de leur responsabilité civile ou pénale.

424. Le second niveau d'action du contrat se situe en aval, au stade de l'exécution du contrat, par des mesures coercitives appropriées, prévues au contrat tendant soit à interrompre la prestation de service, soit à résilier unilatéralement le contrat en cas de non-respect des obligations de bon usage du réseau ou à faire cesser les dommages causés aux tiers par l'utilisation du service.

425. Ainsi, le contrat semble avoir pris le pas sur la loi qui essaie tant bien que mal « *de suivre le rythme imposé* ». La concurrence entre ces deux sources de normes est rude, chacune ayant ses avantages et ses inconvénients. Le contrat a de nombreux atouts³⁵⁴. Il est souple et malléable à souhait. Il ne nécessite que l'accord de deux personnes pour exister et avoir force obligatoire entre elles. Celles-ci ont encore sur le réseau Internet une certaine

354 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 56, n° 48

liberté pour déterminer son contenu. Le champ d'action du contrat est très vaste et largement évolutif sur les réseaux numériques. Toutes ces qualités, la loi ne les a pas. Elle ne semble cumuler que des inconvénients. La procédure législative est lente et longue à mettre en branle. Et quand une loi est votée, sa capacité d'adaptation à l'évolution des nouvelles technologies semble soumise sans cesse à une rude épreuve. De sorte qu'il apparaît nécessaire de légiférer chaque année tant le réseau évolue à une vitesse vertigineuse.

426. Le contrat a également d'autres atouts, il sert à véhiculer les règles de bonne conduite sur les réseaux numériques. Certaines règles émanant des acteurs privés, contenues dans les codes de conduite, les chartes et les usages du réseau Internet, sont ainsi portées à la connaissance des usagers et sanctionnées en tant que règles contractuelles. D'un autre côté, il est observé un phénomène de contractualisation des règles légales consistant à reprendre dans les contrats des pans entiers de dispositions légales dans le but de contourner la loi, devenue rigide et incompatible ou dans le but de créer une normativité propre aux réseaux numériques. De la sorte, les contrats sont directement ou indirectement des réceptacles des règles de la régulation du réseau Internet. C'est donc sous cet angle qu'il convient maintenant d'orienter notre étude de la régulation contractuelle des réseaux numériques.

DEUXIÈME PARTIE :

LES RÈGLES DE LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DES CONTRATS NUMÉRIQUES

427. Sur le réseau Internet, le contrat a vocation à recevoir et à rendre obligatoire entre les parties des règles plus ou moins juridiques dont les objectifs n'ont pas toujours été clairement définis. Ces règles aux origines diverses vont être incorporées dans les contrats conclus sur le réseau Internet et servir à sa régulation. En tant qu'instrument incontournable de la régulation des réseaux numériques, le contrat devient ainsi le « *réceptacle* » de règles élaborées par des entités privées ayant une certaine maîtrise des activités se déroulant sur l'Internet.

428. Le renvoi contractuel à ces règles privées apparaît comme le moyen idéal d'imposer celles-ci à l'ensemble des acteurs et utilisateurs de ce média mondial. Dans la mesure où le réseau Internet n'est pas une zone de non-droit et face à l'inexistence d'une législation complète et propre à l'Internet³⁵⁵, les acteurs vont « *contractualiser* » certaines règles légales pour mieux les adapter et les appliquer sur le réseau.

429. La contractualisation des règles légales a un domaine d'intervention assez vaste et est liée à la volonté des acteurs privés de créer un environnement normatif propre et adapté aux activités du réseau Internet. Cette contractualisation aboutit à la création de règles originales et ingénieuses permettant de combler le besoin de sécurité juridique des acteurs de l'Internet. Le renvoi contractuel aux règles d'origine privée (TITRE 1) et la contractualisation des règles légales (Titre 2) sont ainsi les deux modes d'intervention du contrat en tant que réceptacle des règles de la régulation des réseaux numériques.

355 V. Conseil d'Etat, *Rapport au Premier ministre*, op. cit., P. Catala, *Le Droit à l'épreuve du numérique-Jus Ex Machina*, op. cit., O. Itéanu, *Internet et le Droit : Aspect juridique du commerce électronique*, Editions Eyrolles, 1996, Th. Piette-Coudol et A. Bertrand, *Internet et la loi*, Dalloz, 1997, P.-M. Reverdy, Thèse, op. cit.

TITRE 1 : **LE RENVOI CONTRACTUEL AUX RÈGLES PRIVÉES DES** **RÉSEAUX NUMÉRIQUES**

430. Les nouveaux acteurs du commerce électronique se sont trouvés, à l'égard du réseau Internet, face au même problème que les anciens acteurs du commerce international : l'inadaptation des droits nationaux aux pratiques du commerce international. Ces derniers, après l'essor des échanges internationaux à l'issue de la seconde guerre mondiale, avaient développé, pour faire face à l'inadaptation des droits nationaux, un nouveau droit de substitution : la *lex mercatoria* et de nouvelles instances judiciaires adaptées aux commodités du commerce international, les juridictions arbitrales. De même, « *les acteurs du commerce électronique semblent remplacer les droits nationaux par l'autorégulation du réseau grâce à la mise en œuvre de règles d'usage et de bon comportement, de chartes et de codes de conduite de toute nature, remplaçant au passage les juges et les arbitres traditionnels par les cyber-procédures d'arbitrage et le règlement des litiges en ligne* »³⁵⁶.

431. Le droit des marchands³⁵⁷ semble avoir pris d'autres couleurs sur le réseau Internet, sans véritablement changer de fond. Ce ne sont plus les routes, les mers et les airs, qui sont concernés par le commerce électronique, c'est le réseau Internet, un réseau virtuel, qu'il s'agit d'appréhender. Selon monsieur Francis Lorentz, « *le développement rapide et foisonnant de ce marché mondialisé, à l'écart des structures et des références du monde physique, entraîne l'émergence de nouveaux intermédiaires au pouvoir rapidement croissant, qui cherchent à l'organiser en guidant les acheteurs, en les regroupant par centre d'intérêt, en référençant ou labélisant les vendeurs.* »³⁵⁸. Avec le réseau Internet émergent donc de

356 *Les contrats en ligne et le Droit civil* in *Le commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahier du CRID n°17 p. 105

357 J.-P. Chamoux, « *Internet : Vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et lex mercatoria* », op. cit., p. 288. Pour l'auteur, « *La lex mercatoria développe ses effets dans tous les services Internet. La consommation sans frontière, l'échange international de données et de savoir s'étendent largement sur la base des contrats qui encadre la pratique des réseaux* ».

358 M. Vivant, « *Les contrats du commerce électronique* », op. cit., (Préface), p. 2

nouvelles normes élaborées par les acteurs de ce « *nouveau monde* », qui trouvent dans le contrat le vecteur naturel de leur diffusion. La loi du marché et la loi du contrat délimitent ainsi soigneusement le périmètre à l'intérieur duquel s'élaborent toutes sortes de règles par des acteurs au pouvoir étendu et dont la légitimité d'action fait encore débat.

432. L'incorporation dans le contrat de ces règles issues de ces processus normatifs privés semble facilitée par la profusion sur le réseau Internet de contrats d'adhésion désignés en pratique par les vocables : « *conditions générales de vente et conditions générales d'utilisation du service* ». La pratique des clauses de renvoi n'est pas illicite mais la reconnaissance et la sanction de ces règles d'origine privée auxquelles se réfère le contrat nécessitent le respect des conditions de droit commun³⁵⁹. Ainsi, les contractants doivent savoir que ces règles font partie du contrat et doivent en avoir eu connaissance ou avoir été en mesure d'en prendre connaissance. Dans le domaine de l'Internet, les conditions générales doivent être mises à la disposition du « *cybercontractant* » de manière à permettre leur conservation ou leur reproduction. Il suffit donc de certifier avoir accepté les conditions générales jointes au contrat pour que les règles qu'elles véhiculent intègrent le champ contractuel et s'imposent aux parties³⁶⁰.

433. Quand ces conditions sont réunies les règles d'origine privée s'appliquent et deviennent « *la loi des parties* ». L'identification de ces règles est donc primordiale (Chapitre 1). Celle-ci implique l'étude de leur mode d'élaboration mais soulève aussi la question de la légitimité de leurs auteurs (Chapitre 2). Cette question de la légitimité des acteurs de la régulation des réseaux numériques est au cœur même du débat portant sur le statut de certains acteurs au niveau international.

359 S. Amro, *La clause de renvoi dans un document contractuel*, Thèse, Toulouse, 2000

360 Cass. 1^{ère} Civ., 15 nov. 2005, note Ph. Stoffel-Munck, *Com.-Com. élec.*, janv. 2006, p. 33 et s.

CHAPITRE 1 :

LES RÈGLES PRIVÉES DE LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

434. Pour Francis Lorentz³⁶¹, « *de même qu'il ne peut y avoir de trafic autoroutier sans code de la route, il ne saurait y avoir d'autoroute de l'information et de commerce électronique sans règles claires, reconnues et sanctionnables* ». A défaut pour la loi de les avoir clairement exprimées et rendues applicables, ce sont les acteurs privés qui s'en sont chargés. Le réseau Internet s'est donc fabriqué ses propres règles, quelques fois, à « *l'écart des structures et des références étatiques* ».

435. C'est d'abord la communauté virtuelle des universitaires et des scientifiques qui a élaboré les premières règles applicables aux individus utilisateurs du réseau Internet³⁶². Cette communauté rejoint par celle des marchands, réfractaires jusqu'à présent à toute initiative de politique étatique de contrôle du contenu des services proposés sur le réseau Internet, s'appuie farouchement sur le principe positif du premier amendement de la constitution américaine établissant la « *liberté d'expression* ».

436. L'ouverture du réseau aux commerçants et au grand public des usagers va, cependant, bouleverser les règles d'utilisation de l'Internet. A la « Nétiquette », jusque-là considérée comme la base des règles de la régulation non-étatique du réseau, se sont rajoutées des règles plus ou moins juridiques, émanant de « *cybermarchands* », qui constituent de véritables proclamations dont le but premier est de créer la confiance chez les utilisateurs. C'est ainsi que se sont multipliées la rédaction et la diffusion de chartes et de codes de bonne conduite et de déontologie censés réguler le comportement des acteurs et des internautes (Section 1). Ces proclamations sont incorporées aux différents contrats conclus sur les réseaux par le biais des clauses de renvoi. Et même, il arrive que la charte fusionne avec le

361 M. Vivant, « *Les contrats du commerce électronique* » (Préface), op. cit., p. 2

362 Ph. Amblard, op. cit., p. 121 et s.

contrat pour former un seul et même « *instrumentum* ». C'est l'illustration qu'en donne la « Charte de nommage en *.fr* » de l'AFNIC.

437. A ces nombreuses proclamations s'ajoute la pratique de la « *labellisation* » observée chez les groupements d'utilisateurs ou de prestataires de service Internet (Section 2). Cette pratique qui utilise l'outil contractuel pour sa mise en œuvre peut ne pas nécessiter la rédaction d'une charte ou d'un code de conduite. Son but affiché est le renforcement de la confiance et de la sécurité juridique sur les réseaux numériques. Si l'élaboration de la « *Nétiquette* » a semblé progressive et informelle, les chartes et autres codes de conduite semblent le fruit d'une procédure plus élaborée et formaliste.

SECTION 1 :

Les règles de la « Nétiquette », des Chartes et des Codes de conduite et de Déontologie sur le réseau Internet

438. La volonté des acteurs privés de réguler, eux-mêmes, le réseau Internet aboutit à la prolifération de règles de toute nature dont l'élaboration ne semble pas avoir bénéficié d'une procédure rigoureuse. Ces règles, écrites ou parfois non écrites, sont désignées par différents vocables dont les plus connus sont : la « Nétiquette », les chartes, les codes de conduite et de déontologie. Hormis, la « Nétiquette » qui apparaît énigmatique et spécifique au réseau, les termes « charte » et « code » sont des notions couramment utilisées hors du réseau Internet. Cependant, l'usage tous azimuts de ces termes sur le réseau Internet révèle un regain d'intérêt pour ces notions et traduit une volonté délibérée d'autorégulation chez leurs auteurs.

439. En effet, ces divers codes et chartes, au contenu hétérogène³⁶³ vont constituer des sources de règles de bon comportement et de bon usage du réseau Internet que devront respecter l'ensemble des professionnels et utilisateurs. D'origine privée, ces règles sont

363 Il s'agit d'un ensemble de règles plus ou moins juridiques comprenant à la fois des normes morales, techniques et des références légales.

véhiculées sur le réseau Internet par les acteurs au moyen des différents contrats conclus avec les utilisateurs de leurs services. Les clauses contractuelles renvoyant aux règles de la « Nétiquette », aux chartes ou aux codes de conduite et de déontologie sont très fréquentes dans les contrats sur les services Internet³⁶⁴. Dans la mesure où il s'agit essentiellement de contrats d'adhésion, la question de la validité de telles clauses et celle relative à leur opposabilité se posent avec acuité.

440. Mais au-delà de ces questions qui peuvent paraître traditionnelles³⁶⁵, d'autres plus opportunes ne manquent pas d'attirer la curiosité du juriste. En effet, ces règles auxquelles renvoient la plupart des contrats suscitent de nombreuses interrogations liées à leur mode d'élaboration et à leur valeur juridique. Ces différentes interrogations conduisent donc à l'examen de ces règles privées dans le but de mieux cerner leurs conditions d'élaboration et de mise en œuvre dans le cadre contractuel. Ainsi, seront examinées successivement les règles de la « Nétiquette » (§1), les chartes et les codes de conduite et de déontologie sur l'Internet (§2).

§ 1- Les règles de la « Nétiquette »

441. Le terme « Nétiquette » n'est plus étranger à la langue française. Il y a été introduit par le Dictionnaire encyclopédique Hachette, sous sa rubrique des mots nouveaux³⁶⁶. Il peut dès lors s'écrire sans guillemets, même s'il semble bien particulier pour les non habitués au réseau Internet. Cette notion, qui est de plus en plus présente en matière de régulation des réseaux numériques, mérite qu'on l'examine afin d'en dégager les contours et les implications. Qu'est-ce que la Nétiquette ? Que renferme-t-elle ? S'agit-il d'une notion juridique nouvelle ? Quelle est sa nature et sa valeur juridique ? Ces interrogations qui surgissent à l'évocation du terme Nétiquette, obligent non seulement à la présentation de cette notion (A), mais aussi à rechercher sa nature et sa valeur juridique (B).

364 M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, op. cit., p. 41

365 S. Amro, thèse, op. cit.

366 *Le Dictionnaire Hachette Encyclopédique illustré*, édition 2000, p. 2036

A- La Nétiquette : Présentation et contenu

442. Le terme Nétiquette est étroitement lié au réseau Internet. Selon le Dictionnaire encyclopédique Hachette, la Nétiquette est : « *l'ensemble des règles de savoir-vivre à respecter sur le réseau Internet, en particulier dans les forums* »³⁶⁷. Il s'agit en réalité d'un néologisme d'origine américaine, né de la fusion du radical du mot anglais « *Network* », qui signifie réseau et du mot « *etiquette* » qui signifie éthique. Ainsi, au sens littéral du terme, la Nétiquette est l'éthique du réseau Internet. Elle désigne donc l'ensemble des règles éthiques en vigueur sur le réseau Internet que doivent respecter ses utilisateurs.

443. Cette approche de la Nétiquette est clairement partagée par l'auteur américain Virginia Shea, qui écrit dans son ouvrage consacré à cette notion que : « *Netiquette is network etiquette, the do's and dont's of online communication* »³⁶⁸. Mais pour l'auteur, la Nétiquette est plus qu'une simple éthique du réseau Internet, c'est une véritable culture du cyberspace qui recouvre à la fois la notion de courtoisie et certaines règles d'usage. En d'autres termes, la Nétiquette est un ensemble de règles informelles de bonne conduite à respecter sur le réseau Internet³⁶⁹.

444. La Nétiquette apparaît donc comme un guide général de bon usage et de bon comportement sur le réseau Internet incluant des règles de politesse et de courtoisie entre utilisateurs. Cette vision de la Nétiquette a été adoptée par messieurs Pierre Bresse et Gauthier Kaufman. Selon ces auteurs, la Nétiquette recouvre « *l'ensemble des pratiques, usages, coutumes et règles de bon fonctionnement de l'Internet*³⁷⁰ ». En tant que éthique et usage du réseau Internet, la Nétiquette constitue une source de règles non écrites transmises par la pratique à l'ensemble des utilisateurs.

367 *Ibid.* p.2036

368 V. Shea, *Netiquette*, édition ALBION, 1994 (ISBN : 0-9637025-1-3), www.albion.com/netiquette. Pour l'auteur : La Nétiquette est l'éthique du réseau Internet, tout ce qui est permis et interdit en matière de communication en ligne ».

369 *Ibid.* www.albion.com/netiquette/introduction.html. Aussi, écrit-elle que : « Netiquette covers both common courtesy online and the informal rules of the road of cyberspace . In other words, Netiquette is a set of rules for behaving properly online. »

370 P. Bresse et G. Kaufman, *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, édition Vuibert, Coll. Entreprise et Informatique, 1999, p. 26.

445. Conscient des difficultés que peut créer l'existence de règles non écrites sur le réseau, un groupe de travail composé d'acteurs et d'utilisateurs du réseau Internet, dénommé : « Responsible Use of the Network », dirigé par **Sally Hambridge**, sous l'égide de l'I.E.T.F (Internet Engineering Task Force), a adopté en octobre 1995 aux Etats Unis un guide écrit de la Nétiquette³⁷¹. Ce guide contient les règles minimales à respecter sur le réseau Internet. Il constitue une sorte de « *code de la route* » pour les utilisateurs et acteurs des autoroutes de l'information.

446. Historiquement, la Nétiquette serait née de la volonté des premiers utilisateurs du réseau Internet, essentiellement des universitaires et scientifiques américains, de poser les règles de la navigation et de la communication sur le réseau. Il s'agissait à la fois de règles techniques axées sur les protocoles de transport des données et de règles de courtoisie à observer dans les forums de discussion (*Newsgroups*), ainsi que dans l'échange de courriers électroniques³⁷². Ces règles, qui au départ étaient de simples conseils pour une utilisation optimale du réseau Internet, vont vite prendre le caractère de règles impératives. Ainsi, la participation à un forum de discussion est souvent subordonnée au respect de certaines règles telles que « *l'utilisation de pseudonymes ou l'anonymat, la courtoisie, l'interdiction des messages haineux (« les flammes »), l'interdiction de la publicité à caractère commercial* ».

447. Le courrier électronique est également soumis au respect d'un certain nombre de règles dont la plus importante est l'interdiction de poster en grand nombre des messages électroniques non sollicités (« *le spamming* »). Ces règles, qui étaient l'apanage d'une petite communauté d'utilisateurs du réseau Internet, se sont étendues peu à peu à tous les utilisateurs lorsque le réseau Internet a été ouvert au grand public. Aujourd'hui, la Nétiquette semble connue et respectée par la grande majorité des internautes³⁷³.

448. En effet, les règles de la Nétiquette sont présentes partout sur le réseau, leur assimilation par les nouveaux internautes a été faite de façon pratique, par mimétisme. La structure particulière du réseau y a fortement contribué. C'est donc dans le but d'amener

371 S. Hambridge, RFC 1855 *Netiquette Guidelines*, www.sri.ucl.ac.be/sri/frfc/rfc1855.fr.html. V. Table des annexes à la page 297

372 *Ibid.*

373 F.-J. Pansier et E. Jez, *Initiation à l'Internet juridique*, Ed. Litec, 2000, n°63

rapidement ces nouveaux utilisateurs à la culture du cyberspace que la « *Nétiquette Guidelines* » a été diffusée sur le réseau. Aux Etats-Unis, la Nétiquette a fait l'objet de nombreuses publications dans le but de promouvoir les règles qu'elle contient et de la présenter comme un outil de la régulation des réseaux numériques³⁷⁴. Cependant, la question essentielle que pose la Nétiquette est celle de sa nature et de sa valeur juridique. En d'autres termes, la question est de savoir si la Nétiquette est juridiquement contraignante ?

B- Nature et valeur juridique de la Nétiquette

1- De la nature juridique de la Nétiquette

449. La recherche de la nature juridique de la Nétiquette peut paraître une entreprise hasardeuse à cause du « *caractère mystérieux* »³⁷⁵ de cette source de règles. Le mystère qui entoure cette source de règles de bon comportement sur le réseau Internet semble trouver son origine dans la difficile identification de ses auteurs mais aussi dans la méconnaissance de son mode d'élaboration. La rigueur du raisonnement juridique impose de relever que la Nétiquette n'a pas une nature légale, en ce sens qu'elle n'émane pas du législateur d'un Etat quelconque, ni d'un traité international. Les règles qu'elle prescrit sont générées par la communauté des internautes de façon spontanée. Ces règles créées de manière autonome et informelle vont constituer les règles de base de la « *cyberculture* ».

450. En tant que règles de savoir-vivre sur le réseau Internet, la Nétiquette s'apparente à la courtoisie. Cependant, les règles de la Nétiquette se distinguent des simples règles morales au niveau de la sanction de leur violation. En effet, tandis que les violations de la morale donnent lieu à une sanction interne, au niveau de la conscience³⁷⁶, les violations de la Nétiquette sont sanctionnées par des actes externes émanant de la communauté des acteurs du

374 V. Cerf, « *Guidelines for Conduct on and Use of Internet*, www.isoc.org/proceedings/conduct/cerf-aug-draft.html ; D. Dern, « *Internet Guide for New Users*, New York : McGraw-hill, 1994 ; A. Rinaldi, « *The Net : User Guidelines and Netiquette*, septembre 1992, www.fau.edu/rinaldi/net/index.html ; V. Shea, *Netiquette*, ALBION 1994 (ISBN : 0-9637025-1-3). [www. Albion.com/ netiquette](http://www.Albion.com/netiquette), etc.

375 Ce terme a été emprunté à monsieur Jacques Larrieu dans son article « *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité* », Expertises, juillet 2001, p. 257

376 F. Terré, *Introduction générale au Droit*, 7^e édition, Dalloz, Précis, 2006, n° 13

réseau Internet. Ainsi, la violation de la Nétiquette dans les forums de discussion peut donner lieu à une exclusion définitive du forum ou à l'inondation de la boîte de courriers électroniques dans le but de bloquer le système d'accès aux courriers électroniques³⁷⁷. Toutefois, une telle sanction peut être assimilée à une réprobation morale de l'attitude du contrevenant par la communauté des internautes. De sorte que la frontière entre les règles morales et les règles de la Nétiquette est très mince. En outre, l'assimilation des règles de la Nétiquette aux règles morales trouve sa limite dans le fait que ces dernières ont un caractère général et s'appliquent à tous les domaines de la vie sociale alors que les premières ont une portée limitée, s'appliquant aux seules activités sur le réseau Internet. De plus, la Nétiquette a un caractère évolutif, dans la mesure où elle doit s'adapter à l'évolution technologique du réseau. Ce qui n'est pas le cas des règles morales qui ont un caractère définitif, étant des règles de conduite, a priori, immuables³⁷⁸.

451. Dans la mesure où l'objet principal de la Nétiquette est la convivialité sur le réseau Internet et son bon fonctionnement, la communauté des premiers utilisateurs a formulé des règles évolutives en sorte qu'elles soient connues et respectées par tous les futurs internautes³⁷⁹. A l'ouverture de l'Internet au grand public, les règles de la Nétiquette sont devenues des règles d'usage sur le réseau. S'étant ainsi généralisées à tous les utilisateurs grâce à l'architecture du réseau Internet, les règles de la Nétiquette ont, dès lors, été perçues comme des règles d'usage en vigueur sur le Net.

452. Cependant, quelques années plus tard, il semble aisé de constater que l'ouverture du réseau au grand public a porté un grand coup à la pérennité de la Nétiquette. En effet, les règles de bon comportement, au départ applicables à une communauté d'internautes dont les membres, plus ou moins connus, pouvaient être sanctionnés en cas de contravention, se sont trouvées ignorées de la grande majorité des internautes. De la sorte, la Nétiquette, qui semble avoir vieilli, se réduirait à sa seule évocation sur le réseau Internet³⁸⁰. Malgré cette déconvenue, les règles de la Nétiquette restent encore présentes dans l'esprit des Internaute

377 S. Hambridge, op. cit., p. 6

378 Les règles de la morale peuvent, néanmoins, évoluer et s'adapter aux circonstances nouvelles lorsqu'elles font l'objet d'une légalisation ou d'une reconnaissance jurisprudentielle.

379 S. Hambridge op. cit., p. 1

380 M. Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et réseaux*, réédition 2006, op. cit., n°2359

et la plupart des contrats sur le réseau se réfèrent à celles-ci. De plus, le succès du réseau Internet a contribué à faire de la Nétiquette un mode d'autorégulation de l'Internet³⁸¹.

453. L'insuffisance des législations nationales et l'inexistence d'une législation internationale sur le réseau sont à la base de l'essor de la Nétiquette en tant que mode d'autorégulation communautaire du réseau Internet. Sous l'égide de l'I.E.T.F.³⁸², l'organisme chargé de produire les standards techniques de l'Internet, la Nétiquette continue de représenter pour la communauté des internautes la ligne de conduite raisonnable à respecter sur le réseau. Certaines règles de la Nétiquette, telles que l'interdiction du spamming³⁸³ et du framing³⁸⁴, sont mondialement connues et respectées.

454. Ainsi, bien plus que « *de simples propositions de comportement* »³⁸⁵, la Nétiquette apparaît donc comme une véritable coutume internationale en formation³⁸⁶. En effet, la quasi-généralisation des règles de la Nétiquette sur le réseau mondial est le signe de l'acceptation de leur valeur normative et de leur adoption par les acteurs et utilisateurs.

455. La Nétiquette peut donc être présentée comme une coutume en émergence, de portée universelle à l'image de la *lex mercatoria*³⁸⁷. Le développement du commerce électronique rend cette analogie plus que réaliste. Règles coutumières internationales de type particulier, la Nétiquette est née de la pratique des internautes et visent le bon fonctionnement du réseau Internet. C'est ainsi que certains auteurs ont conclu à l'émergence sur le réseau « d'une *lex electronica* »³⁸⁸. Cependant, si un parallèle peut être envisagé entre la Nétiquette et la coutume internationale dans le cadre de la *lex mercatoria*, il est prématuré d'établir une équivalence entre ces deux types de normes. En effet, ce qui caractérise la coutume internationale, c'est la permanence des pratiques et des solutions apportées aux problèmes rencontrés. Or là-dessus, une grande différence existe à l'égard de la Nétiquette.

381 C. Paul, *Rapport au Premier Ministre*, op. cit.

382 Internet Engineering Task Force, <http://www.ietf.org>

383 Le « spamming » est l'envoi en nombre considérable de messages électroniques non sollicités. V. p. 218 et s.

384 Le « framing » est le procédé qui fait accéder l'internaute aux pages secondaires d'un site sans passer par la page d'accueil. V. J. Larrieu, « *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité* », op. cit., p. 261

385 C. Rojinsky et F.B. Deringer, *Cyberespace et nouvelles régulations technologiques*, Le Dalloz, 2001, Chroniques, p. 844

386 P. Bresse et G. Kaufman, op. cit. p. 31

387 M. Vivant et al., op. cit., n°2486

388 V. Gautrais, G. Lefebvre, k.Benyekhlef, op. cit., p. 551 ; C. Rojinsky et F.B. Deringer, op. cit., p. 844

L'architecture et les pratiques sur le réseau Internet sont en perpétuel changement du fait de l'évolution de la technologie utilisée. De sorte que rien ne garantit la pérennité des règles de la Nétiquette, ni leur respect à long terme par la communauté des internautes. Dès lors se pose la question de la valeur juridique de la Nétiquette.

2- De la valeur juridique de la Nétiquette

456. En droit français, la valeur juridique d'une règle dépend, d'une part, de son appartenance à une des sources du Droit et, d'autre part, à la place de cette source dans la hiérarchie des normes juridiques. La Nétiquette n'étant pas, au sens formel du terme, la loi de l'Internet³⁸⁹, elle n'a donc pas de valeur légale au sens le plus large du terme. Ainsi, en cas de conflit avec une norme légale, la primauté de la norme légale sur la Nétiquette sera incontestable. Le fait pour la Nétiquette de reprendre dans certains cas des prescriptions légales³⁹⁰ ne saurait avoir pour effet de lui conférer une quelconque valeur légale. La Nétiquette n'étant pas non plus une œuvre prétorienne, elle n'a aucune valeur jurisprudentielle. En effet, les juges étatiques ne sont pas les créateurs de la nétiquette, celle-ci étant l'œuvre de la communauté des internautes³⁹¹.

457. De cette analyse, il apparaît clairement que la Nétiquette est extérieure au pouvoir régalién de l'Etat. N'ayant ni valeur légale ni valeur jurisprudentielle, la Nétiquette peut-elle, néanmoins, avoir une valeur juridique ? La réponse à cette interrogation nous conduit à l'analyse des sources du Droit. Il est judicieux de remarquer que la loi et la jurisprudence, si elles constituent les principales sources de la règle juridique, n'en sont pas les seules³⁹². Certaines règles de droit sont issues d'autres sources plus ou moins subsidiaires. Parmi celles-ci se trouvent la coutume et les usages.

458. La Nétiquette a été présentée comme un ensemble d'usages du cyberspace ou encore comme une coutume en formation sur le réseau Internet³⁹³. Cependant, il convient de

389 V. supra, n°449 et s.

390 Par ex. : le respect des Droits d'auteur et de la vie privée des internautes, in « RFC 1855 Netiquette Guidelines d'octobre 1995.

391 V. supra, n°446, 449 et s.

392 F. Terré, op. cit., n°242

393 V. supra, n°451 et s.

noter que, si la coutume est une source du droit, elle n'est pas pour autant une règle de droit par elle-même. Sa nature de règle juridique ne transparait que dans la mesure où le législateur renvoie à la coutume ou quand celle-ci est reconnue comme telle par le juge³⁹⁴.

459. Ainsi, la Nétiquette, en tant qu'usage et coutume du réseau Internet, ne saurait avoir de valeur juridique sans une délégation expresse du législateur ou une reconnaissance jurisprudentielle. Car la Nétiquette n'accèdera au rang de norme juridique que par la sanction qui lui sera apportée et qui viendra punir sa violation³⁹⁵. S'agissant du renvoi législatif, il convient de noter que, jusqu'à ce jour, aucune loi, en France, ne fait expressément référence à la Nétiquette. Il en est de même dans toute l'Union européenne. Toutefois, la reconnaissance de la valeur juridique de la Nétiquette, en tant que règles d'usage, peut être déduite de façon indirecte de la loi.

460. En matière contractuelle, l'autorité des usages, en tant que règles juridiques, provient de l'article 1135 du code civil. Les usages entrent donc en ligne de compte en tant que règles contractuelles. Dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication, ce sont les renvois contractuels aux usages du réseau Internet qui vont être examinées.

461. Le contrat apparaît comme le creuset dans lequel va se fondre la reconnaissance de la valeur juridique de la Nétiquette. Ainsi, un contrat qui renvoie aux usages du réseau fait de ceux-ci une source implicite de règles juridiques. Dans le commerce électronique qui utilise le réseau Internet comme vecteur principal, il convient de remarquer que la plupart des contrats font référence à la Nétiquette, de manière plus ou moins explicite.

En effet, ces contrats du commerce électronique comportent souvent des stipulations relatives au respect des usages en vigueur sur le réseau Internet. Ainsi, une clause tirée du contrat « Wanadoo » de France telecom Interactive stipule que : « *l'utilisateur s'engage à respecter les règles et usages en vigueur sur Internet, notamment, la Nétiquette* »³⁹⁶.

394 X. Labbé, *Les critères de la norme juridique*, op. cit., p. 65

395 G. Timsit, *Archipel de la norme*, op. cit., p. 4

396 M. Vivant, op. cit., n°16

462. Ces contrats qui sont essentiellement des contrats d'adhésion renvoient ainsi à la Nétiquette sans la définir, ni en exprimer le contenu³⁹⁷. De ce fait, il peut arriver que le cocontractant s'engage à respecter des règles et usages dont il ignore les tenants et les aboutissants. Il est donc impératif pour celui qui s'aventure sur le réseau Internet de ne pas ignorer la Nétiquette. Il lui appartient de bien connaître les usages et les règles de fonctionnement du réseau. Toutefois, l'inconvénient de l'ignorance par l'une des parties au contrat des règles de la Nétiquette ne devrait pas, en principe, faire de cette clause de renvoi une clause abusive³⁹⁸, dans la mesure où la Nétiquette s'impose à tous les acteurs et utilisateurs du réseau Internet³⁹⁹.

463. Cependant, les recommandations de la Commission des clauses abusives publiées en janvier 2003 demandent à ce que « *soient supprimées dans les contrats d'accès les clauses ayant pour objet ou pour effet d'obliger le consommateur, sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter un code de conduite ou des règles de comportement développées par la communauté des utilisateurs du réseau Internet, sans qu'il ait accepté le contenu de ces règles* ». Toutefois ce problème d'acceptation des règles de comportement pourra être vite résolu par les FAI lors de la signature du contrat, soit par la communication au consommateur du contenu de ces règles, soit par la stipulation d'une clause par laquelle le consommateur déclarera avoir accepté en toute connaissance de cause le contenu des règles ainsi visées.

464. La référence contractuelle à la Nétiquette a pour effet d'obliger les parties à la respecter en tant que règle conventionnelle, dont la violation pourra être éventuellement sanctionnée. Mais, le simple renvoi du contrat à la Nétiquette ne saurait donner automatiquement valeur juridique à celle-ci. Encore faut-il que le juge reconnaisse ladite valeur aux règles contenues dans la Nétiquette. En effet, si la Nétiquette acquiert force obligatoire du fait de sa référence contractuelle expresse⁴⁰⁰, il appartient toutefois au juge de confirmer ce caractère obligatoire.

397 Certains prestataires mettent des liens à la disposition des internautes pour en savoir plus sur la Nétiquette.

398 Abbas Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de Droit*, L.G.D.J., 2001

399 L. Thoumyre, *Résumé de l'affaire Ontario Inc. C/Nexx Online Inc.*, www.Juriscom.net

400 L. Boy, « *La valeur juridique de la normalisation* », in J. Clam et G. Martin, op. cit., p. 183

465. Une première décision rendue, en France, par le TGI de Rochefort-sur-Mer, le 28 février 2001 fait indirectement référence à la Nétiquette en tant que norme contractuelle⁴⁰¹. Il s'agissait dans cette affaire de la résiliation d'un contrat d'abonnement par un fournisseur d'accès à Internet pour pratique de spamming par l'abonné. Le tribunal avait estimé que conformément à l'article 1184 du code civil, le fournisseur d'accès pouvait, sans faute de sa part, résilier l'abonnement car la pratique du spamming est une violation des usages en vigueur sur le Net. Le tribunal a aussi estimé que « *la Nétiquette constitue un usage au sens de l'article 1135 du code civil et donc une source du droit s'imposant à celui qui se livre à une activité entrant dans son champ d'application* »⁴⁰².

466. Une autre décision rendue le 15 janvier 2002, par le TGI de Paris, rappelait que : « *la pratique du spamming, considérée dans le milieu de l'Internet comme une pratique déloyale et gravement perturbatrice, est contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite* »⁴⁰³. Le tribunal a donc jugé justifiée la résiliation d'un contrat d'abonnement de fourniture d'accès à Internet. Ainsi, en pratiquant le spamming, l'internaute contrevient aux usages en vigueur sur le Net, donc à la Nétiquette. Ce qui est constitutif d'une violation grave de ses obligations contractuelles justifiant la résiliation immédiate du contrat sur le fondement de l'article 1184 du code civil⁴⁰⁴.

467. En France donc, la reconnaissance de la nature de règle d'usage de la Nétiquette et de sa valeur contractuelle est donc établie. C'est également le cas outre-Atlantique. Ainsi, au Canada, la cour supérieure de l'Ontario avait rendu le 9 juillet 1999 une remarquable décision relative au caractère contraignant de la Nétiquette⁴⁰⁵. Il s'agissait de la première décision canadienne traitant d'une affaire relative à la mise en œuvre de la Nétiquette.

401 G. Hass et O. de Tissot, « *Le pollupostage non sollicité dans la collimateur de la justice* », Expertises, mai 2002, p. 186 et s.

402 G. Hass et O. de Tissot, op. cit., p.187

403 V. Varet, « *Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif* », Expertises, mai 2002, p. 188

404 L'article 1184 prévoit que la résolution doit normalement être prononcée par le juge, mais la Cour de Cassation a récemment rappelé qu'en cas de violation grave de ses obligations par un contractant, l'autre partie peut immédiatement mettre fin au contrat sans passer par le juge.

405 Affaire 1267632 Ontario Inc. c. Nexx Online Inc., Cour supérieure de l'Ontario, 9 juillet 1999, www.juriscom.net/actu/achv/elaw/e-law11.htm. V. E. Wery, « *La Nétiquette jugée juridiquement contraignante* », <http://www.droit-technologie.org>, 13 août 1999

468. Les faits de l'espèce étaient très simples : la société Nexx Online Inc., fournisseur d'accès et hébergeur de sites web avait fermé le compte de son client, la société 1267632 Ontario Inc., gestionnaire du site www.beaverhome.com. Le motif invoqué pour la fermeture était le suivant : beaverhome.com avait procédé à l'envoi journalier de plus de 200.000 messages électroniques non sollicités via les services d'un tiers prestataire. Or cette pratique est contraire aux règles de la Nétiquette, auxquelles le contrat d'hébergement, conclu pour une durée déterminée d'un an, renvoyait expressément.

469. Estimant non-fondée la déconnexion de son site, la société 1267632 y avait vu une violation du contrat d'hébergement et avait demandé en justice le rétablissement de son compte. La cour analysant le contrat d'hébergement conclu par les parties et a relevé deux dispositions importantes. La première est ainsi libellée: « *the account holder agrees to follow generally accepted « netiquette » when sending e-mail messages or posting newsgroup messages...* ». Selon cette disposition, le client consent au respect de la Nétiquette pour l'envoi de courrier électronique et dans les forums de discussion. La seconde disposition prévoyait que le client pourrait accepter l'adjonction de nouvelles stipulations contractuelles de la part de Nexx Online avec une option de remboursement en faveur du client en cas de non-acceptation des nouvelles stipulations : « *The undersigned account holder agrees to abide by the following provisions of this service contract and may have to agree to additional provisions from Nexx Online covering this agreement and/or any future services added to this agreement. If account holder refuses to accept any future provisions, account holder will have the option to cancel service and receive a prorated refund of any moneys prepaid for this agreement...* ».

470. Ayant analysé ces différentes stipulations contractuelles, la cour supérieure a déclaré que la société 1267632 Ontario Inc. a violé les termes du contrat, dans la mesure où l'envoi non sollicité de courriers publicitaires contrevient clairement aux principes émergents de la Nétiquette alors que le contrat renvoyait au respect de celle-ci. Une telle attitude du client justifiait donc sa déconnexion du réseau et la rupture du contrat d'hébergement : « *I conclude that sending unsolicited bulk commercial e-mail is in breach of Netiquette...As the rules of Netiquette govern the parties' contract, the plaintiff is in breach of its terms justifying disconnection of service.* ». Il est remarquable que le contrat ne visait pas expressément les

courriers électroniques non sollicités et que les termes « spamming » ou « junk e-mail » ne figurent sans doute pas dans le contrat. Par contre, le contrat imposait de respecter les règles de la Nétiquette et interdisait par là même tout acte ou comportement contraire à celles-ci.

471. Le « spamming » est un comportement prohibé par la Nétiquette, mais dans la mesure où les règles de la Nétiquette sont non écrites, la cour canadienne s'est référée à la doctrine américaine⁴⁰⁶ sur la Nétiquette et à certains jugements rendus aux États-Unis en matière de « spamming »⁴⁰⁷. Ainsi l'unanimité des auteurs et la condamnation par certains pays du « spamming » ont donc participé à la motivation de la décision de la Cour sur la violation de la Nétiquette.

472. Ayant donc violé la Nétiquette, la société 1267632 Ontario Inc. a aussi violé le contrat qui y faisait expressément référence. Même si cette décision canadienne semble bien curieuse, il en ressort que le renvoi contractuel à la Nétiquette a pour effet d'en rendre ses prescriptions obligatoires pour les parties, de sorte que leur violation équivaut à la violation du contrat lui-même. Il peut paraître curieux que le juge se soit référé à la doctrine sur le « spamming » avant de rendre sa décision, mais cette attitude traduit le fait que le juge n'est pas censé connaître la Nétiquette qui est seulement un ensemble d'usages et non une règle légale.

473. En principe il appartient à la partie qui invoque l'usage de faire la preuve de son existence et de son contenu⁴⁰⁸. Cette preuve peut être faite par tout moyen⁴⁰⁹. Hormis le cas de la référence contractuelle, la question se pose de savoir si la Nétiquette peut s'imposer aux parties en l'absence de toute référence contractuelle expresse. En droit français, cette question semble être réglée par application de l'article 1135 du code civil. A l'analyse, la Nétiquette se présente comme un ensemble de règles à caractère impératif qui semblent s'imposer aux

406 Notamment, à l'article de John Levine, « *Why is spam bad ?* », <http://www.spam.abuse.net/spambad.html>

407 *Cyberpromotion Inc. v. American Online Inc.*, E.D. Pa. Nov. 4, 1994 ; *CompuServe Inc. v. Cyberpromotion Inc.*, S.D. Oh. Feb.3, 1997 ; *Parker v. C.N. Enterprises*, Tex. Travis County Dist. Ct. Nov. 10, 1997 ; *Cyber Promotions, Inc. v. Apex Global Information Services Inc.*, E. D. Pa. Sept. 30, 1997).

408 X. Labbée, op. cit. p. 67

409 Ibid, p. 68

parties même en présence d'une volonté contraire⁴¹⁰. Notons qu'au Québec la Nétiquette pourrait aussi s'imposer aux contractants, même en l'absence de clauses y faisant référence, sur la base de l'article 1434 du code civil qui dispose que : « *le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.* ».

474. La valeur juridique de la Nétiquette est donc indéniable, non seulement en tant qu'usage ou coutume du réseau Internet, mais aussi en tant que norme contractuelle que les parties sont tenues de respecter. Sur ce dernier point il est important de relever que la Nétiquette peut être perçue comme la loi des internautes liés conventionnellement sur le fondement de l'article 1134 du code civil français⁴¹¹. C'est donc en tant que loi du réseau Internet pour les parties contractantes que la Nétiquette sert de règle de régulation juridique des réseaux numériques.

475. Cependant, il convient de noter que la Nétiquette n'est pas la seule source de normes à laquelle renvoient les contrats conclus sur le réseau Internet. Il existe divers autres textes ou proclamations à vocation normative issues des acteurs privés de l'Internet. Ainsi en est-il des chartes et des codes de conduite et de déontologie élaborés dans le but de régir les comportements des utilisateurs du réseau mondial. Ces textes imposent la conduite à tenir tant aux utilisateurs qu'aux professionnels de l'Internet.

410 Y. Guyon, op. cit., n°31 et 32. L'auteur distingue deux grandes catégories d'usages : les usages conventionnels qui tirent leur autorité du contrat et qui ont un caractère supplétif et les usages de droit qui ont un caractère impératif entre les parties et peuvent déroger à une loi supplétive.

411 L'article 1134 al. 1 qui dispose que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... »

§2- Les règles issues des chartes et des codes de conduite et de déontologie

476. Les notions de charte et de code de conduite sont récurrentes dans le milieu de l'Internet. La popularité de ces notions se démontre non seulement au niveau national, mais également au niveau international.

En effet, des chartes et codes de conduite concernant diverses activités humaines sont élaborés en tout temps et en tout lieu pour servir de règles de conduite ou de cadre de référence aux acteurs intéressés par les activités qui en sont l'objet. Instruments de régulation juridique, les chartes et les codes de conduite constituent pour certains auteurs « *un nouveau mode de production du droit* »⁴¹².

477. L'ouverture du réseau Internet au grand public a amplifié ce phénomène d'élaboration des normes plus ou moins codifiées par les acteurs privés. Leur quasi-généralisation sur le réseau pose de nombreux problèmes juridiques. Certes, ce phénomène n'est pas nouveau en soi⁴¹³. Il procède de la volonté des acteurs du réseau Internet de présenter une image plus attrayante du web, longtemps présenté comme une zone de tous les périls, une zone de « non-droit ».

478. Comme l'a expliqué Gérard Farjat, « *les codes naissent le plus souvent d'un mal. Il s'agit de réformer des pratiques critiquables. Les mauvais sujets de droit promettent de s'amender, a-t-on envie de dire, lorsque les codes suivent de très près un événement qui révèle des carences évidentes aux yeux de l'opinion publique* »⁴¹⁴. Devant l'inexistence d'un Droit international de l'Internet et face à l'impossibilité de connaître et d'appliquer les différents droits nationaux en concurrence du fait du caractère international du réseau, les acteurs ont fait le choix de l'autorégulation par l'élaboration de chartes et de codes de conduite de toute nature, destinés à s'appliquer aux activités qu'ils exercent.

412 C. Paul, op. cit. p. 48

413 G. Farjat, « *Réflexion sur les codes de conduites privés* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, éd. Litec, 1982, p. 47

414 G. Farjat, « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés* », in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridiques*, op. cit., p. 151 et s.

479. Cette préoccupation normative des acteurs de l'Internet a été clairement exprimée dans le préambule du code de déontologie du Groupement français de l'Industrie de l'Information (G.F.I.I.)⁴¹⁵. Il y est ainsi écrit que : *« en ce qui concerne le domaine plus particulier d'Internet qui se caractérise par sa mondialisation et par une grande liberté dans la communication, il faut souligner qu'il n'y a pas de vide juridique mais un problème d'application des textes existants. Jamais, dans ces conditions, un code de déontologie n'aura été plus important, puisque dans ce domaine en plein développement il permet de fixer quelques grandes règles de principes »*. Il s'agit pour les acteurs de présenter le réseau Internet comme un lieu d'ordre où l'existence de normes, certes privées, est à même de procurer aux utilisateurs la même sécurité juridique et la même confiance qu'ils attendent des normes étatiques.

480. C'est dans ce contexte que le G.F.I.I. a estimé nécessaire de définir des principes éthiques qui pourraient servir de règles de référence à tous les professionnels de l'industrie de l'information électronique, en vue d'établir une relation de confiance entre professionnels et utilisateurs. Pour le G.F.I.I., l'adhésion à un tel code de déontologie signifie que les professionnels en cause sont dignes de confiance puisqu'ils se sont engagés à respecter les principes exposés. Le choix de la régulation par les chartes et les codes de conduite trouve également sa justification dans le 1^{er} Amendement de la constitution des États-Unis. En effet, farouchement attachés à la liberté d'expression, nombreux sont les acteurs du réseau Internet qui militent en faveur de sa souveraineté et de son gouvernement par ses seuls utilisateurs et rejettent toute idée de régulation étatique⁴¹⁶.

481. Cependant, avec l'arrivée des commerçants sur le réseau mondial, l'élaboration des chartes et codes de conduite et de déontologie apparaît le plus souvent comme une stratégie commerciale. L'autodiscipline de certains acteurs de l'Internet semble aujourd'hui moins désintéressée. L'édition de normes privées est devenue une technique commerciale qui vise à garantir aux utilisateurs une attitude responsable des milieux professionnels. Ces normes d'origine privée ont pour objectif de valoriser le secteur d'activité concerné en manifestant l'engagement des acteurs dudit secteur d'observer une pratique conforme aux règles de droit en vigueur dans l'espace national et international.

415 www.gfii.asso.fr/deonto.htm²

416 Notamment, Electronic Frontier Foundation (E.F.F.), www.eff.org; Internet Society (ISOC), www.isoc.org

482. C'est ainsi qu'à grand renfort de publicité, le groupe VIVENDI a proposé une charte dénommée la « *Charte Internet Confiance* » destinée à organiser la promotion de ses activités économiques sur le réseau Internet⁴¹⁷. Dans cette charte, la société VIVENDI s'engage « *au respect de la protection des données personnelles, à la protection de l'enfant et de l'éthique des contenus, au respect de la propriété intellectuelle, de la garantie des droits des consommateurs en ligne, de la sécurité des échanges et des transactions, de la communication et du dialogue avec les consommateurs* ». Ce n'est donc pas un hasard si cette charte a fait l'objet d'une grande campagne publicitaire. Il est évident que c'est l'image de marque de l'entreprise ou de l'activité qui est mise en jeu à travers de telles proclamations. Ainsi, la rédaction de chartes et de codes de conduite par certains acteurs du réseau ne serait qu'une vaste opération de marketing destinée à créer une certaine confiance chez l'utilisateur des services Internet, afin de mener à bien des activités sur un réseau en mutation continue et sur lequel ces acteurs, pris individuellement, n'ont qu'une emprise insignifiante.

483. En tant que professionnels soucieux de leur image commerciale, les membres de l'AFA ont également rédigé et adopté une charte professionnelle destinée à mettre en lumière des engagements auxquels ils entendent se soumettre. L'AFA a élaboré des règles de pratique et d'usages⁴¹⁸ précisant le cadre dans lequel ses membres exerceront leurs activités. C'est ainsi que les membres de l'AFA se sont engagés à respecter, outre « *les lois en vigueur en France et dans l'Union européenne* », « *la Nétiquette, la confidentialité de la correspondance privée et la protection des mineurs* ». Etre membre de l'AFA, et pouvoir l'afficher sur la page d'accueil de son site, constitue un véritable privilège et un atout pour les acteurs de l'Internet en France ainsi qu'une garantie pour les utilisateurs. Les membres qui ne respecteront pas leurs engagements perdront ce privilège et seront radiés de l'association.

484. L'AFA s'est toujours engagée pour l'autorégulation du réseau Internet par les acteurs privés tant sur le plan des contenus que celui des comportements à adopter. Le 14 juin 2004, alors que la nouvelle loi pour la confiance dans l'économie numérique n'avait pas encore été promulguée, une charte a été élaborée à l'instigation de l'AFA et signée par ses

417 Actualité sur la régulation de l'Internet, Com.-com. élec., décembre 1999, p. 5

418 Règles reproduites en annexe de cette Thèse. V., Table des annexes à la page 297

membres en matière de lutte contre les contenus portant atteinte à la dignité humaine⁴¹⁹. Par cette charte, les prestataires se sont engagés à mettre à la disposition des utilisateurs de leurs services un accès facile à un formulaire de signalement d'abus en ligne. Ce formulaire permettra aux utilisateurs du réseau Internet de signaler en ligne directement aux prestataires concernés ou au point de contact de la profession ou encore aux autorités publiques dûment habilitées, tout contenu contrevenant visé par ladite charte. Les prestataires s'engagent également à agir promptement pour retirer ces contenus illicites ou pour en rendre l'accès impossible. Ils s'engagent, enfin, à déférer dans les meilleurs délais aux demandes des autorités judiciaires visant à obtenir les éléments de nature à permettre l'identification de l'auteur d'un contenu illicite.

485. A l'analyse, ces engagements plus ou moins contraignants sont des manifestations de bonne volonté des acteurs du réseau, preuve de leur bonne foi dans l'assainissement de l'Internet. Ces engagements déontologiques sont des reprises ou des anticipations sur les obligations légales que les prestataires du réseau essaient de contractualiser en vue de minorer leur responsabilité en cas d'atteinte aux droits des tiers du fait des contenus hébergés. L'AFA s'est engagée, à l'échéance de l'automne 2004, à créer un logo et à communiquer sur ce logo pour que le grand public l'associe aux engagements mis en avant dans la charte. Les signataires de la charte s'engageant, pour leur part, à faire figurer ce logo sur leur site portail ou sur tout autre support de communication qu'ils jugeront approprié.

486. Le 8 février 2005, à Paris, l'AFA a lancé officiellement le label « *Net + Sur* » en présence du Ministre délégué à l'industrie français. Ce label est destiné à assurer une meilleure visibilité des engagements pris le 14 juin 2004. Un hébergeur labellisé « *Net + Sur* » confirme aux internautes son engagement à œuvrer pour un Internet plus sécurisé et plus convivial en traitant les signalements de contenus illicites avec toute la diligence requise. Pour l'AFA, ce label s'inscrit dans la démarche d'autorégulation qui caractérise cette association depuis sa création en 1997. Il traduit le souci de l'AFA de lutter toujours plus efficacement contre les contenus illicites en coopération avec tous les acteurs concernés.

419 Charte disponible sur le site de l'AFA : www.afa-france.com

487. Dans le souci de créer encore plus de confiance sur le réseau Internet, une « Charte de confiance » a été signée par les plates-formes de vente entre internautes, la FEVAD et le Ministère des PME, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions libérales le 08 juin 2006⁴²⁰. Cette charte reprend en de nombreux points les propositions faites par le Forum des droits sur l'Internet dans sa recommandation sur « Le commerce électronique entre particuliers » du 8 novembre 2005⁴²¹. Ainsi, ont été repris les propositions portant sur le renforcement de l'information des utilisateurs des plates-formes, la mise en place d'une signalétique des vendeurs professionnels, le recours à des outils de paiement sécurisés et la mise en œuvre d'outils techniques permettant le respect des formalités légales, notamment, le double-clic pour la confirmation des commandes. Pour le Forum des droits sur l'Internet qui s'est félicité de la signature, cette charte qui est de nature à renforcer la confiance dans les relations commerciales entre particuliers sur l'Internet, témoigne aussi de l'efficacité de la concertation entre les acteurs du réseau.

488. Le mot « charte » n'a donc pas, dans le contexte du réseau Internet, le sens historique et formel de « constitution » en droit interne ou de « traité » en droit international⁴²². Ce vocable est ainsi utilisé pour désigner un ensemble de règles écrites, formulées et adoptées par les acteurs du réseau Internet en vue d'instaurer la confiance et la sécurité juridique. L'exemple le plus frappant étant la rédaction de la « *charte de l'Internet* » en 1997 par le groupement des Éditeurs de services en ligne (GESTE)⁴²³. Les chartes, les codes de conduite et de déontologie, à la différence de la nétiquette qui intéresse directement les utilisateurs, s'adressent principalement aux prestataires du réseau. Il s'agit d'un ensemble de recommandations et de règles à portée plus ou moins obligatoire dotées d'une force de persuasion morale, et destinées à valoriser l'activité et la pratique des intéressés. Les engagements ainsi pris ne sont pas, en principe, juridiquement contraignants à moins de les déférer devant le tribunal sur le fondement des dispositions réprimant la publicité trompeuse⁴²⁴. Mais il peut arriver que la charte ou le code de conduite rentre directement dans

420 Les recommandations du Forum des droits sur l'Internet reprises dans la charte de confiance des plates-formes de vente entre internautes, Actualité du 08/06/2006 sur www.foruminternet.org

421 Recommandation sur « *Le commerce électronique entre particuliers* », 8 novembre 2005, www.foruminternet.org

422 G. Koubi, « *La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ?* », in J. clam et G. Martin, op. cit., p. 165

423 www.geste.fr

424 Art. L. 121-1 du code de la consommation

le champ contractuel. C'est le cas lorsque le contrat y fait référence par une clause de renvoi. Les valeurs proclamées dans un tel contexte génèrent donc des obligations contractuelles qui s'imposent aux acteurs. Ces derniers donnent une traduction contractuelle plus précise à ces engagements en les incorporant dans leurs contrats avec les internautes afin de les diffuser auprès de tous les utilisateurs du réseau. Ce dernier procédé s'observe également en matière de « *labellisation* » des activités et des sites sur le réseau Internet. Cette labellisation opère une certaine régulation des réseaux numériques, utilisant le contrat comme vecteur de sa diffusion.

SECTION 2 :

La labellisation sur les réseaux numériques

489. La labellisation des activités et des sites web est fondée sur deux idées maîtresses. D'une part, elle traduit la volonté des acteurs du réseau de sécuriser les internautes dans l'utilisation de l'outil Internet et, d'autre part, la responsabilisation desdits acteurs quant au contenu des sites labellisés.

La labellisation est un procédé qui établit au profit des internautes une présomption de conformité des contenus des sites aux exigences formulées par le label. Elle se fait en général par la création d'un label par le promoteur d'un site web ou par un organisme indépendant dans le but de garantir aux internautes le respect des règles de déontologie et de droit en vigueur dans l'espace national et international, et surtout une certaine conformité du produit ou du service proposé sur le réseau.

490. La labellisation pratiquée sur le réseau Internet apparaît dans une certaine mesure originale par rapport à celle mise en œuvre dans le monde hors réseau même si dans le fond le but recherché est le même : « *certifier conformes les produits et services afin de créer la confiance des consommateurs* ». Sur le réseau, la labellisation a donc pour but de créer une certaine confiance chez l'internaute, dans un environnement où la méfiance est la règle d'or, afin de lui permettre de naviguer en toute assurance et d'accéder à des sites dits de qualité.

491. Certains organismes proposent sur le Net des services proches de la labellisation qui consistent à mettre au point un système de protection contre l'utilisation frauduleuse des droits de propriété intellectuelle sur le réseau. Ainsi a été mis au point le système IDDN par l'InterDeposit⁴²⁵, une fédération internationale de l'informatique et des technologies de l'information créée à Genève le 10 janvier 1994. Cet organisme rassemble toutes les organisations concernées par la protection des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres numériques. Le système IDDN propose aux titulaires de droits la possibilité de protéger et de revendiquer leurs droits sur tout type de création numérique et sous tout format numérique. En fait, il s'agit d'assurer la traçabilité des œuvres numériques en leur intégrant le numéro IDDN, une sorte de code numérique. InterDeposit a confié à l'un de ses membres fondateurs, l'Agence pour la protection des programmes de Paris (A.P.P.), la mission d'effectuer sur l'Internet des contrôles de l'utilisation des œuvres ainsi protégées.

492. Les sites qui optent pour le système IDDN apposent le logo IDDN sur la page d'accueil du site et traduisent ainsi leur volonté de respecter et faire respecter les droits de propriété intellectuelle dans le cadre de leurs activités. Ainsi, l'utilisation des œuvres protégées est soumise au respect des règles élaborées par l'InterDeposit contenues dans sa Charte d'utilisation ainsi que celles contenues dans les conditions particulières rédigées par les titulaires de droits eux-mêmes. Pour optimiser le système IDDN, le certificat de référencement du site protégé est annexé à l'œuvre. Ce système protecteur des droits de propriété intellectuelle sur Internet, bien que jouant un certain rôle de régulation sur le réseau mondial, n'est pas à proprement parler de la labellisation. Il fait partie des nombreuses initiatives de régulation rencontrées sur l'Internet.

493. La labellisation proprement dite vise à apposer un label, c'est-à-dire un signe graphique, sur le site web, lequel garantit le respect d'un certain nombre de critères et d'engagements visant à créer un climat de confiance et à donner une meilleure visibilité aux internautes. La contrainte que représente le respect de ces engagements est compensée par le surplus de clientèle attirée par la garantie que constitue le label. Il apparaît nettement dans le commerce électronique que la labellisation est un argument commercial indéniable dont l'effet est l'augmentation de la vente des produits et services offerts sur le Net.

425 Identified digital deposit number, www.iddn.org

494. La labellisation est assez proche de la régulation par rédaction de codes de conduite et de déontologie. Pour Monsieur Christian Paul, il s'agit « *d'une démarche déontologique complémentaire* »⁴²⁶. Mais la différence entre ces deux initiatives de régulation réside dans le fait que la labellisation atteste la volonté de s'engager vis-à-vis des internautes à respecter certains critères, lequel engagement est certifié par un label apposé sur le site. Ainsi, la simple apposition du label sur le site web traduit tout un ensemble d'engagements pris par le promoteur du site. La seule vue du label suffit à faire naître la confiance chez l'internaute sans que celui-ci ait à lire quoi que ce soit. Fort de ce constat, le Ministère de la famille a annoncé la création prochaine d'un label « Famille » destiné à donner un repère sur aux parents et aux enfants en vue de sécuriser la navigation des enfants sur le réseau Internet⁴²⁷. Ce label indiquera les services, contenus et outils de l'Internet respectueux du principe et des règles de protection de l'enfant. Le ministre en charge de la famille a missionné le Forum des droits sur l'Internet et monsieur Joël Thoraval, président de la commission nationale consultative des droits de l'homme pour, respectivement, établir le cahier des charges du label, et déterminer la structure qui en aura la charge⁴²⁸.

495. La prolifération des labels sur le réseau Internet conduit à s'interroger sur le cadre juridique de la labellisation⁴²⁹ telle que pratiquée par les acteurs privés. D'une façon générale, deux situations peuvent être observées. Une première pratique de la labellisation consiste en une simple déclaration de conformité à un référentiel d'exigences rédigé par le promoteur du site lui-même qui peut être qualifié d'autolabellisation⁴³⁰ ou labellisation interne (§1). Cette première démarche doit être dissociée d'une seconde qui implique l'intervention d'un tiers qui vient certifier le label, c'est la labellisation par tierce partie (§2). Le critère déterminant de la distinction de ces deux démarches de labellisation est donc l'intervention d'un tiers indépendant dans la validation du label⁴³¹. Si la certification par tierce partie du label peut s'inscrire dans un cadre légal existant, ce n'est pas le cas de l'autolabellisation qui apparaît comme une pratique nouvelle inhérente au phénomène Internet.

426 C. Paul, op. cit., p. 49

427 Réponse ministérielle n°78628 du 27 juin 2006, JOAN, Q, P. 6879, www.foruminternet.org

428 Ibid.

429 F. Olivier et F. Mascré, *Labellisation des sites Internet : quel cadre juridique ?*, Com.- com. élec., déc. 2000, p. 13

430 M. Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, réédition 2006, op. cit., n°2360

431 Cahiers du CRID, n°16, op. cit., p. 14

§1- Les mécanismes d'autolabellisation sur le réseau Internet

496. L'autolabellisation ou labellisation interne est une pratique difficile à caractériser sur le réseau Internet car elle s'apparente davantage à une opération publicitaire⁴³² qu'à une véritable démarche de certification sur ce média. En règle générale, elle consiste à marquer ses propres pages par un signe graphique qui est censé traduire l'engagement de son auteur à respecter certaines exigences, préalablement énumérées sur le site, en vue de garantir aux internautes un service de qualité et une navigation sécurisée.

497. Le site « *autolabellisé* » apposera le plus souvent un écriteau ou un signe graphique qui peut vouloir attester, par exemple, du respect de la vie privée des internautes par la protection des données à caractère personnel ou de l'utilisation de la cryptographie. Il s'agit donc d'une démarche « auto-déclarative » par laquelle le propriétaire ou le gestionnaire du site « auto-atteste » qu'il respecte certains critères qu'il s'impose à travers le label. L'autolabellisation apparaît ainsi comme un engagement unilatéral pris par le promoteur d'un site vis-à-vis des internautes.

498. La question qui se pose est de savoir quelle valeur juridique peut avoir un tel engagement qui prend le plus souvent la forme d'une simple proclamation ou d'un vœu pieux. Car, à moins de s'enliser dans des interminables procédures judiciaires, l'internaute victime du non-respect des critères du label n'a d'autre choix que de proscrire le site en cause et de rechercher un autre « plus véridique ». Dans la mesure où aucune contrainte juridique ne semble s'opposer à l'autolabellisation, de nombreux pseudo labels ont fait leur apparition sur le réseau Internet et en particulier dans le commerce électronique.

499. Cette pratique informelle reste par nature une simple initiative d'autorégulation du Net et n'est donc pas encadrée par des règles strictes⁴³³. Ainsi, en 2001, les enquêteurs de la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes ont constaté que 14% des 988 sites web contrôlés contenaient des publicités mensongères et

432 M. Vivant et *al.*, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, réédition 2006, op. cit., n°2360

433 F. Olivier et F. Mascré, op. cit., p. 13

présentaient à tort des signes ou sceaux laissant penser qu'il s'agissait de certifications ou de labels⁴³⁴. Il apparaît nettement que l'autolabellisation, loin d'apporter la sécurité et le confort recherchés par les internautes, peut au contraire, dans certains cas, conduire à des abus. Ce mode de labellisation est donc d'un assez faible intérêt au regard du but de régulation recherché.

500. Cependant, on assiste au développement de cette pratique et certains organismes, notamment, des organisations professionnelles et des groupements d'intérêt en quête de notoriété sur le réseau mondial, se sont mis dans une pratique plus sophistiquée de l'autolabellisation. L'exemple le plus notoire est l'initiative « *l@belsite* »⁴³⁵ lancée par la Fédération des Entreprises du commerce et de la distribution (FECD) et la fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD). Par ce label, les membres de ces deux fédérations attestent le respect d'une vingtaine de règles⁴³⁶ concernant la réalité du cybercommerce et la réglementation relative à la vente à distance.

501. Ces règles dont le respect est imposé par le contrat d'affiliation au label s'articulent autour de trois idées principales :

- la réalité et l'identité du commerçant détenteur du site,
- la Conformité des produits et services à la réglementation et à la déontologie de la vente à distance via Internet,
- la transparence et la protection des données à caractère personnel.

Les règles édictées par l@belsite sont susceptibles d'évoluer eu égard à la technologie de l'Internet, à la réglementation et à la déontologie. Ainsi l'engagement pris par les bénéficiaires du label s'étend également aux évolutions éventuelles des règles édictées.

502. Même s'il est question dans la documentation disponible sur le site Labelsitesite.org de faire vérifier le respect des engagements pris par des auditeurs indépendants, il convient de considérer le système l@belsite comme une initiative d'autolabellisation à grande échelle mis en œuvre par des fédérations au profit de leurs membres, quand bien même son

434 Actualité, 988 sites marchands contrôlés par la DGCCRF, Expertises, mai 2002, p. 164

435 www.labelsitesite.org

436 Vingt-sept règles au total. V. www.labelsitesite.org

fonctionnement semblerait beaucoup plus proche de la labellisation par tierce partie. Car ce qui caractérise cette dernière initiative, c'est l'indépendance avérée de l'organisme tiers qui certifie le label. Pour ce qui concerne le système [l@belsite](#), cette indépendance n'est pas pertinente eu égard au fonctionnement du label.

503. Ainsi, le sceau [l@belsite](#) peut être retiré à tout moment pour manquement aux règles d'affiliation ou pour non-paiement de la cotisation prévue sans aucune véritable procédure. La décision de retrait est prise par un comité d'habilitation et ne peut faire l'objet d'aucun recours et n'a même pas à être justifiée. Ce manque de transparence et cet arbitraire qui entourent l'octroi et le retrait du label montrent bien qu'il s'agit d'une initiative d'autorégulation. Ce qui fait de [l@belsite](#) un système assez informel par rapport à d'autres plus organisés faisant appel à des tiers certificateurs pour l'octroi du label.

§2- La labellisation par tierce partie

504. Plus complexe que l'autolabellisation, la labellisation par tierce partie consiste à faire contrôler, préalablement et ensuite périodiquement, par un organisme tiers indépendant, le respect effectif d'un ensemble de règles et de critères prédéfinis qui attestent de la qualité et de la conformité du contenu des sites, et assurent une certaine sécurité de navigation aux internautes. Le résultat de ce contrôle, lorsqu'il est positif, s'exprime par l'apposition d'un label sur le site qui en fait l'objet. La labellisation par tierce partie ou labellisation externe⁴³⁷ suppose donc un contrôle a priori par un tiers indépendant qui vérifie le respect par le candidat au label des critères et des règles définis par le promoteur du label et d'un contrôle a posteriori périodique, soit à la suite d'une plainte des internautes, soit de façon inopinée pour garantir la qualité du site labellisé.

505. Dans ce système, l'utilisation du label vient ainsi signifier aux internautes qu'un organisme tiers indépendant est venu contrôler que le site labellisé remplit toutes les conditions requises et respecte tous les critères prévus dans le référentiel du label. C'est cette

⁴³⁷ *Les nouveaux métiers de la confiance*, Cahiers du CRID, n°16, op. cit., p. 15

pratique qu'a mise au point Trust-e⁴³⁸, un organisme américain à but non lucratif, spécialisé dans l'octroi du label « TRUSTE » aux sites demandeurs respectant la confidentialité des données à caractère personnel et le principe de l'information préalable du consommateur avant toute collecte desdites données.

506. Sur son site, Trust-e se targue d'avoir le soutien du Département fédéral du commerce américain ainsi que celui de la Federal Trade Commission. Trust-e se dit également sponsorisé par les plus importantes firmes de la Société de l'Information qui sont : AOL, Excite, IBM et Microsoft. Avant d'obtenir le label « TRUSTE », le site demandeur doit faire l'objet d'un audit pour vérifier sa conformité au respect de la confidentialité et de la protection des données nominatives. Par la suite, des audits réguliers sont effectués. Trust-e s'appuie également sur la surveillance exercée par les internautes eux-mêmes en recensant les réclamations ou les remarques de ces derniers concernant le mauvais usage du label « TRUSTE » ou le manquement aux obligations.

507. Pour mener à bien ces contrôles, Trust-e fait appel à des auditeurs indépendants, notamment KPMG Peat Marwick et Pricewaterhouse Cooper. En contrepartie du label et des services offerts par Trust-e, les sites labellisés paient une cotisation annuelle calculée en fonction de leur chiffre d'affaires.

508. La labellisation par tierce partie peut être plus complexe et intégrer d'autres niveaux de garantie. Un premier niveau de garantie consistera à faire jouer au tiers indépendant le rôle de rédacteur des règles et critères de référencement auxquels les candidats au label entendent se soumettre. Un second niveau de garantie consistera à faire certifier par un tiers le label délivré grâce au contrôle a priori et a posteriori du tiers indépendant. La certification du label par un tiers certificateur a pour but de renforcer la confiance de l'internaute et d'accroître sa crédibilité dans le système ainsi mis en place. Pour s'assurer la qualité et la réalité du label apposé sur le site, l'internaute n'aura qu'à cliquer sur le signe représentant le label afin de faire apparaître le certificat de référencement du label qui renvoie au site du tiers certificateur sur lequel l'internaute pourra prendre connaissance de la liste des sites certifiés.

438 www.truste.org

509. Cette certification doit être distinguée de celle pratiquée dans le cadre de la signature électronique, car il ne s'agit pas ici de certifier l'identité de l'auteur d'un message électronique, mais plutôt d'attester qu'un site web labellisé a effectivement été contrôlé et a réellement obtenu le label en cause. Le cadre juridique de la labellisation par tierce partie sur le réseau Internet soulève des interrogations qui impliquent une analyse approfondie de cette pratique (**A**). Certaines associations de consommateurs sur le net se sont également mises à la pratique de la labellisation, d'où un manque de lisibilité dans ce domaine (**B**). Enfin, il a été constaté un phénomène de création de faux labels sur le net, ce qui constitue un revers pour cette forme de régulation des activités pratiquées dans le cyberspace (**C**).

A- Le cadre juridique de la labellisation par tierce partie

510. La labellisation par tierce partie telle que pratiquée sur le Net n'est pas juridiquement sans conséquence. Cette pratique peut s'intégrer dans certains pays dans un cadre juridique préexistant et avoir ainsi un encadrement juridique prédéfini. Ainsi, en France, la labellisation par tierce partie peut se voir appliquer les dispositions très contraignantes du code de la consommation, notamment les articles L.115-27 à L.115-33 et R.115-1 à R.115-9⁴³⁹. Il ressort de ces dispositions que : *« constitue une certification de produit ou service soumise au cadre législatif et réglementaire fixé par le code de la consommation, l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur ou du prestataire, atteste, à la demande de celui-ci effectuée à des fins commerciales, qu'un produit ou un service est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel et faisant l'objet de contrôle »*⁴⁴⁰.

511. Le code de la consommation soumet également l'activité de certification à de nombreuses contraintes légales, notamment, la déclaration de l'activité auprès d'une autorité administrative dans le but de garantir l'impartialité et la compétence de l'organisme qui

439 F. Olivier et F. Mascré, op. cit., p. 13

440 Art.L. 115-28

l'exerce⁴⁴¹. En outre, les référentiels sur lesquels s'appuie une telle démarche de certification sont aussi soumis à des règles d'élaboration et de validation très strictes qui nécessitent la concertation et l'association de l'ensemble des représentants des parties intéressées (art. R. 115-8) et doivent faire l'objet d'une publication au journal officiel (art. L.115-28). C'est l'organisme certificateur qui organise la concertation et la validation du référentiel. Le non-respect de ce formalisme est sanctionné par des peines d'amende et/ou d'emprisonnement (art. L.115-30 et L. 213-1)

512. Il est évident que ce formalisme très contraignant sera difficilement applicable sur le réseau Internet. Car il est imaginable que, pour s'affranchir d'une telle contrainte, les certificateurs français délocalisent leur activité sur des serveurs étrangers où cette réglementation n'existe pas, et ainsi encadrer leurs activités par le seul biais du contrat.

513. Au niveau européen, la labellisation des sites Internet n'a pas encore fait l'objet d'une réglementation propre. La directive sur la signature électronique qui traite de la certification par tierce partie ne prend pas en compte la labellisation des sites web⁴⁴². Dans tous les cas, la législation doit être adaptée à la réalité du réseau car si elle s'applique dans toute sa rudesse, elle risque de susciter de nombreux conflits, notamment vis-à-vis des propriétaires de sites qui, pour valoriser ceux-ci, s'engagent à contrôler et certifier les contenus proposés par des tiers en mettant en place une « autocertification ». Une telle Pratique ne fait-elle pas de ces propriétaires des tiers certificateurs du fait des produits et services proposés sur leurs sites qui devrait être soumise au formalisme légal ? Or, il est à observer que de telles pratiques se multiplient sur le réseau Internet et se font en toute illégalité et impunité. Le cadre informel de cette pseudo certification de label traduit l'inadaptation de la législation aux pratiques du réseau Internet et son rejet par les acteurs privés. Pour mettre fin à cette pratique illégale et rassurer le consommateur, de nombreuses associations en France et en Europe se sont lancées dans la labellisation par tierce partie. Il convient d'examiner de près cette pratique consumériste.

441 F. Olivier et F. Mascré, Op. Cit. P.14

442 La directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la Signature électronique définit le certificat comme : « Une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne ».

B- La labellisation par les associations de consommateurs sur le Net

514. Dans la logique consumériste, de nombreuses associations de consommateurs ont lancé sur le réseau Internet le label « *Webtrader* »⁴⁴³ entièrement dédié à la protection des consommateurs. Il s'agit des associations de consommateurs membres du groupe « CONSEUR » regroupant la Belgique, la France, l'Espagne, l'Italie et le Portugal auxquels se sont joints l'organisation britannique « WHICH ? » et le néerlandais « CONSUMENTENBOND ». Ces associations ont rédigé un ensemble d'exigences sous la forme d'un code de conduite que les entreprises, candidates au label, s'engagent à respecter sous le contrôle a priori de l'association nationale membre. Un contrôle a posteriori régulier est également effectué soit sous la forme d'un achat anonyme, soit lors des plaintes déposées par les consommateurs.

515. Le fait que des associations de consommateurs soient à l'origine d'une telle initiative n'est pas surprenant car elle s'inscrit dans la logique de la protection du consommateur. En revanche, ce qui est remarquable, c'est le cadre informel dans lequel cette labellisation est pratiquée. L'initiative « *Webtrader* » ne respecte pas le cadre légal français et traduit la volonté de ces auteurs de s'affranchir du carcan réglementaire étatique dans le but de trouver des solutions concrètes et très pratiques liées au problème de confiance sur le réseau Internet.

516. Il est vrai que les lois étatiques sont inadaptées aux réalités du réseau mondial, surtout en matière de labellisation par tierce partie. Cependant, le danger réside dans la volonté de certains acteurs de se placer délibérément dans l'illégalité en remplaçant les lois étatiques par le pragmatisme. D'où le revers observé en la matière.

443 E. Wery, *Les associations de consommateurs se lancent dans la labellisation de sites web ?* Actualité sur <http://www.droit-technologie.org> du 21 février 2000

C- Le revers de la labellisation des sites web

517. La labellisation tous azimuts à son revers qui est, d'une part, la multiplication des faux labels⁴⁴⁴. D'autre part, la labellisation des sites web par les organismes privés et les groupements professionnels peut conduire à l'exclusion et à la discrimination par le refus du label pour des raisons plus ou moins fondées. Ainsi, la labellisation des sites web peut être largement détournée de sa vocation régulatrice en étant utilisée comme un outil de censure politique, économique et commerciale.

518. La censure politique peut apparaître dans le fait que certains États auront tendance à soutenir les labels nationaux au détriment des labels étrangers par une application plus rigoureuse des règles légales en vigueur pour ces derniers. La labellisation des sites web pourrait devenir ainsi le nouvel outil du protectionnisme étatique.

519. La censure économique peut se manifester dans le refus du label aux sites concurrents par la mise en place de critères et d'exigences plus ou moins flous, laissant libre cours aux interprétations divergentes. Il sera donc facile d'écarter les concurrents candidats à la labellisation sous prétexte du non-respect des critères et exigences du référentiel. Il est également possible de privilégier ses propres filiales par la mise en place d'une pseudo-labellisation par tierce partie alors que l'indépendance de l'organisme tiers n'est pas avérée. Ainsi, les multinationales présentes sur le réseau Internet pourraient se livrer une guerre économique sans précédent.

520. La censure commerciale peut naître de la volonté des acteurs de mettre l'accent ou même de réserver la labellisation aux seuls sites marchands au détriment des autres. Cela aura pour conséquence d'accroître la pratique de l'autolabellisation qui est source d'insécurité sur le réseau Internet.

521. Toutes ces conséquences que peut générer la labellisation des sites web constituent un danger pour les internautes et pour les initiatives informelles de régulation du

444 Supra, n°499

réseau. La sécurité juridique et la confiance recherchées sont ainsi mises à mal par la multiplication des faux labels. Cependant, une solution à ce problème a été trouvée en vue de renforcer la crédibilité des labels. Il s'agit de l'initiative de sécurisation du label par la création de certificat de confiance. Toutefois cette initiative ne concerne que la labellisation par tierce partie et a pour but de vérifier la certitude de l'identité du détenteur du label apposé sur le site, le rapport du tiers certificateur ainsi que l'authenticité du label.

522. Cette vérification concerne l'intégralité des éléments du label afin de s'assurer que ceux-ci n'ont pas été usurpés par des personnes peu scrupuleuses. Cette technique permet de traquer les fraudeurs et usurpateurs de label afin de sécuriser la navigation sur le réseau Internet. La sécurisation du point de vue juridique du réseau Internet par ces initiatives plus ou moins informelles de régulation utilise largement le contrat comme un réceptacle des règles ainsi mises en œuvre.

523. Au terme de ce premier chapitre, il convient de relever que la création de règles privées de toute nature semble la chose la mieux partagée par les acteurs de l'Internet. Ces règles au contenu plus ou moins juridique sont diffusées à l'ensemble des utilisateurs par le biais du contrat qui en est le creuset idéal. Les règles de la netiquette sont reconnues juridiquement contraignantes et sont sanctionnées en tant que règles d'usage par les tribunaux. Les chartes et les codes de conduite qui sont des engagements unilatéraux reçoivent une traduction contractuelle qui renforce leur force obligatoire. La pratique de la labellisation sur les réseaux numériques soulève encore des interrogations quant à son cadre juridique même si cette pratique semble encourager par les pouvoirs publics.

524. Toutes ces initiatives de création de normes ont pour but de présenter le réseau Internet comme une zone où la sécurité juridique peut être garantie aux internautes. Le réseau Internet est donc capable de formuler ses propres règles applicables à ses acteurs et reconnues comme telles par les autorités étatiques. Cependant, la multiplication de ces règles d'origine privée sur le réseau Internet soulève d'autres interrogations, notamment celles relatives à la légitimité et l'identification des auteurs de cette normativité privée.

CHAPITRE 2 :

LES ACTEURS DE LA RÉGULATION PRIVÉE DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

525. Différentes catégories de producteurs de normes se côtoient et se concurrencent de façon récurrente sur les réseaux numériques. Il peut s'agir du simple utilisateur du réseau Internet, propriétaire d'un site web, qui élabore lui-même les règles d'accès et d'utilisation du contenu de son site, les comportements acceptés et les actes prohibés. Il peut s'agir aussi de grands acteurs institutionnels d'envergure mondiale qui édictent des règles de façon pyramidale sur le réseau. Entre ces deux extrêmes, se retrouvent des sociétés privées, des groupements professionnels, des associations d'utilisateurs, des groupes autoproclamés d'envergure nationale ou régionale qui sont tous producteurs de règles à valeur plus ou moins juridique destinées à régir les comportements et les activités sur le réseau Internet.

526. Ce foisonnement d'acteurs de la régulation du réseau mondial rend hasardeux tout recensement exhaustif. Cependant, une distinction de ces acteurs par catégorie permettra une classification pertinente. Il s'agira donc dans cette classification de présenter les acteurs principaux de la régulation contractuelle tant au niveau national qu'international. Ces acteurs qui sont à l'origine des règles indispensables à la régulation contractuelle contribuent à l'édification « *du droit vivant de l'Internet* »⁴⁴⁵. Mais de quelle légitimité disposent-ils pour produire des normes à valeur juridique ? Les procédures d'élaboration de ces normes sont-elles transparentes, démocratiques ? Si pour les acteurs étatiques et inter-étatiques la réponse semble évidente, pour les acteurs privés, la réponse mérite des analyses plus poussées. Cette question de la légitimité des acteurs qui est au cœur des débats actuels sur le bien fondé de la régulation privée des réseaux numériques sera abordée (Section 2) après une présentation générale des acteurs concernés (Section 1).

445 Ph. Amblard, *Régulation de l'Internet*, op. cit., p. 3

SECTION 1 :

Le foisonnement des acteurs de la régulation contractuelle des réseaux numériques

527. Peuvent être qualifiés d'« acteurs de la régulation des réseaux numériques » ceux qui prétendent avoir le pouvoir d'imposer un cadre normatif sur le réseau Internet, que ce cadre normatif soit juridique ou technique. De ce point de vue, les Etats ne peuvent être exclus. Ils sont des acteurs majeurs de la régulation juridique de l'Internet. Les lois étatiques s'imposent comme un ensemble de contenus prescriptifs des conduites humaines. Cependant, face au développement de l'Internet, la régulation étatique apparaît bien souvent inadaptée et nombreux sont les États qui encouragent la prise en charge par les acteurs eux-mêmes d'une partie de la régulation des activités qui prennent place sur le réseau. Cette position des pouvoirs publics, appelée « la *corégulation* », est présentée comme une alternative à l'autorégulation des seuls acteurs privés⁴⁴⁶.

528. Mais la régulation du réseau Internet par les acteurs privés, quelle soit faite avec la tolérance des pouvoirs publics ou du fait de leur impuissance, est une régulation privée et pose directement la question de la légitimité des acteurs privés à édicter des règles à vocation normative sur le réseau Internet. Au-delà de la question de légitimité, se pose surtout celle relative à l'identification de cette multitude d'intervenants. Si les acteurs exerçant sur le territoire national sont difficilement identifiables, l'identification de tous les acteurs exerçant à l'échelle mondiale devient utopique. La présentation catégorielle de ces acteurs qui s'impose ne pourra prendre en compte que les acteurs nationaux et mondiaux incontournables sur le réseau Internet et dont l'action ou l'activité normative est avérée (§1).

529. Il a été donné d'observer que certains acteurs privés, qui détiennent tous potentiellement une part du pouvoir normatif dans le cyberspace, se sont regroupés pour renforcer leur pouvoir et peser ainsi lourdement sur les processus normatifs en cours sur les réseaux numériques. D'autres acteurs n'ont nul besoin de regroupement pour affirmer leur

446 C. Paul, *Du droit et des libertés sur Internet*, op. cit., p. 85 et s.

pouvoir normatif. Ces acteurs particuliers méritent d'être étudiés de près pour comprendre les raisons de leur grand pouvoir normatif sur le réseau Internet (§2).

§1- La présentation générale des acteurs de la régulation privée des réseaux numériques

530. L'observation des pratiques de production de normes montre que les acteurs se regroupent bien souvent sous la forme de communautés normatives. Ainsi, en est-il des acteurs techniques dont les règles de coordination technique ont une vocation normative pertinente (A). Pour ce qui concerne les acteurs étatiques et inter-étatiques, il est constaté la mise en place d'organismes plus ou moins autonomes dont les délibérations et les recommandations servent souvent d'orientation et de guide aux pratiques normatives sur le réseau Internet (B). Enfin, la catégorie des acteurs associatifs concerne des groupements d'utilisateurs et de prestataires de services Internet. Cette dernière catégorie semble la plus active dans la production et la mise en œuvre des normes véhiculées sur le réseau Internet (C).

A- Les acteurs techniques

531. Le réseau Internet est un espace hautement technique constitué de différents réseaux interconnectés suivant des protocoles et autres fonctionnalités définis d'après des standards techniques. De nombreux organismes participent à la définition de ces standards permettant l'interconnexion caractéristique du réseau Internet. Ainsi, des organismes de standardisation édictent souvent des normes techniques ayant plus ou moins des effets sur les comportements des utilisateurs du réseau. Les effets des standards techniques sur le comportement des internautes sont présentés comme l'élément essentiel de la régulation technologique du réseau Internet⁴⁴⁷. Cependant, très souvent il arrive qu'on observe un

447 Plusieurs théories ont été développées sur l'impact normatif de la technologie, notamment par L. Lessig, *The laws of cyberspace*, <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig.htm>; J. Reidenberg, « *Lex informatica* », <http://www.si.umich.edu/%7expresinck/Reidenberg.htm> ; P. Trudel, *La « lex electronica »*, op. cit.

glissement de la norme technique vers la norme juridique, notamment par l'incorporation de la première dans un cadre légal ou contractuel.

532. Parmi les organismes de normalisation technique les plus représentatifs, il y a l'Internet Engineering Task Force, l'Internet Architecture Broad, l'Internet Society, le World wide web Consortium.

533. L'Internet Engineering Task Force (I.E.T.F) est la fédération de groupements organisés de façon plus ou moins informelle et qui travaillent à l'évolution des technologies qui soutiennent l'Internet. L'I.E.T.F élabore et approuve les spécifications techniques à titre de standards Internet⁴⁴⁸. Ainsi, pour qu'une norme ou un standard technique soit adopté pour le fonctionnement de l'Internet, il faut qu'il ait été développé au sein d'un groupe de travail de l'I.E.T.F, puis testé par l'Internet Engineering Steering Group (I.E.S.G) et enfin approuvé par l'Internet Society (ISOC.).

534. L'ISOC est une organisation non gouvernementale de droit américain⁴⁴⁹ dont le rôle est d'assurer la coopération et la coordination internationale entourant la technologie et les programmes de l'Internet. Depuis 1992, l'ISOC a tenu le rôle d'organisation internationale pour la mise en place d'un large éventail d'activités centrées sur le développement et la disponibilité des technologies associées à l'Internet⁴⁵⁰. L'ISOC intervient non seulement en tant qu'organisme ordonnateur global pour l'information et l'éducation relative à l'Internet, mais aussi en tant que « facilitateur » et coordinateur pour toutes les initiatives s'y rapportant de par le monde grâce à sa conférence annuelle Inet (International Networking) et d'autres événements (ateliers de formation dans les pays en voie de développement, travaux, publications.)

535. L'ISOC sert les besoins de la communauté des internautes. Bien que d'envergure mondiale, l'ISOC n'a toutefois pas pour fonction de réglementer l'Internet. Mais cela ne l'empêche pas de publier les lignes directrices de sa politique relative à la conduite sur

448 P. Trudel, op. cit., p. 225

449 <http://www.isoc.org>

450 <http://www.isoc.org/inet98/about.fr.html>

l'Internet et à son utilisation⁴⁵¹. Les membres individuels et corporatifs de l'ISOC ont un intérêt commun dans le maintien de la viabilité et de la dimension internationale de l'Internet. L'ISOC compte en son sein des membres fondateurs de l'Internet et créateurs des technologies qui y sont associées ainsi que des entreprises privées d'innovation technologique. Depuis décembre 1992, l'ISOC coordonne l'activité de l'I.E.T.F. et de l'I.A.B.

536. L'Internet Architecture Board (I.A.B.)⁴⁵² est le comité consultatif de l'ISOC créée en 1980. Il gère les évolutions techniques des protocoles de communication TCP/IP sous l'égide de l'Internet Assigned Number Authority (I.A.N.A.). Aujourd'hui, l'I.A.B. continue ses activités de façon informelle sous l'égide de l'ISOC.

537. Le World Wide Web Consortium (W3 Consortium)⁴⁵³ est le propriétaire de l'interface www. qui permet la navigation interactive sur l'Internet connu sous le terme « Web » inventé en 1994. Il est constitué du laboratoire des sciences informatiques du Massachusetts Institute of Technology (M.I.T.), de l'Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique (I.N.R.I.A) et du Centre Européen de Recherche Nucléaire. Il vise à optimiser les potentialités du web en développant des normes et des logiciels de référence. Les activités du Consortium sont réparties en un certain nombre de secteurs techniques. Le champ de compétence du Consortium W3 couvre de nombreuses activités. Il s'intéresse, en effet, à des questions relatives à la protection de la vie privée et à la propriété intellectuelle auxquelles il cherche et apporte des solutions technologiques. C'est dans ce cadre qu'a été mis sur pied le projet « Platform for Internet Content Selections (P.I.C.S.) » permettant aux parents et aux enseignants de filtrer l'information à laquelle les enfants pourraient avoir accès en utilisant l'Internet.

538. A ce jour, les instances de standardisation d'Internet ont passablement réussi à assurer l'émergence de règles techniques qui imposent un certain comportement aux acteurs et utilisateurs d'Internet. Le fonctionnement même de ces instances privées de régulation technique dénote une réelle volonté de gérer l'Internet en corporation, sans l'Etat. Cependant,

451 Vint Cerf (président de l'ISOC), *guidelines for conducts on and use of internet*, 14 août 1994
<https://info.isoc.org:80/policy/conduct:cref/aug-draft.html>

452 www.iab.org

453 www.w3.org

la multiplication des activités dans le cyberspace requiert d'autres modes de régulation de l'Internet que la régulation technologique, dans le but d'assurer une plus grande sécurité juridique et susciter la confiance chez les utilisateurs. Ainsi, à la régulation technique répond la régulation juridique étatique et inter-étatique que les acteurs privés ont toujours récusée.

B- Les acteurs étatiques et inter étatiques

1- Les acteurs inter-étatiques

539. La création d'un organisme international capable de réguler efficacement l'Internet a toujours été considéré comme une difficile entreprise dans le cyberspace à cause du caractère décentralisé du réseau, dépourvu de centre de contrôle, mais aussi et surtout à cause de la réticence des Etats-unis qui considèrent Internet comme un outil national dont il doit être les seuls garants. Mais dans cette vision étasunienne du contrôle de l'Internet, les contributions des autres nations ne sont pas rejetées. Ainsi au niveau international, des organisations inter-étatiques interviennent dans la régulation de l'Internet au niveau des États en proposant des lois types dans tels ou tels domaines de l'Internet. C'est par exemple le cas de la C.N.U.D.C.I.⁴⁵⁴ pour la loi type sur le commerce électronique et le projet de loi pour la signature électronique. Ces propositions sont souvent accueillies favorablement dans les milieux privés grâce à la contractualisation bien avant leur acceptation par les Etats.

540. Certaines organisations internationales ne sont que le lieu de forums internationaux favorisant les échanges de points de vue et la prise de conscience internationale des problèmes de l'Internet⁴⁵⁵. Seule l'O.M.P.I.⁴⁵⁶ intervient plus ou moins directement dans la régulation contractuelle de l'Internet par le biais de son centre de médiation et d'arbitrage pour la résolution des conflits liés aux noms de domaine. Lors du dernier Sommet mondial sur la société de l'information (S.M.S.I.) de Tunis organisé par l'Union internationale des télécommunication sous l'égide de l'ONU (du 16 au 18 novembre 2005), la délégation de la

454 Commission des nations unies pour le droit commercial international

455 Notamment, l'Organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E.), l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C), le G7+1 (Groupe des sept pays les plus industrialisés plus la Russie)

456 Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, www.OMPI.org

Grande-Bretagne, a fait, au nom de l'UE, une nouvelle proposition consacrée à l'avenir de la gestion de l'Internet et tendant à la mise en place d'un nouvel organisme international en lieu et place de l'actuel ICANN, considéré comme totalement inféodé au gouvernement américain. Mais cette demande s'est heurtée au refus catégorique des Etats-unis qui l'ont jugée inacceptable. Pour le gouvernement américain, il n'est pas non plus question pour l'ONU de prendre en charge la gestion de l'Internet car la gestion actuelle du réseau par l'ICANN lui semble irréprochable. Pour les Américains, cette question qui intéresse la politique stratégique de leur pays ne semble pas négociable. Le sommet du 16 novembre 2005 a ainsi posé les jalons des futurs débats qui risquent de réveiller la fin du contrat de l'ICANN⁴⁵⁷.

541. Cependant, cette rencontre mondiale a semble-t-il eu un volet positif. Un consensus historique aurait été trouvé concernant la nécessité d'une approche internationale coordonnée sur les notions de spam, de commerce électronique, de cybercriminalité, de taxes de connectivité, etc⁴⁵⁸. Ces questions devraient être discutées au sein d'un « Forum international sur la gouvernance de l'Internet » que l'ONU doit convoquer à l'autonomie de l'année 2006. L'approche internationale de la régulation du réseau se met ainsi discrètement en place et n'a pas encore dévoilé tout son contenu.

2- Les acteurs étatiques

542. Au niveau national, les structures existantes, telles que la C.N.I.L.⁴⁵⁹, le C.S.A.⁴⁶⁰, l'A.R.T.⁴⁶¹ et l'A.R.C.E.P.⁴⁶² se situent dans une logique étatique, alors que l'Internet est un phénomène mondial. En outre, la compétence de ces autorités administratives indépendantes se trouve compartimentée par une réglementation propre qui ne prend pas en compte la spécificité du réseau Internet. Cependant, ces organismes participent plus ou moins efficacement à l'encadrement juridique de l'Internet. S'agissant par exemple de la CNIL, qui a fait l'objet d'une réforme par la loi 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-

457 *L'ICANN en fin de règne*, Expertises, n°297-nov. 2005

458 idem,

459 Commission nationale informatique et liberté, www.cnil.fr

460 Conseil supérieur de l'audiovisuel, www.csa.fr

461 Autorité de régulation des télécommunications, www.art-telecom.fr

462 Autorité de régulation des communications électroniques et des postes qui a succédé à l'ART, www.arcep.fr

17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁴⁶³, ses interventions au niveau du réseau Internet restent essentiellement cantonnées aux traitements de fichiers à caractère personnel.

543. D'un autre côté, ces autorités de régulation⁴⁶⁴ qui constituent le noyau dur des Autorités administratives indépendantes⁴⁶⁵ ont rarement le pouvoir de sanction, se contentant de recommandations aux acteurs concernés et de rapports aux autorités compétentes de l'Etat. Néanmoins, l'action de ces acteurs publics sur le réseau a eu une certaine influence sur le comportement des acteurs privés au point de modifier définitivement la perception juridique du cyberspace. Ainsi en France, La confrontation entre acteurs publics et acteurs privés a abouti à un système de corégulation qui permet la coexistence de deux visions régulatrices divergentes mais complémentaires du cyberspace.

544. C'est ainsi que les autorités françaises ont préconisé la création d'un organisme de corégulation, associant acteurs publics et privés⁴⁶⁶. Il s'agit d'un organisme privé chargé d'éclairer les acteurs privés sur les pratiques, les contenus, les comportements répréhensibles ou non sur l'Internet. Dénommé par le député Christian Paul « le Forum des droits sur l'Internet »⁴⁶⁷ et constitué depuis le mois de juillet 2001, cet organisme hybride est opérationnel et participe activement à la mise en place de la société de l'information en France. De nombreux rapports et recommandations ont été déjà publiés sur son site.

545. Le choix d'un organisme privé pour la régulation de l'Internet en lieu et place d'une Autorité administrative est un choix stratégique et hautement politique fait par les pouvoirs publics français. La France, par cet organisme privé, manifeste une apparente vision

463 J.O n° 182 du 7 août 2004 p. 14063, <http://www.legifrance.gouv.fr>

464 P. Quilichini, *Réguler n'est pas juger. Réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique*, AJDA, 24 mai 2004, p. 1060 et s.

465 Conseil d'Etat, *Rapport annuel, Les Autorités administratives indépendantes*, EDCE n°52, 2001

466 Conseil d'Etat, Rapport : « *Internet et les réseaux numériques* », Entretien avec Isabelle Falque-Pierotin, rapporteur général, P. A., 9 septembre 1998, n°108, p. 9

467 www.foruminternet.org. Voici la présentation qu'on retrouve sur le site : « *Le Forum des droits sur l'internet est un organisme crée avec le soutien des pouvoirs publics, compétent sur les questions de droit et de société liées à l'Internet. Il a pour mission d'informer le public, d'organiser la concertation entre les pouvoirs publics, les entreprises et les utilisateurs sur ces questions. Le Forum propose également un service de médiation à destination du grand public. Le Forum comprend aujourd'hui près de 70 membres, organismes publics, associations et entreprises privés. Il est présidé par Isabelle Falque-Pierrotin, conseiller d'Etat et commissaire à la CNIL* ».

libérale de la régulation du réseau Internet⁴⁶⁸ et du coup apporte une réponse concrète aux différentes critiques l'accusant de vouloir par des lois nationales réguler un réseau de nature internationale. En outre, ce choix permet aux acteurs privés de limiter eux-mêmes leurs propres actions en définissant de façon préventive et consensuelle les règles et les principes à respecter sur le réseau mondial. Ainsi, à moyen ou long terme, le législateur français pourrait inclure ces règles et principes d'origine privée dans des lois nationales en vue de leur donner une force obligatoire plus contraignante.

546. Cette politique pourrait permettre au législateur national de ne plus se voir reprocher de légiférer de façon inadaptée aux réalités du réseau Internet, dans la mesure où les règles véhiculées par la loi seront celles émanant des acteurs de l'Internet. A la différence des autres structures étatiques, le Forum des Droits sur l'Internet n'est pas une autorité administrative indépendante bien que créé sous l'impulsion des pouvoirs publics. Le Forum des droits sur l'Internet est constitué sous la forme plus souple d'une association (loi de 1901) et est composé de plusieurs dizaines de membres permanents.

547. Contrairement aux autres acteurs du réseau Internet, le Forum n'élabore pas de règles et n'édicte pas non plus de chartes et des codes de conduite ou de déontologie. Il organise simplement des débats sur des questions relatives à l'Internet⁴⁶⁹. Le Forum recueille aussi des témoignages sur les pratiques liées à l'utilisation du réseau Internet. Il clarifie les débats, recherche une majorité d'opinions en vue de dégager un consensus là où cela s'avère possible. Le Forum des Droits sur l'Internet produit des synthèses régulières des débats, fait des comptes-rendus, dégage les points de consensus et les divergences, et enfin organise des réunions (physiques ou virtuelles) pour traiter les questions les plus difficiles. Au terme de la discussion, le Forum prend acte des diverses recommandations formulées par les acteurs et les publie sur son site. Cependant, les ambitions de cet organisme hybride sont beaucoup plus grandes. Le Forum se positionne en France comme l'acteur incontournable de la régulation du réseau Internet. Il est régulièrement consulté par les gouvernants et les acteurs privés sur les

468 F. Amalou, *La France s'oriente vers une corégulation « libérale » d'internet*, *Le monde*, 30 juin 2000, p. 20
469 Par exemple : « Cybercrime et démocratie » ; « Internet et relation de travail », www.foruminternet.org/forums.

questions juridiques liées au réseau. Il se voit confier des missions de sensibilisation et d'action pour une utilisation plus sûre et plus respectueuse du Droit sur l'Internet⁴⁷⁰.

548. La mise en œuvre de la corégulation, qui se présente comme la médiane entre le laisser-faire et laisser-aller des acteurs privés et le tout réglementer et le tout contrôler des pouvoirs publics, a pour ultime conséquence la transformation définitive du réseau en un espace juridique. Ce faisant, la régulation d'Internet apparaît comme « un melting pot juridique »⁴⁷¹ né de l'action croisée des acteurs publics et des acteurs privés, au sein desquels, sont représentés en bien plus grand nombre les acteurs associatifs, qu'il s'agisse d'associations d'utilisateurs ou de prestataires de services Internet.

C- Les acteurs associatifs

549. Les groupements professionnels et associations sont aussi nombreux sur le réseau que dans la société hors réseau et ont pour la plupart un rayonnement national. Mais d'autres ont une assise régionale. Ainsi au niveau régional, se trouve l'EuroISPA qui est la fédération européenne des fournisseurs d'accès et de services Internet⁴⁷². Cette structure regroupe des organisations de fournisseurs d'accès et de services Internet de neuf pays européens (dont la France). L'EuroISPA a mis en place des points de contact sur le réseau Internet destinés à lutter contre les contenus illégaux (pédophilie, racisme...) en permettant aux utilisateurs de les dénoncer. L'EuroISPA a participé à deux projets dans le cadre du plan d'action de la Commission européenne baptisés INHOPE⁴⁷³(réseau des points de contact européens), et INCORE⁴⁷⁴ qui concerne l'auto classification des sites web.

550. Le foisonnement des associations professionnelles sur le réseau Internet s'explique par la volonté de ces organisations de répondre de manière aussi réaliste que possible aux problèmes effectivement rencontrés par leurs membres sur le réseau.

470 Le forum a, notamment, organisé la sensibilisation des internautes sur le Peer-to-Peer et sur l'achat en toute sécurité de bien sur Internet. Il vient, en outre, d'être associé à la mise en place du label « Famille » par le gouvernement.

471 Cette expression est de Renaud Berthou, Th., op. cit.

472 <http://www.euroispa.org>

473 <http://www.inhope.org>

474 <http://www.incore.org>

La première association française à s'illustrer dans la pratique de l'autorégulation est le Groupement des Éditeurs de Services en ligne (G.E.S.T.E)⁴⁷⁵ qui a élaboré une « Charte de l'Internet » avec la collaboration des autres professionnels du réseau. Cette charte qui s'intitule « Règles et Usages des Acteurs de l'Internet en France », est un plaidoyer pour l'autorégulation du réseau Internet. En adhérant à celle-ci, les acteurs s'engagent à respecter ses dispositions, à promouvoir les usages de la charte et à développer les conditions de sa mise en œuvre, notamment, en utilisant des contrats faisant référence aux règles qu'elle établit. La charte de l'Internet a même institué un organe d'autorégulation dénommé : « le Conseil de l'Internet », comme si l'Internet était un réseau pouvant admettre une autorité centralisée. Ceci explique sans doute le fait que cette charte soit restée quelque peu lettre morte⁴⁷⁶. Le GESTE est également à l'origine d'autres chartes, telles que : « la charte des éditeurs de petites annonces » et celle de « l'édition en ligne ».

551. Une autre association, parmi les plus représentatives, est l'Association des fournisseurs d'accès et de services Internet (A.F.A.), créée en 1996 et dont la mission est le développement des services Internet⁴⁷⁷. L'AFA regroupe les prestataires techniques d'Internet autour de quatre métiers spécifiques :

- l'hébergement professionnel et grand public
- l'accès professionnel et grand public
- les portails et moteurs de recherche
- Les réseaux IP.

552. La représentativité de l'AFA lui a permis d'élaborer un code de déontologie intitulé : « Pratiques et Usages »⁴⁷⁸ publié sur son site dès 1998. Par ces règles, qui définissent le cadre déontologique de la profession, les membres de l'AFA s'engagent à respecter la Nétiquette et la confidentialité de la correspondance privée. Sur le terrain de la protection des mineurs, l'AFA refuse l'abonnement au mineur sauf autorisation expresse de la personne titulaire de l'autorité parentale et propose aux utilisateurs des solutions leur permettant d'effectuer le filtrage des contenus. En tant que membre de EuroISPA, l'AFA a mis en place des points de

475 <http://www.geste.fr>

476 L. Bochurberg, op. cit., p. 37, n°242

477 <http://www.afa-France.com>

478 Voir Table des annexes, p. 297

contact en vue de lutter contre les contenus manifestement illicites. Enfin, l'AFA est membre fondateur de l'EuroISPA dont elle a assuré la présidence de 1999 à 2000 et aussi membre actif du Forum des droits sur l'Internet et ne manque pas d'exprimer ses positions divergentes dans les recommandations que publie cet organisme.

553. D'autres associations plus ou moins représentatives peuvent être également citées comme acteurs privés de la régulation de l'Internet. C'est le cas du Groupement français de l'industrie de l'information (G.F.I.I.)⁴⁷⁹ et de l'Association française de la télématique multimédia (A.F.T.E.L.) qui se sont aussi dotés de codes de déontologie définissant les principes éthiques à respecter dans les relations entre professionnels et dans les relations entre professionnels et utilisateurs.

554. Le Bureau de Vérification de la Publicité (B.V.P.) fait aussi figure d'acteur de l'autorégulation de l'Internet. Sans doute, à ce jour, il n'y a pas à proprement parler de code de déontologie de la publicité sur Internet, mais les règles et usages déjà définis pour la publicité hors réseau paraissent devoir s'appliquer à celui-ci⁴⁸⁰. Des propositions précises de normes qui pourraient être celles de l'Internet publicitaire ont été faites pour régler les questions posées par ce média⁴⁸¹ :

- identification du caractère publicitaire du message
- engagement de ne recourir qu'à une publicité loyale, honnête, véridique, décente
- désignation de la cible nationale
- identification de l'annonceur.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique semble avoir incorporé ces règles en imposant dans son article 20 que « *toute publicité, sous quelque forme que se soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée* ».

479 <http://www.gfii.asso.fr>

480 M. Vivant, « *Internet, support publicitaire : régulation et déontologie* », Gazette du palais, 21 et 22 novembre 1997, p. 2

481 N. Varille, « *publicité sur Internet : Droit et déontologie* », Gazette du Palais du 21 et 22 novembre 1997 p. 5

555. Enfin, l'Association française pour le Nommage Internet en Coopération (A.F.N.I.C.)⁴⁸², créée en décembre 1997 par la volonté conjointe de l'Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique (I.N.R.I.A.) et de l'État français représenté par les ministères chargés des télécommunications, de l'industrie et de la recherche. L'AFNIC a repris les activités du NIC-France/INRIA le 1^{er} janvier 1998 pour mieux associer tous les acteurs publics et privés du réseau Internet à son action et avoir une souplesse de gestion qu'un établissement de recherche ne permettait pas.

556. L'AFNIC est accréditée auprès de l'ICANN pour la gestion des noms de domaine en « .fr ». Elle réunit tous les acteurs concernés par le développement du réseau Internet et son bon fonctionnement et se compose de trois grands collèges distincts :

- les prestataires de services Internet
- les utilisateurs (personnes morales ou physiques)
- Les organisations internationales ou francophones.

La *Charte de nommage*⁴⁸³ de l'Afnic dont la dernière version date du 20 juin 2006 contient toutes les règles gouvernant l'enregistrement et l'attribution des noms de domaine en .fr.

557. En France, d'autres acteurs associatifs importants ayant des activités traditionnellement hors réseaux se sont également investis sur le web et jouent un certain rôle dans sa régulation. Il s'agit à titre d'exemple de la Fédération des Entreprises du commerce et de la distribution (F.E.C.D.) et la Fédération des Entreprises de Vente à Distance (F.E.V.A.D.) qui ont mis en place le label : « l@belsite » pour promouvoir leurs activités sur le réseau Internet⁴⁸⁴.

558. Aux États-Unis où l'Internet est né et s'est développé, de nombreuses associations se sont constituées et militent en faveur d'une autorégulation de celui-ci. Nous citerons à titre d'exemple, l'Electronic Frontier Foundation (E.F.F.)⁴⁸⁵ pour la protection des droits individuels dans la société de l'information, Computer Professional for Social Responsibility (C.P.S.R.)⁴⁸⁶ et l'Electronic Privacy International Center (E.P.I.C)⁴⁸⁷. Ces entités n'ont le

482 <http://www.afnic.fr>

483 Cette charte est disponible sur le site www.afnic.fr. V. Table des annexes, p. 297

484 V. supra, n°500

485t <http://www.eff.org>

486 <http://www.cpsr.org>

487 <http://www.epic.org>

plus souvent qu'un rayonnement national, voire sectoriel contrairement à l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (I.C.A.N.N.) et l'ancienne société privée Network Solutions Inc.⁴⁸⁸ qui ont une envergure mondiale. Ces deux dernières entités jouissent d'une autorité mondialement reconnue pour la gouvernance de l'Internet. De ce fait, elles sont les principaux acteurs privés de la régulation du réseau Internet.

§2- Les acteurs particuliers : l'ICANN et la NSI (VeriSign)

A- L'ICANN : un acteur mondial

559. L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (I.C.A.N.N.) a été créée en octobre 1998 et a été reconnue par le gouvernement américain au mois de novembre de la même année. Ce dernier a prévu dans un accord appelé « *Memorandum of Understanding* » de transférer progressivement à l'ICANN les fonctions techniques de coordination de l'Internet⁴⁸⁹. En raison des difficultés rencontrées par l'ICANN, la date butoir initiale du 30 septembre 2000 pour le transfert des compétences a été repoussée⁴⁹⁰.

560. L'ICANN est une société privée à but non lucratif et d'intérêt public, dont le siège est à Los Angeles en Californie. Il s'agit donc d'une société de droit américain, organisée selon le « *Californian non profit public benefit corporation Law for charitable and public purposes* », une sorte de fondation privée. L'article 4 de ses statuts prévoit que : « *L'ICANN agit dans l'intérêt de la communauté Internet tout entière, en menant ses activités conformément aux principes du droit international applicable en la matière et dans le respect des conventions internationales et des législations locales en vigueur...en usant de procédures transparentes et accessibles qui garantissent la concurrence et le libre accès au marché lié à l'Internet. A cet effet, la société peut coopérer de manière appropriée avec les*

488 Laquelle a été absorbée par la société VeriSign

489 Memorandum of understanding between the US department of commerce an ICANN, 25 November 1998, <http://www.icann.org/general/icann-mom-25nov1998.htm>

490 E. Clerc, *La gestion semi-privée de l'Internet*, in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la Mondialisation*, Op. cit., p. 333

organisations internationales compétentes »⁴⁹¹. L'ICANN a donc à ce titre été chargée de la gestion du « *Domaine Name System (D.N.S.)* » qui comprend l'attribution des adresses numériques IP, la gestion des noms de domaine génériques (.net, .com, .org, .gouv, .edu...), l'ajout de nouveaux noms de domaine génériques et la supervision du système serveur racine. Toutefois, les actions de l'ICANN dépassent de loin sa tâche purement technique et revêtent une dimension hautement politique. Cet organisme utilise la coordination technique comme le levier d'une politique publique mondiale⁴⁹². Ainsi pour Évelyne CLERC, l'ICANN serait « *l'ONU de l'Internet* »⁴⁹³, un régulateur mondialement « neutre ».

561. La création de l'ICANN, loin d'être le fruit d'une volonté spontanée du secteur privé, est plutôt le produit des demandes formulées par l'Union européenne et certains gouvernements d'Asie en réponse aux propositions du gouvernement américain contenus dans le « *White Paper* » (livre blanc) du département américain du commerce⁴⁹⁴.

La proposition américaine de confier l'organisation et le management de l'Internet au secteur privé selon le concept de l'auto-réglementation, développé dans le *White Paper* américain, fut approuvée par l'Union européenne. Ainsi les gouvernements européens renoncèrent à leur demande initiale d'attribuer la gouvernance de l'Internet à une organisation internationale, car la nature technique de cette tâche et la rapidité de l'évolution technologique sont incompatibles avec les procédures internationales classiques. Toutefois certaines organisations internationales concernées par les activités de l'ICANN sont naturellement associées à l'élaboration des politiques et des normes adoptées par cette dernière. C'est ainsi que l'O.M.P.I.⁴⁹⁵ fut associée à l'élaboration de la procédure de résolution et d'arbitrage des litiges entre noms de domaine et marques.

562. L'ICANN a remplacé, depuis novembre 1998, l'Internet Assigned Numbers Authority (I.A.N.A), une entité à but non lucratif agissant pour le compte du département américain du commerce et qui avait en charge la coordination de l'Internet sur le plan

491 Articles of ICANN as revised, November 21, 1999, <http://www.icann.org/general/articles.htm>

492 H. Klein, « *ICANN et la gouvernance d'Internet* », in F. Massit-Folléa, R. Delmas, *La gouvernance d'Internet*, op. cit., p. 93 et s.

493 E. Clerc, op. cit., p. 342

494 US Department of commerce, National telecommunications and informations administrations (NTIA), statement of policy on management of Internet Names and numbers, 5 June 1998, "the white paper"

<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6-5-98-dns.htm>

495 www.OMPI.org

mondial. Le monopole américain sur la gestion et le contrôle de l'Internet a été vivement critiqué, notamment par les pays européens et asiatiques qui souhaitaient la création d'une structure mondiale indépendante du gouvernement américain. En effet, la croissance accélérée de l'Internet et sa dimension internationale et commerciale remettaient en cause la légitimité des décisions émanant du seul gouvernement américain. Dans la perspective de mettre en place un organisme plus représentatif de la diversité des utilisateurs, un comité ad hoc international⁴⁹⁶ a été mis sur pied avec la participation de la communauté des ingénieurs de l'ISOC⁴⁹⁷.

563. L'ouverture à la concurrence de l'enregistrement des noms de domaine génériques fut le premier problème politique auquel l'ICANN a dû apporter une solution significative. Les contrats d'accréditation ont permis, ainsi, à l'ICANN d'asseoir son autorité sur le management des noms de domaine génériques dans la mesure où les bureaux d'enregistrement s'engageaient dans leur contrat à respecter les politiques et les règles adoptées par l'ICANN⁴⁹⁸. Cet organisme s'est aussi assuré par l'accréditation une source de financement permanente en percevant des taxes d'accréditation auprès des bureaux d'enregistrement. L'autorité de l'ICANN trouve sa source dans le respect de ses politiques consensuelles par les bureaux d'enregistrement et de là par la communauté mondiale des utilisateurs de l'Internet.

564. A priori, il peut sembler que l'ICANN n'ait aucun moyen de contrainte pour imposer ses décisions et, donc, que la régulation opérée par cette structure repose sur le caractère volontariste des acteurs et utilisateurs du Net. En réalité, l'ICANN confère un caractère obligatoire aux règles qu'elle élabore en les incorporant dans les contrats qu'elle conclut avec les bureaux d'enregistrement de noms de domaine génériques, avec la société VeriSign et aussi avec les instances arbitrales appliquant le système uniforme de résolution des disputes concernant les noms de domaine⁴⁹⁹. Ainsi, les règles adoptées par l'ICANN acquièrent un caractère juridiquement contraignant par le jeu du renvoi contractuel ou même par simple incorporation des règles dans les contrats. De cette façon, l'ICANN opère une

496 Internet ad-hoc committee (I.A.H.C), mis sur pied par John Potel, chercheur à l'University of southern California

497E. Clerc, op. cit., p. 338

498 Registrar accreditation agreement; <http://www.icann.org/nsi/icann-raa-04nov99.htm>

499 « Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy » (U.D.R.P.), adopté le 26 août 1999, www.icann.org

autorégulation contractuelle du réseau Internet qui s'inscrit dans la durée par la technique des contrats standardisés et uniformisés.

565. Dans ses contrats d'accréditation, l'ICANN prévoit que les contractants s'engagent à respecter toute politique consensuelle présente ou future adoptée par elle. De même, le jeu du renvoi contractuel et de l'incorporation dans le contrat des normes qu'elle édicte a permis à l'ICANN d'imposer l'U.D.R.P comme la procédure de référence en matière de règlement des différends entre les marques et les noms de domaine génériques. Ainsi par une cascade de contrats, qui part de l'ICANN, au sommet, pour arriver au simple utilisateur, en bas de l'échelle, en passant par les sociétés de gestion des noms de domaine génériques et les bureaux d'enregistrement accrédités par ces dernières, l'ICANN fait circuler les normes définissant sa politique du réseau Internet. De la sorte, l'ICANN se présente comme le régulateur mondial de l'Internet⁵⁰⁰ grâce au caractère contraignant des règles « *contractualisées* » qu'elle produit. L'ICANN a longtemps partagé son pouvoir avec la NSI à qui le gouvernement américain avait concédé la gestion des noms de domaine génériques.

B- La NSI (VeriSign)

566. L'exclusivité mondiale de l'enregistrement des noms de domaine génériques avait été concédée à la Network Solution Inc. (N.S.I.), une société privée de droit américain par le département du commerce sur la base d'un accord de coopération d'une durée de cinq ans. L'enregistrement des noms de domaine était donc effectué par la NSI, sur le fondement de la fameuse règle du « *premier arrivé, premier servi* »⁵⁰¹ en échange d'une subvention versée par le gouvernement américain. En 1995, l'apparition du World Wide Web a mis en exergue l'intérêt commercial des sites Internet et occasionna une forte augmentation du nombre des enregistrements de noms de domaine. Le gouvernement américain autorisa alors la NSI à facturer chaque enregistrement en vertu d'un nouveau contrat gouvernemental qui lui faisait toujours bénéficier du monopole des enregistrements sur un marché devenu particulièrement lucratif.

500 H. Klein, « *ICANN et la gouvernance d'Internet* », op. cit., p. 93

501 V. infra, n°671

567. Cette situation de monopole ne tardera pas à faire naître des oppositions, notamment celle des ingénieurs de l'ISOC, artisans du plein essor du réseau Internet qui contestent le pouvoir grandissant de la NSI et le caractère de plus en plus commercial du web⁵⁰². D'autres entreprises, qui souhaitaient entrer sur le marché lucratif de l'enregistrement des noms de domaine génériques, ont également contesté le monopole conféré à la NSI et ont saisi les autorités de concurrence des deux côtés de l'atlantique de plaintes visant l'abus de position dominante de la NSI⁵⁰³.

568. L'ouverture à la concurrence de l'enregistrement des noms de domaine génériques passait donc nécessairement par la suppression du monopole de la NSI en permettant l'arrivée sur le marché de nouveaux bureaux d'enregistrement concurrents. La suppression du monopole de la NSI fut le résultat des pressions politiques exercées par le congrès américain, les autorités de concurrence et par le département du commerce américain. Ce dernier ayant subordonné le renouvellement du contrat gouvernemental, arrivé à son terme, à l'acceptation par la NSI de la concurrence sous la forme d'un système d'enregistrement partagé, et à la reconnaissance de l'autorité de l'ICANN⁵⁰⁴. La NSI s'est donc engagée par contrats envers, d'une part, le gouvernement américain⁵⁰⁵ et, d'autre part, envers l'ICANN à n'autoriser que des entreprises accréditées par cette dernière à accéder à son registre pour y procéder à des enregistrements de noms de domaine⁵⁰⁶. Le contrat conclu entre la NSI et chaque bureau d'enregistrement prévoyait que celui-ci prend fin dans l'hypothèse où le bureau d'enregistrement perd son accréditation ou si celle-ci n'est pas renouvelée par l'ICANN⁵⁰⁷.

569. En mars 2000, la société VeriSign, spécialisée dans les certificats numériques utilisés dans le commerce électronique, a acquis la NSI à coût de milliards de Dollar⁵⁰⁸. Ainsi, la société VeriSign reste le maître de la base de données des trois domaines génériques les

502 Ibid, p. 338

503 E. Clerc, op. cit., p. 360 et s.

504 Shared registration system, amendement n°11 du 07 octobre 1998, www.icann.org

505 Amendment n° 19: cooperative agreement between NSI and U.S. government, 04 November 1999; <http://www.icann.org/nsi/coopagmt-amend19-04nov99.htm>

506 ICANN- NSI registry agreement; <http://www.icann.org/nsi/nsi-registry-agreement-04nov99htm>

507 NSI-registrar license and agreement 04 November 1999, <http://www.icann.org/nsi/nsi-rla-04nov99.htm>

508 E. Clerc, op. cit., p. 368

plus populaires (.com, .net, et .org)⁵⁰⁹. Il ne semble pas que le département du commerce américain ait été consulté sur cette vente qui implique le transfert des activités de la NSI en tant que registre à la société VeriSign. Cependant aucune opposition n'a été enregistrée venant de ce département. Le contrat qui confère le pouvoir à la société VeriSign sur le domaine « .org » a pris fin le 31 décembre 2002. Mais s'agissant du « .net », l'ICANN a renouvelé le contrat de la société VeriSign jusqu'en 2006 et le « .com » jusqu'en 2007⁵¹⁰.

570. La multiplication des acteurs de l'Internet et, par voie de conséquence, la multiplication des sources de régulation privées soulèvent le problème de la légitimité des auteurs de cette régulation. La question qui se pose est celle de savoir de qui ces acteurs privés détiennent le pouvoir d'élaboration des normes circulant sur le réseau ? Ces normes qui sont censées engager l'ensemble des acteurs concernés sont-elles le produit d'une procédure « démocratique », c'est-à-dire émanant de la volonté générale des acteurs ? C'est la question qu'il convient maintenant d'examiner.

509 O. Iteanu, *l'Icann, un exemple de gouvernance originale, ou un cas de law intelligence ?*, Expertises, Avril 2002, p. 131

510 O. Iteanu, op. cit., p. 134

SECTION 2 :

La légitimité des acteurs de la régulation privée des réseaux numériques

571. Poser la question de la légitimité des acteurs de la régulation privée de l'Internet revient à rechercher le fondement de leur pouvoir d'élaboration des règles ayant vocation à régir les comportements et les activités des professionnels et utilisateurs de ce média mondial.

En principe, l'Internet n'est contrôlé ni par un État⁵¹¹ ni par aucune autorité centralisée. S'agissant donc d'un réseau décentralisé auquel chaque individu est libre de se connecter et libre de s'y exprimer, il n'apparaît pas nécessaire de rechercher la légitimité des acteurs de l'autorégulation de l'Internet.

572. Cette régulation privée est marquée par la volonté des acteurs de fixer par eux-mêmes les règles qui régiront leurs comportements et leurs activités sur le réseau. Ainsi, chacun d'eux apparaît comme doté d'une certaine légitimité d'action fondée sur la mise en œuvre de sa liberté. Les règles privées appliquées sur le réseau naissent de façon spontanée. Elles résultent de la transposition sur le réseau Internet des règles existantes telles que : la courtoisie, la politesse et le respect mutuel, les usages et les législations en vigueur hors réseau. Ces règles sont véhiculées par les contrats des organisations privées, plus ou moins autoproclamées.

573. Cependant, le succès de ces règles auprès de leurs destinataires ne peut s'expliquer par la seule adhésion conventionnelle. En réalité, ces organisations acquièrent par la qualité de leurs services et par leur compétence propre sur le réseau une certaine notoriété qui légitime toute prescription de règles de bon comportement aux usagers du réseau Internet. Cette légitimité est donc purement technique (§1). Mais certains acteurs qui jouissent de la reconnaissance du bien fondé de leur intervention sur le réseau peuvent se targuer d'être investis d'une légitimité politique (§2). Cette légitimité politique qui émanerait des pouvoirs publics nationaux apparaît comme le signe du succès de la régulation contractuelle des réseaux numériques.

511 Malgré son origine américaine et la grande influence que les Américains exercent sur les instances de régulation technique et juridique

§1- La légitimité technique des acteurs privés de l'Internet

574. L'Internet est d'abord un réseau technique de communication avant d'être un outil culturel et commercial. Sa construction et sa mise en œuvre ont nécessité une grande expertise technique. Cette compétence technique semble le fondement du pouvoir d'action des acteurs privés de l'Internet. Ainsi, la dimension technique du réseau mondial permet aux acteurs privés d'avoir une certaine maîtrise des activités s'y déroulant et d'agir directement sur les comportements des utilisateurs. Au-delà de la création de standards techniques, l'action stratégique des organisations privées induit un pouvoir normatif de fait.

575. Au niveau mondial, l'ISOC, le W3 Consortium et l'ICANN jouissent d'une forte légitimité due à leur grande expertise technique et aussi à leur emprise sur le réseau Internet. Ces organismes privés ont, à eux seuls, en charge la quasi-totalité de la gestion des fonctionnalités des systèmes fondamentaux du réseau : la gestion des serveurs racines (*Root servers*), des noms de domaine (*Le Domain.Name.System.*), des protocoles de communication (*IP*), du web, des standards techniques, etc. A ce statut de gestionnaires de l'Internet s'ajoute celui de pionnier (pour certains acteurs tels que l'IETF, IESG, l'IAB) qui a pour effet d'accentuer cette légitimité technique.

576. Tous ces acteurs techniques ont pour point commun la capacité d'édicter des normes technique pouvant s'appliquer à tous les utilisateurs du réseau Internet et donner ainsi une direction à leur conduite. Cette conduite imposée par des standards techniques concerne non seulement les comportements individuels, mais aussi toutes les activités se déroulant sur l'Internet. Ainsi, il arrive que les spécifications ou les recommandations techniques deviennent des normes contractuelles lorsqu'elles sont reprises dans les divers contrats conclus en cascade sur le réseau. C'est le cas des organismes tels que la NSI (VeriSign) et l'ICANN, qui semblent avoir assez de pouvoir pour imposer leur politique du réseau aux autres acteurs.

577. S'agissant de la NSI (racheté par la société VeriSign) elle avait pendant longtemps bénéficié du monopole sur la gestion du *D.N.S.* C'est elle qui avait en charge

l'attribution des noms de domaine génériques (.net, .com et .org). Cette gestion technique lui a permis de mettre sur pied la fameuse règle d'attribution des noms de domaine appelée la règle « *du premier arrivé, premier servi* »⁵¹². Cette règle d'attribution, qui est appliquée par tous les prestataires d'enregistrement de noms de domaine, est aujourd'hui respectée par tous. Elle est véhiculée sur le réseau et est devenue de ce fait une règle d'usage qui régit les actions des utilisateurs.

578. Pour ce qui concerne l'ICANN, qui a, actuellement, en charge la gestion du *D.N.S.*, elle a élaboré dans le cadre de sa mission technique des politiques qu'elle véhicule grâce à ses contrats d'accréditation des entités d'enregistrement des noms de domaine génériques.

En effet, contrairement aux autres aspects d'Internet, le *D.N.S.* a une gestion centralisée⁵¹³. Cette centralisation du système fournit le point de contrôle à partir duquel il est possible de réguler le comportement des utilisateurs. Parmi les politiques mises en œuvre pour cette régulation, se trouve la Uniform Dispute Resolution Policy connue sous le nom « de procédure U.D.R.P. ». Cette procédure alternative de résolution des disputes définit les règles applicables en cas de conflit dans l'attribution des noms de domaine avec les droits de propriété intellectuelle, notamment les marques et autres signes distinctifs. Ces règles de résolution des conflits entre noms de domaine et marques déposées sont véhiculées sur le réseau grâce à une cascade de contrats et permettent de limiter les effets pervers de la règle d'attribution « *premier arrivé, premier servi* ».

579. Ainsi, dans le cadre de sa mission technique l'ICANN élabore des règles juridiques qui acquièrent leur légitimité du seul fait de sa position de gestionnaire central du *D.N.S.* Cependant, cette prédominance technique de l'ICANN sur le *D.N.S.* apparaît de plus en plus contestée au sein même du réseau Internet. D'où l'apparition d'espaces de nommage alternatifs dont le but est d'installer sur le réseau Internet un système de nommage parallèle au *D.N.S.* mais utilisant d'autres serveurs racines⁵¹⁴. Cette pratique, qui peut créer des doublons au niveau des noms de domaine, risque de déstabiliser tout le réseau mondial.

512 V. infra, n°671 et s.

513 H. Klein, op. cit., p. 97

514 Ex. : Unified Root (www.unifiedroot.com) et Open Root Server Network (<http://european.nl.orsn.net>). V. E. Ledrich, *La gestion du Domain Name System en question : Quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle...*, Revue Lamy droit de l'immatériel, n°12, janv. 2006, p. 3 et s.

580. Au niveau national, la légitimité technique de certains acteurs apparaît dans le cadre de leur activité sur le réseau. Ainsi, en France, l'A.F.A qui rassemble environ 90% des professionnels de la fourniture d'accès et de services Internet peut se targuer d'être un acteur clé de la régulation de l'Internet. Depuis 1996, les chiffres publiés par l'A.F.A ont constitué, pendant longtemps, la seule source de données fiables provenant de l'industrie d'Internet. De ce fait, l'A.F.A a acquis une légitimité technique et est devenue un interlocuteur incontournable des pouvoirs publics nationaux et internationaux⁵¹⁵.

581. Dans certains cas, des organismes purement politiques semblent avoir acquis dans le cadre de leurs activités sur le réseau une certaine expertise technique qui tend à leur conférer une légitimité technique. L'illustration de cette double compétence est donnée, en France, par le Forum des droits sur l'Internet même si son expertise technique semble quelque peu embryonnaire. Dans d'autres cas, certains acteurs techniques de la régulation du réseau Internet bénéficient d'une légitimité politique émanant des pouvoirs publics et se manifestant sous la forme d'une reconnaissance politique. Ainsi la NSI a eu le statut de cocontractant du gouvernement américain qui lui a concédé dès 1992 l'exclusivité mondiale de l'enregistrement des noms de domaine génériques.

582. Aujourd'hui, malgré l'existence de l'ICANN, la société VeriSign continue de bénéficier de la délégation de pouvoir octroyée par le gouvernement américain, notamment pour la gestion du serveur racine A⁵¹⁶ se trouvant dans ses locaux selon les instructions du département américain du commerce⁵¹⁷. Dans l'avenir, il est prévu que ce soit l'ICANN qui assure la gestion du serveur racine A. Cependant, le gouvernement américain s'est aménagé par divers contrats conclus avec l'ICANN et la société VeriSign la fonction d'« *ultime garde-fou de l'Internet* », en maintenant son autorité sur le « Root server A » et en conservant la faculté de retirer sa reconnaissance à l'ICANN. Ce qui lui permet, en cas de crise grave, de transférer tous les droits et fonctions exercés par l'ICANN au département américain du

515 Dans la mesure où l'AFA a présidé de 1999 à 2000 la fédération européenne des fournisseurs d'accès et de services Internet (EURO ISPA)

516 Il existe, en effet 13 serveurs racines, nommés de A à M (Root Servers, en anglais) qui fournissent les adresses numériques IP pour la navigation sur Internet. Le premier, le serveur racine A est celui dont le contenu fait autorité. Les autres ne sont que la copie quotidienne du serveur A. Cinq de ces serveurs racines sont copiés et situés hors des États-Unis (C., F., I., J., K.). Le serveur M. est situé au Japon, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome>
517 E. Clerc, op. cit., p. 337

commerce⁵¹⁸. Cette emprise du Gouvernement américain sur l'ICANN a été vivement critiquée⁵¹⁹ par les autres gouvernements, notamment l'Union européenne et le Japon. Mais cette emprise politique du gouvernement américain ne permet pas à l'ICANN de jouir d'une légitimité politique plus forte au niveau mondial.

§2- La légitimité politique des acteurs privés de l'Internet

583. En France, l'organisme privé qui recueille le plus de légitimité politique dans le cadre de la régulation des réseaux numériques est sans aucun doute le Forum des Droits sur l'Internet. Cette association créée dans le cadre du programme d'action gouvernemental pour la société de l'information (PAGSI) est un acteur incontournable pour ce qui concerne la régulation de l'Internet en France. C'est au député socialiste Christian Paul à qui la mission a été confiée de définir le contour exact des compétences de cet organisme de corégulation. L'initiative et le soutien gouvernemental à l'organisme ainsi créé lui confèrent de facto une légitimité politique vis-à-vis des pouvoirs publics.

584. Cependant, au-delà de cette reconnaissance politique des pouvoirs publics, c'est aussi aux yeux des acteurs et utilisateurs du réseau que ces organismes jouent leur crédibilité en tant qu'instance de régulation de l'Internet et c'est donc face à ces utilisateurs qu'ils doivent justifier de leur droit à régir cet espace de liberté. A ce niveau, c'est la représentativité de l'organisme et sa compétence technique qui lui conféreront le droit légitime d'élaboration des règles applicables aux autres acteurs et utilisateurs du réseau. L'ICANN semble jouir au niveau mondial d'une telle représentativité (**A**). Mais cette représentativité de l'ICANN qui lui confère sa légitimité politique n'empêche pas les critiques et les contestations tant des Etats que des acteurs privés eux-mêmes (**B**).

518 Section 5 of Amendment 1, Memorandum of understanding

519Olivier Itéanu considère que « *L'ICANN n'est pas un bon exemple de gouvernance de l'Internet en l'état actuel de sa structuration. Elle est captive d'un seul Gouvernement* » in *L'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de Law intelligence ?*, op. cit., p. 145

A- La représentativité : fondement de la légitimité politique des acteurs de l'Internet

585. S'agissant de la représentativité des acteurs, elle implique que la régulation privée du réseau Internet émane d'organismes dont la composition et les actions découlent d'un consensus, tant au niveau mondial que national ou même sectoriel, des divers acteurs et utilisateurs concernés. Ce consensus se manifeste dans la plupart des cas par la reconnaissance de la pertinence des règles élaborées et par l'adhésion des autres acteurs.

586. Au niveau mondial, l'ICANN semble bénéficier d'une telle représentativité, car il s'agit d'un organisme dont les membres sont issus de la vaste communauté de l'Internet et qui font autorité en la matière. Le Conseil d'Administration de l'ICANN est composé de 19 membres dont cinq ont été élus directement sur le réseau Internet par les utilisateurs eux-mêmes⁵²⁰ au terme d'une procédure inédite de scrutin électronique mondial. Ces cinq administrateurs élus représentent les cinq régions géographiques définies par l'ICANN (Afrique, Asie/Pacifique, Europe, Amérique Latine/Caraïbes, Amérique du Nord). Neuf autres membres élus au Conseil d'Administration représentent les milieux économiques, techniques, non commerciaux et universitaires de l'Internet.

587. Contrairement à une organisation internationale, la représentativité au sein de l'ICANN obéit à des règles mixtes relevant pour partie du droit des sociétés (élection du Conseil d'Administration par les actionnaires) et pour partie des règles démocratiques (dans la mesure où la qualité d'électeur est reconnue à toute personne physique disposant d'une adresse e-mail)⁵²¹. Ainsi, de par la composition de son conseil d'administration, l'ICANN reflète le caractère international de l'Internet en intégrant chacun des groupes d'intérêt constituant la communauté des internautes. Cette forme de représentation « démocratique » semble nécessaire pour assurer l'acceptabilité des décisions et de l'autorité de l'ICANN.

520 Note of Internet Users WorldWide . www.icann.org/abouticann.htm

521 ICANN at large election : Proposed rules for members nomination
<http://www.icann.org/at-large/self-nomination.htm>

588. Quoique lié par contrat au gouvernement américain, l'I.C.A.N.N. fonctionne de façon relativement autonome, assurant son propre financement grâce aux taxes perçues sur l'enregistrement des noms de domaines, versées par les bureaux d'enregistrement. Cet autofinancement assure à l'ICANN son indépendance financière vis-à-vis des États et des organisations internationales qui pourraient exercer des pressions politiques en contrepartie d'un éventuel appui financier.

589. Malgré sa relative représentativité, l'ICANN reste tributaire de virulentes critiques liées, notamment, à sa structure, son mode de prise de décision et aux méthodes utilisées pour leur mise en œuvre.

B- Les critiques et les contestations de la légitimité politique de l'ICANN

590. La première critique de l'ICANN vient du fait qu'elle est une structure hybride. Elle n'est ni une association, ni une société telle que connue en Droit français et même européen. Le but non lucratif est surtout attaché à la forme associative tandis que la société en droit français a un but lucratif, les actionnaires faisant apport dans le but commun de partager les bénéfices de leur entreprise⁵²². De ce fait, l'ICANN a été qualifiée d'entité mystérieuse ne correspondant ni à l'une ni à l'autre des formes connues d'organisations juridiques⁵²³. Ce mystère a pour conséquence de rendre opaque le fonctionnement de l'ICANN. Le Congrès américain l'a sévèrement critiquée en lui reprochant son mode de fonctionnement peu « démocratique »⁵²⁴. Dans un communiqué adressé au Comité directeur de l'ICANN, la Commission européenne a insisté sur la nécessité pour cette structure de travailler dans un cadre de transparence, de neutralité et d'indépendance.

522 Selon l'article 1832 al. 1 du code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

523O. Iteanu, op. cit., p. 155

524 <http://www.legal.edhel.com/revue/pagesnews.htm>

591. Le déficit démocratique reproché à l'ICANN viendrait du fait que les propositions adoptées par son conseil d'administration sont souvent préparées au sein d'organismes occultes comme l'IETF⁵²⁵ ou par certaines organisations internationales, notamment l'OMPI, qui joue un rôle clé dans la procédure de résolution des conflits entre noms de domaine et marques. Même si les projets de décision font l'objet d'une publication sur le site web de l'I.C.A.N.N. et que des invitations à soumettre des commentaires et des auditions sont réalisées, cette procédure ne rencontre pas une grande participation des utilisateurs. L'abstention semble être la règle en matière de consultation des utilisateurs du réseau. En outre, dans la mesure où l'OMPI participe directement à la procédure de prise de décision au sein de l'ICANN, il a été constaté que des associations d'industries regroupant les titulaires de marques ont exercé un lobbying intense et efficace pour assurer le respect, voire l'extension de leur droit de propriété intellectuelle face aux noms de domaine⁵²⁶, notamment pour l'adoption du système de résolution des litiges entre marques et noms de domaines proposé par l'OMPI.

592. Le retard de l'ICANN pour l'introduction de nouveaux noms de domaine génériques a été dénoncé par certains acteurs désireux d'introduire de nouveaux noms de domaines génériques. Le maintien du statu quo en matière de noms de domaines génériques se faisait au détriment des utilisateurs du réseau, pour qui les noms de domaine étaient devenus une ressource rare et souvent chèrement payée sur le marché parallèle et aussi au détriment des nouveaux bureaux d'enregistrement dont la part de marché dépendait en grande partie de la disponibilité des noms de domaine génériques.

593. Ainsi dans sa volonté de contester le monopole de l'ICANN pour la création des noms de domaine génériques, la société californienne NEW.NET avait proposé une liste de nouveaux noms de domaine génériques. Il s'agissait des noms « .law » « .family » et « .shop » qui devraient permettre de remédier à la saturation des noms de domaines en « .com » et « .net ». Devant donc cette pression de la communauté des utilisateurs du réseau, pour qui la création de nouveaux noms de domaine était devenue une priorité, le Conseil d'administration de l'ICANN a pris la décision d'introduire de façon mesurée et responsable de nouveaux noms de domaines génériques.

525 V. supra, n°532 et s.

526 E. Clerc op cit, p. 354

594. Pour préserver la stabilité technique de l'Internet et maintenir la confiance des utilisateurs, l'introduction de ces nouveaux noms de domaine a été beaucoup limitée. Lors de sa réunion de Marina Del Rey, le 26 novembre 2000, l'ICANN a donc présenté ces nouveaux noms de domaine. Il s'agit de « .biz », « .info », « .name », « .pro », « .museum », « .aero », « .coop »⁵²⁷. La prudence et la relative lenteur de l'ICANN dans l'introduction de nouveaux noms de domaines génériques ont été les arguments soulevés par la Commission Européenne pour proposer la création d'un nom de domaine européen baptisé « .eu ». Ce nom de domaine supra régional offrira de nouvelles possibilités aux entreprises européennes qui disposeront d'un espace supplémentaire sur le réseau.

595. Cette introduction de ces nouveaux noms de domaine génériques sur le réseau Internet n'a pas, pour autant, mis fin à la contestation des méthodes et modes d'action de l'ICANN. Une procédure judiciaire devant les tribunaux américains a été engagée contre l'ICANN et NEULEVEL, gestionnaire du « .biz » ainsi qu'une soixante d'autres sociétés de gestion de noms de domaines pour loterie illégale⁵²⁸. Cette action en justice met en cause les modalités d'attribution des noms de domaine en « .biz » par tirage au sort. La procédure adoptée par NEULEVEL, administrateur principal du suffixe « .biz » (suffixe désignant une entreprise commerciale), a pour effet de remettre sérieusement en cause le principe du « premier arrivé, premier servi », qui constitue la règle principale en matière d'attribution de nom de domaine. Le juge californien qui s'est prononcé sur cette affaire a qualifié cette procédure d'attribution de nom de domaine en « .biz » par tirage au sort de loterie illégale⁵²⁹.

596. Toutefois, le blocage de la procédure d'attribution des noms de domaine en « .biz » ordonné par le juge ne concerne que les cas où la loterie avait été utilisée, soit seulement 20% des attributions. Le contrat passé entre l'ICANN et la société NEULEVEL n'a pas été remis en cause. L'ICANN a fait appel de cette décision préliminaire prononcée sur le fondement des lois de l'État de Californie, et invoque le fait que le juge ait outrepassé ses pouvoirs en se prononçant sur l'attribution des noms de domaine en dehors de sa juridiction

527 Preliminary report of ICANN Board Meeting, 16 November 2000

<http://www.icann.org/minutes/Prelim-report-16nov00.htm>

528 A. Prudhon, Neulevel et les gestionnaires du « .biz » attaqués en justice, Actualité du 02/08/2001, www.clic-droit.com/actu/actu_72.htm

529 A. Prudhon, op. cit.

(l'État de Californie). Si l'action en justice intentée contre l'ICANN et les gestionnaires de noms de domaine ne concerne pour l'instant que le « .biz », il est à signaler que les autres nouveaux noms de domaine génériques risquent de subir la même procédure. Depuis novembre 2001, le « .biz » est opérationnel. La société NEULEVEL, administrateur exclusif du répertoire « .biz », a activé officiellement les quelques 160.000 noms de domaine que plus de 150 pays avaient pré-enregistrés⁵³⁰.

597. Ainsi face au déficit de légitimité politique des acteurs de l'Internet, le juge étatique apparaît comme celui qui détient le pouvoir d'appréciation du bien-fondé de la production normative des acteurs de l'Internet. L'édification de la société de l'information et, partant de là, la régulation des réseaux numériques doivent donc se faire sur des bases démocratiques. Pour le député Christian Paul, « *Ce n'est pas à des entreprises dotées d'une légitimité autoproclamée de dire le droit sur l'Internet, c'est aux institutions élues par les citoyens* »⁵³¹.

598. En conclusion et malgré cette critique du député Paul, force est de reconnaître que la régulation contractuelle du réseau est en marche, et elle se fait avec ou sans l'approbation des pouvoirs publics. Elle a ses propres acteurs et ses propres procédures de mise en œuvre. Le principe admis dans ce processus est celui de compétence. Ainsi, les organismes dotés d'une compétence avérée dans un domaine particulier se voient reconnaître par l'ensemble des utilisateurs une légitimité technique ou politique pour l'élaboration des normes juridiques applicables sur le réseau Internet. Le pouvoir et l'autorité des acteurs privés sont donc purement factuels. Ils sont fondés sur le pragmatisme des acteurs privés.

599. Les critiques et les contestations observées ici ou là n'ont pas véritablement pour objectif de mettre un terme à l'action des acteurs privés sur le réseau Internet. Il s'agit plus de l'organiser et de l'encadrer en vue de lui conférer une plus grande efficacité. Au final, les acteurs privés du réseau Internet continuent de bénéficier d'une réelle légitimité non seulement pour créer les normes mais aussi pour leur application. Les normes ainsi créées paraissent mieux adaptés aux activités prenant place sur le réseau.

530 P. Hauss, *Une nouvelle phase pour le « .biz »*, actualité du 12 novembre 2001, www.clic-droit.com/actu/actu-90.htm

531 Le Monde, 20 juin 2000, Page 20

600. La régulation contractuelle du réseau Internet met donc en œuvre des règles de toute nature qui se transforment par la standardisation des pratiques en de véritables règles d'usage reconnues et sanctionnées en tant que telles par les juges étatiques. Ces règles élaborées par une multitude d'acteurs sont rendues obligatoires grâce au renvoi contractuel opéré par les clauses uniformisées des contrats conclus sur les réseaux numériques.

601. Ce foisonnement d'acteurs à la légitimité douteuse ne permet pas une bonne visibilité des politiques de régulation mise en œuvre sur le réseau Internet. Toutefois, certains acteurs incontournables utilisent l'outil contractuel comme un vecteur efficace de diffusion des règles privées par la création d'une véritable « cascade contractuelle ». Ainsi, les règles élaborées au sommet par les acteurs principaux sont véhiculées jusqu'à la base par le contrat aux utilisateurs.

602. Dans la mesure où les acteurs du réseau Internet sont à la recherche de règles plus adaptées à leurs activités et à leur besoin de sécurité juridique, ces derniers vont mettre en œuvre la contractualisation des règles légales. Ce phénomène qui s'est développé chez les acteurs primitifs du réseau Internet s'observe encore de nos jours. La contractualisation des règles légale aboutit *in fine* à l'émergence sur les réseaux numériques de règles juridiques plus adaptées et propres aux besoins de la pratique des acteurs.

TITRE 2 : **LA CONTRACTUALISATION DES RÈGLES LÉGALES SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES**

603. Les contrats conclus sur les réseaux numériques sont des réceptacles aussi bien de règles d'origine privée émanant des acteurs de l'Internet que de règles légales incorporées dans les clauses contractuelles par ces mêmes acteurs. Cette introduction dans le contrat de règles légales étatiques ou supra étatiques semble sans grand enjeu dans les relations hors réseau. Car la loi, lorsqu'elle a un caractère impératif, s'impose à toute personne nonobstant, son consentement. Ainsi, mettre dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur une clause portant sur le respect du code de la consommation ou le respect d'un article en particulier n'a, apparemment, aucune portée, car le code de la consommation s'applique impérativement pour la protection du consommateur. Cependant, dans un domaine d'activité tel que le commerce électronique et sur le réseau mondial, une telle pratique n'est pas anodine et semble traduire l'existence d'un malaise, d'une inquiétude des acteurs du réseau.

604. La contractualisation des règles légales pratiquée sur Internet par les acteurs du commerce électronique présente diverses facettes et poursuit différents objectifs. Elle peut consister pour leurs auteurs, soit à faire une référence expresse ou implicite à une ou plusieurs règles légales nationales ou internationales, soit à reprendre textuellement dans les clauses du contrat les articles ou les alinéas d'une loi nationale ou internationale. Il peut s'agir simplement d'aménager conventionnellement les conditions d'application des règles légales nationales ou internationales. Ce mélange ou cette cohabitation de règles nationales et internationales n'est que le reflet du caractère mondial de l'Internet.

605. Même si la contractualisation des normes légales dans le contexte international n'est pas un phénomène nouveau et semble même récurrent dans le commerce international⁵³², sa pratique sur les réseaux numériques est nouvelle et semble présenter des

532 J. M. Mousseron, « *La renaissance prolongée du phénomène contractuel* », Liber Amicorum commission et vie des affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997), Bruylant, Bruxelles, 1998 p. 668 et s.

E. Loquin et L. Ravillon, « *La volonté des opérateurs vecteur d'un Droit Mondialisé* », in E. Loquin et C. Kessedjan, *la Mondialisation du Droit*, op. cit., p

particularités. Cette contractualisation se pratique sur un réseau informatique mondial, vecteur d'un nouveau commerce qui a fait l'objet d'une grande polémique portant sur l'existence ou non de droit applicable à l'Internet.

606. Dans la perspective de faire de l'Internet une zone de Droit et de créer la confiance chez les internautes, l'aménagement conventionnel des règles légales existantes se présente comme un mode de régulation du réseau mondial et cela dans la mesure où ces règles avaient besoin d'être adaptées au commerce électronique⁵³³. La contractualisation des normes légales est donc une tentative d'apporter une réponse à la problématique de l'absence de Droit sur le réseau Internet émanant des acteurs privés. Elle vise à faire de l'Internet une zone de sécurité juridique adaptée aux réalités et aux besoins du commerce électronique.

607. Pour les acteurs du commerce électronique, la rigidité des règles étatiques et supra-étatiques est incompatible avec les pratiques sur le réseau Internet. L'activité normative sur le réseau traduit donc la volonté des acteurs privés d'échapper à l'incompatibilité des règles légales existantes afin de mener à bien leurs activités sur le réseau mondial (Chapitre 1). De ce fait, la contractualisation des règles légales est créatrice d'une normativité plus adaptée et propre aux réseaux numériques (Chapitre 2).

533 Rapport du Conseil d'État : « *Internet et les réseaux numériques* » 2 juillet 1998 ; Rapport au Premier Ministre de Francis Lorentz sur le commerce électronique en 1999 ; Rapport au Sénat de C. Jolibois sur le droit de la preuve du 2 février 2000. Tous ces auteurs font unanimement le constat de l'inadaptation du Droit existant aux réalités de la société de l'information et la nécessité de le reformer.

CHAPITRE 1 :
LA VOLONTÉ D'ADAPTER LES RÈGLES LÉGALES
EXISTANTES : FONDEMENTS DE LA CONTRACTUALISATION
SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES

608. Si la contractualisation des règles légales n'est pas un phénomène nouveau, sa pratique sur les réseaux numériques met en évidence la volonté des acteurs privés de s'affranchir des contraintes liées à une législation vieillissante, devenue rigide et inadaptée. Cette volonté de s'affranchir des règles légales s'est manifestée alors que le débat sur l'absence ou l'existence de lois s'appliquant à l'Internet était encore vif au sein des différents parlements des pays européens.

609. Les acteurs de l'Internet ont donc anticipé la réponse à cette question en aménageant dans leurs contrats les conditions d'application des règles législatives existantes en vue de les adapter à leurs diverses activités. Cette anticipation avait deux objectifs. D'une part, échapper à la rigidité des règles légales applicables devenues incompatibles avec la pratique d'activités dématérialisées (Section 1) et, d'autre part, entreprendre un commerce légal sans risque juridique majeur (Section 2). Ainsi par la contractualisation des règles légales, les acteurs privés démontrent non seulement qu'Internet n'est pas une zone de non-droit, mais aussi que les réseaux numériques sont une zone de « droit négocié ».

SECTION 1 :

La volonté des acteurs privés d'échapper à la rigidité et à l'incompatibilité des règles légales

610. L'émergence de la Société de l'Information et l'avènement de l'ère Numérique dû à l'utilisation par le grand public des réseaux numériques et de toutes les technologies y associées ont engendré de grands bouleversements, notamment, en ce qui concerne la capacité de la loi nationale à encadrer les rapports sociaux sur ces réseaux. La Société de l'information a donc mis la société traditionnelle à rude épreuve, et a triomphé d'elle en imposant une réforme de la législation dans des domaines où elle paraissait immuable⁵³⁴. La reconnaissance de l'inadaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information par le législateur français est l'aveu de l'incompatibilité des règles légales existantes en cette matière⁵³⁵.

611. C'était donc pour se prémunir contre cette inadaptation que les acteurs de l'Internet se sont aménagés conventionnellement la preuve de leurs transactions. La dématérialisation des rapports contractuels justifie de nouvelles règles de preuve que la contractualisation permet aisément (§1). Un autre domaine de prédilection de la contractualisation des règles légales est celui de la responsabilité civile des acteurs de l'Internet (§2).

612. Dans la mesure où le réseau Internet fournit les moyens d'entreprendre des activités sur une échelle mondiale, il devenait prévisible que celles-ci pouvaient occasionner de graves dommages aux tiers. La responsabilité civile des acteurs privés était donc susceptible d'être mise en cause par toute personne s'estimant victime d'une atteinte à sa personne ou à ses biens du fait de leurs activités. Devant cette inadaptation des règles de la responsabilité civile, la contractualisation est apparue comme la solution permettant aux

534 Adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et de la communication par la loi du 13 mars 2000. Aux États Unis le Digital Millennium Copyright Act adopté le 28 octobre 1998 est venu modifier le Copyright Act de 1976 pour tenir compte du commerce électronique.

535 I. de Lamberterie (ss. dir.), *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective*, La documentation française, Paris, 2002

acteurs privés d'échapper à une mise en cause systématique en aménageant en amont les conditions de cette responsabilité.

§1- La contractualisation des règles de preuve sur les réseaux numériques

613. Sur l'Internet et singulièrement dans le commerce électronique, la preuve des actes juridiques a longtemps été une source de difficultés dans les rapports entre commerçants et consommateurs à cause de la dématérialisation des transactions, mais surtout à cause de la non-reconnaissance de l'écrit et de la signature électronique comme mode de preuve par le code civil⁵³⁶.

En effet, les contrats du commerce électronique sont majoritairement caractérisés par l'absence d'écrit sur support papier dans la mesure où les transactions s'effectuent par le biais d'informations affichées momentanément sur l'écran de l'ordinateur. Ainsi, le droit français de la preuve, qui faisait de l'écrit sur support papier la reine des preuves, était en déphasage avec la dématérialisation des transactions et la suppression du support papier permise par les réseaux informatiques. Dès lors, il était primordial pour les acteurs du commerce électronique d'aménager conventionnellement l'administration de la preuve des transactions effectuées sur le Net.

614. S'il est vrai que certaines exceptions légales à l'exigence de l'écrit auraient pu s'appliquer aux contrats conclus sur le net (comme le commencement de preuve par écrit ou l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit), l'intérêt des parties était de se libérer des contraintes légales nationales en recherchant une certaine sécurité juridique que seule la contractualisation pouvait leur garantir. En France, la Cour de Cassation avait déjà anticipé cette évolution en validant les conventions sur la preuve dans un arrêt du 8 novembre 1989. Elle a ainsi décidé que les règles de la preuve ne sont pas d'ordre public⁵³⁷. Dès lors, la contractualisation des règles de preuve était permise au plan national, et les parties étaient

536 Ce n'est plus le cas depuis la réforme du droit de la preuve introduite dans le code civil par le législateur français par la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (JO 14 mars 2000, p. 3968).

537 Cass. Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, D. 1990, p. 369 : « Les conventions relatives à la preuve sont licites. »

donc autorisées à faire figurer dans leur contrat les clauses prévoyant les modalités de preuve du contrat passé sur le Net, notamment la validation conventionnelle de la signature électronique.

615. Par ce procédé, les internautes autorisent contractuellement la production d'enregistrements informatiques qui serviront à rapporter la preuve de la transaction passée avec le « cyber-commerçant ». Mais la difficulté ici vient du fait que dans ce cas de figure, seul le commerçant détient les éléments de preuve en question enregistrés sur le disque dur de son ordinateur. Cependant, cette pratique est couramment mise en œuvre par la plupart des « cyber-commerçants ». Ainsi dans ses conditions générales de vente, l'acteur du commerce électronique *Amazon.fr* fait figurer une clause qui stipule que : « *La confirmation de la commande et l'ensemble des données enregistrées constituent la preuve de la transaction* »⁵³⁸. Une telle pratique se heurte à la règle en vertu de laquelle « *nul ne peut se créer de titre à soi-même* »⁵³⁹. Cette règle, si elle était prise en compte par les juges, pourrait neutraliser la valeur probante des éléments enregistrés par le cyber-commerçant car fondés sur ses propres affirmations, ses propres documents. D'où cette pratique récurrente rencontrée dans le cyber-commerce consistant en l'envoi des mails de confirmation de commande⁵⁴⁰. L'accusé de réception de ces mails pouvant pleinement valoir preuve de la transaction entre les parties contractantes.

616. La contractualisation du droit de la preuve a révélé toute son efficacité dans l'affaire « Crédicas⁵⁴¹ » dans laquelle la Cour de Cassation a admis la licéité de la signature électronique constituée par la frappe du code secret d'une carte bancaire dans un automate de distribution de billets de banque. Mais sur l'Internet, la contractualisation des règles de preuve permet la mise en œuvre de systèmes beaucoup plus élaborés nécessitant l'intervention d'un tiers appelé tiers certificateur ou tiers de confiance⁵⁴². Ce dernier a pour rôle d'assurer la traçabilité de l'information et la conservation des transactions électroniques (la vérification de l'identité de l'émetteur et du destinataire, l'intégrité des données transmises...).

538 [www.amazon.fr/conditions générales de vente](http://www.amazon.fr/conditions_générales_de_vente)

539 A. Benabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrétien, 10ème édition, 2005, p. 83, n°111

540 Encore faut-il que cette confirmation de commande exprime toute la volonté des parties pour servir de preuve de la transaction. Car une erreur matérielle informatique est de nature à rendre nul le contrat pourtant confirmé par mail. V. TI Strasbourg, 24 juillet 2002, Thierry P. c/ Netbusiness Planet Discount, note M. Thioye.

541 Cass. Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, op. cit.

542 E. A. Caprioli, *Sécurité et confiance dans le commerce électronique*, JCP G, n°14 du 1^{er} avril 1998, p. 589

617. Pour le Conseil d'État, le message électronique présenté pour rapporter la preuve peut être considéré comme doté de la force probante d'un écrit sous seing privé s'il est accompagné d'un certificat établi par un tiers certificateur accrédité et indépendant du signataire⁵⁴³. Il est évident que cette technique contractuelle ne concerne que les contractants ayant une relation suivie. C'est dans ce cadre qu'a été mis sur pied le système EDI (Échange de Données Informatisées) pour les commerçants afin de leur permettre d'adapter leur système probatoire aux réalités du commerce en ligne. La preuve des transactions sera rapportée grâce à l'enregistrement des messages électroniques conservés par le système et sécurisés par l'utilisation de la cryptographie. Toutefois, ce système permet d'assurer moins une sécurité juridique que financière car entre commerçants la preuve des transactions se rapporte par tous moyens.

618. Dans les relations entre commerçants et consommateurs la situation est différente. La clause sur l'aménagement conventionnel de la preuve des transactions est souvent incluse dans les conditions générales du commerçant. L'acceptation des conditions générales implique aussi celle de la clause sur la preuve. Ainsi, les conventions sur la preuve s'imposent à l'internaute consommateur dans les termes du contrat d'adhésion, le commerçant étant le seul « maître du jeu ». L'internaute n'a aucune possibilité d'en discuter les modalités et son accord est purement symbolique.

619. Dans les conditions générales de vente du commerçant en ligne Amazon.fr, on peut lire encore que : « *En confirmant votre commande, vous acceptez l'intégralité des présentes conditions générales de vente mises à votre disposition sur le site, et reconnaissez en avoir une parfaite connaissance, renonçant de ce fait à vous prévaloir de tout document contradictoire, et notamment de vos propres conditions générales d'achat, l'acte d'achat entraînant acceptation de ces conditions générales de vente. Cette confirmation ainsi que l'ensemble des données que nous aurons enregistrées constitueront la preuve de nos transactions* ». Cette pratique est révélatrice de la disproportion des forces en présence et met en relief le poids considérable des acteurs de l'Internet face aux simples internautes.

543 Rapport du Conseil d'État : « *Internet et les réseaux numériques* », op. cit.

C'est ce pouvoir considérable de ces acteurs sur le Net qui leur permet aussi de contractualiser les conditions de mise en jeu de leur responsabilité civile.

§2- La contractualisation de la responsabilité civile sur les réseaux numériques

620. L'application rigide des articles 1382 et suivants du code civil par les juges français⁵⁴⁴ et la mise en œuvre quasi systématique de la responsabilité civile de certains acteurs de l'Internet, notamment des fournisseurs d'hébergement et d'accès⁵⁴⁵, ont été, sans aucun doute, le fondement de la volonté des acteurs de rechercher une certaine contractualisation de la mise en œuvre de leur responsabilité. Il s'agit pour ces acteurs d'incorporer dans leurs contrats de fourniture d'accès ou d'hébergement des clauses visant à poser les limites de leur responsabilité délictuelle ou à définir des cas d'exclusion de responsabilité. En agissant ainsi, les acteurs privés de l'Internet espèrent prévenir et éviter les actions en responsabilité émanant des tiers.

621. Mais une telle pratique contractuelle n'est pas nouvelle, elle était déjà mise en œuvre dans le commerce international traditionnel avec des clauses contractuelles notoirement connues telles que les clauses de limitation de responsabilité ou d'exclusion de responsabilité, notamment en matière de vente de marchandise. Le développement rapide de l'Internet et son accessibilité grandissante ont contribué à la multiplication des atteintes aux droits des personnes physiques et morales. Les fournisseurs d'accès et d'hébergement ont été naturellement désignés comme principaux responsables de ces atteintes aux droits des tiers et furent condamnés aux réparations afférentes. C'est donc contre cette responsabilisation excessive que ces acteurs essaient d'échapper en incorporant dans leurs contrats de nombreuses clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité.

544 TGI Paris 3^e Chambre, 3^e section, 24 mars 2000 : Affaire Valentin Lacambre, Les juges ont retenu la responsabilité civile de l'hébergeur de site sur le fondement de l'article 1382 du code civil, 545 N. Marchet, Thèse, op. cit.

622. C'est ainsi que le célèbre opérateur français Wanadoo déclare, dans ses conditions générales de fourniture d'accès à Internet⁵⁴⁶, n'assurer « aucune responsabilité sur les services accessibles par Internet et n'exerce aucun contrôle, de quelque forme que ce soit sur la nature ou les caractéristiques des données qui pourraient transiter par l'intermédiaire de son centre serveur ». Il y est même précisé que : « Le client est seul responsable de tout préjudice, direct ou indirect, matériel ou immatériel causé à des tiers du fait de son utilisation du service d'accès à Internet...Wanadoo Interactive décline toute responsabilité... ».

623. L'accès et l'hébergement sur le réseau ne sont pas les seules activités pouvant occasionner des dommages aux tiers, l'enregistrement des noms de domaine est aussi une source de responsabilité pour les acteurs. D'où la pratique de la contractualisation dans ce domaine. Ainsi dans le contrat d'enregistrement de nom de domaine en « .fr » de l'AFNIC⁵⁴⁷, l'article 10 relatif à la responsabilité stipule que : « En aucun cas, l'Afnic ne peut être tenu responsable des préjudices indirects, tels que préjudice commercial, perte de commande... Toute action dirigée contre le prestataire par un tiers constitue un préjudice indirect, par conséquent il n'ouvre pas droit à réparation...Le prestataire est seul responsable...Il garantit à ce titre l'Afnic contre tout recours de l'un ou l'autre de ses clients... Le prestataire s'engage à faire son affaire personnelle de toute réclamation et/ou procédure, quelles qu'en soient les formes et natures, formées contre l'Afnic par un tiers... ».

624. La question essentielle que soulève cette pratique est celle de savoir quelle valeur juridique peuvent avoir ces clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité ? Exonèrent-elles réellement leurs auteurs d'une éventuelle mise en œuvre de leur responsabilité civile ? Au regard du code de la consommation, notamment, en son article L. 132-1, de telles clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité peuvent être regardées comme abusives⁵⁴⁸, si elles ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non-professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. Étant entendu que les clauses abusives sont réputées non écrites pour la partie contre laquelle elles s'appliquent.

546 www.wanadoo.fr

547 Disponible sur le site www.afnic.asso.fr

548 Abbas Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, op. cit.

625. De plus, ces clauses contractuelles n'ont qu'un effet relatif, s'appliquant seulement qu'aux parties au contrat. De la sorte rien n'empêche une tierce personne de mener une action en responsabilité contre l'hébergeur de sites web contenant des éléments litigieux. Enfin, la responsabilité civile délictuelle est d'ordre public⁵⁴⁹. Ainsi, les clauses de non-responsabilité sont inopérantes à l'égard des tiers et peuvent être normalement écartées par les juges en la matière. L'existence de ces clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité ne pourra donc pas empêcher les tribunaux de prononcer la condamnation de certains acteurs de l'Internet lorsque leurs activités portent atteinte aux droits des tiers.

626. En France, jusqu'au vote de la loi du 1^{er} août 2000 modifiant celle du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁵⁵⁰, la responsabilité des acteurs de l'Internet était diversement appréciée par les juridictions de fond⁵⁵¹. Certains juges, notamment, ceux des tribunaux de grande instance, ont retenu la responsabilité délictuelle des hébergeurs de sites web dont le contenu portait atteinte aux droits des tiers⁵⁵². Plusieurs célèbres affaires judiciaires relatives à Internet témoigne de la virulence des juges à retenir la responsabilité des acteurs du Net.

627. Ainsi, dans l'affaire Estelle Halliday contre Valentin Lacambre, qui a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris⁵⁵³, l'hébergeur a été condamné pour avoir hébergé un site qui diffusait, sans autorisation, des photographies privées, portant ainsi atteinte au droit à l'image et à la vie privée du mannequin en cause. Même si l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris ne doit pas être considéré comme posant un principe général de responsabilité des hébergeurs à raison des sites qu'ils hébergent⁵⁵⁴, il a néanmoins créé l'émoi dans toute la profession des hébergeurs et fournisseurs d'accès à Internet.

628. Cet émoi va être accentué du fait de la condamnation prononcée contre l'hébergeur Multimania Production par le tribunal de grande instance de Nanterre dans son

549 Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, Que sais-je ?, PUF, 2003, p. 13

550 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, JO n°177 du 2 août 2000 p. 11903

551 N. Marchet, op. cit., p. 28 et ss.

552 TGI, Paris, Ordonnance de référé du 9 juin 1999 : Estelle H. contre Valentin L et Daniel,

www.Legalis.net/jnet

553 Me J. Heslout, *A Propos de l'arrêt du 10 février 1999 de la Cour d'appel de Paris*, www.legalis.net/jnet

554 Idem.

jugement du 8 décembre 1999⁵⁵⁵. Dans ce jugement, le tribunal réaffirme, tout d'abord, que « l'hébergeur est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence, et qu'il lui appartient de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser par son activité les droits des tiers ». Ceci, d'autant plus que pour le tribunal, il est manifeste que les professionnels ont largement été sensibilisés par les développements médiatiques consacrés début 1999 à l'affaire Estelle Halliday contre Valentin Lacambre au problème de la violation du droit à l'image par les éditeurs de sites web.

629. Ainsi, le tribunal a renforcé l'obligation qui pesait sur les hébergeurs dans un domaine que « l'actualité signalait particulièrement à leur vigilance et qui appelait de leur part une réaction ». Il est remarquable de relever que l'édition de charte par les hébergeurs, portée à la connaissance des créateurs de sites lors de l'ouverture de compte, pour leur rappeler la nécessité de respecter les droits des tiers, n'a pas pesé lourd dans l'appréciation du devoir de diligence par les tribunaux.

630. Devant cette sévérité des juges du premier degré dans la mise en cause de la responsabilité délictuelle des acteurs de l'Internet, ceux du second degré vont tempérer le débat en reformant totalement ou partiellement les décisions soumises à leur connaissance. Ainsi, déjà dans l'affaire médiatique Estelle Halliday contre Valentin Lacambre, la Cour d'appel de Paris avait seulement retenu que l'hébergeur avait « *de propos délibérés entrepris d'exercer dans l'anonymat une activité comportant de forts risques d'atteinte aux droits des tiers* », et se devait donc à l'évidence d'en assumer les conséquences.

631. Dans l'affaire L. Lacoste contre la société Multimania Production, la Cour d'appel de Versailles a rejeté la responsabilité de l'hébergeur d'un site reproduisant des photographies dénudées d'un mannequin sans son autorisation. La Cour a estimé que la preuve de la négligence ou de l'imprudence commise par l'hébergeur et fondant la mise en jeu de sa responsabilité délictuelle n'avait pas été rapportée. En fait, la société Multimania Production avait diffusé une information aux hébergés tendant au respect des droits des tiers, et dans sa page d'accueil, avait rédigé une Charte soumise à l'acceptation du client lors de l'ouverture du compte. Par ailleurs, dès qu'il a été informé de l'existence du contenu litigieux,

555 TGI, Nanterre, Jugement du 8 décembre 1999 : Mme L. Lacoste c/ Les sociétés Multimania Production, France Cybermédia..., www.legalis.net/jnet

l'hébergeur a pris toutes les mesures nécessaires pour identifier l'éditeur, fermer le site et empêcher sa réouverture. Ce sont donc toutes ces diligences qui ont amené la Cour à infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre.

632. Il faut remarquer que cette décision est intervenue quelques jours avant l'ouverture à l'Assemblée nationale des débats parlementaires sur la question de la responsabilité des prestataires de services Internet⁵⁵⁶. Ainsi, par son arrêt du 8 juin 2000, la Cour de Versailles avait d'ores et déjà précisé les contours des obligations qui pèseront sur les prestataires de services Internet dans la mise en œuvre de cette responsabilité délictuelle, et cela avant le vote de la loi sur cette question par les parlementaires français⁵⁵⁷.

633. Cette décision de la Cour de Versailles semble avoir créé un régime spécial de responsabilité civile pour les hébergeurs de site Internet, fondé, non pas sur l'existence d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence, mais sur un certain nombre de diligences dont l'exécution ou l'inexécution va permettre au juge de retenir ou non ladite responsabilité. Le point culminant de ces diligences semble être la désactivation ou la mise hors réseau du site ou du contenu litigieux par le prestataire. Ce dernier doit agir promptement pour empêcher l'accès au contenu ou au site litigieux. L'hébergeur est donc déclaré de cette façon irresponsable des contenus qu'il héberge et dont il n'est pas l'auteur. Cependant, il doit agir promptement pour en rendre l'accès impossible.

634. La loi du 21 juin 2004 vient confirmer cette vision des choses. Désormais, les prestataires sont tenus d'agir promptement même à la demande d'un tiers pour retirer un contenu illicite du réseau Internet ou en rendre l'accès impossible sous peine d'engager leur responsabilité civile et pénale. Cette nouvelle législation aura sans aucun doute pour conséquence de pousser les acteurs à rechercher la protection des clauses contractuelles par la contractualisation de ces nouvelles conditions de responsabilité dans le but d'atteindre une plus grande sécurité juridique.

556 Débats parlementaires ouverts à l'Assemblée nationale le 15 juin 2000, www.assemblee-nat.fr

557 Me J. Heslaut, « la Cour de Versailles précède la loi », www.legalis.net/jnet

635. La contractualisation permet donc une plus grande sécurité juridique des parties qui peuvent ainsi définir conventionnellement le cadre de leur action. Si l'efficacité des règles contractuelles doit encore être recherchée vis-à-vis de l'action des tiers, elle semble manifeste pour ce qui concerne les contractants. Car la volonté de ces derniers a toujours été d'entreprendre leurs activités sur le réseau sans risques juridiques majeurs.

SECTION 2 :

La limitation du risque juridique par le contrat

636. La volonté de respecter la loi, dans un environnement qualifié de nouveau « *Far West* », où toutes les lois nationales ont, néanmoins, vocation à s'appliquer aux activités s'y déroulant, apparaît singulière. Cependant, une telle volonté traduit le profond désir des acteurs de l'Internet de mener leurs activités avec la plus grande sécurité juridique possible. A défaut de trouver cette sécurité juridique déjà préétablie sur le Net, les acteurs vont la créer par le biais du contrat grâce à des clauses reprenant en partie ou en totalité les dispositions légales nationales ou internationales.

637. La pratique de la contractualisation des règles légales apparaît dans ce cas de figure comme une initiative d'autoprotection des acteurs face à l'éventualité d'une violation de la loi par l'activité qu'ils pratiquent sur le Net. Ainsi, la reprise de certaines règles légales dans le contrat semble être la solution contre l'incertitude juridique liée à ce nouveau média. La volonté des acteurs de l'Internet de respecter les lois étatiques en vigueur n'est pas incompatible avec l'idée d'adapter celles-ci au commerce électronique (§1). Ce faisant, elle aboutit à faire des réseaux numériques une zone de « *Droit négocié* » (§2).

§1- Les pratiques contractuelles et le respect des lois étatiques en vigueur

638. S'engager à respecter la loi de tel ou tel pays ou dans tel ou tel autre domaine d'activités évite aux acteurs d'exercer leurs activités dans l'illégalité et leur assure aussi une certaine visibilité et confiance auprès des utilisateurs de leurs services. Dans cet environnement où la liberté d'entreprendre et d'exercer des activités semble se mettre en œuvre sans considération des lois étatiques ou supra-étatiques, l'engagement des acteurs privés de respecter « *la loi* » est une marque de confiance et de responsabilité. Ainsi les conditions générales de vente ou de prestation de services vont être les vecteurs de cette pratique de contractualisation des règles légales.

639. Dans ses conditions générales d'accès à Internet, l'opérateur AOL France s'engage : « *à respecter la législation communautaire et nationale en vigueur et plus particulièrement les dispositions de la directive européenne 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des données personnelles et à la libre circulation de ces données, la loi du 6 janvier 1978 dite Informatique et liberté et les recommandations émanant de la CNIL (commission nationale de l'informatique et des libertés : www.cnil.fr) dans la conception et la mise en place de ses services et produits, afin de fournir un environnement sécurisé aux utilisateurs d'AOL.fr* ». Un tel engagement se retrouve aussi dans les conditions générales de l'opérateur d'accès à Internet Wanadoo Interactive.

640. Le géant américain du commerce électronique Amazon.com a inclus dans les conditions générales de sa filiale française (amazon.fr) certaines dispositions respectant scrupuleusement la législation française en matière de vente de livres. Ainsi, il y est précisé que : « *Les livres sont vendus dans le respect de la dite Lang n°81-766 du 10 août 1981 sur le prix unique du livre. En vertu de cette loi, les remises ne peuvent excéder 5% du prix de l'ouvrage fixé par l'éditeur ou l'imprimeur, en dehors des exceptions prévues par la même loi* ». Ainsi, sur le réseau les acteurs manifestent leur volonté de respecter la législation en vigueur en le stipulant dans leurs contrats.

641. Mais, en dehors de l'effet de publicité que peuvent produire ces incorporations de règles légales, l'attitude des acteurs du commerce électronique traduit aussi une réelle volonté de faire de l'Internet une zone de « *Droit négocié* » afin de mener leurs activités sans risque juridique majeur. Il s'agit donc pour ces acteurs d'éviter d'une part, qu'Internet soit un « *no-man's-land juridique* » et d'autre part, une application rigide et inadaptée des lois étatiques et supra-étatiques par rapport à la vitesse de changement des pratiques sur le réseau mondial.

§2- La volonté des acteurs de faire de l'Internet une zone de « *Droit négocié* »

642. L'incorporation des règles légales dans les contrats par les acteurs privés poursuit un but essentiel, celui de véhiculer auprès des utilisateurs l'idée qu'Internet ne rime pas avoir « désordre et anarchie ». L'application de la loi y est possible, et même revendiquée par les acteurs eux-mêmes. Cependant, il y a lieu de relativiser cette affirmation, car sur Internet, une chose est d'invoquer la loi et une autre est l'application effective de cette loi. D'un autre côté, si la loi peut s'appliquer sur le réseau, cette application ne saurait se faire dans les mêmes conditions que dans la société hors réseau. La loi sur le réseau Internet est une loi nécessairement « contractualisée » à cause du milieu dans lequel elle intervient. L'affaire « Yahoo ! » démontre que sur l'Internet, si les lois nationales s'appliquent, leur efficacité n'est pas à 100%⁵⁵⁸.

643. Le contrat permettrait-il à la loi de s'appliquer de manière plus efficace en la transformant en une stipulation contractuelle ? Aucune jurisprudence ne permet de répondre affirmativement ou négativement à cette question. Cependant, pour la majorité des acteurs du commerce électronique, la contractualisation des dispositions légales semble un moyen détourné permettant d'assouplir les rigueurs de la loi par son application en tant que stipulation contractuelle.

558 Le 20 novembre 2000, le premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris avait sommé l'entreprise américaine Yahoo ! Inc. de satisfaire aux injonctions prononcées dans une première ordonnance du 22 mai 2000, à savoir : « prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de vente aux enchères d'objets nazi et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ». Le taux d'efficacité du filtrage oscillait entre 70% et 90%. V. Affaire Yahoo ! sur les site : www.juriscom.net et www.legalis.net

En effet, l'incorporation dans les contrats des règles légales donne aux acteurs le moyen de contourner la rigidité des dispositions légales en prévoyant des cas d'inapplication ou des limitations dans l'application des dispositions légales. Ainsi, les acteurs peuvent stipuler que la règle légale ne s'appliquera pas dans certains cas limitativement énumérés dans le contrat ou ne produira pas l'effet attendu dans ces cas.

644. La validité de ces stipulations contractuelles dépendra du caractère impératif ou supplétif de la règle légale contractualisée. Car il est évident que la règle légale restera applicable, nonobstant toutes dispositions contraires, lorsqu'elle aura un caractère impératif, même si son effectivité n'est pas à 100% sur les réseaux numériques. Cependant, si la règle légale est supplétive, les stipulations contractuelles seront pleinement applicables et constitueront la loi des parties. Ainsi, en matière de collecte de données à caractère personnel, la loi fait obligation, en France, à l'organisme collecteur d'aménager un droit d'accès, de rectification, de modification et de suppression des données collectées par la personne intéressée. Cette obligation est impérative et ne peut faire l'objet d'une négociation entre les parties en vue de sa suppression. Toutefois, les parties peuvent négocier les modalités de mise en œuvre de ce droit. En revanche, pour la cession à des tiers des données collectées sur les internautes, la loi exige seulement d'obtenir le consentement de l'intéressé. De même, en matière de droits d'auteur, la proposition de « *la licence globale* » émanant des acteurs privés, si elle avait été retenue par le législateur français lors de la transposition de la directive européenne sur les droits d'auteur et droits voisins, elle aurait permis de lutter plus efficacement contre le téléchargement illicite⁵⁵⁹. Aujourd'hui, de nombreuses initiatives contractuelles permettent aux internautes de télécharger ou d'écouter gratuitement et légalement des fichiers protégés par les droits d'auteurs⁵⁶⁰.

559 La « licence globale » est un dispositif contractuel, soutenu par l'association UFC-Que Choisir, pour lutter contre le téléchargement illicite et qui permet d'établir un montant global que les internautes doivent payer chaque mois à leurs fournisseurs d'accès pour avoir le droit de télécharger légalement des fichiers protégés par le droit d'auteur. Cette proposition votée en première lecture par les députés, le 22 décembre 2005, a été finalement supprimée en mars 2006, à la demande du gouvernement, de la loi sur les droits d'auteur et droits voisins transposant la directive européenne de mai 2001.

560 Outre la mise à disposition volontaire et gratuite des internautes de fichiers par les titulaires des droits d'auteur sur les sites *myspace.com* et *youtube.com*, il est aujourd'hui question d'un forfait illimité pour télécharger légalement de la musique sur le site *MusicMe.com* moyennant 14,95 euros par mois. V., AFP, *Un forfait illimité pour télécharger*, Actualité du 11/10/2006, Métro-Toulouse, n°596

645. En conclusion, il convient de noter que le contrat permet aux parties de respecter les lois en vigueur grâce à la technique de la contractualisation qui implique l'incorporation de pans entiers de dispositions légales dans le contrat ou l'aménagement contractuel des règles légales supplétives. La volonté des acteurs privés d'échapper à la rigidité des règles légales n'est pas une rébellion contre la loi mais manifeste leur souci de sécurité juridique. La rigidité et l'inadaptation des règles légales aux activités se déroulant sur le réseau Internet sont donc « annulées » par le contrat. Ce faisant, la contractualisation se révèle comme une pratique efficace pour la régulation des réseaux numériques. Elle aboutit *in fine* à la création de règles contractuelles plus adaptées et propres à l'Internet. Ces règles contractuelles mises en œuvre par les acteurs privés apparaissent comme des substitues aux règles légales et traduisent ainsi la volonté d'autorégulation des réseaux numériques.

CHAPITRE 2 :

LES RÈGLES CONTRACTUALISÉES MISES EN ŒUVRE SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES PAR LES ACTEURS PRIVÉS

646. « *Personne ne met du vin nouveau dans de vieilles outres ; autrement, le vin nouveau fait rompre les outres, il se répand, et les outres sont perdues ; mais il faut mettre le vin nouveau dans des outres neuves* »⁵⁶¹, cet enseignement tiré de la Bible semble avoir été mis en pratique par les acteurs privés de l'Internet. L'essor de l'Internet grand public a généré plusieurs situations inédites que les lois nationales et internationales ne pouvaient appréhender ni régir en l'absence de réforme juridique. L'émergence sur le réseau Internet d'un phénomène nouveau, le *spamming*, et la création d'une situation juridique nouvelle liée à l'attribution des noms de domaine Internet vont permettre la mise en œuvre par les acteurs de règles plus adaptées et propres à encadrer ces situations nouvelles.

647. Ces règles propres aux réseaux numériques sont, d'une part l'interdiction du *spamming* (SECTION 1) et, d'autre part, la règle du « *premier arrivé, premier servi* » pour l'attribution des noms de domaines (SECTION 2). Ces deux grandes règles formulées par les acteurs privés apparaissent comme les plus fondamentales dans le cyberspace. Leur contractualisation permet de les diffuser à grande échelle sur le réseau Internet. De la sorte, elles constituent un aspect important de la nétiquette, étant des règles de bon comportement et de bonne utilisation du réseau Internet.

648. Cependant, à l'analyse, l'interdiction du *spamming* et la règle du « *premier arrivé, premier servi* » semblent tirer leurs origines lointaines de dispositions légales mais non formulées de manière identique. Ces deux règles fondamentales du cyberspace peuvent donc être présentées comme une forme plus synthétique de la contractualisation des règles légales. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit indirectement l'interdiction du *spamming* puisqu'elle impose dans son article 22-III le consentement préalable des personnes dont les coordonnées ont été recueillies avant l'utilisation de celles-ci

⁵⁶¹ Luc, chapitre 5, verset 37 à 38, *La Bible*, version Louis Segond.

à des fins de prospection directe par voie électronique. Mais ce que prévoit indirectement la loi, le contrat le prévoit directement et expressément afin de clarifier l'action des acteurs.

SECTION 1 :

L'interdiction du *spamming*

649. Selon la commission nationale informatique et liberté (La *CNIL*), le *spamming* est « l'envoi massif et parfois répété de courriers électroniques non sollicités à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique de façon irrégulière »⁵⁶². Dans son rapport public rendu le 24 octobre 2002, la *CNIL* a fait un constat très amer : « la pratique du *spamming* a pris une ampleur très considérable en France ». Se fondant sur les chiffres recueillis, la *CNIL* démontre que depuis le 10 juillet 2002, date d'ouverture de l'opération « boîte à spam » dédiée à la réception des courriers non sollicités⁵⁶³, à sa fermeture en octobre 2002, la *CNIL* affirme avoir reçu environ 325000 spams, soit environ 100.000 spams par mois.

650. Le terme « spam » serait à l'origine l'acronyme de « Spiced pork and meat », une sorte de corned-beef utilisé par les soldats américains durant la seconde guerre mondiale. Il semblerait que les « Monty Python », un célèbre groupe d'humoristes anglais, aient au cours d'un sketch utilisé l'acronyme spam pour vanter le produit en répétant de façon abusive le terme spam. De là est apparue l'expression « *spamming* » qui serait employée depuis les années 1990 pour désigner l'action d'inonder le réseau Internet par l'envoi abusif de messages électroniques non sollicités⁵⁶⁴.

651. Le spam est donc une forme abusive d'envoi de messages électroniques non sollicités apparue d'abord dans les groupes de discussion (Usenet) au milieu des années 1990 et qui s'est très rapidement étendue aux services de courrier électronique pour le plus grand

⁵⁶²CNIL, « *Opération boîte à spam* », Rapport public du 24 octobre 2002, www.cnil.fr

⁵⁶³ Il s'agit d'une boîte aux lettres électroniques ouvertes par la CNIL et permettant aux internautes d'y transférer les courriers électroniques non sollicités qu'ils auront reçus : Spam@cnil.fr

⁵⁶⁴ J. Morlec, « *Le Spam* », actualité du 6 février 2004, www.droit-technologie.org

inconfort des internautes⁵⁶⁵. L'interdiction du spamming a débuté au sein du service Usenet. Ce service est constitué d'un ensemble de machines reliées en réseau et véhiculant des articles postés dans les groupes de discussion (News groups). Il s'agit de groupes de discussion traitant des sujets particuliers selon sept thèmes principaux de discussion (Ordinateur – sciences – sociologie – nouvelles - sujets d'actualité - divers).

652. La règle générale admise est qu'un postage destiné à un groupe de discussion Usenet doit respecter le thème de discussion consacré. Un article hors sujet, posté sans considération pour le thème du groupe, apparaît comme une violation de la règle d'utilisation du service et est susceptible d'être qualifié de spamming⁵⁶⁶. Selon les règles en vigueur, les victimes peuvent prendre des mesures contre l'expéditeur irrespectueux, soit l'exclure du réseau, soit bloquer sa boîte électronique par le renvoi massif des courriers électroniques. C'est donc le caractère abusif qui justifie l'interdiction du spamming sur le réseau Internet. Cependant, les auteurs ne s'accordent pas tous sur la définition et le sens du mot spamming. Aussi convient-il, avant toute chose, de procéder au dépouillement de la notion : « spamming » (§1) avant d'envisager la sanction liée à son interdiction (§2).

565 G. Teissonnière, « *La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs* », 02 avril 2004, www.juriscom.net

566 É. Labbé, « *Spamming en cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'auto-réglementation* », Lex electronica, vol. 6, n°1, printemps 2000, www.lex-electronica.org

§1- Définition du *spamming*

653. Selon É. Labbé, les principaux acteurs de la ressource Usenet considèrent généralement que le courrier électronique non sollicité est une activité différente du *spamming*⁵⁶⁷. Pour l'auteur, le *spamming* est indissociable d'une activité promotionnelle, donc de la publicité. De ce fait, la notion de *spamming* doit donc être comprise comme une expression générique destinée à identifier une activité généralement accomplie pour des raisons promotionnelles affectant la fonctionnalité d'une ressource Internet.

654. Ainsi, malgré les similitudes entre les pratiques, l'auteur distingue le « *e-mail spam* », qui est le courrier électronique commercial non sollicité, et le courrier électronique non sollicité de masse. La différence entre ces deux pratiques se situerait au niveau du contenu et de la quantité des envois au détriment de leur caractère non sollicité. Toutefois, l'auteur reste conscient du fait que les différents acteurs opposés au courrier électronique non sollicité se révèlent moins pointilleux et n'ont pas de scrupules à qualifier tout courrier électronique non sollicité de *spamming*⁵⁶⁸.

655. Cependant pour la CNIL, tous les messages électroniques non sollicités reçus pas les internautes ne peuvent tous être considérés comme des spams. Constituent des spams au sens de la CNIL seulement les messages adressés sur la base d'une collecte irrégulière d'adresses électroniques, soit par le moyen de moteurs de recherches, soit que les adresses ont été collectées sans que les titulaires aient été informés ou mis en mesure de s'y opposer. Cette collecte est alors déloyale et illicite au sens de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 relative aux fichiers informatiques et aux libertés⁵⁶⁹.

656. Suivant cette analyse, les critères posés pour qualifier un courrier électronique de spam sont au nombre de quatre :

- le caractère massif des envois,
- le caractère non sollicité des messages,

567 Ibid.

568 Ibid.

569 CNIL, Rapport public, op. cit.

- l'absence de contact antérieur entre l'expéditeur et le destinataire,
- le caractère déloyal de la collecte des adresses électroniques⁵⁷⁰.

Ainsi, lorsque ces quatre critères sont réunis nous sommes en présence du spamming. Ces critères cumulatifs définis par la CNIL sont très pertinents et permettent une vision très large et complète du phénomène.

657. Mais cette approche globalisante du spamming rendra la lutte contre ce phénomène très difficile dans la mesure où tant que tous les critères énoncés ne seront pas réunis, le spamming ne pourra pas être caractérisé. L'absence d'une définition légale du spamming rend les choses encore plus difficiles. Cependant, il arrive de retrouver ça et là quelque ébauche de définition du phénomène.

658. Ainsi, selon l'Office québécois de la langue française le spamming est « *l'action d'inonder de nombreux groupes de nouvelles Usenet ou groupes de discussion utilisant Internet, avec le même message, inutile, souvent provocateur et sans rapport avec le sujet de discussion, causant ainsi une véritable pollution des réseaux*⁵⁷¹ ». Le spamming, selon cette définition, consiste à expédier plusieurs articles identiques à des groupes de discussion. Cette définition sommaire tient plus compte de l'origine du fléau que de sa réalité actuelle.

659. Aujourd'hui, le terme a évolué et est également appliqué pour décrire aussi bien le courrier électronique non sollicité que l'inondation des boîtes de courriers électroniques par l'envoi en masse de messages électroniques non sollicités. Plusieurs expressions sont employées pour décrire plus ou moins le même phénomène. Il s'agit des expressions suivantes : « *e-mail spam* », *spamming*, *pollupostage*, *multipostage*, « *pourriels* », « *Junk*

570 La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 2006 a apporté des précisions sur la notion de « collecte déloyale ». Pour les juges suprêmes, « *est déloyale le fait de recueillir, à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'Internet, ce procédé faisant obstacle à leur droit d'opposition* ». Alors qu'un jugement rendu le 7 décembre 2004 par le Tribunal correctionnel de Paris (Jugement infirmé par la Cour d'appel de Paris le 18 mai 2005) avait considéré que le recueil de données nominatives disponibles sur «des espaces publics, opération qui n'est interdite par aucune disposition expresse et n'implique l'usage d'aucun procédé frauduleux, ne peut être, du seul fait qu'il serait effectué sans que les intéressés en soient informés, considéré comme déloyal ». V. Spam- La cour de cassation définit la notion de collecte déloyale, Actualité du 28/03/2006, www.foruminternet.org
571M. Bergeron, C. Kempa et Y. Perron, *Vocabulaire d'Internet : Vocabulaire anglais/français*, 2^e édition, Ste-Foy, Publication du Québec 1997, p. 93. V. également le site de l'Office de la langue française : www.olf.gouv.qc.ca

mail ». Toutes ces expressions traduisent une réalité indéniable pour les internautes. Elles renvoient à des pratiques déloyales et gravement perturbatrices pour les internautes car les courriers reçus par ce biais sont souvent sans intérêt et généralement destinés à être supprimés.

660. Pour monsieur Lionel Thoumyre⁵⁷², que le contenu du spam soit frauduleux ou pas importe peu, le spam constitue un abus en soi.

En effet, le spamming a ce côté pervers qui est de ne pas faire peser les coûts de la communication sur l'expéditeur mais bien au contraire sur les autres maillons de la chaîne jusqu'au destinataire final. L'usage abusif que représente le spamming génère des coûts d'opérations supportés tant par les fournisseurs de services que par les usagers. Ces frais supplémentaires deviennent considérables lorsque plusieurs internautes profitent abusivement du réseau en pratiquant le spamming.

661. Sans entrer dans le détail des répercussions techniques néfastes du spamming sur le réseau Internet, il convient de relever que la quantité de courriers non sollicités reçus par les internautes engorge le réseau et rend les transmissions plus lentes. De ce fait, les fournisseurs d'accès doivent investir dans l'augmentation de la largeur de la bande passante afin de permettre la fluidité du trafic sur le réseau Internet. Cet investissement est répercuté sur l'abonnement des internautes lesquels doivent aussi rallonger leur temps de connexion ne serait-ce que pour supprimer ces messages non sollicités. Ce sont ces inconvénients et ces abus qui sont à l'origine de la règle d'interdiction du spamming et surtout de la sanction de sa violation.

572 L. Thoumyre, « *emails publicitaires : tarir à la source* », Juriscom.net, décembre 1998, www.juriscom.net

§2- La sanction du spamming

662. La pratique du spamming ne crée pas que des désagréments d'ordre technique, dans certaines circonstances le spamming apparaît également comme une pratique illicite et répréhensive. La pratique du spamming peut se heurter aux dispositions légales prohibant la publicité trompeuse (art. L.121-1 du code de la consommation), l'entrave à un système de traitement automatisé de données (art. 323-2 du code pénal), le fait de fabriquer, transporter ou diffuser des messages à caractère violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsqu'un tel message est susceptible d'être perçu par des mineurs (art.227-24 du code pénal).

663. Ce dernier aspect mérite d'être souligné dans la mesure où les messages à caractère pornographique représente la thématique la plus importante dans les courriers non sollicités⁵⁷³. Le spamming viole également les dispositions de la loi informatique et liberté en ce qui concerne la collecte des données à caractère personnel (art. 25 et s.) et également celles de la Directive européenne du 12 juillet 2002 concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques⁵⁷⁴. Enfin, le spamming contrevient aux dispositions de l'article 22-III de la loi du 21 juin 2004 qui interdit implicitement cette pratique.

664. De leur côté, les États-Unis ont adopté le 16 décembre 2003 une loi fédérale dénommée « *Can-spam act* »⁵⁷⁵ qui interdit l'envoi de courriers électroniques non sollicités aux personnes s'étant inscrites sur une liste publique d'opposition. Il faut ici préciser que cette loi vise à atténuer les effets du système de réglementation *opt-out* en vigueur aux États-Unis qui autorise l'envoi de courriers électroniques non sollicités en l'absence de refus des destinataires. Ce système favorable aux partisans du marketing direct vient donc d'être partiellement aménagé.

573 La CNIL a relevé dans son rapport public du 24 octobre précité que 42% des spams rédigés en anglais avait une thématique pornographique alors que ceux rédigés en langue française atteignent la proportion des 55%.

574 Directive 2002 (58) CE, du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 (appelée directive vie privée et communications électronique) JOCE L 201 du 31 juillet 2002

575 Controlling the assault of non-solicited pornography and marketing act, Texte de loi disponible sur le site: www.spamlaws.com

665. Mais la nouvelle loi américaine n'instaure pas le système de réglementation *opt-in* qui consiste à interdire l'envoi de messages publicitaires à moins d'une acceptation préalable des destinataires. Les personnes inscrites sur la liste publique s'opposent farouchement à la réception de courriers non sollicités. Par ailleurs, cette loi du 16 décembre 2003 autorise le marketing direct par l'envoi de courriers non sollicités pourvu que l'expéditeur soit clairement identifié et honore les demandes de radiation des internautes⁵⁷⁶. Le défaut d'identification de l'expéditeur, l'utilisation d'une fausse identité ou d'un objet erroné ainsi que l'utilisation de logiciel pour inonder les boîtes aux lettres sont punis de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre plusieurs millions de Dollars.

666. Cependant, les acteurs de l'Internet ont été les premiers à interdire ce phénomène. Face à ce fléau les fournisseurs d'accès ont développé en interne des solutions techniques de filtrage pour limiter le nombre de spams reçus par leurs abonnés. Concernant les spams émis par leurs abonnés, les fournisseurs d'accès y ont répondu de façon contractuelle en insérant, dans les conditions générales d'utilisation des services d'accès à Internet, des clauses interdisant explicitement la pratique du spamming.

667. Ainsi, les fournisseurs d'accès n'hésitent pas à couper l'accès à Internet à leurs clients qui auraient été identifiés comme émetteurs de spams. Diverses décisions de justice ont approuvé, tant en France qu'à l'étranger, la mise en œuvre de telles solutions contractuelles. Les tribunaux ont donc validé la décision des fournisseurs d'accès de résilier unilatéralement les abonnements de personnes s'étant connectés à Internet par leurs services et qui se sont livrées à l'envoi massif de courriers électroniques non sollicités. Le GESTE (Groupement des Éditeurs de Services en Ligne) a rappelé « *son attachement à la mise en place de règles déontologiques pour lutter efficacement contre le spam par des engagements professionnels clairs* »⁵⁷⁷. Pour l'AFA, le spam est « *un fléau qu'il faut éradiquer car il représente pour ses membres un surcoût humain, technique, financier et commercial* »⁵⁷⁸.

576 Reuter, « *Les États-Unis promulguent la première loi anti-spam* », actualité du 16/12/2003, www.yahoo.fr, AFP, « *Bush signe la loi anti-spam* », actualités du 16/12/03, www.yahoo.fr, Associated Press, « *Une loi anti-spam promulguée aux États-Unis* », actualités du 16/12/03, www.yahoo.fr

577 CNIL, Rapport, op. cit., p.10

578 Ibid.

668. Un jugement rendu par le TGI de Lyon⁵⁷⁹ a jugé que la pratique du spamming provoquant un blocage des serveurs ou de la bande passante est constitutive du délit d'entrave au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données puni par l'article 323-2 du code pénal. Ainsi, le spamming apparaît clairement comme une pratique interdite non seulement par les dispositions légales mais aussi et surtout par les stipulations contractuelles des acteurs du réseau Internet.

669. La sanction contractuelle du spamming semble plus facile à mettre en œuvre que la sanction légale et permet de mieux appréhender ce phénomène. La contractualisation de l'interdiction du spamming a donc pour avantage de regrouper sous un même vocable tous les délits susceptibles d'être commis lors de la pratique du spamming. Cette analyse est d'autant plus intéressante que la définition juridique du spamming proposée par le Groupe de contact des acteurs de la lutte contre le spam mise en place par le Gouvernement français le 10 juillet 2003 traduit bien cet aspect⁵⁸⁰.

670. En effet, pour ce groupe de contact, le spamming ne peut se réduire à l'envoi de courriers électroniques non sollicités⁵⁸¹ mais devait plus justement être défini comme « *l'ensemble des procédés illicites d'envoi de messages électroniques non sollicités* »⁵⁸². Ainsi, en reprenant contractuellement cette définition basée sur le caractère illicite de l'envoi des courriers électroniques non sollicités, le juge n'a plus à rechercher élément par élément les différents délits susceptibles d'être commis par celui qui se livre au spamming. Vue sous cet angle, la contractualisation de l'interdiction du spamming apparaît comme une règle plus adaptée à la réalité des pratiques sur le réseau Internet.

Il est regrettable que la loi du 21 juin 2004 n'ait pas utilisé directement le terme *spamming* pour en interdire la pratique car cela aurait mis fin à toute les difficultés de qualification liée à cette pratique.

579 TGI Lyon, 20 février 2001, www.legalis.net. V. aussi, Tribunal correctionnel de Paris, 24 mai 2002, www.legalis.net

580 <http://www.ddm.gouv.fr>

581 Le Tribunal de grande instance de Paris a jugé, en référé, que le spamming consistait « *en l'envoi de messages non sollicités par les destinataires* » : TGI Paris, 15 janvier 2002, op. cit.

582 G. Teissonnière, op. cit., p.

L'exigence de règles plus adaptées par les acteurs de l'Internet se manifeste également en matière d'attribution des noms de domaine Internet par la mise en œuvre de la règle du « *premier arrivé, premier servi* ».

SECTION 2 :

La règle du « premier arrivé, premier servi »

671. Il est quasiment impossible de parler d'Internet sans évoquer la fameuse règle du « *premier arrivé, premier servi* », appliquée par les organismes privés, chargés de l'attribution des noms de domaine. L'origine de la règle remonte au début de l'Internet grand public et est étroitement liée à la technicité du réseau qui ne prend pas en compte de « doublon ».

672. L'architecture de l'Internet ne prend en compte qu'un seul site web et ne saurait admettre l'existence de deux sites identiques. Le système de nommage Internet (*D.N.S*) ne permet de localiser qu'un seul ordinateur connecté au réseau en lui associant un numéro unique, appelé adresse IP⁵⁸³, et une suite d'éléments alphanumériques qui a le mérite d'être intelligible et mémorisable. C'est cette suite d'éléments alphanumériques qui est le nom de domaine et aussi l'objet de la règle du « *premier arrivé, premier servi* ».

673. Pour certains auteurs, le nom de domaine n'est pas seulement qu'une simple adresse électronique, c'est aussi un « *signe de ralliement de la clientèle vers le site qu'il identifie en même temps qu'il constitue un outil publicitaire* »⁵⁸⁴. En tant que nouveau signe distinctif, la valeur commerciale du nom de domaine se dévoile et fait de son attribution un enjeu économique majeur. Dès lors, va s'ouvrir une course frénétique des utilisateurs du réseau pour se faire attribuer des noms de domaine de leur choix. Cette course effrénée sera d'autant plus intense que la règle d'attribution permet au premier demandeur d'être le premier

583 IP, pour Internet Protocol qui est une suite de chiffre séparés par des points. ex: 10.251.151.3 est l'adresse IP du site www.google.fr

584 G. Loiseau, *Nom de domaine et Internet: turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, D. 1999, doct., p. 245. V. aussi, M. Vivant, *al.*, *Lamy droit de l'informatique*, réédition 2006, op. cit., n°2099

servi. Le nom de domaine, en tant que signe distinctif, va ainsi entrer en conflit avec les autres signes du monde commercial que sont les marques, les noms commerciaux et les enseignes.

674. L'attribution des noms de domaine selon la règle du « *premier arrivé, premier servi* » qui découle d'une politique assez simpliste des acteurs de l'Internet, apparaît comme une source évidente de conflits avec les autres identifiants. Cette règle mérite donc une analyse approfondie afin d'examiner toutes les questions découlant de sa contractualisation (§1). Cette analyse mettra aussi en relief les conflits inévitables avec les autres signes distinctifs et leur lot de contentieux réglés par la voie judiciaire ou extrajudiciaire (§2).

§1- La mise en œuvre de la règle du « *premier arrivé, premier servi* » sur les réseaux numériques

675. La règle du « *premier arrivé, premier servi* » est une règle élaborée et mise en œuvre par les organismes privés chargés de l'attribution des noms de domaine, tant génériques⁵⁸⁵ que géographiques⁵⁸⁶. Il ne s'agit donc pas a priori d'une règle légale ni jurisprudentielle. Il n'en demeure pas moins que cette règle reste adulée, voire « *fétichisée* » par la communauté des acteurs du réseau. Elle a même été présentée comme « *la meilleure manière de faire de l'Internet un espace non discriminatoire et répondant aux mieux au besoin de la communauté Internet* »⁵⁸⁷.

676. Le nouveau « .eu », créé à la demande de l'Union européenne, qui a fait l'objet de deux règlements de la Commission européenne⁵⁸⁸, n'y a pas échappé, puisqu'il est lancé sur le

585 En anglais: « generic Top Level Domain (gTLD) » qui concerne les noms de domaine se terminant par les suffixes .net, .com, .org, .edu, .mil, .gov, .biz, .info, (pour ne citer que ceux-là) et qui renvoient à des activités ou à la nature d'une organisation indépendamment de son pays d'origine.

586 En anglais: « country code Top Level Domain (ccTLD) qui renvoient au pays d'origine du site. Par Exemple « .fr » renvoie à la France.

587 J.-C. Vignes (Manager du « .tm »), www.domaine.info

588 Le Règlement (CE) n°733/2002 du Parlement européen et du Conseil du 22 avril. 2002, JOUE 30 avril 2002, n°L113, p. 1 et le Règlement (CE) n°874/2004 de la Commission du 28 avril 2004, JOUE 30 avril 2004, n°L162, p. 40

principe du « *premier arrivé, premier servi* », mais avec la possibilité de pré-réservation pour les titulaires de droits antérieurs⁵⁸⁹.

677. La logique du premier arrivé, premier servi a été initialement pratiquée par le Network solution inc. (NSI), à qui le gouvernement américain avait accordé un monopole sur les noms de domaine génériques (.com et .net), puis par les registres ultérieurement accrédités par l'ICANN, en charge de la gestion du *DNS* depuis novembre 1998.

678. Suivant cette règle d'attribution, le premier à demander l'enregistrement d'un nom de domaine se verra attribuer ce nom, si celui-ci est disponible, c'est-à-dire s'il n'a pas encore été réservé par quelqu'un d'autre. Ainsi, dès lors que le nom de domaine n'a pas été attribué, toute demande d'enregistrement met automatiquement en jeu la règle du « *premier arrivé, premier servi* ». Cette règle d'attribution opère ainsi une occupation globale du signe distinctif sans considération de la spécialité des produits et services.

679. C'est donc une règle qui permet la réservation et l'utilisation du nom de domaine par son premier demandeur. En ce sens, la règle du « *premier arrivé, premier servi* » crée une immobilisation du nom de domaine qui écarte tous ceux qui pourraient avoir des raisons légitimes de réserver ce nom, notamment les titulaires de marques. Ainsi, un nom de domaine portant sur une marque, attribué au premier demandeur, privera définitivement le second de la possibilité d'obtenir le même nom de domaine dans une zone géographique considérée ou même dans le monde entier et cela sans considération des produits et services du second demandeur.

680. La coexistence entre noms de domaine identiques est impossible dans la même zone. Ainsi, le premier demandeur est non seulement le premier servi, mais également le seul servi. Cette situation de quasi-monopole sur le nom de domaine que génère la règle

589 Le considérant (11) du règlement du 28 avril 2004 dispose clairement que : « *Le principe du « premier arrivé, premier servi » doit servir de base à la résolution des litiges entre titulaires de droits antérieurs pendant le déroulement de la procédure d'enregistrement par étapes. A l'issue de la procédure d'enregistrement par étapes, le principe du « premier arrivé, premier servi » doit s'appliquer pour l'attribution des noms de domaines* ».

Le considérant (12) in fine dispose que : « *L'attribution de ce nom doit alors se faire selon le principe du « premier arrivé, premier servi » si pour un nom de domaine il y a plus d'un candidat titulaire d'un droit antérieur* ». V. Le « .eu » arrive enfin!, Actualité du 15.12.2003, www.legalbiznext.com. V. aussi P. Hauss, Réserve vos .EU !, Edition n°51 du 26 septembre 2005, www.Clic-Droit.com

d'attribution n'a pas manqué de poser de nombreux problèmes. Un premier problème surgit lorsque le deuxième demandeur pouvait aussi légitimement prétendre au nom de domaine enregistré parce qu'il correspond, soit à sa dénomination sociale ou à son nom commercial, soit à une marque dont il est titulaire. Un second problème plus crucial se pose lorsque le premier demandeur à qui le nom a été attribué n'avait aucun droit légitime justifiant cette attribution.

681. Mais malgré ces problèmes importants sur lesquels il est judicieux de revenir, l'application de la règle du « *premier arrivé, premier servi* » semble de rigueur sur le réseau Internet et aucune autre règle n'a pu la remplacer. Ce succès relatif s'explique par le fait que la règle mise en œuvre est simple et logique. C'est en quelque sorte le « *droit du premier occupant* » dans la mesure où l'Internet est considéré comme une terre nouvelle, un nouveau monde.

682. Mais à l'analyse, cette règle n'est pas si originale qu'elle paraît. Tout système d'identification alphanumérique crée plus ou moins un monopole sur l'identifiant au bénéfice du titulaire ou du demandeur. De même tout ce qui fait l'objet d'une numérotation reçoit un nombre unique comme identifiant. Ainsi, en est-il pour les numéros de téléphone, de sécurité sociale, de plaque minéralogique, de carte d'identité, etc.

683. La règle d'attribution des noms de domaine, bien qu'issue des milieux privés de l'Internet, n'est donc pas étrangère au principe de l'identifiant unique. Étrangement, l'enregistrement des marques procède de ce même principe pour les produits et services désignés lors du dépôt. Cependant, la différence ici repose sur le fait que les organismes d'enregistrement de marques demandent des pièces justifiant la titularité des droits, donc recherchent une certaine légitimité de la possession du signe. Ce qui n'est pas le cas en matière d'Internet.

684. Ainsi, lorsque la marque est enregistrée dans les classes et produits désignés lors du dépôt, aucune autre marque identique ne peut faire l'objet d'un enregistrement dans les mêmes classes et pour les mêmes produits. Dans cette hypothèse, le titulaire de la marque enregistrée peut aussi être vu comme le premier et le seul servi dans les classes concernées

par le dépôt. Cette analyse permet légitimement d'envisager la règle du « *premier arrivé, premier servi* », telle qu'elle est pratiquée sur l'Internet, comme « *une règle dérivée* » des règles d'enregistrement des marques qui deviennent de ce point de vue « *les règles de référence* ».

685. Compte tenu de la particularité du réseau et de la volonté des acteurs de démocratiser le web, la règle d'attribution des noms de domaine constitue une sorte de contractualisation des règles légales gouvernant le dépôt et l'enregistrement des marques par des organismes privés. Lorsqu'on considère uniquement le résultat produit par l'attribution de ces deux signes distinctifs (un monopole d'occupation et d'usage du signe attribué), les règles gouvernant l'attribution des noms de domaine et celles régissant le dépôt de marques ne sont guère, a priori, divergentes.

686. Mais là s'arrête la similitude entre ces deux règles. Car en matière de marque, le principe de spécialité⁵⁹⁰ permet la coexistence de marques rigoureusement identiques sur le même territoire pour l'exploitation de produits ou de services totalement différents. Internet met à mal le principe de spécialité. Deux noms de domaine identiques avec la même extension ne peuvent cohabiter sur le web. Ainsi, deux commerçants qui exploitent la même marque hors réseau, ne peuvent utiliser le même nom de domaine dans la même zone de réservation. Un seul sera préféré, celui qui aura le premier demandé la réservation.

687. L'ampleur de cette règle n'a pas manqué de soulever des contestations judiciaires mais aussi une frénésie des demandes de réservation en « *.com* » et « *.net* ». D'un autre côté, la pénurie des noms dans le domaine générique associée à l'absence de contrôle de légitimité lors des enregistrements est à l'origine d'un phénomène nouveau, le « *cybersquatting* » ou « *cybersquattage* », qui porte une atteinte sérieuse aux droits des titulaires de marque et génère de nombreux conflits. C'est ce contentieux lié à la mise en œuvre de la règle du « *premier arrivé, premier servi* » qu'il convient maintenant d'examiner.

590 Selon A. Bourel, c'est « *le principe en vertu duquel toute personne exploitant un signe distinctif à l'obligation de l'affecter à la désignation d'un objet précis, un produit ou un service, laissant la possibilité à d'autres d'utiliser le même signe pour désigner d'autres produits et services différents.* », in « *Principe de spécialité et nom de domaine Internet* », www.clic-droit.com

§2- Le contentieux lié à la règle du « premier arrivé, premier servi »

688. Le contentieux des noms de domaine s'est beaucoup développé ces dernières années. Cela est en grande partie dû à la conjugaison de plusieurs facteurs. D'abord, l'application assez laxiste de la règle du « *premier arrivé, premier servi* », dans la mesure où la quasi-majorité des registres n'effectuent aucun contrôle et n'exigent aucune formalité préalable à l'enregistrement d'un nom de domaine. Ensuite, l'effet de monopole que crée la réservation du nom de domaine au profit du premier demandeur légitime ou non. Enfin, la prise de valeur sans cesse croissante du nom de domaine contribue à alimenter le contentieux.

689. Les litiges les plus répandus et donc les plus importants sont relatifs aux atteintes portées aux droits des titulaires de marques. En cela, les noms de domaine ont été considérés comme des « *massacreurs du droit des marques* »⁵⁹¹. La facilité de réserver un nom de domaine en « *.com* » et « *.net* » a conduit à des réservations portant sur des marques notoires sur lesquelles les réservataires n'avaient aucun droit. Le but avéré de ces réservations illégitimes était de revendre à des prix parfois exorbitants ces noms de domaine aux titulaires légitimes de marques et réaliser ainsi un bénéfice inconsideré.

690. Cette pratique appelée « *cybersquattage* » ou « *cybersquatting* » a donné lieu à un contentieux très abondant (A). La virulence du phénomène a suscité des protestations de la part des titulaires de marques et très vite la lutte contre le cybersquatting a été organisée tant par les pouvoirs publics que par les acteurs privés eux-mêmes (B).

591 A. Strowel, « *Les noms de domaine: massacreurs du droit des marques?* » in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Colloque organisé par l'Institut de recherches en propriétés intellectuelles Henri-Desbois à Paris le 7 novembre 2000, Litec, Librairie technique, 2001

A- Un contentieux abondant

691. Le contentieux lié à l'application de la règle du premier arrivé, premier servi concerne deux grandes variétés de situations dont la plus répandue est le cybersquatting (1). Il s'agit du cas où celui qui a enregistré le nom de domaine n'avait aucun droit légitime sur celui-ci. Son intention étant de le revendre au véritable titulaire ou à son concurrent ou de le rendre indisponible pour priver le titulaire de son droit à la réservation.

692. Un deuxième cas de contentieux met en opposition diverses catégories de personnes toutes titulaires d'un droit légitime sur le nom de domaine enregistré mais une seule a obtenu la réservation à son profit (2). Récemment, il a été donné d'observer des contentieux opposant des titulaires légitimes de nom de domaine à des personnes ayant enregistré postérieurement ce nom comme marque ou dénomination sociale, mais ces cas ne concerne pas directement l'application de la règle « *premier arrivé, premier servi* » et ne seront donc pas abordés.

1- Le contentieux lié au cybersquatting

693. En France, l'une des premières affaires portant sur le cybersquatting a concerné l'entreprise « Framatome »⁵⁹². Le TGI de Paris, qui était saisi, s'est contenté d'entériner une transaction intervenue entre l'entreprise et l'association d'internautes qui avait enregistré la dénomination sociale et la marque « Framatome » comme nom de domaine.

694. Hormis ce cas particulier, les tribunaux considèrent qu'il y a contrefaçon dans le simple fait d'enregistrer une marque comme nom de domaine. Ce fut le cas dans l'affaire « SFR » où le tribunal de Nanterre⁵⁹³ a déclaré que « *l'utilisation par la société W3 system Inc. du nom de domaine « SFR.com » sur le réseau Internet constitue la contrefaçon de la marque, cette contrefaçon est caractérisée du seul fait de l'enregistrement d'un nom de*

592 TGI Paris, réf., 25 avril 1997, JCP éd. E 1999, I p. 954

593 TGI Nanterre, 18 janvier 1999, SFR, PIBD 1999 n°673 III, p. 147

domaine la reproduisant ». Plusieurs autres affaires semblables ont été traitées par les tribunaux français. Il s'agit de l'enregistrement comme nom de domaine des marques Pacacet⁵⁹⁴, France Info⁵⁹⁵, la Redoute, 3 Suisses, Fnac⁵⁹⁶, Air France⁵⁹⁷ pour ne citer que celles-là. Les juges caractérisent la contrefaçon de marque même si le nom de domaine n'est qu'une formulation autre que celle retenue pour la marque.

695. Ainsi, dans une affaire intéressant la société française de parfum Lancôme, l'auteur de l'enregistrement des noms Lankome et Lankom a été condamné pour contrefaçon, le tribunal ayant constaté que ces enregistrements étaient une reproduction quasi servile de la marque Lancôme et constituait également des actes de parasitisme⁵⁹⁸. La contrefaçon de marque est également caractérisée même si le site est resté inactif⁵⁹⁹. Outre ces cas opposant les titulaires de marque et les « *cybersquatteurs* », la règle du « *premier arrivé, premier servi* » génère aussi des contentieux entre titulaires de droits légitimes.

2- Le contentieux entre titulaires de droits légitimes

696. Ce second type de contentieux a été mis en relief par la célèbre affaire *Alice*⁶⁰⁰. En l'espèce, la Société Alice, agence de publicité, immatriculée en 1957 et titulaire de la marque Alice depuis 1975, reprochait à la SNC Alice, constituée en 1996, d'avoir réservé et occupé le nom de domaine « *alice.fr* ». Devant le juge des référés, la société Alice, la plus ancienne soutenait que l'antériorité de ses droits sur la dénomination "Alice" justifie que lui soit reconnu en priorité un droit sur l'adresse Internet en cause.

697. Par une ordonnance de référé, du 12 mars 1998, le TGI de Paris faisait droit à la société la plus ancienne au motif que : « *la règle du premier arrivé, premier servi ne pouvait priver une société plus ancienne de bénéficier du nom de domaine correspondant à sa dénomination sociale* ». Le tribunal a alors estimé que « *l'antériorité incontestable dont*

594 TGI Draguignan, réf., 8 avril 1998, Pacacet, JCP éd. E. 1999 n° 22, p. 654

595 TGI Paris, réf. 17 avril 1999, Radio France, Revue Lamy droit des affaires, 1999, n°18, n°1155, obs. Costes

596 TGI Nanterre, réf. 2 novembre 2000, Chr. « Droit de l'Internet » par l'ERCIM, JCP E. 2002, n°36 obs. Roose-Grenier

597 TGI Paris 3° ch., 16 octobre 2001, Revue Lamy droit des affaires, 2002, n°46, n°2915

598 TGI Nanterre 2° ch., 10 janvier 2000, JCP E. 2000, n°8, p. 1856, obs. Le Stanc

599 Ibid.

600 TGI Paris, réf., 12 mars 1998, SA Alice c/ SNC Alice, Cahier Lamy informatique et réseaux, nov. 1998 obs.

Hirsh. CA Paris, 14° ch., 4 décembre 1998, JCP E. 1999, I, n°23, p. 955, obs. Vivant et Le Stanc

bénéficie l'agence de publicité Alice sur sa dénomination et sur sa marque justifiait que lui soit reconnu un droit d'être individualisée comme telle sur Internet ». En conséquence, le TGI prononça la radiation du nom de domaine « *alice.fr* » dont était titulaire la société Alice la plus récente.

698. En se prononçant ainsi, le tribunal prend le contre-pied de la règle « premier arrivé, premier servi » et fait primer la logique juridique sur la logique informatique. Or en l'espèce la logique juridique n'était pas en opposition avec la logique Internet. Mieux, la situation créée par la logique juridique favorisait d'elle-même l'application de la règle informatique. C'est ce que vont rappeler les juges de la Cour d'appel de Paris devant qui l'affaire a été portée le 4 décembre 1998. Ceux-ci infirment la décision de radiation du nom de domaine « *alice .fr* » ordonnée par le tribunal en relevant que : « *l'attribution d'un nom de domaine Internet à la société Alice qui en a formé la première la demande n'est pas en elle-même constitutive d'un trouble manifestement illicite dès lors qu'il n'est démontré aucun risque de confusion en raison des activités totalement différentes des deux sociétés* ».

699. De ce arrêt, il ressort donc que lorsque les sociétés en cause ont des droits légitimes sur un signe distinctif, la première qui sollicite l'enregistrement de ce signe comme nom de domaine l'emporte sur les autres. Ainsi, la société la plus réactive et la plus diligente s'est vu primer par une réservation et une occupation sans partage du nom de domaine. Les sociétés les moins rapides se sont vu à leur tour priver définitivement du droit à la réservation et à l'occupation du nom de domaine en vertu de la règle *premier arrivé, premier servi*.

700. Saisie au fond le 23 mars 1999⁶⁰¹, la troisième chambre du TGI de Paris n'a pas remis en cause la titularité du nom de domaine enregistré par la société Alice la plus récente dans la mesure où pour les juges, « *l'enregistrement du nom « alice » comme nom de domaine ne constitue pas une contrefaçon de la marque Alice dont est titulaire la société la plus ancienne* ». Ainsi la première arrivée a été la première et la seule servie.

601 TGI Paris, 3^e ch., 23 mars 1999, Revue Lamy droit des affaires, n°17, 1999, n°1094, obs. Costes

701. L'affaire « distrib »⁶⁰² a permis de confirmer les leçons tirées de l'affaire Alice. Lorsque les protagonistes ont tous une légitimité à prétendre au nom de domaine, les juges n'accordent leur faveur qu'à celui qui a été le plus réactif en demandant le premier l'enregistrement. En l'espèce, la SARL Distrib avait réservé en 1999 le nom domaine «*www.distrib.fr*» pour en faire un portail Internet destiné aux offres d'emploi en ligne. Deux ans plus tard, la société Agena 3000, spécialisée dans les services de marketing et titulaire de la marque *distrib*, détenue antérieurement à l'enregistrement du nom de domaine «*distrib.fr*», intente une action en contrefaçon et demande le transfert du nom de domaine à son profit.

702. Le tribunal a rejeté les prétentions de la société Agena 3000, estimant qu'il n'y avait pas de contrefaçon du fait qu'aucune confusion n'était possible entre les deux sociétés. La règle du «*premier arrivé, premier servi*» a ainsi permis à la SARL de conserver légitimement le nom de domaine en cause au détriment de la société titulaire de droits antérieurs.

703. Dans une autre affaire, plus récente, rendue par le tribunal consulaire de Paris⁶⁰³, la règle du «*premier arrivé, premier servi*» a produit un effet assez radical. En l'espèce, une société d'édition, la SNEEP, éditrice depuis 1927 de «*l'Argus de l'automobile et des locomotions*» et titulaire du nom commercial «*l'Argus*» aussi bien pour son hebdomadaire, que pour son service télématique et Internet, a constaté que le nom de domaine «*argus.fr*» a été enregistré par la Société New Morning qui l'utilise comme enseigne d'un site en construction. Le site en construction étant hébergé par la société E Manitoo company, la SNEEP a assigné les deux sociétés en justice et demandé la radiation de l'enregistrement du nom de domaine «*argus.fr*» et le transfert à son profit.

704. La difficulté majeure dans cette affaire a consisté pour les juges à vérifier les droits de chacune des parties sur la dénomination litigieuse. Pour le tribunal, l'usage ancien par la SNEEP de son nom commercial ne lui confère, toutefois, pas un droit exclusif sur le terme «*argus*» qui au demeurant est un terme générique⁶⁰⁴. Dans la mesure où le terme

602 TGI Paris, 6 mai 2003: SA Agena 3000 c/ Sarl Distrib, obs. Murielle Cahen, www.murielle-cahen.com/avocatonline

603 T. com. Paris, 21e ch., 25 avril 2003: Société nouvelle d'études, d'éditions et de publicité (SNEEP) c/ New Morning et E Manitoo Company, Expertises, février 2004, p. 74

604 «*Publication qui fournit des renseignements spécialisés*», in Dictionnaire Le petit Robert, réédition 2003, p. 136, *Argus*

« argus » ne permet pas de distinguer un objet précis mais uniquement la cotation de celui-ci, le tribunal conclut qu'il ne s'agit pas d'un signe distinctif. Par conséquent, les droits revendiqués par les demanderessees sur le terme litigieux sont inexistantes. Dès lors, c'est « *en toute légalité que la société New Morning a pu acquérir le nom de domaine « argus.fr » dans le respect des obligations imposées par l'Afnic.* » Les juges consulaires vont même jusqu'à relever que l'action des demanderessees était une vaine tentative « *de pallier leur erreur de stratégie commerciale dès lors qu'elles n'ont pas acquis le nom de domaine « argus.fr » en temps opportun* », probablement par omission puisqu'elles ont acquis celui de « argusauto.fr ». En définitive, et comme l'a si bien dit A. Mendoza-Caminade : « *Rien ne sert de plaider, il faut réserver à point.* »⁶⁰⁵

B- La lutte contre le « cybersquatting »

705. Le cybersquatting permis par la règle d'attribution des noms de domaine, *premier arrivé, premier servi*, a remis en cause le statut des signes distinctifs, notamment, celui des marques, qu'elles soient notoires ou non. Cette remise en cause de la titularité des marques sur le réseau Internet par l'attribution des noms de domaine a donné lieu à de vives protestations de la part des propriétaires qui se sont sentis dépossédés de l'usage de leurs signes sur le réseau. Une lutte a donc été engagée pour éradiquer ce phénomène devenu inadmissible. Si les pouvoirs publics ont été dans un premier temps impuissants face au fléau, ils ne sont pas restés, néanmoins passifs (1). Mais ce sont les acteurs privés, sous la pression des titulaires de marques, qui ont mis en œuvre les moyens ayant permis de limiter considérablement et durablement le cybersquatting (2).

605 A. Mendoza-Caminade, « *Nom commercial contre Nom de domaine* », Expertises, février 2004, p. 68

1- L'action des pouvoirs publics

706. Les autorités publiques sont restées dans un premier temps largement impuissantes face au cybersquatting. Cette impuissance découlait du fait qu'elles n'avaient aucune emprise sur la procédure d'attribution. Car si le système d'attribution des marques est territorial, étatique ou européen, celui des noms de domaine est d'envergure mondiale et administré par des organismes privés. Cependant, certains pays, notamment les Etats-unis, se sont très tôt dotés d'une nouvelle législation dans ce domaine. Ainsi, l'« *Anticybersquatting Consumer Protection Act* » adopté en 1999 et le « *Truth in Domain Names Act* »⁶⁰⁶ d'avril 2003 ont permis de réprimer, aux Etats-unis, les agissements jugés illégaux et de réduire du même coup le contentieux lié au nom de domaine.

707. En France où aucune loi n'a été votée dans ce sens⁶⁰⁷, ce sont les tribunaux qui jouent donc le rôle de rempart contre le cybersquatting⁶⁰⁸. Statuant dans le cadre de la nouvelle rédaction de la charte de l'Afnic, une ordonnance en référé du TGI de Nanterre du 28 juin 2004⁶⁰⁹ a rappelé que si un enregistrement effectué au mépris des droits d'autrui est techniquement possible, il ne reste pas moins illicite. Le réservataire du nom de domaine www.michel-edouard-leclerc.fr a donc été condamné à 3000€ de dommages et intérêts par le Tribunal de Nanterre qui a aussi ordonné la suppression de l'enregistrement abusif.

708. Les tribunaux règlent ainsi la question du cybersquatting par application des dispositions relatives à la contrefaçon de marque, à la concurrence déloyale et à l'usurpation de nom patronymique. Cependant, la question de la responsabilité des unités d'enregistrement des noms de domaine litigieux s'est posée avec acuité dans la mesure où ces prestataires sont systématiquement mis en cause devant les tribunaux⁶¹⁰.

606 Le « *Truth in Domain Names Act* » adopté le 30 avril 2003, www.domaines.info/chronique

607 Toutefois, la loi du 09 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle prévoit dans son article 24 le cadre juridique de l'attribution des noms de domaine ainsi que le contrôle des activités des organismes d'enregistrement par le Ministre chargé des communications électroniques. Un décret en attente de publication devrait créer un organisme public chargé de ce contrôle.

608 Une jurisprudence abondante et variée sur ces litiges est disponible sur le site : www.legalis.net/jnet

609 Première décision de justice sur le nouveau « .fr », Actualité du 06 juillet 2004, www.legalis.net

610 Nathalie Marchet, op. cit., p. 154

709. Mais en règle générale, les tribunaux ne retiennent pas la responsabilité des unités d'enregistrement même si le nom enregistré porte atteinte aux droits des tiers. Cette solution se rapproche de celle retenue pour les unités d'enregistrement des marques, notamment, l'INPI⁶¹¹. Toutefois, dans le cadre de l'INPI, l'enregistrement est réalisé par un établissement public suivant des règles légales et réglementaires, alors que pour les noms de domaine, l'enregistrement est effectué par des organismes privés selon des règles contractuelles. Quel est donc le fondement de cette irresponsabilité quasi systématique des unités d'enregistrement des noms de domaine ?

710. Une première réponse apparaît quand on examine les décisions rendues en la matière. Dans une affaire opposant l'ANPE⁶¹² à la société 7Ways qui avait enregistré le nom de domaine « anpe.com », le TGI de Paris⁶¹³ a estimé que : *« la société d'enregistrement n'a aucune responsabilité à assumer relativement aux conditions d'enregistrement du nom de domaine « anpe.com » dans la mesure où il n'est pas établi qu'elle aie outrepassé les termes de sa mission d'enregistrement des noms de domaine conformément au contrat d'accréditation passé avec l'ICANN »*.

711. Ainsi, le respect de ses obligations contractuelles par l'unité d'enregistrement est mis en avant par le tribunal pour écarter sa responsabilité. Cette position des juges se confirme dans l'ordonnance de référé du 28 juin 2004⁶¹⁴ dans laquelle le TGI de Nanterre avait affirmé, *« qu'il n'est pas démontré à l'encontre de la société Amen, unité d'enregistrement accrédité par l'Afnic, un défaut de respect de ses obligations telles qu'elles découlent de son accréditation auprès de l'Afnic ; et qu'au contraire, ayant repris les règles de l'Afnic dans les contrats conclu avec les clients, il ne peut être justifié aucune demande de condamnation solidaire formée contre la société Amen »*.

712. En clair, l'unité d'enregistrement qui respecte ses obligations d'accréditation n'est pas responsable des atteintes portées aux droits des tiers par l'enregistrement des noms de domaine puisque c'est aux clients qu'il incombe de procéder aux vérifications nécessaires

611 Institut national de la Propriété Intellectuelle : www.inpi.fr

612 L'Agence nationale pour la promotion de l'emploi

613 TGI Paris, Référé, 13 septembre 2001, ANPE c/ 7Ways, Dalloz, cahier droit des affaires, n°37, du 25 octobre 2001, p.3040 ; Com.Com.-élec., n°1, janvier 2002, p.28 et s.

614 TGI Nanterre 28 juin 2004, op. cit.

en vue d'éviter les atteintes. Le respect des obligations contractuelles crée donc une sorte d'immunité au profit des unités d'enregistrement des noms de domaine qui sont protégés au détriment des tiers dont les droits ont été violés par l'enregistrement. Ce faisant, les obligations contractuelles découlant du contrat d'accréditation et reprises dans les contrats d'enregistrement opèrent une sorte de régulation en cascade de l'attribution des noms de domaine.

2- L'action des acteurs privés

713. Les acteurs privés conscients, de la mauvaise publicité due au cybersquatting et soucieux de présenter le réseau Internet comme une zone de sécurité juridique, vont mettre en place un dispositif contractuel permettant à la fois de prévenir et régler le problème. En France, c'est l'Afnic, gestionnaire du « .fr », qui, pour éviter ou limiter les conflits générés par l'application de la règle *premier arrivé, premier servi*, a mis en place un système de contrôle a priori plus ou moins efficace **(a)**. Mais la lutte a été aussi menée au niveau mondial. Suite aux recommandations formulées par l'OMPI sur la question, l'ICANN a adopté le 24 octobre 1999 les « Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine » connu sous l'acronyme anglais « UDRP » **(b)**.

a- L'action de l'Afnic

714. Pour lutter efficacement contre le cybersquatting, l'Afnic imposait, pour l'attribution des noms de domaine dans la zone « .fr », la production d'un certain nombre de justificatifs préalablement à tout enregistrement. A cet effet, la charte de nommage⁶¹⁵ éditée était annexée aux contrats d'enregistrement. Cette charte prescrivait aux futurs réservataires de produire suivant le cas, un extrait Kbis pour les sociétés et les commerçants ou un identifiant au répertoire INSEE pour les autres professionnels. Les titulaires de marque déposée devaient fournir un certificat INPI ou OMPI, et les associations une copie du récépissé de déclaration ou de parution au journal officiel. Les personnes physiques réservataires de nom de domaine en « .fr » sont aussi tenues de justifier leur droit au nom en

615 Charte de nommage de la zone « .fr » de l'Afnic. Voir Table des annexes, p. 297

produisant une copie certifiée conforme de leur pièce d'identité ainsi qu'un justificatif de domicile de moins de trois mois.

715. Par cette exigence de justificatifs, l'Afnic avait créé une véritable régulation dans le nommage en zone « .fr ». Cependant, il convient de noter que la valeur de cette démarche inédite sur le réseau s'est amoindrie au regard du fait que l'Afnic n'effectuait aucune recherche d'antériorité quant aux droits sur le nom de domaine sollicité. La charte de nommage précisait « *qu'il appartient au demandeur de vérifier par lui-même que la dénomination demandée ne porte pas atteinte à des droits antérieurs de tierces personnes* ».

716. Bien que cette procédure a permis de limiter, voire réduire sensiblement les cas de cybersquattage, elle a été très négativement accueillie par les internautes qui ont massivement délaissé le « .fr » au profit des zones dont la procédure d'enregistrement était plus souple.

717. Ainsi, au 1^{er} mai 2004, l'Afnic reconnaissait gérer moins de 200.000 noms de domaine alors que les registres allemand et anglais géraient chacun plusieurs millions de nom en « .de » et « .uk »⁶¹⁶. Devant ce constat plutôt amer, l'Afnic a décidé de changer de politique et applique depuis le 11 mai 2004 une charte de nommage censée assouplir les règles d'attribution au profit des professionnels⁶¹⁷. Depuis le 11 mai 2004, la réservation des noms de domaine en « .fr » est possible pour toutes les personnes identifiables sur les bases de données de l'INPI, de l'INSEE et des Greffes. Cette nouvelle charte a sonné le glas du contrôle a priori imposé par l'ancienne charte et qui était perçue comme plus pénalisante que sécurisante. L'Afnic a aussi mis en place un nouvel outil de recherches le « *Whois* », permettant à toute personne d'avoir accès aux informations publiques sur lesquelles elle s'est basée pour identifier le demandeur et valider sa demande.

718. Cet assouplissement de la procédure en « .fr » apparaît comme un retour à la case départ et redonne à la règle *premier arrivé, premier servi* une place centrale dans l'attribution des noms de domaine. Le danger de ce revirement est le risque d'augmentation des cas de cybersquatting, contenus jusqu'ici dans une certaine proportion. Ceci devient d'autant plus

616 M.-A. Ledieu et A. Straub, *L'attribution d'un nom de domaine en « .fr »*, Com.-com.élec., 4 juin 2004, p. 4
617 Ibid.

inquiétant que depuis le 20 juin 2006, l'Afnic permet la réservation aux particuliers. Ainsi les personnes majeures disposant d'une adresse postale en France pourront enregistrer le nom de domaine de leur choix⁶¹⁸. Toutefois, cette crainte doit être relativisée car le demandeur, nécessairement identifié en France, pourra être poursuivi devant les juridictions françaises dont la jurisprudence est aujourd'hui largement établie dans ce domaine.

D'un autre côté, l'adhésion à la charte de l'Afnic entraîne l'acceptation des procédures alternatives de règlement des litiges, assurées par trois organismes accrédités par l'Afnic que sont : le Forum des droits sur l'Internet, l'OMPI et le Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce de Paris (CMAP). Ces organismes appliquent pour la résolution des différends portant sur les noms de domaine les principes UDRP qu'il convient de présenter brièvement.

b- La procédure UDRP

719. L'UDRP est une procédure émanant de l'ICANN adoptée le 24 octobre 1999⁶¹⁹ et mise en œuvre par l'OMPI⁶²⁰. Il s'agit d'une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges obligatoire à laquelle se soumet tout demandeur par le biais du contrat d'enregistrement de nom de domaine. Mais celle-ci n'interdit nullement au requérant de porter le litige devant les juridictions étatiques. Les protagonistes peuvent aussi saisir le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris⁶²¹ dont la procédure entièrement dématérialisée permet à l'arbitre de prendre une décision très rapide.

720. Toutes ces procédures de médiation et d'arbitrage en matière de nom de domaine Internet aboutissent presque toutes, soit au rejet de la demande, soit à la radiation de l'enregistrement ou au transfert du nom de domaine enregistré au demandeur. Trois conditions cumulatives, posées par les principes directeurs régissant le règlement uniforme

618 Litiges .fr des particuliers : le Forum des droits sur l'Internet partenaire de l'Afnic, Actualité du 15/06/2006, www.foruminternet.org

619 www.icann.org/udrp/

620 www.OMPI.org: L'OMPI est devenue par la mise en œuvre de l'UDRP une institution de régulation de l'Internet. Son Centre d'arbitrage et de médiation est la première institution de règlement des litiges liés à l'enregistrement des noms de domaine. L'OMPI a adopté des règles supplémentaires pour l'application des principes UDRP en vigueur depuis le 1^{er} décembre 1999.

621 www.mediationetarbitrage.com

des litiges, motivent les décisions du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI de transférer le nom de domaine litigieux au demandeur :

- 1° : le nom de domaine est identique ou semblable, au point de prêter à confusion, à une marque sur laquelle la partie bénéficiaire du transfert a des droits.
- 2° : le réservataire du nom de domaine n'a aucun intérêt légitime qui s'y attache.
- 3° : Le nom de domaine a été enregistré et utilisé de mauvaise foi.

721. Selon les chiffres publiés par l'OMPI, son Centre d'arbitrage et de médiation a enregistré, depuis 2000, plus de 6700 plaintes pour cybersquattage⁶²². Il y a eu 6494 décisions rendues dont 881 plaintes rejetées, 44 radiations prononcées et 4277 transferts décidés. La procédure UDRP a donc le mérite d'exister, et ses vertus sont reconnues au niveau mondial dans la mesure où elle permet « *de poser des règles transnationales dans lesquelles on peut voir l'ébauche d'une régulation véritablement adaptée à l'Internet* »⁶²³. Cependant, malgré toutes ses qualités, l'UDRP n'a pas mis fin aux conséquences néfastes de la règle « *premier arrivé, premier servi* ».

722. Ainsi, il est arrivé que des cybersquatteurs passent les mailles du « *filet UDRP* » au détriment de titulaires légitimes de marques notoires. Deux séries de décisions rendues par le Centre de l'OMPI au sujet des marques « Nike » et « Just do it » permettent de l'illustrer⁶²⁴. La Commission administrative du Centre de l'OMPI a débouté la société américaine NIKE qui avait demandé le transfert à son profit des noms « *nikepark.com* », « *nikepark.net* », « *nikemen.com* », « *nikegolf.net* » et « *nikeshops.com* »⁶²⁵. Ces cinq noms de domaine avaient été enregistrés en Corée du sud par la Société Crystal International, qui avait déjà été déboutée dans une procédure analogue tranchée en mars 2001 pour les noms : « *nike-shop.com* », « *nike-shop.net* », « *nikewomen.com* », « *nikeshops.org* » et « *inike.net* ».

723. Mais dans cette nouvelle affaire que la Société NIKE croyait gagnée d'avance, l'arbitre observe que les trois conditions énoncées par les principes directeurs de l'UDRP

622 M. Vivant et al., Lamy informatique et réseaux, réédition 2006, op. cit., n°2180

623 Ibid, n°2463

624 C. Manara, « *Premier arrivé...mais pas avec les Nikes aux pieds* », Juriscom.net, 15 octobre 2002, www.juriscom.net

625 Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, n°D2002-0352, 2 août 2002, Nike, Inc. c/ Crystal International

n'étaient pas réunies, notamment, la troisième qui dispose que : « *le nom doit avoir été enregistré et utilisé de mauvaise foi* ». Ainsi, sans tenir compte de la notoriété de la marque « NIKE », et se basant exclusivement sur l'interprétation des principes directeurs, les arbitres ont tranché en faveur du cybersquatteur.

724. Il convient de relever ici que dans la procédure UDRP, la notoriété attachée à la marque ne semble pas avoir la même incidence que dans la procédure judiciaire classique qui aurait condamné le cybersquatteur pour parasitisme. L'interprétation assez stricte des principes directeurs de l'UDRP est susceptible de faire le jeu des cybersquatteurs professionnels qui porteront une attention particulière à l'application des règles édictées par l'ICANN. S'agissant de la marque « *just do it* » appartenant également à la société américaine NIKE, elle a fait l'objet en 1997 de l'enregistrement du nom de domaine « *justdoit.net* » par la Société Circle Group⁶²⁶. Là aussi, faisant une application stricte des règles de la procédure UDRP, l'arbitre, qui a relevé que la société NIKE détenait sans les exploiter les noms « *justdoit.com* » et « *justdoit.org* », a conclu au rejet de la demande de transfert au motif que *NIKE n'apportait pas la preuve que l'enregistrement du nom de domaine « justdoit.net » avait été effectué de mauvaise foi*. Cette rigueur de la procédure UDRP est de nature à provoquer un retour massif vers la procédure judiciaire.

725. En Europe, pour l'attribution du « .eu », il est prévue une période de pré-enregistrement pour les titulaires de droit sur les signes distinctifs afin de prévenir les cas de cybersquattage. Le règlement de la Commission européenne du 28 avril 2004 a mis en place un système dit de « révocation » des noms de domaine injustement attribués. Cette révocation qui est mise en œuvre soit lors d'une procédure judiciaire, soit lors d'une procédure extrajudiciaire, doit être prononcée lorsque « *le nom enregistré est identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire* ».

626 Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, n°D2002-0544 10 septembre 2002, Nike Inc. c/ Circle Group Internet, Inc.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

726. Les règles privées élaborées par les acteurs et incorporées dans leurs contrats jouissent d'une reconnaissance judiciaire et législative qui contribue à légitimer l'action normative des acteurs sur le réseau. Certes, il a été observé que la mise en œuvre de ces règles sur le réseau pouvait être à l'origine d'un abondant contentieux, notamment en ce qui concerne la règle du *premier arrivé, premier servi*. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'elles semblent plus adaptées à la pratique des acteurs et au fonctionnement normal de l'Internet.

727. Ces règles évolutives et mieux adaptées sont génératrices d'obligations contractuelles dont l'effet principal est la standardisation des comportements et des actions sur le réseau. Elles constituent également des normes transnationales dont l'adoption ne nécessite pas de procédure lourde et hasardeuse. La seule procédure admise pour leur mise en œuvre étant la simple manifestation de la volonté des acteurs. Le contrat permet donc la régulation du réseau Internet et en constitue le vecteur principal. Cette régulation contractuelle semble plus efficace que l'encadrement législatif qui constitue un carcan pour les acteurs privés de l'Internet, qui essaient tant bien que mal de le contractualiser.

CONCLUSION GÉNÉRALE

728. Au terme de cette étude, il apparaît clairement que la régulation contractuelle des réseaux numériques, loin d'être un mythe, est une véritable réalité. Celle-ci s'opère à travers des pratiques contractuelles inédites et variées tant pour l'accès au réseau Internet qu'en ce qui concerne son utilisation. Les clauses contractuelles régissent, non seulement les prestations attendues des parties, mais aussi les comportements que doivent adopter les utilisateurs des services offerts. Ainsi, des règles de bon comportement et de bon usage du réseau sont élaborées par les prestataires et leur non-respect par les utilisateurs met bien souvent en œuvre des sanctions unilatérales et non judiciaires.

729. Cette fonction normative des clauses contractuelles est renforcée par le caractère unilatéral de leur rédaction. La détermination unilatérale du contenu contractuel qui est l'un des critères de reconnaissance des contrats d'adhésion fait de ces derniers la source et l'instrument principal de la régulation contractuelle du réseau Internet.

730. Le contrat balise donc l'accès et l'utilisation des réseaux numériques, il en détermine les conditions d'accès et d'utilisation en dressant la liste des règles à respecter : règles d'usage et règles légales. De ce fait, les premiers rapports juridiques entre acteurs et utilisateurs sont des rapports contractuels. Le contrat devient, de la sorte, l'instrument privilégié de la régulation des rapports sociaux entre acteurs privés des réseaux numériques.

731. La technique contractuelle, qui permet de générer des obligations à la charge des parties, les maintient dans un rapport de force dans lequel les prestataires de services Internet apparaissent comme les véritables maîtres du réseau. Ils reçoivent par le contrat le pouvoir de déterminer les règles applicables et le pouvoir d'en sanctionner le non-respect. Dès lors, ces règles ne tirent plus leur force du législateur ou du juge mais du contrat, cadre juridique de référence pour les parties, et produisent tout leur effet dans ce cadre. Ces règles contractuelles existent parallèlement aux ordres juridiques étatiques, étant produites et véhiculées par les acteurs privés. Leur acceptation ou leur rejet par les pouvoirs publics est aussi indifférent à cette existence.

732. Les diverses interventions concurrentielles des législateurs nationaux en la matière n'ont pas changé fondamentalement cette donnée. Bien au contraire, la directive européenne du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique recommande aux Etats membres d'encourager l'élaboration des codes de conduite au niveau communautaire qui constituent le meilleur instrument pour déterminer les règles déontologiques applicables au commerce électronique.

733. En France, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui transpose en droit interne la directive du 8 juin 2000, fait du contrat l'instrument essentiel de la lutte contre les contenus illicites sur les réseaux numériques en laissant aux acteurs privés toute latitude pour prendre les mesures de nature à garantir un bon usage de l'Internet et le respect des lois en vigueur. Le législateur a ainsi mis en relief la légitimité de la régulation contractuelle des réseaux numériques.

734. Désormais, les acteurs privés, ayant reçu mandat pour lutter contre l'illicite, peuvent légitimement élaborer leur propre politique du réseau à travers des chartes et des codes de conduite qu'ils imposent aux utilisateurs au moyen du contrat. Cette incorporation de règles privées dans le contrat, soit par le biais des clauses de renvoi, soit par leur reprise directe, fait du contrat le vecteur idéal de leur diffusion sur les réseaux numériques.

735. C'est donc dans le cadre contractuel que ces règles privées exercent leur fonction normative afin de créer un environnement juridique adapté et propice aux activités se déroulant sur les réseaux numériques. A cet effet, la pression économique et politique exercée par les acteurs privés pour maintenir le contrôle et la gestion de l'Internet dans le secteur privé est indéniable tant au niveau national qu'international. Au niveau mondial, la gestion privée du réseau Internet apparaît comme un moindre mal à défaut de mieux. Les Etats et les organisations internationales telles que l'ONU et l'UIT (Union Internationale des télécommunications) ont été incapables de s'entendre sur la nature de la structure qui serait apte à gérer le réseau mondial.

736. La contestation de la gestion de l'ICANN au motif que cet organisme privé serait « chapeauté » par le gouvernement américain n'a pas été de nature à changer cette réalité. D'ailleurs, le Sommet mondial de la société de l'information de Tunis⁶²⁷ a reconnu le rôle positif et nécessaire du secteur privé, donc de l'ICANN. Toutes les parties présentes au sommet ont convenu de laisser le secteur privé gouverner, outre le nommage et l'adressage, toutes les questions se rapportant à l'utilisation de l'Internet⁶²⁸. La création d'un « *Forum mondial pour la gouvernance de l'Internet* » décidé, in extremis, par le sommet et dont le rôle sera de favoriser le dialogue international et multipartite sur la gestion du réseau n'a ni vraiment ni profondément remis en cause le rôle joué par l'ICANN.

737. Cette nouvelle structure, qui devrait voir le jour au cours du second semestre de l'an 2006 à Athènes, n'aura aucune fonction de contrôle politique et technique de l'Internet, n'ayant pas vocation à remplacer les institutions et organisations existantes. Il s'agit donc d'un simple outil de coopération internationale sur la compréhension du fonctionnement et de l'évolution du réseau mondial. Mais il ne s'agit, en aucun cas, d'une institution internationale chargée de gérer le réseau. L'ICANN reste donc le seul organisme chargé de la gouvernance technique et politique de l'Internet, étant le seul habilité à gérer les « Serveurs racines » sur lesquels est basé le Domain Name System.

738. Pour l'administration américaine, cette gouvernance privée de l'Internet est salubre à plus d'un titre⁶²⁹. D'abord, cela évite une supervision trop lourde et bureaucratique du réseau mondial. Ensuite, cela favorise l'innovation et la créativité sur le réseau qui sont source de richesse et de développement. Enfin, la gestion privée de l'Internet apparaît plus adaptée à la structure et à l'évolution des pratiques mises en œuvre. La gestion privée de l'Internet a pour corollaire sa régulation privée. Le contrat en est à la fois la source et le vecteur principal. La régulation contractuelle de l'Internet a donc de beaux jours devant elle, même s'il est donné d'observer ça et là une forte inflation législative en la matière⁶³⁰.

627 Sommet mondial de la société de l'information (SMSI) de Tunis du 16 au 18 novembre 2005

628 Ph. Achilléas, *Le Sommet mondial de la société de l'information, au-delà de la polémique*, Com.-Com. élec. janvier 2006, p. 2

629 L. Costes, *Quelle gouvernance de l'Internet ?*, Lamy droit de l'immatériel, n°10, nov. 2005, p. 3

630 En Europe comme au Etats-Unis

739. Certes, la situation actuelle de la gouvernance de l'Internet reste favorable à l'administration américaine qui continue d'exercer par le truchement de l'ICANN une suprématie sans partage sur le réseau⁶³¹, mais l'internationalisation de la gestion de l'Internet comporte de graves risques de dysfonctionnement. Brandissant leur légitimité historique en tant que « pays berceau de l'Internet », les Etats-Unis se sont érigés en véritable gardien du fonctionnement normal du réseau mondial⁶³².

740. Dans un document officiel publié le 30 juin 2005 par le Département fédéral du commerce américain intitulé « *Les principes des Etats-Unis sur le système Internet* »⁶³³, il y est clairement exposé la vision des Etats-Unis du fonctionnement du réseau mondial. Il y est ainsi écrit que : « *Le gouvernement américain entend préserver la sécurité et la stabilité du système DNS. Vu l'importance d'Internet pour l'économie mondiale, il est essentiel que la stabilité et la sécurité du DNS soient maintenues. Les Etats-Unis ne soutiendront aucune action risquant de mettre en cause son efficacité et y préserveront leur rôle historique (...). Les Etats-Unis continueront de soutenir une approche fondée sur le marché et le leadership du secteur privé dans le développement d'Internet* ».

741. Dès lors, le négociateur principal pour le gouvernement américain, M. David Gross, lors du Sommet mondial de Tunis, peut se féliciter de la création d'un simple Forum international sur la question de la gouvernance de l'Internet⁶³⁴. Il s'est surtout réjoui de la reconnaissance par l'ensemble des participants du rôle primordial du secteur privé dans la gestion du réseau. Son but, en venant au Sommet de Tunis, était de s'opposer fermement à la mise sous tutelle de l'ICANN par un organe onusien et d'éviter le renforcement du pouvoir des Etats dans la supervision d'Internet, estimant que cela donnerait à des pays liberticides un pouvoir indu sur les « cyberdissidences »⁶³⁵.

742. Le Sommet de Tunis semble avoir donc consacré la victoire de la vision américaine sur la gestion de l'Internet : une gestion strictement laissée aux mains du secteur

631 Cette administration aurait fait pression sur l'ICANN pour récuser le « .xxx » désignant les sites pornographiques

632 Les Etats-Unis s'arrogent de ce fait un « cyberdroit d'aïnesse » pour bloquer toute initiative des autres Etats.

633 L. Costes, préc., p. 3

634 AFP, *Un accord a été trouvé sur l'évolution d'Internet*, Yahoo ! actualité du 16 novembre 2005

635 La tenue du Sommet mondial de la Société de l'information à Tunis est de ce point de vue très controversée.

privé. Mais cet apparent triomphe américain n'a pas pour autant mis fin au débat sur la gouvernance de l'Internet, qui risque de resurgir à Athènes lors de la mise en place du Forum international en automne 2006. Pour l'heure, c'est le règne de la gouvernance privée de l'Internet qui s'affirme au niveau mondial. Au niveau national, l'existence du Forum des droits sur l'Internet (F.D.I.) permet d'observer la mainmise du secteur privé sur les recommandations de cet organisme hybride. La plus grande part des recommandations épouse le point de vue des acteurs privés. Parmi ceux-ci, l'AFA reste de loin le plus actif et le plus influent.

743. Désormais, les acteurs privés participent directement à l'élaboration des lois. Ils sont concertés et leur point de vue est pris en compte dans la mouture finale du projet de loi⁶³⁶. Certes ce phénomène de collaboration acteurs privés et acteurs publics dans l'élaboration des normes n'est pas nouveau⁶³⁷ mais sur le réseau il est de plus en plus apparent et prend une ampleur beaucoup plus importante. La loi du marché et la technicité des réseaux numériques expliquent sans doute cette accentuation du phénomène. Cette participation accrue des acteurs privés à l'élaboration des lois nationales relatives aux activités du réseau Internet risque d'atténuer l'utilité de la contractualisation des normes légales, mais cette atténuation n'est pas une régression, bien au contraire, elle apparaît comme le résultat final recherché. Désormais, en matière d'Internet, les lois nationales s'aligneront de plus en plus sur les règles de la pratique majoritaire des acteurs privés⁶³⁸.

744. A une époque où seul le profit économique compte et où les relations commerciales sont de plus en plus personnalisées, le contrat s'impose comme seul outil de régulation des marchés et des comportements. Il est une source de règles flexibles et adaptables à la situation concrète des membres de la « cybercité ». De ce fait, le contrat continuera encore pour longtemps de jouer un rôle essentiel dans la régulation des réseaux

636 La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Mais le vote de la loi du 1^{er} août 2006 transposant la directive européenne sur les droits d'auteur en France a été une illustration éloquent de ce phénomène, même si la mouture finale de la loi a été amputée des réformes voulues, et par certains députés et par le gouvernement, à cause de la censure de certaines dispositions par le Conseil constitutionnel.

637 C. Castets-Renard, *op. cit.*, p. 23

638 Il a été observé des résistances à ce niveau lors de l'examen du projet de loi transposant la directive de mai 2001 relative au droit d'auteur et des droits voisins. Mais cette résistance traduit plus un combat d'arrière garde. Il est vrai que la loi votée par les députés sous l'impulsion du gouvernement qui devrait être favorable aux internautes a été amputée de ces dispositions moins pénalisantes par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2006-540 DC. du 27 juillet 2006. V., C. Castets-Renard, *La décision du 27 juillet du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006*, *op. cit.*, p. 2158 ; G. Kessler, *Le peer-to-peer dans la loi du 1^{er} août 2006*, *op. cit.*, p. 2168

numériques. Les diverses recommandations tendant à l'adaptation du droit aux nouvelles technologies de l'information⁶³⁹, si elles sont pertinentes, elles ne peuvent ignorer la place de plus en plus importante de la régulation contractuelle. Sans cette prise en compte, ces adaptations apparaîtront limitées dans le temps dans la mesure où elles n'ont aucune anticipation sur les développements futurs des pratiques que seuls les acteurs privés de l'Internet peuvent prévoir⁶⁴⁰.

745. En effet, comment la loi peut-elle s'adapter durablement à un réseau en perpétuelle mutation et qui n'a pas encore trouvé sa forme définitive ? Certains spécialistes⁶⁴¹ prédisent que demain « *l'Internet n'existera plus, en tout cas, tel que nous le connaissons aujourd'hui* ». Ainsi, l'Internet induit déjà une nouvelle forme de régulation, contractuelle et évolutive, mettant l'individu au centre de la société qui, de plus en plus, tournera autour de lui. Sur les réseaux numériques, la loi générale et impersonnelle laissera la place à une loi personnelle et contractuelle. Il s'opèrera de fait ou de droit une délégation de pouvoir au profit des acteurs privés rendue nécessaire par la technicité du réseau et par le recours au contrat pour la régulation des rapports cybernétiques. Les valeurs de liberté, d'égalité, de libre-échange et de propriété, autrefois véhiculées par la loi, seront, demain, mieux exprimées par le contrat. Sur le réseau Internet, la liberté individuelle sera contractuelle, mais l'oppression viendra sans doute de la loi, à moins qu'elle ne s'aligne sur les pratiques contractuelles dominantes sur les réseaux numériques.

746. La régulation contractuelle des réseaux numériques permet donc l'émergence d'une nouvelle forme d'organisation sociale, qui décentralise les rapports sociaux en vue de l'établissement d'un rapport plus immatériel. Le réseau Internet est la plate-forme de cette nouvelle organisation sociale qui n'utilise plus la loi comme source de normes mais le contrat, lequel devient alors l'instrument « le plus apte » à la régulation des nouveaux réseaux

639 Voir le Rapport du Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*. En matière pénale, V. P.-M. Reverdy, Thèse, op. cit., n°823 et s.

640 Au Etats-Unis, les industriels de la culture préfèrent de loin la voie contractuelle à la voie contentieuse pour le règlement des litiges liés à l'Internet. Ainsi la maison de disques Warner Music et le site d'échange de vidéos YouTube.com ont conclu un accord permettant aux internautes d'utiliser gratuitement les clips et les musiques de Warner en contrepartie, les deux prestataires se partageront les recettes publicitaires générées par la visite du site. D'autres maisons de disques telles que Universal et EMI seraient aussi en pourparler avec YouTube. V., Metro Toulouse, 19 sept 2006, n°580, p. 5 (www.metrofrance.com)

641 Libération, *Internet version 2016*, n°7676, 12 janvier 2006, p. 4 et s.

mondiaux⁶⁴². La régulation contractuelle de l'Internet se présente à l'heure actuelle comme un phénomène embryonnaire dont les développements futurs réserveront au monde entier des surprises inimaginables. Ainsi, « la révolution Internet » continue.

642 Le vote de la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information montre clairement que la loi n'est pas adaptée à la régulation de certains aspects du réseau Internet. Cette loi qui transpose la directive 2001/29 CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans l'Union européenne, a mis plusieurs années pour voir le jour. Le processus législatif, riche en rebondissements spectaculaires avec des débats houleux et des divergences au sein même des groupes parlements et aussi au niveau des deux chambres du Parlement, s'est achevé par la décision du Conseil constitutionnel n°2006-540 DC du 27 juillet 2006 qui a censuré une grande partie des dispositions relatives à la répression du Peer-to-peer. Le texte promulgué est au final plus répressif que le projet de loi initial. C'est donc un retour à la case départ. V., G. Kessler, *op. cit.*, p. 2167

TABLES DES ANNEXES

Annexe I : Charte de nommage du « .fr »

Annexe II : Pratiques et usages de l'AFA

Annexe III : Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique

Annexe IV : Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques

Annexe V : Loi n°2004-575 du 21 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique

Annexe VI : Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

ANNEXE I



Charte de nommage du .fr
Règles d'enregistrement pour les noms de domaine se terminant en .fr
20 juin 2006

Table des matières

Introduction

- Préambule
- 1. Objet
- 2. Opposabilité

Informations générales

- 3. Catégories de domaines
- 4. Titulaire d'un nom de domaine au sein de la zone .fr
- 5. Contact administratif
- 6. Accessibilité
- 7. Mise à jour des informations
- 8. Droit sur le nom de domaine
- 9. Validité du nom de domaine

Règles d'attribution

- 10. Eligibilité au sein du domaine de premier niveau .fr
- 10.1 - Personnes morales
- 10.2 - Titulaires de marque
- 10.3 - Personnes physiques
- 11. Enregistrement d'un nom de domaine au sein du second niveau
- 11.1 – Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .tm.fr
- 11.2 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .asso.fr
- 11.3 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .nom.fr
- 11.4 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .com.fr
- 11.5 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .prd.fr
- 11.6 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .presse.fr
- 11.7 - Règles spécifiques au sein des domaines de second niveau sectoriels
- 12. Choix du nom de domaine
- 13. Termes interdits et réservés
- 14. Contraintes syntaxiques

Procédures

- 15. Traitement des actes d'administration
- 15.1 - Principe de traitement chronologique des actes d'administration
- 15.2 - Principe d'intermédiation des bureaux d'enregistrement
- 15.3 - Principe d'identification ou principe de vérification de l'éligibilité du titulaire
- 16. Pré enregistrement
- 17. Vérifications occasionnelles
- 17.1 - Principes Directeurs
- 17.2 - Résultats de la vérification
- 18. Relations entre le titulaire du nom de domaine et le bureau d'enregistrement
- 19. Noms de domaine orphelins
- 20. Facturation de nom de domaine

Opérations sur les noms de domaine

21. Changement de bureau d'enregistrement
22. Gel des opérations
23. Blocage d'un nom de domaine
24. Suppression d'un nom de domaine
25. Procédures alternatives de résolution des litiges
26. Transmission volontaire de nom de domaine
27. Transmission forcée de nom de domaine

Utilisation des données enregistrées

28. Confidentialité
29. Base de données de référence et qualification
30. Données personnelles
- 30.1 – Principes directeurs
- 30.2 – Diffusion restreinte
31. Responsabilités
32. Garantie

Complément d'information sur la charte

33. Convention de preuve
34. Modification de la charte

Lexique

Préambule

L'Association Française pour le Nommage Internet en Coopération (ci-après dénommée AFNIC), association régie par les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, est chargée d'attribuer et de gérer les noms de domaine, au sein des zones de nommage correspondant au territoire national qui lui ont été déléguées.

L'attribution des noms de domaine administrés par l'AFNIC est assurée dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent notamment au respect, par les demandeurs, des droits de propriété intellectuelle.

À cette fin, l'AFNIC a élaboré conformément aux décisions prises par ses organes délibérants, en étroite coopération avec les comités de concertation qui la composent, un ensemble de règles relatives à l'enregistrement et à la maintenance des noms de domaine qu'elle administre.

L'ensemble de ces règles, ainsi que les documents d'application et en particulier le guide des procédures, constituent un document contractuel unique appelé « Charte de nommage de l'AFNIC ».

Article 1 - Objet

La charte de nommage a pour objet de définir les règles administratives et techniques relatives aux zones de nommage gérées par l'AFNIC.

Article 2 - Opposabilité

Le titulaire d'un nom de domaine est réputé avoir pris connaissance des termes de la présente charte et les accepter sans réserve, du seul fait d'avoir demandé l'enregistrement ou la transmission d'un nom de domaine.

La validation électronique, les demandes d'intervention auprès de l'AFNIC, tout comme le paiement des sommes dues au titre de l'enregistrement d'un nom de domaine ou tout autre acte d'administration ne saurait être entendu comme autre chose qu'une simple réitération de cette acceptation.

La version de la charte de nommage de l'AFNIC opposable est celle disponible sur le site de l'AFNIC au jour de la réception par ses services d'une demande d'acte d'administration quelle qu'elle soit.

Sauf exception validée par décision du conseil d'administration, l'application de nouvelles règles est immédiate et n'a pas d'effet rétroactif.

Article 3 - Catégories de domaines

Les zones de nommage déléguées à l'AFNIC comportent :

- le domaine de premier niveau .fr ;
- des domaines de second niveau.

Les domaines de premier niveau incluent les conventions de nommage (<http://www.afnic.fr/obtenir/chartes/nommage-fr/annexe-conventions-nommage>) dont l'enregistrement sous un format commun est réservé aux seules entités du secteur d'activité concerné.

Les domaines de second niveau se répartissent en :

- domaines de second niveau descriptifs (<http://www.afnic.fr/obtenir/chartes/nommage-fr/annexe-descriptifs>), dont l'objectif est de décrire une activité ou un titre quelconque :
 - .tm.fr pour les titulaires de marques ;
 - .asso.fr pour les associations ;
 - .nom.fr pour les noms patronymiques ;
 - .com.fr ouvert à tout déposant identifié sans justification du nom demandé ;
 - .prd.fr pour les programmes de recherche et de développement ;
 - .presse.fr pour les publications de presse ;
- domaines de second niveau sectoriels (<http://www.afnic.fr/obtenir/chartes/nommage-fr/annexe-sectoriels>), dont l'objectif est d'identifier une branche d'activité ou un secteur réglementé.

Les organes délibérants de l'AFNIC, en coopération avec les comités de concertation, décident de la création ou de la suppression des domaines de second niveau descriptifs.

La suppression d'un domaine de second niveau descriptif ne peut intervenir, si des noms de domaine sont toujours actifs, sans un préavis de 6 (six) mois invitant les titulaires des noms de domaine affectés par cette suppression à changer de nom de domaine.

La suppression d'un domaine de second niveau sectoriel est prise en charge et les conséquences sont assurées par l'autorité compétente.

La création d'un domaine de second niveau sectoriel est décidée par l'AFNIC après demande d'une autorité compétente.

Article 4 - Titulaire d'un nom de domaine au sein de la zone .fr

Peuvent être titulaires d'un nom de domaine au sein de la zone .fr, les personnes physiques ou morales qui répondent aux exigences et critères d'éligibilité propres aux domaines de premier et de second niveau.

Article 5 - Contact administratif

Le titulaire d'un nom de domaine doit impérativement désigner lors de sa demande d'enregistrement et maintenir pendant toute la durée d'usage de son nom de domaine un « contact administratif ». Il est libre d'en changer via son bureau d'enregistrement.

Le contact administratif est, au choix du titulaire, une personne physique ou morale qui peut être tierce au titulaire, notamment le bureau d'enregistrement.

Le contact administratif est impérativement établi en France et doit y disposer d'une adresse effective qui lui permette de recevoir des actes judiciaires ou extrajudiciaires.

On entend par « établi en France », pour les personnes morales celles dont le siège est situé en France ou qui disposent d'une adresse en France identifiée au sein des bases publiques des greffes des tribunaux de commerce ou de l'INSEE - pour les personnes physiques celles qui peuvent justifier d'une adresse en France depuis plus de 3 (trois) mois consécutifs en préalable à la demande d'acte d'administration.

Le contact administratif est susceptible d'être contacté dans le cadre d'actes d'administration sur le nom de domaine, selon les dispositions du guide de procédure. Ses coordonnées sont diffusées au sein de la base Whois.

Dans le cas où le titulaire est une personne physique, hors titulaire d'une marque, le contact administratif peut demander que ses coordonnées personnelles n'apparaissent pas dans la base Whois ; néanmoins, il pourra être contacté par courrier électronique sans que ses coordonnées soient rendues accessibles à ses interlocuteurs.

L'AFNIC ne saurait en aucun cas être tenue responsable des relations, quelle qu'en soit la nature, entre le titulaire d'un nom de domaine et le contact administratif.

Article 6 - Accessibilité

Il est impératif que l'AFNIC puisse contacter selon les cas le titulaire du nom de domaine ou son contact administratif.

Pour ce faire, le titulaire et le contact administratif devront chacun communiquer et tenir fonctionnel un numéro de téléphone et une adresse électronique.

Le non respect de cette obligation entraînera le blocage, puis le cas échéant la suppression du nom de domaine.

Article 7 - Mise à jour des informations

Le titulaire est tenu, pendant toute la durée où le nom de domaine est maintenu, de mettre à jour, sans délai, par l'intermédiaire de son bureau d'enregistrement les informations communiquées lors de l'enregistrement ou la transmission du nom de domaine.

Article 8 - Droit sur le nom de domaine

Le titulaire d'un nom de domaine dispose sur celui-ci d'un droit d'usage pendant toute la durée de validité de l'enregistrement.

Il peut disposer de son nom de domaine dans le respect des termes de la charte de nommage.

L'enregistrement, l'utilisation et l'exploitation d'un nom de domaine relèvent de la seule responsabilité de son titulaire.

L'AFNIC dispose d'un droit de reprise et d'un droit de préemption notamment dans le cas d'un terme qu'il s'avérerait nécessaire d'introduire dans la liste des termes fondamentaux non attribuables. Le droit de reprise ne peut s'exercer sans un préavis de six (six) mois, ramené à 3 (trois) mois en cas d'urgence motivée, permettant au titulaire de choisir un autre nom de domaine et de s'assurer d'une parfaite migration.

La mission exercée par l'AFNIC ne lui confère aucun droit de propriété intellectuelle sur les noms de domaine.

Article 9 - Validité du nom de domaine

Le nom de domaine a une durée de validité de 12 (douze) mois à compter de la dernière opération facturée au bureau d'enregistrement, renouvelable tacitement sauf demande de suppression adressée par le bureau d'enregistrement.

Article 10 – Eligibilité au sein du domaine de premier niveau .fr

Peuvent enregistrer un nom de domaine de premier niveau .fr, les personnes physiques ou morales qui correspondent à l'une des trois catégories suivantes :

10.1 - Personnes Morales

Les personnes morales dont le siège social ou l'adresse d'un établissement est situé en France et qui sont identifiables au travers des bases de données électroniques suivantes :

- Greffes des tribunaux de commerce ;
- Registre National du Commerce et des Sociétés (INPI) ;
- Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) ;
- REFASSO pour les associations.

Les institutions et services de l'État, les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements

10.2 - Titulaires de marque

Les personnes physiques ou morales qui sont titulaires d'une marque déposée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle ou titulaire d'une marque communautaire ou internationale enregistrée visant expressément le territoire français, identifiables au travers de la base de données électroniques ICIMARQUES (INPI).

10.3 – Personnes physiques

Les personnes physiques majeures ayant une adresse en France.

Article 11 -Enregistrement d'un nom de domaine au sein du second niveau

Aucune demande d'enregistrement ou de tout autre acte d'administration au sein d'un domaine de second niveau ne sera admise si le demandeur ou le titulaire ne justifie pas de son appartenance à cette catégorie conformément aux termes de la présente charte de nommage.

Ces dispositions ci-dessus s'entendent sans préjudice des dispositions spécifiques pour les enregistrements de nom de domaine au sein des domaines de second niveau .com.fr et .nom.fr.

La remise des justificatifs correspondants est adressée à l'AFNIC lors de la demande d'enregistrement, et la vérification intervient avant l'installation du nom de domaine.

L'enregistrement d'un nom de domaine au sein des domaines de second niveau n'a aucun caractère impératif pour les personnes morales ou physiques qui peuvent enregistrer un nom de domaine au sein du domaine de premier niveau, sous réserve d'en respecter les contraintes.

11. 1 Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif.tm.fr

L'extension .tm.fr est réservée aux titulaires de marques qui souhaitent utiliser leur marque telle qu'enregistrée ou une partie du « champ marque », à titre de nom de domaine.

Les justificatifs admis par l'AFNIC sont :

- la demande d'enregistrement validée par l'INPI ;
- le certificat définitif OHMI ou OMPI sous réserve que la France figure parmi les pays concernés par le dépôt.

Pour les noms de domaine en .fr créés sur la base d'une demande d'enregistrement validée par l'INPI, il est précisé que :

- si la demande d'enregistrement de la marque adressée à l'INPI fait l'objet d'un rejet lors du contrôle de recevabilité, et n'obtient pas le statut "déposée", le nom de domaine est purement et simplement supprimé sans préavis ou indemnités par l'AFNIC, qui en informe le bureau d'enregistrement. Le nom de domaine retombe alors dans le domaine public ;
- si la marque ne fait pas l'objet d'une publication au BOPI dans le délai réglementaire des 6 (six) semaines de l'INPI, et n'obtient pas le statut "publiée", le nom de domaine est bloqué par l'AFNIC pendant une période de 30 (trente) jours. Faute de régularisation ou information complémentaire, le nom de domaine est supprimé sans préavis ou indemnités, le bureau d'enregistrement en étant toutefois informé ;

- si la marque n'est pas enregistrée dans le délai réglementaire de 6 (six) mois de l'INPI, et n'obtient pas le statut "enregistrée", le nom de domaine est bloqué par l'AFNIC pendant une période de 30 (trente) jours. Faute de régularisation ou information complémentaire, le nom de domaine est supprimé sans préavis ou indemnités, le bureau d'enregistrement en étant toutefois informé.

11.2 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .asso.fr

L'extension .asso.fr est réservée aux associations.

Les justificatifs admis par l'AFNIC sont :

- copie de la parution au JO ;
- copie de la déclaration en Préfecture (ou autre selon les règles locales) ;
- copie de l'identifiant au répertoire INSEE.

Le nom de domaine doit nécessairement correspondre en tout ou partie au nom de l'association ou à son enseigne telle qu'elle apparaît sur l'acte justificatif.

11.3 Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .nom.fr

L'extension .nom.fr est réservée aux personnes physiques majeures résidant en France ou de nationalité française résidant à l'étranger qui souhaitent utiliser leur nom patronymique à titre de nom de domaine.

Cette extension répond à la syntaxe suivante :

[patronyme.nom.fr] ou [patronyme-champlibre.nom.fr].

Le nom patronymique s'entend du nom de famille, du nom de jeune fille ou du pseudonyme tel qu'il apparaît sur le document d'identité du demandeur.

11.4 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .com.fr

L'extension .com.fr est réservée aux personnes morales ou physiques majeures résidant en France ou de nationalité française résidant à l'étranger.

L'enregistrement sous l'extension .com.fr ne requiert pas de justification du nom.

L'enregistrement n'est autorisé que si le terme n'est pas déjà enregistré à l'identique dans l'une des extensions du domaine public.

L'enregistrement sous l'extension .com.fr n'empêche pas un demandeur d'enregistrer postérieurement le même terme dans une des autres extensions du domaine public.

11.5 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .prd.fr

L'extension .prd.fr est réservée aux projets ou programmes de recherche et de développement qui doit être justifiée par un document attestant de la réalité dudit projet ou programme et correspondre avec l'intitulé dudit projet ou programme.

11.6 - Règles spécifiques au sein du domaine de second niveau descriptif .presse.fr

L'extension .presse.fr est réservée aux publications de presse écrite ou en ligne. Les éditeurs de publication de presse écrite doivent justifier de cette qualité par la copie du document ISSN obtenu auprès du Centre ISSN de France.

En ce qui concerne la publication en ligne, les éditeurs doivent faire une demande d'ISSN auprès du Centre ISSN France, afin que leur publication soit identifiée tant que publication de presse. L'ISSN attribué leur sera communiqué dans un délai d'un à deux mois et sera également communiqué à l'AFNIC pour validation du nom de domaine.

Le nom de domaine choisi doit correspondre au titre clé du document ISSN.

11.7 - Règles spécifiques au sein des domaines de second niveau sectoriels

Les domaines de second niveau sectoriels répondent à des règles spécifiques édictées, rédigées et mises en oeuvre par une autorité compétente.

Ces règles sont accessibles auprès des autorités compétentes identifiées ici : <http://www.afnic.fr/obtenir/chartes/nommage-fr/annexe-sectoriels>.

L'AFNIC procède à un contrôle a priori des demandes d'enregistrement de noms de domaine au sein de domaines de second niveau sectoriels, l'enregistrement ou la transmission d'un nom de domaine sectoriel ne peut intervenir que si la demande est compatible avec le règlement de nommage correspondant.

L'AFNIC procède au blocage, et le cas échéant à la suppression d'un nom de domaine, si l'autorité compétente en charge du domaine sectoriel concerné lui en fait la demande, les conséquences qui peuvent en découler étant assumées par l'autorité compétente et elle seule, excluant toute responsabilité de l'AFNIC.

Article 12 - Choix du nom de domaine

Le demandeur choisit librement le ou les terme(s) qu'il souhaite utiliser à titre de nom de domaine et est seul responsable de son choix.

Il lui appartient et à lui seul de s'assurer que le terme qu'il souhaite utiliser à titre de nom de domaine, sans que cette liste ne soit exhaustive :

- 1) ne figure pas dans la liste des « termes interdits » ;
- 2) ne soit pas conforme aux contraintes syntaxiques ;
- 3) ne porte pas atteinte aux droits des tiers, en particulier :
 - à la propriété intellectuelle (propriété littéraire et artistique et/ou propriété industrielle),
 - aux règles de la concurrence et du comportement loyal en matière commerciale,
 - au droit au nom, au prénom ou au pseudonyme d'une personne,
- 4) ne soit pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public et notamment ne comporte aucun terme :
 - incriminé au titre de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;
 - susceptible de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs.
- 5) ne corresponde pas au nom d'une collectivité territoriale, tel que publié par l'INSEE, à l'exception des détenteurs d'une marque correspondant à ce même nom et enregistrée avant 1985.

Article 13 - Termes interdits et réservés

Les termes fondamentaux regroupent :

- des termes « interdits » qui ne peuvent faire l'objet d'un enregistrement, sauf exception validée par le conseil d'administration de l'AFNIC,
- et des termes « réservés » dont l'enregistrement est soumis à conditions particulières, liées à l'identité et au droit du demandeur.

Au titre des termes « interdits » figurent, par exemple, les termes injurieux, racistes, grossiers, liés à des crimes ou des délits.

Au titre des termes « réservés », figurent, par exemple, les termes techniques de l'Internet, les noms des professions réglementées, les termes liés au fonctionnement de l'État, les noms de pays signataires de la Convention de Paris et les noms ou termes consacrés des organisations internationales ainsi que les noms des communes françaises dans leur forme canonique.

Les termes fondamentaux sont inclus dans une liste tenue à jour par l'AFNIC qui comporte à la fois les termes interdits, exclus du nommage par nature, et les termes réservés.

La liste des noms de communes constituant le référentiel des noms réservés est directement consultable sur le site de l'INSEE, leur enregistrement étant soumis aux dispositions spécifiques du guide des procédures.

Hormis les noms des communes, les termes sont inclus soit spontanément par l'AFNIC, soit à l'occasion d'une demande d'enregistrement d'un nom de domaine.

Le gouvernement, par la voie du ministre des communications électroniques, peut, à tout moment, demander à l'AFNIC d'inclure de nouveaux termes dans cette liste de termes fondamentaux.

Cette liste est évolutive et le demandeur est invité à en prendre connaissance en ligne. Du fait même des termes qui la composent, cette liste n'est pas publiée dans son intégralité et n'est communiquée qu'aux bureaux d'enregistrement qui en font la demande au moment d'un refus d'enregistrement.

La liste des termes fondamentaux n'est pas constitutive pour l'AFNIC d'une obligation de résultat.

Toute contestation quant au refus d'enregistrer un nom de domaine dont le terme est inclus dans la liste des termes fondamentaux est adressée au Conseil d'Administration de l'AFNIC seul habilité à accorder des dérogations justifiées. Les demandes doivent être motivées.

Article 14 - Contraintes syntaxiques

Sont admis à titre de noms de domaine les termes alphanumériques constitués de lettres de l'alphabet français A à Z et de chiffres de 0 à 9 et du tiret « - ».

Ne peuvent être enregistrés, les noms de domaine :

- composés d'un caractère unique ;
- composés de deux lettres uniquement ;
- débutant ou se terminant par un tiret « - » ;
- d'une longueur supérieure à 255 caractères (63 entre chaque « . ») ;
- débutant par « xn-- ».

Article 15 - Traitement des actes d'administration

Le traitement des actes d'administration repose sur les principes suivants :

- Principe d'un traitement chronologique des demandes ;
- Principe d'intermédiation des bureaux d'enregistrement ;

- Principe d'identification ou principe de vérification de l'éligibilité du titulaire pour les enregistrements de noms de domaine au sein du premier niveau .fr ;
- Principe de justification pour les enregistrements de noms de domaine au sein du second niveau.

15.1 - Principe de traitement chronologique des actes d'administration

Le traitement des actes d'administration adressés à l'AFNIC par les bureaux d'enregistrement repose sur le principe du « premier arrivé -premier servi » c'est à dire qu'il est assuré par ordre chronologique de réception des dites demandes.

L'installation technique du nom de domaine intervient le jour du traitement de la demande d'intervention par l'AFNIC, pour des actes d'administration conformes administrativement et techniquement à la charte de nommage de l'AFNIC.

15.2 - Principe d'intermédiation des bureaux d'enregistrement

Pour des raisons techniques, aucun acte d'administration relatif à un nom de domaine ne peut être adressé directement à l'AFNIC.

Les demandes d'actes d'administration sont nécessairement traitées par un bureau d'enregistrement, qui agit comme interface entre le demandeur ou le titulaire et l'AFNIC.

La personne physique ou morale qui souhaite faire enregistrer un nom de domaine ou faire procéder à une modification quelconque doit choisir un bureau d'enregistrement parmi les bureaux d'enregistrement figurant sur une liste tenue à jour par l'AFNIC : <http://www.afnic.fr/obtenir/prestataires>.

Pour chaque demande, le bureau d'enregistrement communique à l'AFNIC les éléments nécessaires au traitement de ladite demande conformément à la présente et au guide des procédures.

15.3 - Principe d'identification ou principe de vérification de l'éligibilité du titulaire

Cette opération est réalisée selon les cas par l'AFNIC ou par les bureaux d'enregistrement dans le respect des dispositions du guide des procédures.

Lorsque la demande émane d'une personne visée aux articles 10.1 et 10.2 de la présente charte, l'opération d'identification est réalisée par l'AFNIC.

Pour ce faire, l'AFNIC vérifie que les informations qui lui ont été fournies sont conformes à celles qui figurent dans les bases de données suivantes : Greffes des tribunaux de commerce, Registre National du Commerce et des Sociétés (INPI), Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), REFASSO pour les associations, ICIMARQUES (INPI).

Pour les institutions et services de l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements, à défaut de pouvoir les identifier au sein des bases de données susvisées, l'AFNIC procède à leur identification en demandant au bureau d'enregistrement la communication de documents permettant de satisfaire à l'opération d'identification.

Pour ce qui concerne les noms de domaine sous le nommage mairie-xxx.fr, ville-xxx.fr, cr-xxx.fr, cg-xxx.fr, l'AFNIC vérifie également l'adéquation entre le nom de la collectivité territoriale, le titulaire et le nom de domaine demandé.

L'AFNIC ne saurait être tenue responsable des erreurs ou omissions figurant dans lesdites bases de données publiques qui affecteraient le bon déroulement du processus d'enregistrement.

Lorsque la demande émane d'une personne visée à l'article 10.3 de la présente charte, l'opération de vérification de l'éligibilité du titulaire est réalisée par le bureau d'enregistrement qui, pour ce faire, s'assure, selon les moyens qu'il juge nécessaire :

- de l'identité du demandeur ;
- du fait qu'il respecte bien les critères d'éligibilité, notamment le critère de majorité ainsi que celui de la territorialité.

L'opération d'enregistrement d'un nom de domaine dont l'identification ou la vérification de l'éligibilité du titulaire se solderait par une suppression sera néanmoins facturée par l'AFNIC.

Article 16 – Préenregistrement

Aucune réservation de nom de domaine n'est possible quelle qu'en soit la nature ou le fondement.

Une procédure de préenregistrement est cependant mise en œuvre auprès d'organismes habilités dont la liste est accessible ici :

<http://www.afnic.fr/obtenir/preenregistrement/cfe-liste>.

La procédure de préenregistrement, détaillée et mise en œuvre par lesdits organismes, permet de préenregistrer un nom de domaine, c'est-à-dire de le protéger pendant une période de 15 (quinze) jours, période pendant laquelle le titulaire doit faire choix d'un bureau d'enregistrement pour finaliser la demande d'enregistrement.

Passé ce délai, et faute pour le titulaire d'avoir procédé à l'enregistrement du nom de domaine, celui-ci retombe dans le domaine public.

Article 17 – Vérifications occasionnelles

17.1- Principes directeurs

En dehors des opérations de vérifications qui interviennent lors de l'enregistrement d'un nom de domaine, l'AFNIC peut être amenée, à sa discrétion ou sur demande motivée d'un tiers, à procéder à des vérifications de conformité aux termes de la charte.

Le déclenchement de cette procédure de vérification n'a pas pour but la levée de la confidentialité sur les données à caractère personnel du titulaire, lorsque ce dernier a opté pour la diffusion restreinte.

En cas de vérification, l'AFNIC pourra être amenée à demander au bureau d'enregistrement de lui fournir des informations ou documents complémentaires et notamment :

- la demande type d'intervention AFNIC ; (ou),
- tout document comportant les mentions relatives à la demande type d'intervention AFNIC ;
- une confirmation du respect des critères fixés par la charte pour ce qui concerne les personnes physiques visées à l'article 10.3.

La procédure de vérification participe à garantir la fiabilité de la base Whois.

17.2 - Résultats de la vérification

- Dans le cas d'une procédure de vérification qui se solderait par un constat de respect des dispositions de la charte et du guide des procédures, le titulaire ne pourra faire l'objet d'une nouvelle procédure de vérification pendant un délai de douze mois (12) sauf dans le cadre d'une réquisition judiciaire ou par application d'une décision de justice.

- Toute procédure de vérification qui se solderait par un constat de non-respect des dispositions de la charte ou du guide des procédures entraînera le blocage et le cas échéant la suppression du nom de domaine selon les dispositions décrites dans le guide des procédures.

Dans ce cas, l'opération de vérification pourra être étendue à l'ensemble des noms de domaine détenus par le même titulaire. Le titulaire, le contact administratif ainsi que le ou les bureaux d'enregistrement seront avisés de la démarche.

Article 18 - Relations entre le titulaire du nom de domaine et le bureau d'enregistrement

Par principe, l'AFNIC n'a aucun lien de droit avec le demandeur ou le titulaire du nom de domaine.

L'AFNIC ne saurait être tenue responsable des relations, quelle que soit leur nature, entre le bureau d'enregistrement et ses clients (demandeur ou titulaire).

L'AFNIC ne saurait pas plus être tenue pour responsable, ni de la liste des bureaux d'enregistrement, ni de leurs compétences techniques.

Article 19 - Noms de domaines orphelins

Dans l'hypothèse où un bureau d'enregistrement ne serait plus conventionné avec l'AFNIC, quelle qu'en soit la raison et notamment en cas de :

- non renouvellement de sa convention annuelle avec l'AFNIC ;
- procédure collective ;
- arrêt d'activité dans le domaine concerné ;
- résiliation de la convention avec l'AFNIC quelle qu'en soit la raison.

Les noms de domaine administrés par ledit bureau d'enregistrement seront considérés comme des « noms de domaine orphelins » et les titulaires devront choisir un nouveau bureau d'enregistrement.

Il appartient au bureau d'enregistrement d'en aviser préalablement les titulaires qui sont ses clients.

À défaut pour le bureau d'enregistrement de s'être exécuté, l'AFNIC avise le titulaire et le cas échéant le contact administratif de la nécessité de changer de bureau d'enregistrement selon les dispositions du guide de procédures.

Cette disposition ne saurait s'entendre comme une obligation de surveillance ou de vigilance à la charge de l'AFNIC mais simplement comme une intervention dans le cadre de situation d'exception.

Les noms de domaine qui font l'objet d'un blocage sont identifiés comme tel dans la base Whois.

Article 20 – Facturation de nom de domaine

Le droit d'usage d'un nom de domaine est conditionné par le paiement du :

- coût de la création ;
- coût de maintenance annuelle pour chaque année civile ;
- coût lié aux interventions de l'AFNIC.

Toutes les interventions de l'AFNIC font l'objet d'une facturation au titre des actes d'administration à l'exception :

- des modifications techniques et des modifications administratives ;

- de l'enregistrement d'un nouveau nom de domaine imposé par l'AFNIC soit à la suite de l'exercice de son droit de reprise, soit en conséquence de la suppression d'un domaine de second niveau descriptif ;
- des demandes de suppression.

Les coûts liés à l'intervention de l'AFNIC tels que facturés aux bureaux d'enregistrement sont arrêtés par le conseil d'administration de l'AFNIC pour chaque année civile.

Ces coûts sont publics et accessibles ici :

<http://www.afnic.fr/afnic/adhesion/prestataire/tarifs>.

Les bureaux d'enregistrement demeurent pour leur part, libres de leur tarification.

La facturation est adressée au bureau d'enregistrement et payée par ce dernier.

Le coût d'un acte d'administration est dû dès sa réalisation par l'AFNIC

Il est cependant précisé que le coût de l'enregistrement, reste dû à l'AFNIC, quel que soit le résultat de l'opération d'identification ou de vérification de l'éligibilité du titulaire.

Le coût de la redevance annuelle pour maintenance est dû à l'AFNIC un an après le dernier acte d'administration payant réalisé sur un nom de domaine.

L'AFNIC ne saurait être tenue responsable du défaut de paiement de ses interventions par le bureau d'enregistrement qui aurait une incidence sur l'administration d'un nom de domaine, les contestations et/ou contentieux à ce sujet relevant de la seule relation entre le bureau d'enregistrement et son client.

Article 21 – Changement de bureau d'enregistrement

Le titulaire peut changer de bureau d'enregistrement sous réserve du respect des engagements contractuels qui le lient audit bureau d'enregistrement.

Il lui appartient de faire choix d'un nouveau bureau d'enregistrement et de faire procéder aux modifications par ce dernier.

Le bureau d'enregistrement bénéficiaire du changement de bureau d'enregistrement doit veiller à ce que cette modification d'ordre technique n'affecte en rien la titularité du nom de domaine.

Dans le cadre d'une opération de changement de bureau d'enregistrement, l'AFNIC peut être saisie par l'ancien bureau d'enregistrement pour vérifier la réalité de la demande émanant du titulaire du nom de domaine. Cette vérification est déclenchée par l'envoi d'un courrier électronique à enquete-le@nic.fr.

La procédure technique de changement de bureau d'enregistrement ainsi que celle du déclenchement de l'enquête sont détaillées dans le guide des procédures.

Article 22 - Gel des opérations

Un nom de domaine peut faire l'objet d'une procédure de gel des opérations dans les hypothèses suivantes et sans que cette liste soit exhaustive :

- en cas de décision de justice ordonnant le gel des opérations, décision revêtue de l'exécution provisoire ou investie de la force de la chose jugée telle que détaillée à l'Article relatif à la transmission forcée d'un nom de domaine ou d'ordonnance sur requête ;
- dès qu'une procédure alternative de résolution des litiges est engagée.

Le gel des opérations annule l'ensemble des opérations en cours de traitement par l'AFNIC et les tickets correspondants.

À l'issue de la procédure judiciaire et/ou de la procédure alternative de résolution des litiges, il est mis un terme au gel des opérations.

Les noms de domaine qui font l'objet d'un gel des opérations sont identifiés comme tel dans la base Whois.

Article 23 - Blocage d'un nom de domaine

L'AFNIC procède au blocage d'un nom de domaine chaque fois qu'elle a identifié une violation des termes ou de l'esprit de la présente charte et notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive :

- en cas de vérification infructueuse ;
- en cas de non respect des critères d'enregistrement du contact administratif ;
- lorsque l'adresse électronique du contact administratif et/ou celle du titulaire ne seront pas fonctionnelles ;
- lorsque le nom de domaine est orphelin ;
- en cas de décision de justice ordonnant le blocage du nom de domaine, décision revêtue de l'exécution provisoire ou investie de la force de la chose jugée telle que détaillée à l'Article relatif à la transmission forcée d'un nom de domaine.

Cette disposition ne saurait s'entendre comme une obligation d'agir à la charge de l'AFNIC mais simplement comme une faculté de mise en oeuvre.

Les noms de domaine qui font l'objet d'un blocage sont identifiés comme tel dans la base Whois.

Article 24 - Suppression d'un nom de domaine

Pour des raisons techniques, la suppression est irréversible.

Une fois supprimé, le nom de domaine retombe dans le domaine public et peut être enregistré par un nouveau demandeur.

Un nom de domaine peut être supprimé :

- sur demande du bureau d'enregistrement sans que l'AFNIC ne demande de justification ;
- après une vérification infructueuse menée dans le cadre des activités de l'AFNIC ;
- après une période de blocage de 30 (trente) jours non suivie d'effet, et notamment au titre des articles relatifs aux vérifications occasionnelles et blocage de nom de domaine, selon les dispositions détaillées au sein du guide des procédures ;
- à la suite d'une décision de justice revêtue de l'exécution provisoire ou investie de la force de la chose jugée telle que détaillée à l'article relatif à la transmission forcée d'un nom de domaine. Cette décision doit être signifiée à l'AFNIC, par voie d'huissier, par la partie la plus diligente ;
- à la suite d'une procédure alternative de résolution des litiges.

Un nom de domaine peut être supprimé sans préavis en raison de l'urgence par décision du conseil d'administration de l'AFNIC.

La procédure technique de la suppression d'un nom de domaine est détaillée dans le guide des procédures.

Article 25 - Procédures alternatives de résolution des litiges

Le titulaire d'un nom de domaine s'engage à se soumettre aux procédures alternatives de résolution de litiges relatifs aux noms de domaine dans les conditions définies au sein des règlements correspondants accessibles ici :

<http://www.afnic.fr/doc/ref/juridique/parl>

Il est précisé que l'AFNIC n'intervient en aucune manière dans l'une ou l'autre des procédures mises en oeuvre et ne saurait être tenue responsable, ni des activités desdits organismes ni des décisions rendues par eux.

Ces procédures ne visent que les litiges relatifs à l'enregistrement des noms de domaine entre un titulaire et un tiers et ne visent en aucun cas les litiges relatifs à la responsabilité de l'AFNIC ou à celle des bureaux d'enregistrement.

L'AFNIC s'engage pour ce qui la concerne à appliquer dans les délais prévus, les décisions prises en application des procédures alternatives de résolution des litiges.

Par exception au principe de non rétroactivité, l'application des procédures alternatives de résolution des litiges s'applique à l'ensemble des noms de domaine déjà enregistrés.

Article 26 - Transmission volontaire de nom de domaine

Les noms de domaine peuvent faire l'objet d'une transmission sous réserve du respect des termes de la charte de nommage et notamment des spécificités de l'acte d'identification, qui fait dans ce cas l'objet d'un contrôle a priori par l'AFNIC.

Aucune opération de transmission volontaire de nom de domaine n'est validée par l'AFNIC, sans que le nouveau titulaire n'apporte la preuve de l'acceptation de l'ancien titulaire, conformément aux dispositions du guide des procédures.

En cas de liquidation judiciaire ou toute autre procédure collective, le formulaire de transmission volontaire est signé par l'administrateur désigné.

Article 27 - Transmission forcée d'un nom de domaine

L'AFNIC procède aux transmissions forcées de nom de domaine faisant suite :

- à une décision prise dans le cadre d'une procédure alternative de résolution de litiges ;
- à une décision judiciaire dans les conditions suivantes :

Après signification à l'AFNIC, par voie d'huissier, par la partie la plus diligente, d'une décision de justice bénéficiant de l'exécution provisoire de plein droit en application de l'Article 514 du Nouveau code de procédure civile et justification de la notification à partie de cette décision ;

(Ou)

Après signification à l'AFNIC, par voie d'huissier, par la partie la plus diligente, d'une décision de justice, assortie de l'exécution provisoire au sens de l'Article 515 du Nouveau code de procédure civile et justification de la notification à partie de cette décision et sur présentation de l'éventuelle constitution de garantie ordonnée par le juge en application de l'Article 517 du Nouveau code de procédure civile ;

(Ou)

Après signification à l'AFNIC, par voie d'huissier, par la partie la plus diligente, d'une décision de justice investie de la force de la chose jugée au sens de l'Article 500 du Nouveau code de procédure civile dont il sera justifié. Cette justification pourra par exemple être constituée, selon les cas, soit par la communication d'un certificat de non-recours, soit par la communication de l'arrêt d'appel.

Dans l'hypothèse où une décision de justice ou une décision prise dans le cadre d'une procédure alternative de résolution des litiges est réformée, l'AFNIC procède dans les mêmes conditions à la mise en oeuvre des nouveaux actes d'administration ordonnés.

L'AFNIC ne peut donner suite à des demandes qui ne respectent pas ces conditions et ne saurait, du fait de la stricte neutralité qui doit être la sienne, être tenue par l'envoi de lettres, de sommations ou copies d'assignation.

Les actes d'administration pris par l'AFNIC en application d'une décision de justice ne sauraient engager sa responsabilité pour quelque motif que ce soit, le demandeur la garantissant contre tout recours.

La procédure de transmission forcée de nom de domaine implique :

- Que le nouveau titulaire bénéficiant de la décision rendue procède à l'ensemble des démarches auprès de l'AFNIC selon les dispositions détaillées dans le guide des procédures ;

Les frais techniques et administratifs liés à une transmission forcée lui incombant, le nouveau titulaire fait son affaire de leur éventuel recouvrement vis-à-vis de l'ancien titulaire.

- Que le nouveau titulaire satisfasse aux exigences de la charte dans un délai de 30 (trente) jours suivant la transmission du nom de domaine. Passé ce délai, le nom de domaine est bloqué pendant une période de 30 (trente) jours à l'issue de laquelle, et à défaut pour le demandeur de s'être mis en conformité avec les termes de la charte, le nom de domaine est supprimé.

Article 28 - Confidentialité

Les informations et documents détenus ou communiqués à l'AFNIC, autres que ceux qui sont accessibles au travers de la base Whois, sont considérés par nature comme confidentiels et ne font l'objet d'aucune communication extérieure sauf à ce que cette communication soit ordonnée par voie judiciaire ou réalisée dans le cadre d'une procédure alternative de résolution des litiges.

Dans le cadre de la mise en oeuvre d'une procédure alternative de résolution des litiges l'AFNIC fournira à l'organisme saisi du litige ou à la personne désignée par lui, l'ensemble des informations en sa possession et notamment les éléments relatifs au nom de domaine litigieux et, autant que possible, la liste des noms de domaine enregistrés par le titulaire visé par la procédure.

Article 29 - Base de données de référence et qualification

L'AFNIC assure la gestion et la maintenance de la base de référence des noms de domaine des zones dont elle a la charge.

L'AFNIC définit les conditions techniques de fonctionnement de cette base de référence et des services qui y sont attachés notamment le service DNS et le service Whois.

L'AFNIC met en oeuvre de manière progressive un programme dit de « qualification » opposable à l'ensemble des titulaires visés à l'article 10.1 et 10.2.

Ce programme est destiné à permettre aux internautes d'accéder rapidement et facilement aux informations relatives à ces titulaires ainsi qu'à la base de données publique ayant servi à leur identification.

Elle ne saurait cependant être tenue pour responsable des problématiques techniques liées au fonctionnement même de l'Internet, ni des suspensions éventuelles de service consécutives à des cas de force majeure ou des opérations de maintenance qu'il s'agisse de l'accessibilité de la base Whois et/ou du programme de qualification.

Article 30 - Données personnelles

30.1 - Principes directeurs

Tous les traitements relatifs au nommage et dont l'AFNIC est le responsable du traitement s'inscrivent dans le cadre de la loi Informatique et Libertés.

Il appartient au bureau d'enregistrement de respecter les dispositions de la loi informatique et libertés en particulier dans ses relations avec les organismes demandeurs.

Le titulaire d'un nom de domaine dûment identifié dispose du droit d'accès aux informations le concernant auprès de l'AFNIC ou de bureau d'enregistrement selon les cas.

Il bénéficie de même, d'un droit de rectification par l'intermédiaire de son bureau d'enregistrement qui peut à tout moment demander une modification d'ordre administratif, opération qui ne fait l'objet d'aucune facturation de la part de l'AFNIC.

30.2 - Diffusion restreinte

La pertinence même de la base Whois nécessite que toutes les informations relatives aux titulaires de nom de domaine, aux contacts administratifs et techniques, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, soient diffusées en ligne et accessibles à tous.

Cependant, pour les enregistrements de nom de domaine sous le domaine de second niveau « .nom.fr » (article 11.3), ou sous le domaine de premier niveau « .fr » lorsque l'enregistrement est réalisé par une personne physique (article 10.3) le titulaire de nom de domaine bénéficie d'une option dite de « diffusion restreinte ». Pour les enregistrements réalisés par un titulaire visé à l'article 10.3, cette option est activée par défaut.

Lorsque cette option est mise en oeuvre, aucune information d'ordre personnel (nom, adresse, téléphone, télécopie et courrier électronique) n'est diffusée en ligne au sein de la base Whois, seules figurent des informations d'ordre technique (contact technique - coordonnées du bureau d'enregistrement et serveurs DNS).

Le contact administratif peut également demander que ses coordonnées personnelles n'apparaissent pas dans la base Whois ; néanmoins, il pourra être contacté par courrier électronique sans que ses coordonnées soient rendues accessibles à ses interlocuteurs.

Les informations sont cependant communiquées par l'AFNIC sur réquisition judiciaire et/ou mise en oeuvre d'une procédure alternative de résolution des litiges.

Article 31 – Responsabilités

Il appartient au demandeur et notamment à la personne physique de prendre toutes les dispositions qu'elle jugera nécessaire afin de respecter les termes de la charte et de tenir compte des informations qui lui sont communiquées par l'AFNIC ou son bureau d'enregistrement sous quelque forme que se soit (guide, informations en ligne, informations contractuelles, foire aux questions, lettre d'information...).

Le demandeur est par ailleurs seul responsable de la véracité et de la complétude des informations qu'il communique au bureau d'enregistrement.

Le bureau d'enregistrement est seul responsable du bon traitement technique de la demande d'acte d'administration auprès de l'AFNIC, des saisies informatiques qu'il opère en respectant les choix du titulaire et notamment ceux en matière de données personnelles, et de leur bon acheminement vers l'AFNIC.

Le bureau d'enregistrement est seul responsable du respect des volontés du titulaire et notamment au regard de la protection de ses données personnelles.

S'agissant plus particulièrement de l'enregistrement par des personnes physiques visées à l'article 10.3, le bureau d'enregistrement est tenu à une obligation de moyen en ce qui concerne la procédure de vérification de l'éligibilité du titulaire et de l'information du demandeur sur les dispositions à respecter de la présente charte.

Il communique à l'AFNIC, lorsqu'elle le demande, tous les éléments relatifs à la demande d'acte d'administration ou à un titulaire.

L'AFNIC est tenue d'attribuer les noms de domaine dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de propriété intellectuelle.

Ni l'AFNIC, ni les bureaux d'enregistrement ne sont en mesure de procéder à un contrôle a priori du bien-fondé ou de la légalité du choix du nom de domaine par le titulaire, ni de contrôler la légalité ou la conformité des éléments remis par le demandeur et qui fonderait sa demande d'enregistrement ou tout autre acte d'administration (extrait Kbis, récépissé INPI ou préfecture, ...).

L'AFNIC ne procède à aucune recherche d'antériorité quant aux noms de domaine mais reste gardienne de la bonne application de la charte de nommage, aussi, se réserve t-elle le droit de demander des informations complémentaires ou des garanties supplémentaires auprès du bureau d'enregistrement quant au choix d'un nom de domaine et la légitimité de la demande de son client.

Le bureau d'enregistrement disposera d'un délai de 15 (quinze) jours pour satisfaire à cette demande et le cas échéant pour la relayer auprès du titulaire. Les informations fournies par le bureau d'enregistrement ou par le titulaire ont vocation à être communiquées à des tiers en cas de contestation.

Cette disposition ne saurait s'entendre comme une obligation de surveillance ou de vigilance à la charge de l'AFNIC mais simplement comme une faculté de mise en oeuvre dans le cadre de situations d'exception.

S'agissant de la base de données techniques et de la base de données Whois, l'AFNIC est tenue à une obligation de moyen et ne saurait être tenue responsable des erreurs, omissions, impossibilités d'accès, modifications ou suppressions consécutives à un cas de force majeure, à un cas fortuit, à une fraude ou lorsqu'elle aura été destinataire d'une information erronée.

Article 32 - Garantie

Le titulaire garantit l'AFNIC contre toute action, réclamation, revendication ou opposition de la part de toute personne invoquant un droit quelconque sur un nom de domaine, la conséquence d'un enregistrement ou d'une transmission.

En conséquence, le titulaire prendra à sa charge tous dommages et intérêts auxquels l'AFNIC serait condamnée à raison d'un contentieux, d'un pré-contentieux ou toute autre procédure en ce compris les frais exposés pour la défense de ses intérêts, frais d'avocat inclus.

Il prend également en charge les frais supportés par l'AFNIC du fait de l'application de la décision judiciaire ou transactionnelle intervenue.

Article 33 - Convention de preuve

Il est entendu que les courriers électroniques adressés par l'AFNIC aux bureaux d'enregistrement et/ou au titulaire ont valeur de preuve.

Il en est de même des « tickets » échangés entre le bureau d'enregistrement et l'AFNIC au sujet du traitement d'un dossier.

En cas de contestation sur la date de réception et/ou de traitement d'une demande, les informations figurant sur les serveurs de l'AFNIC feront foi.

Article 34 - Modification de la charte

La charte de nommage de l'AFNIC est un document évolutif, fruit de la réflexion, des travaux et des accords de ses membres et partenaires.

Les dispositions nouvelles font l'objet d'une publicité préalable sur le site de l'AFNIC et d'une communication directe auprès des bureaux d'enregistrement, à charge pour eux de prévenir les titulaires desdites modifications.

LEXIQUE

« adresse IP » - "Adresse Internet Protocol" appelée aussi "Adresse Internet " -Adresse unique permettant d'identifier une ressource (ordinateur, routeur...) sur l'Internet. Cette adresse est composée d'une suite de chiffres.

« acte d'administration » - Terme générique englobant l'ensemble des actes à caractère administratif ou technique réalisés par l'AFNIC et relatifs à un nom de domaine.

« blocage » - Opération qui consiste à supprimer le nom de domaine du service DNS et à le rendre inopérant. Le nom de domaine est cependant maintenu dans la base de données Whois et appartient toujours à son titulaire. Le nom de domaine bloqué ne peut donc être enregistré par un tiers.

« bureau d'enregistrement » - Prestataire technique ayant conclu une convention avec l'AFNIC, en charge de traiter les demandes de ses clients (les demandeurs ou titulaires de noms de domaine). La liste des bureaux d'enregistrement est accessible ici (<http://www.afnic.fr/obtenir/prestataires>) (sous réserve que le bureau d'enregistrement ait accepté de figurer sur la liste).

« demandeur » - Personne physique ou morale qui demande l'enregistrement d'un ou de plusieurs noms de domaine ou leur transmission par l'intermédiaire d'un bureau d'enregistrement.

« DNS » - Domain Name System (ou Service) - littéralement Système (ou Service) de Noms de Domaine Base de données distribuée permettant d'enregistrer les ressources Internet (ordinateur, routeur, ..) sous la forme d'un nom de domaine (ex : AFNIC.fr) et de leur faire correspondre une adresse IP. Le protocole Internet assure ainsi la conversion entre les noms de domaine et les n° IP des machines reliées à l'internet. Sans le DNS, il faudrait mémoriser l'adresse d'un site ou une adresse électronique sous la forme de l'adresse IP du domaine (qui est une suite de chiffres. Exemple : mon-correspondant@192.134.4.35).

« droit de préemption » - Le droit de préemption consiste à intégrer un nom de domaine dans la liste des termes fondamentaux lors d'une demande d'enregistrement et par conséquent empêcher l'enregistrement dudit nom de domaine.

« droit de reprise » - le droit de reprise consiste à reprendre, au titulaire, sans indemnité, un nom de domaine d'ores et déjà enregistré pour des raisons légitimes.

« gel des opérations » - Opération qui consiste à empêcher toute modification relative au nom de domaine. Cette opération n'altère pas le fonctionnement du nom de domaine (accès au site, adresses électroniques, son renouvellement...).

« guide des procédures » - Document qui détaille l'ensemble des éléments d'ordre technique relatifs à la mise en oeuvre d'actes d'administration relatifs à un nom de domaine.

« modification technique » - La modification technique consiste à modifier les serveurs DNS sur lesquels le nom de domaine est installé sans que cela n'aboutisse à un changement de bureau d'enregistrement.

« modification administrative » - Pour ce qui concerne les titulaires visés à l'article 10.1 et 10.2, la modification administrative consiste à modifier les informations administratives du titulaire et du contact administratif (adresse, n° téléphone, fax, adresse électronique) à l'exception du nom du titulaire lui-même et de ces éléments de son identification. Pour ce qui concerne les titulaires visés à l'article 10.3, la modification administrative consiste à modifier les informations administratives du contact administratif uniquement. Dans ce dernier cas, la modification administrative du titulaire est réalisée uniquement par le bureau d'enregistrement en charge du dit nom de domaine.

« nommage » - Politique d'attribution des noms de domaine, variable selon les organismes habilités à gérer leur espace Internet (.fr : AFNIC, .uk : Nominet, .com: Verisign, ...).

« nom de domaine » - Terme alphanumérique composé d'un radical et d'une extension qui correspond à une adresse IP.

« nom de domaine orphelin » - Nom de domaine valablement enregistré dont la maintenance n'est plus assurée par un bureau d'enregistrement.

« serveur DNS » - En anglais : Name Server (NS). Serveur utilisé pour héberger un nom de domaine. Il existe, pour les serveurs de nom de domaine, deux qualifications : serveur primaire et serveur secondaire.

« statut » - Etat définissant les actions possibles sur un nom de domaine et le fonctionnement dudit nom de domaine. Il existe actuellement trois états :

- ACTIVE (ACTIF) : le nom de domaine est déclaré dans le DNS (entièrement opérationnel)
 - FROZEN (GELÉ) : le nom de domaine est déclaré dans le DNS mais aucune opération administrative et /ou technique n'est possible
 - BLOCKED (BLOQUÉ) : le nom de domaine n'est plus déclaré dans le DNS ; il n'est plus fonctionnel et aucune opération administrative et/ou technique n'est possible.
- « suppression » - Opération qui consiste à supprimer le nom de domaine du service DNS et de la base Whois de sorte que le nom de domaine, qui n'est plus opérationnel, retombe dans le domaine public et peut être enregistré par un nouveau titulaire ;
- « ticket » - Message électronique permettant de suivre le déroulement d'un acte d'administration de l'AFNIC.
- « titulaire » - Personne physique ou morale qui a procédé à l'enregistrement ou au maintien d'un ou de plusieurs noms de domaine.
- « transmission » - Opération technique et administrative réalisée par l'AFNIC qui consiste à assurer la transmission d'un nom de domaine d'un titulaire vers un autre.
- « vérification infructueuse » -Vérification menée par l'AFNIC qui ne permet pas d'identifier le titulaire d'un nom de domaine notamment dans les cas où les informations communiquées sont absentes des bases de données publiques, ou lorsqu'elles sont différentes des données communiquées ou encore lorsque les bases de données sont inaccessibles pour quelque raison que ce soit.
- « Whois » - Contraction de " who is ?", littéralement " qui est ?". Service permettant d'effectuer des recherches sur les bases des registres afin d'obtenir des informations sur un nom de domaine ou une adresse IP. Ces bases publiques de référencement publient les contacts physiques associés au nom de domaine ou à l'adresse IP (contact administratif, technique, éventuellement facturation). Cette base administrative "Whois" n'est pas indispensable au fonctionnement de l'Internet proprement dit, mais est pratiquement disponible pour toutes les extensions. Son mode de gestion et les formats proposés sont très différents suivant les cas. Elle permet de trouver et contacter les responsables d'un nom de domaine ou d'une adresse si besoin, notamment en cas de litige.
- « zone de nommage » - Ensemble constitué d'un domaine de premier niveau et d'un ou plusieurs domaine(s) de second niveau.

ANNEXE II



Pratiques et Usages

L'AFA réunit en son sein les prestataires techniques de communication électronique constitués en France sous forme de sociétés commerciales, autour de quatre activités spécifiques :

- les réseaux,
- l'hébergement,
- l'accès,
- les services en ligne.

En conformité avec sa mission d'information du public, l'AFA souhaite préciser le cadre dans lequel ses membres exercent leurs activités, décrire les usages qui sont les leurs, et attester de la relation de confiance qu'ils entretiennent avec leurs Utilisateurs (abonnés ou utilisateurs occasionnels).

I. LES PRINCIPES COMMUNS AUX MEMBRES DE L'AFA

(1) La netiquette

Les communautés qui se forment via Internet, dans les forums, les listes de diffusion ou les newsgroups, développent des règles de conduite appelées de façon générique "netiquette".

Leur non respect peut avoir pour effet d'exclure d'une communauté l'utilisateur qui y aura contrevenu, alors même que ces règles peuvent être simplement tacites.

La netiquette enjoint en général les utilisateurs d'Internet à la mesure dans l'expression des idées - tant sur la forme que sur le fond - à la politesse, au respect d'autrui, la finalité étant l'exploitation harmonieuse des possibilités de communication permises par l'Internet, sans encombrer le réseau ni gêner ses utilisateurs.

S'agissant des envois massifs de courriers électroniques non sollicités ("spam"), les fournisseurs de services de courriers électroniques membres de l'AFA sont soucieux de limiter ces pratiques qui sont susceptibles d'entraîner des perturbations dans la qualité du service délivré aux Utilisateurs. A cette fin, ils mettent en place des outils informatiques visant à détecter les spams et à réduire leur transmission.

Les membres de l'AFA sont favorables aux principes de la netiquette, en ce qu'ils visent à protéger la liberté d'expression tout en établissant un cadre de responsabilité et de bonne gestion du réseau.

C'est la raison pour laquelle les membres de l'AFA préviennent leurs Utilisateurs dans leurs conditions générales d'abonnement ou lors de l'accès au service, de l'existence de ces règles.

Il existe plusieurs versions et traductions de la netiquette, l'AFA se réfère à la référence RFC 1855.

L'AFA a également établi une liste d'exemples d'abus de service, disponible sur son site Point de contact.

Introduction à la netiquette

La netiquette est la charte de bonne conduite des acteurs de l'Internet, qu'ils soient utilisateurs professionnels ou particuliers.

Les conditions générales d'utilisation des fournisseurs d'accès, des hébergeurs, et des portails font très souvent référence à la netiquette, et le non respect de ce code par l'utilisateur peut entraîner la suspension ou la coupure de son compte.

Les premières décisions de justice française à reconnaître la légitimité d'une coupure de compte sur la base de la netiquette ont été rendues par le [Tribunal de Grande Instance de Rochefort-sur-Mer](#) en 2001 et par le [Tribunal de Grande Instance de Paris](#) en 2002.

Il existe plusieurs textes différents de la netiquette, mais la version ci-dessous est celle qui est la plus couramment utilisée, et c'est celle que recommande l'AFA.

Règles de la netiquette

Network Working Group
Request For Comments:1855
FYI: 28
Category: Informational
S.Hambridge
Intel Corp.
October 1995
Traduit de l'anglais en Juin 1996 à [Jussieu](#) par :
Gilles Missonnier
Françoise Picard
Laifa Ahmadi
Serge Belleudy

Statut de ce mémo

Ce mémo contient des informations destinées à la communauté Internet. Ce mémo ne spécifie aucun standard Internet d'aucune sorte. La distribution de ce mémo n'est pas limitée.

Résumé

Ce document fournit un certain nombre de directives pour l'Étiquette des Réseaux (Netiquette) que les organisations peuvent respecter et adapter à leur propre usage. De ce fait, il est écrit dans un format en liste pour faciliter l'adaptation et la recherche de certains éléments. Il fonctionne aussi comme nombre restreint de directives pour les utilisateurs individuels ou les administrateurs. Ce mémo est le fruit du Groupe de Travail Utilisation Responsable du Réseau ('RUN', Responsible Use of the Network) de l'[IETF](#).

Table des Matières

[1.0 Introduction](#)

[2.0 Communication de un à un](#)

[2.1 Directives des utilisateurs](#)

[2.1.1 Pour le courrier](#)

[2.1.2 Pour le Talk](#)

[2.2 Directives administratives](#)

[3.0 Communication de un à plusieurs](#)

[3.1 Directives de l'utilisateur](#)

[3.1.1 Règles générales pour les listes de diffusion et les journaux électroniques](#)

[3.1.2 Règles pour les listes de diffusion de courrier](#)

[3.1.3 Directives pour NetNews](#)

[3.2 Directives administratives](#)

[3.2.1 Généralités](#)

[3.2.2 Mailing lists](#)

[3.2.3 NetNews](#)

[3.3 Directives pour le modérateur](#)

[3.3.1 Directives générales](#)

[4.0 Services d'information](#)

[4.1 Directives des utilisateurs](#)

[4.1.1 Directives générales](#)

[4.1.2 Directives concernant les services interactifs "temps réel" \(MUDs MOOs IRC\)](#)

[4.2 Directives administratives](#)

[4.2.1 Directives générales](#)

[5.0 Bibliographie](#)

[6.0 A propos de la Sécurité](#)

[7.0 Adresse de l'auteur](#)

1.0 Introduction

Par le passé, la population des utilisateurs d'Internet avait "grandi avec", possédait une culture technique, et connaissait la nature des liaisons et des protocoles. Aujourd'hui, la communauté des utilisateurs comprend des gens pour qui cet environnement est nouveau. Ces "novices" ne se sont pas familiarisés avec la culture et n'ont pas besoin de connaître les liaisons et les protocoles. Afin d'amener rapidement ces nouveaux utilisateurs à la culture Internet, ce Guide offre un manuel de base que les organisations et les utilisateurs peuvent prendre et adapter à leur propre usage. Les utilisateurs doivent prendre conscience que quel que soit leur fournisseur d'accès, que ce soit un Fournisseur d'Accès Internet à travers un compte privé, ou une Université à travers un compte étudiant, ou le compte d'une compagnie, ce fournisseur a des règlements concernant la propriété du courrier électronique et des fichiers, ce qu'il est possible d'envoyer ou de poster, et comment vous présenter. Ne manquez pas de prendre connaissance de ces règlements auprès des autorités locales.

Nous avons organisé ce document en trois parties : Communications de un à un, ce qui inclut le mail et le talk ; Communications de un à plusieurs, ce qui inclut les mailing listes et NetNews ; et les Services d'Informations, ce qui inclut le ftp, WWW, Wais, Gopher, les MUDs et les MOOs. Enfin, nous avons une Bibliographie, qui peut être utilisée comme référence.

2.0 Communication de un à un (courrier électronique, talk)

Nous définissons les communications de un à un comme une communication entre deux personnes face à face : un dialogue. En général, les règles habituelles de courtoisie devraient s'appliquer et c'est encore plus important sur Internet, car le langage corporel et le ton de la voix ne peuvent qu'être déduits. Pour plus d'information sur la Netiquette pour le courrier électronique et le talk, consulter les références [1,23,25,27] dans la [bibliographie](#).

2.1 Directives des utilisateurs

2.1.1 Pour le courrier

- A moins d'avoir votre propre connexion à Internet via un fournisseur d'accès, renseignez-vous sur la propriété du courrier auprès de votre employeur. Les lois sur la propriété du courrier électronique changent d'un endroit à un autre.
- A moins d'utiliser un encrypteur de courrier (matériel ou logiciel), vous devez réaliser que la confidentialité du courrier sur Internet n'est pas assurée. Ne mettez jamais dans un courrier ce que vous ne mettriez pas sur une carte postale.
- Respectez le copyright sur les informations que vous reproduisez. La plupart des pays ont des lois sur la propriété intellectuelle.
- Si vous transmettez ou réexpédiez un courrier que vous avez reçu, ne changez pas la formulation. Si vous divulguez dans un groupe une partie d'un courrier personnel, vous devriez d'abord en demander la permission à votre correspondant. Vous pouvez raccourcir le message ou n'en citer que les parties essentielles, mais attribuez toujours les citations à leurs auteurs.
- N'envoyez jamais de chaîne par le courrier électronique. Les chaînes sont interdites sur Internet. Vos droits d'accès au réseau seront suspendus. Si vous recevez une chaîne, parlez-en à votre administrateur système.
- Un pense-bête : soyez conservateur dans ce que vous écrivez et libéral dans ce que vous recevez. Vous ne devriez pas répondre "à chaud" (on appelle cela des "flambées") si vous êtes provoqué. D'un autre côté, vous ne devriez pas vous étonner de recevoir des "flambées" et il vaut mieux ne pas y répondre.

- En général, il vaut mieux regarder les sujets de tous les messages avant de commencer à répondre. Parfois, une personne qui vous demande de l'aide (ou une clarification) vous enverra peu après un message disant "laissez tomber". Aussi, vérifiez qu'un message auquel vous répondez vous a effectivement été adressé. Vous pourriez n'être que le destinataire secondaire d'un courrier.
- Facilitez la vie de vos correspondants. Beaucoup de logiciels de messagerie enlèvent des informations contenues dans l'en-tête et parmi elles votre adresse de réponse. Pour bien vous identifier auprès de vos correspondants, rajoutez à la fin de votre message une ou deux lignes de coordonnées. Vous pouvez saisir cette information une fois pour toute et l'inclure systématiquement à la fin de vos courriers (certains logiciels ont cette possibilité). En langage Internet, ceci s'appelle une ".sig" ou un fichier de "signature". Votre signature est votre carte de visite (et vous pouvez en créer plus d'une en fonction des circonstances).
- Regardez les champs d'adresses secondaires, les cc's, en répondant. Ne continuez pas à écrire à plusieurs personnes si la conversation s'est transformée en dialogue.
- En général, la plupart des utilisateurs d'Internet n'ont pas le temps de répondre à des questions d'ordre général concernant Internet et son fonctionnement. N'envoyez pas de courriers indésirables pour demander des informations à des personnes dont vous avez lu le nom dans des RFCs ou sur des listes de discussion.
- N'oubliez pas que les gens à qui vous écrivez peuvent être n'importe où sur le globe. Si vous envoyez un message nécessitant une réponse immédiate, la personne qui le reçoit pourrait bien être en train de dormir chez elle quand il arrive. Donnez-lui le temps de se réveiller, d'aller au travail et de se connecter avant de considérer que le courrier n'est pas arrivé ou qu'elle ne s'en préoccupe pas.
- Vérifiez toutes les adresses avant de vous lancer dans des digressions longues ou personnelles. Une autre bonne habitude est d'inclure le mot "long" dans le sujet du message, de cette façon le destinataire sait que lire et répondre au message lui prendra du temps. "Long" veut dire plus de 100 lignes.
- Sachez à qui demander de l'aide, souvent dans votre entourage. Cherchez autour de vous les personnes qui peuvent vous aider sur des problèmes matériels et logiciels. Sachez aussi à qui vous adresser si vous recevez quoi que ce soit d'inhabituel ou d'illégal. La plupart des sites attribuent l'adresse "postmaster" à un utilisateur expérimenté, donc vous pouvez écrire à cette adresse pour obtenir de l'aide concernant le courrier.
- N'oubliez pas que votre correspondant est un être humain dont la culture, la langue et la mentalité diffèrent de la vôtre. Souvenez-vous que les formats de date, les mesures et d'autres particularités locales ne voyagent pas forcément bien. Méfiez-vous surtout des sarcasmes.
- Écrivez normalement en minuscule. UTILISER LES MAJUSCULES REVIENT À CRIER.
- Utilisez des symboles pour mettre en valeur. Ceci *est* bien ce que je veux dire. Utilisez les tirets bas pour souligner. `_Guerre et Paix_` est mon livre favori.
- Utilisez les smileys (N.D.T.: "sourillard") pour reproduire le ton de la voix, mais avec parcimonie. :-) est un exemple de smiley (penchez la tête de côté). Ne pensez pas que l'inclusion d'un smiley suffit à contenter votre interlocuteur ou lui faire oublier une insulte.
Attendez le lendemain pour répondre à un message passionné. Si vous avez un sentiment très fort concernant un sujet, indiquez-le via une inclusion FLAME ON/OFF. Par exemple :
- FLAME ON:
• Cet argument ne
• mérite pas la place qu'il occupe sur
• les transmissions. C'est
• illogique et irréfléchi. Tout le monde est

- d'accord avec
- moi.
FLAME OFF
- N'incluez pas dans le courrier de caractères de contrôle ou des pièces-jointes non ASCII, à moins qu'il s'agisse d'ajouts au format MIME, ou que votre logiciel de messagerie les transforme correctement. Si vous envoyez des messages contenant ce genre de codes, assurez-vous que votre correspondant pourra les lire.
- Soyez bref sans être sec. En répondant à un message, citez le message original pour rester compréhensible mais sans plus. Répondre à un message en citant tout l'original est particulièrement déplaisant : enlevez tout ce qui est inutile.
- Limitez la longueur des lignes à 65 caractères et finissez-les par un retour-charriot.
- Le sujet d'un message devrait refléter son contenu.
- Si vous mettez une signature, faites-la courte. La bonne longueur ne devrait pas dépasser 4 lignes. N'oubliez pas que de nombreuses personnes paient leurs communications au temps, et plus votre message est long, plus ils paient.
- De même que le courrier (aujourd'hui) n'est pas forcément confidentiel, le courrier (et les news) peuvent faire l'objet (aujourd'hui) de contrefaçons et de falsifications, à des degrés de détectabilité divers. Faites quelques vérifications de bon sens avant de considérer un message comme authentique. Si vous pensez que l'importance d'un message le justifie, répondez rapidement et brièvement à un courrier électronique de façon à ce que votre correspondant sache que vous l'avez reçu, même si vous répondrez plus longuement dans un deuxième temps.
- Ce que vous attendez de votre correspondant dépend de votre relation avec lui et du contexte de la communication. Les habitudes prises dans un contexte particulier peuvent ne pas être valables en général dans le courrier au travers d'Internet. Méfiez-vous de l'argot et des raccourcis.
- Le coût de la transmission du courrier électronique est payé en moyenne aussi bien par l'expéditeur que par le destinataire (ou son organisation), contrairement à d'autres moyens de communication comme le courrier postal, le téléphone, la télévision ou la radio. Envoyer du courrier électronique à un correspondant peut aussi lui coûter en terme de bande passante, espace disque ou ressources machine. C'est la raison essentielle pour laquelle la publicité non désirée est malvenue (et interdite dans de nombreux contextes).
- Maîtrisez la taille des messages que vous envoyez. L'inclusion de larges fichiers tels que les fichiers postscript ou les programmes peut alourdir le message, à tel point qu'il ne peut plus être transmis ou consomme des ressources excessives. Une bonne règle est de ne pas envoyer de messages plus gros que 50 Kilo-octets. Utilisez de préférence le transfert de fichiers, ou alors coupez votre fichier en petits morceaux et expédiez-les séparément.
- N'envoyez pas trop d'informations dont les gens n'ont pas besoin.
- Si votre serveur de messagerie vous permet de faire suivre le courrier, évitez les redoutables boucles. Soyez certain de ne pas avoir fait de renvoi sur de nombreuses machines, afin d'éviter qu'un message qui vous est destiné rebondisse sans cesse d'une machine à une autre à une autre.

2.1.2 Pour le Talk

Talk est un jeu de protocoles qui permet à deux personnes d'entretenir une conversation en directe via l'ordinateur. Utilisez normalement les minuscules et la ponctuation, comme si vous tapiez une lettre ou un courrier électronique.

- Ne tapez pas au kilomètre en laissant le terminal passer à la ligne tout seul ; utilisez un Retour Chariot (CR) à la fin de chaque ligne. De même, ne considérez pas la taille de votre écran comme une taille

(CR) à la fin de chaque ligne. De même, ne considérez pas la taille de votre écran comme une taille universelle. La règle de base est de ne pas taper plus de 70 caractères, et pas plus de 12 lignes (car votre écran est divisé en deux).

- Laissez de la marge ; n'écrivez pas directement depuis le bord de l'écran.
- Tapez deux CRs pour signaler la fin de votre texte et permettre à votre interlocuteur de commencer à taper (ligne blanche).
- Dites toujours au-revoir, ou une autre formule de fin, et attendez la réponse de votre interlocuteur avant d'interrompre la session. Ceci est particulièrement important dans les communications à longue distance. N'oubliez pas que votre communication dépend à la fois de la bande passante (la largeur du tuyau) et d'un temps de latence (la vitesse de la lumière).
- N'oubliez pas que le talk équivaut à une interruption de votre interlocuteur. Ne l'utilisez que dans les règles. Et ne parlez jamais à un étranger.
- Il y a beaucoup de raison à l'absence de réponse. Ne croyez pas systématiquement que tout fonctionne correctement. Toutes les versions de talk ne sont pas compatibles.
- Talk sonne plusieurs fois si on le laisse faire. Laissez-le sonner une ou deux fois, puis interrompez-le.
- Si une personne ne répond pas, essayez un autre tty. Utilisez finger pour déterminer lesquels sont actifs. Si la personne ne répond toujours pas, arrêtez d'émettre.
- Talk trahit votre dextérité au clavier. Si vous tapez lentement et faites des erreurs, ce n'est souvent pas la peine de corriger car votre interlocuteur peut comprendre ce que vous voulez dire.
- Faites attention si vous avez lancé plus d'un talk !

2.2 Directives administratives

- Soyez certain d'avoir laissé des instructions écrites pour toutes les situations et plus particulièrement les transmissions illégales, incorrectes ou trafiquées.
- Traitez les demandes en temps et en heure - généralement le lendemain.
- Répondez rapidement aux personnes qui reçoivent des messages incorrects ou illégaux. Les demandes concernant les chaînes doivent être traitées immédiatement.
- Faites part des contraintes de fonctionnement du système, comme une limitation d'espace disque, à vos utilisateurs. Ils doivent comprendre les implications d'un transfert de fichiers par courrier électronique, comme : la saturation des disques, l'augmentation de la facture téléphonique, le ralentissement du courrier etc...
- Assurez-vous que "postmaster" et "root" renvoient à une autre adresse, et que quelqu'un lit le courrier arrivant à cette adresse.
- Gardez la tête froide en cas de plainte dirigée contre vos utilisateurs. N'oubliez pas qu'une adresse peut être falsifiée et contrefaite.

3.0 Communications de un à plusieurs (listes de diffusion, journaux électroniques)

En multicast, les règles du courrier électronique s'appliquent: après tout, communiquer avec plusieurs personnes en un seul message (ou envoi) est analogue à communiquer avec une seule personne à part qu'on risque d'offusquer beaucoup plus de monde. C'est pourquoi il est important de savoir autant que possible à qui vous adressez.

3.1 Directives de l'utilisateur

3.1.1 Règles générales pour les listes de diffusion et les journaux électroniques

- Lire les listes et les journaux du mois ou des deux mois précédents avant de poster quoi que ce soit. Cela vous permettra d'appréhender la culture du groupe.
- Ne blâmez pas l'administrateur pour le comportement des utilisateurs.
- Pensez qu'un large public va lire votre message et qu'il peut comprendre votre actuel ou futur patron. Faites attention à ce que vous écrivez. Rappelez-vous aussi que les listes et les journaux sont fréquemment archivés et que vos mots seront enregistrés pour longtemps dans un endroit accessible à beaucoup de monde.
- Considérez que les gens parlent en leur nom propre et n'engagent pas leur organisation (sauf mention explicite).
- Rappelez-vous que le courrier et les journaux électroniques utilisent des ressources système. Tenez compte de leurs règles d'utilisation dans votre organisation.
- Les messages et articles doivent être brefs et pertinents. Ne sortez pas du sujet, ne parlez pas pour ne rien dire, n'envoyez pas de courrier, ne postez pas de message uniquement pour corriger des fautes de frappe ou d'orthographe. Plus que tout autre ce comportement vous étiquetterait "débutant immature".
- Le champ "subject" doit suivre les règles du groupe.
- Envoyer des faux ou des messages factices n'est pas correct.
- La publicité est autorisée dans certaines listes et certains journaux et rejetée dans d'autres. C'est un exemple de la nécessité de connaître votre public avant d'émettre. Poster de la publicité indésirable est le meilleur moyen de recevoir en retour des courriers haineux.
- Mettez un résumé du message original en tête de vos réponses ou joignez ce qu'il faut du texte initial pour donner le contexte. Cela garantira que le lecteur comprendra votre réponse. Vu la diffusion des messages d'une machine aux autres, il est possible de lire la réponse avant la question. Donner le contexte aide donc, mais ne pas rediffuser tout le message initial.
- Encore une fois, n'oubliez pas votre signature. Ainsi, on pourra vous joindre, même si les logiciels de lecture de courrier ou de journaux ont effacé dans l'en-tête votre unique référence.
- Faites attention dans vos réponses. Souvent "reply" renvoie à l'adresse de diffusion initiale qui est une liste ou un groupe. Vous pouvez ainsi envoyer une réponse personnelle à beaucoup de gens, créant des embarras. Mieux vaut taper l'adresse qu'utiliser sans contrôle la fonction "reply".
- Les accusés de réception, notifications de non délivrance et programmes pour les vacances ne sont ni totalement standardisés ni totalement fiables sur tous les systèmes connectés au courrier Internet. Envoyés à des listes, ces messages sont envahissants et certaines personnes considèrent que les accusés de réception sont des atteintes à leur vie privée. Ne les utilisez pas.
- Si vous vous apercevez qu'un message privé a été envoyé à une liste ou à un groupe, envoyez un message d'excuse à la personne et au groupe.
- Si vous avez un désaccord avec quelqu'un d'une liste ou d'un groupe, passez au courrier électronique pour vos échanges. Si le débat peut intéresser le groupe, vous pourrez le résumer plus tard pour lui.
- N'entrez pas dans les diatribes enflammées. N'en postez pas, n'y répondez pas.
- Évitez d'envoyer des messages ou d'expédier des articles qui ne sont que des réponses à réponse gratuites.
- Attention aux textes et diagrammes en police de caractères de taille fixe. Ils s'afficheront différemment selon les systèmes, voire selon les différents interfaces de messagerie d'un même système.

- Il y a des journaux et des listes de diffusion discutant de sujets très variés, présentant une grande diversité de styles de vie, de religions, de cultures. Poster des articles ou envoyer des messages pour dire que le point de vue exprimé vous a offensé n'est pas acceptable. Les messages de harcèlement sexuel ou racial peuvent donner suite à des poursuites légales et il existe des logiciels pour filtrer les items que vous trouvez choquants.

3.1.2 Règles pour les listes de diffusion de courrier

Il y a plusieurs moyens de trouver de l'information concernant les listes de l'Internet et la façon de s'y abonner. Renseignez-vous sur la politique de votre organisation concernant l'abonnement à des listes et vos éventuelles contributions. En général, il vaut mieux utiliser les ressources locales avant de chercher de l'information sur l'Internet. Néanmoins, un certain nombre de fichiers news.answers, mis à jour périodiquement, indiquent les listes Internet et la façon de s'y abonner. C'est un moyen inestimable pour trouver des listes sur un sujet donné. Voir aussi les références [9, 13, 15] dans la bibliographie.

- Envoyer vos messages d'abonnement et de désabonnement à la bonne adresse. Bien que certains gestionnaires de listes soient assez fins pour filtrer ces messages, tous ne les débusquent pas. Il est de votre responsabilité d'apprendre comment marchent les listes et d'envoyer les bons courriers aux bons endroits. Bien que beaucoup de listes adhèrent à la convention de l'alias "-request" pour les messages subscribe et unsubscribe, toutes ne le font pas. Informez-vous sur les conventions des listes auxquelles vous vous abonnez.
- Conservez le message de bienvenue des listes auxquelles vous vous abonnez. Il indique en général comment se désabonner.
- En général, il est impossible de retrouver un message envoyé. Même votre administrateur système ne pourra pas faire revenir un message parti. Cela signifie que vous devez vraiment être sûr que vous voulez envoyer le message que vous avez écrit.
- La fonction "auto-reply" est utile pour la communication interne, mais ennuyeuse dans les listes de diffusion. Regardez l'adresse du champ "Reply-To" quand vous répondez à un message de liste: la plupart des "auto-reply" vont à tous les membres de la liste.
- N'envoyez pas de gros fichier aux listes de diffusion, indiquez plutôt des URL ou des versions sur serveur ftp, quand elles existent. Si vous voulez envoyer de gros fichiers par morceaux, soyez sûr que cela correspond aux habitudes du groupe. Si vous ne les connaissez pas, renseignez-vous.
- Désabonnez-vous ou utilisez l'option "nomail" (si elle est disponible) quand vous ne pouvez pas lire votre courrier pendant une longue période.
- Quand vous envoyez un message à plusieurs listes, spécialement si elles sont proches, excusez-vous pour les envois multiples.
- Si vous posez une question, expédiez un résumé des réponses. Résumez vraiment, n'envoyez pas l'accumulation des messages que vous avez reçus.
- Certaines listes sont privées. N'envoyez rien à ces listes sans y avoir été invité. Ne citez pas de message de ces listes.
- Lors d'une controverse, restez centré sur le sujet plutôt que sur les personnes impliquées.

3.1.3 Directives pour NetNews

NetNews est un système globalement distribué qui permet aux gens de participer à des conversations sur des sujets d'intérêt spécifique. C'est un système hiérarchisé, les divisions les plus importantes étant :

- sci
discussions relatives à la science
- comp
discussions relatives à l'ordinateur, à l'informatique technique (par opposition à sci.info)
- news

- discussions autour de NetNews lui-même
- rec activités de récréation, cad ludiques ou récréatives
- soc questions sociales, cad questions de société
- talk discussions sans fin
- biz articles relatifs aux affaires
- alt hiérarchie d'alternance, cad groupes alternatifs

Alt est ainsi dénommé car créer un groupe alt ne suit pas le même processus de création d'un groupe dans les autres branches de la hiérarchie. Il existe aussi des hiérarchies régionales, des hiérarchies qui sont largement distribuées comme Bionet, et votre centre d'affaires peut aussi avoir ses propres groupes. Récemment, une hiérarchie "humanities" a été ajoutée, et plus le temps passe, plus il est vraisemblable que d'autres seront ajoutées. Pour une discussion plus détaillée sur les News, voir les références [2, 8, 22, 23] dans le paragraphe bibliographie.

- Dans le langage NetNews, "Poster" se réfère à l'envoi d'un nouvel article à un groupe ou à la réponse à un article d'une autre personne. "Envoi croisé" (N.D.T. : cross-posting) se réfère à l'envoi d'un message à plus d'un groupe. Si vous utilisez l'envoi-croisé à un groupe, ou si vous dirigez "Follow-up-To:" dans l'en-tête de votre article, avertissez les lecteurs ! Les lecteurs considèrent normalement que le message a été posté à un groupe spécifique et que ces "followups" vont à ce groupe. Les en-têtes modifient cet aspect.
- Lisez tout d'une discussion en progression (nous appelons cela thread) avant de poster des réponses. Évitez de poster les messages "Moi aussi" dont le contenu se limite à être d'accord avec des précédents messages. La réponse à une citation doit être plus longue que cette citation.
- Envoyez un courrier électronique quand la réponse à une question est destinée à une seule personne. Rappelez-vous que les News sont distribuées globalement et que le monde entier n'est pas intéressé par une réponse personnelle. Cependant, n'hésitez pas à poster quand quelque chose pourrait être d'un intérêt général pour les participants du Newsgroup.
- Vérifiez la section "Distribution" de l'en-tête, mais ne vous y fiez pas. A cause de la méthode complexe par laquelle les News sont distribuées, les en-têtes de distribution ne sont pas fiables. Mais si vous postez quelque chose d'un intérêt pour un nombre limité de lecteurs, utilisez une ligne de distribution qui aiderait à limiter la distribution de votre article à ces lecteurs. Par exemple, mettez la Distribution à "nj" si vous postez un article qui concerne uniquement les lecteurs de New Jersey.
- Si vous pensez qu'un article pourrait intéresser plus d'un Newsgroup, soyez sûr de faire un envoi croisé (cross-post) de cet article au lieu de le poster à chacun de ces groupes. C'est probablement le cas quand 5 à 6 groupes sont suffisamment intéressés.
- Pensez à consulter la documentation de référence (manuels d'ordinateurs, journaux, dossiers d'aide) avant de poster une question. Demandez à un Newsgroup quand les réponses sont disponibles ailleurs, génère des messages de type "RTFM" (Read The Fine Manual - Lisez-donc le Manuel, quoique un sens vulgaire du mot commençant par "f" est généralement supposé).
- Bien qu'il existe des Newsgroups qui accueillent la publicité, il est considéré comme criminel d'annoncer des produits hors sujet. Envoyer une publicité à chacun et à chaque groupe peut mener à la perte de connectivité.
- Si vous découvrez une erreur dans votre article, annulez le dès que possible.
- N'essayez pas de détruire tous les articles mais seulement le votre. Contactez votre administrateur si vous ne savez pas comment éliminer votre article ou si un autre article, comme une lettre en chaîne, a besoin d'être effacé.

- Si vous avez posté un article et vous n'avez pas d'écho immédiat, ne supposez pas que l'opération a échoué et ne le repostez pas.
- Certains groupes acceptent (et d'autres font bon accueil à) des envois qui, dans d'autres circonstances, seraient considérés d'un goût douteux. Il n'est pas sur que tous les lecteurs du groupe apprécient le contenu autant que vous. Utilisez l'utilitaire Rotat (qui décale tous les caractères dans votre message de 13 positions dans l'alphabet) pour éviter d'offenser. Rot13 est l'utilitaire utilisé sous Unix.
- Dans les groupes où la discussion concerne les films ou les livres, il est essentiel de marquer les articles qui révèlent un contenu important comme [Révélations]. Mettez ce mot dans votre ligne de sujet. Vous devez ajouter des lignes blanches au début de votre article pour garder le contenu hors de vue ou vous pouvez utiliser Rotat.
- La falsification des articles de News est généralement censurée. Vous pouvez vous protéger des falsifications en utilisant des logiciels qui génèrent une détection de manipulation de type "empreinte digitale", comme PGP (aux USA).
- Poster via des serveurs anonymes est accepté dans quelques Newgroups et n'est pas apprécié dans d'autres. Un contenu inapproprié posté sous l'identité de son auteur, le reste quand il est posté anonymement.
- Attendez vous à un léger délai pour voir votre message quand vous postez à un groupe modéré. Le modérateur pourrait changer votre ligne de sujet pour se conformer à une discussion en cours particulière.
- Ne participez pas à de vives polémiques. Ne postez pas et ne répondez pas à des propos incendiaires.

3.2 Directives administratives

3.2.1 Généralités

- Clarifiez la politique de votre site vis à vis de son abonnement aux groupes NetNews et l'inscription sur les mailing lists.
- Clarifiez la politique de votre site sur comment poster aux groupes NetNews ou aux mailing lists, en incluant l'usage de déni de responsabilité dans la signature .sigs.
- Clarifiez et faites connaître publiquement la politique d'archivage (durée de conservation des articles)
- Vérifiez les accusations portées contre vos utilisateurs rapidement et avec un esprit ouvert.
- Assurez-vous du bon fonctionnement de votre système.
- Décidez de la durée d'archivage des logs (traces de connexion) du système et publiez la politique de traçage.

3.2.2 Mailing lists

- Maintenez les mailings lists à jour pour éviter le problème de rebond de mail.
- Aidez les propriétaires de listes quand les problèmes surgissent.
- Informez les propriétaires de listes des plages horaires de maintenance ou des arrêts planifiés.
- Assurez-vous d'avoir l'alias "-request" pour l'inscription aux listes et leur administration.
- Assurez-vous que toutes les passerelles de mail communiquent sans problème.

3.2.3 NetNews

- Publiez la nature des réponses que vous recevez. Si vous n'avez pas de réponses complètes, les gens pourraient avoir envie de savoir pourquoi.

- Attention à la multiplicité des logiciels lecteurs de News car leur mauvais fonctionnement pourrait être attribué au serveur de News.
- Traitez immédiatement les requêtes des utilisateurs demandant l'annulation de leurs propres articles ou des articles invalides, comme les lettres en chaîne.
- Faites des alias de "Usenet", "NetNews" et "News" et assurez-vous que quelqu'un lit le courrier.

3.3 Directives pour le modérateur

3.3.1 Directives générales

- Assurez-vous que les questions les plus fréquemment posées (FAQ) sont postées à un intervalle régulier. Incluez vos propres directives pour les articles/messages. Si vous n'êtes pas le responsable de la FAQ, assurez-vous que le travail est fait.
- Assurez-vous que vous avez un bon message de bienvenue, qui contient les modalités d'abonnement et de désabonnement.
- Les Newsgroups doivent poster leur charte/directives régulièrement.
- Maintenez les mailings lists et les Newsgroups à jour. Postez des messages à intervalles réguliers. Désignez un remplaçant quand vous êtes en vacances ou quand vous êtes absent.

4.0 Services d'information (Gopher, Wais, WWW, ftp, telnet)

Ce n'est que très récemment, dans la courte histoire d'Internet, que le "Net" a explosé avec l'arrivée de nouveaux services d'information : Gopher, Wais, World Wide Web (WWW), Multi-User Dimensions (MUDs), Multi-User Dimensions Object Oriented (MOOs) en sont quelques exemples. (voir les références [14 à 28])

Bien que les moyens de trouver des informations se multiplient, l'utilisateur doit néanmoins toujours être sur ses gardes.

4.1 Directives des utilisateurs

4.1.1 Directives générales

- Rappelez-vous que tous ces services appartiennent à quelqu'un ou à quelque organisme. Ceux qui paient les factures font valoir leur point de vue sur les règles d'utilisation : l'information peut-être gratuite, mais peut-être pas !
- Lorsque vous rencontrez un problème, commencez par vérifier qu'il n'est pas chez vous ; vérifiez les fichiers de configuration, les réglages des logiciels, les connexions réseau, ... FAITES-LE avant d'incriminer votre fournisseur d'accès au service.
- Bien qu'il existe des conventions de nommage pour les fichiers, ne faites pas une confiance aveugle [un fichier ".doc" n'est pas nécessairement un fichier "Word"].
- Il existe de même des conventions pour les services d'information, [ex : www.xyz.com]. Bien qu'il soit utile de les connaître, ne leur faites pas aveuglément confiance.
- Vous devez connaître les conventions utilisées pour vous fournir l'information pendant une session. Les sites FTP habituellement renseignent sur le contenu à l'aide des fichiers README placés en général au sommet de l'arborescence des fichiers disponibles ; mais ne considérez pas que ces fichiers README soient toujours à jour et/ou précis.
- De façon générale, NE CROYEZ pas que toute information soit à jour et/ou précise. Garder à l'esprit que ces nouvelles technologies permettent à chacun d'être publié, mais que tous [loin s'en faut] n'ont pas conscience de la responsabilité que cela suppose ...
- Sachez que, à moins d'avoir la certitude du contraire, toute information qui circule sur l'Internet circule "en clair", et sans protection contre les renifleurs ou faussaires.

- L'Internet couvrant la planète entière [ou presque], des différences culturelles peuvent apparaître dans l'utilisation des services "lointains", et parfois même heurter votre sensibilité : gardez l'esprit ouvert.
- Plutôt que de vous connecter à un serveur très utilisé, essayez d'obtenir le même service depuis un serveur "miroir" plus proche.
- Ne déposez pas sur un site FTP des fichiers à l'usage d'un tiers [cela s'appelle du "dumping"] c'est un comportement inadmissible.
- Lorsque vous avez un problème avec un site et que vous demandez de l'aide, soyez le plus précis possible dans la description de votre problème.
- Quand vous proposez votre propre service d'information, (telle une page personnelle WEB), vérifiez avec l'administrateur local les incidences sur le service local).
- Sur les sites populaires, évitez les heures de pointe de façon à étaler la charge du système.

4.1.2 Directives concernant les services interactifs "temps réel" (MUDs MOOs IRC)

- Comme dans d'autres milieux, il est recommandé d'écouter d'abord pour se familiariser avec les usages.
- Il n'est pas nécessaire de saluer tout le monde, en ligne ou autour de vous ; dites "hello" ou "bonjour" cela suffit en général.
- Utilisez des procédures automatiques pour saluer les personnes n'est pas un comportement apprécié.
- Prévenez les participants si vous avez l'intention d'envoyer un gros volume d'informations ou de fichiers. Si tous sont d'accord pour le recevoir, vous pouvez le faire ; sinon cela sera très mal apprécié, comme pour la messagerie.
- Ne croyez pas que les gens que vous ne connaissez pas ont envie de parler avec vous. S'il vous prend l'envie d'envoyer des messages privés à des gens que vous ne connaissez pas, alors soyez prêts à accepter de bonne grâce qu'ils aient autre chose à faire ou simplement qu'ils n'aient pas envie de bavarder avec vous.
- Respecter les règles du groupe ; renseignez-vous si il existe une charte pour le groupe, disponible peut-être sur un site ftp.
- N'importunez pas les autres avec des questions personnelles (age, sexe, localisation) : attendez d'avoir un minimum de contacts, car beaucoup hésitent à donner ce genre d'information à ceux qui ne leur sont pas familiers.
- Si quelqu'un utilise un surnom ou pseudonyme, respectez son désir par courtoisie, ou bien demandez sa permission pour une utilisation "en ligne".

4.2 Directives administratives

4.2.1 Directives générales

- Précisez clairement ce qui est copiable et ce qui ne l'est pas.
- Décrivez ce qui est disponible sur votre site, ainsi que l'organisme auquel vous appartenez. Que les règlements généraux soient clairs et en évidence.
- Maintenez les informations à jour, particulièrement les fichiers "README". Mettez les fichiers README au format ascii text (7 bits).
- Indiquez (si il y a lieu) une liste des miroirs de votre site comprenant les horaires de mise à jour, et mentionnant les "copyright".

- Assurez-vous que la bande passante du réseau soit compatible avec le service que vous proposez.
- Utilisez les conventions d'extensions des noms de fichiers : .txt pour texte ascii .html ou .htm pour HTML .ps pour Postscript .pdf pour Portable Document Format .sgml ou .sgm pour SGML .exe pour les exécutables non-Unix etc...
- Faites-en sorte que les fichiers transférables aient un nom unique au moins dans les 8 premiers caractères.
- Si vous fournissez de l'information, assurez-vous que votre site a quelque chose de particulier à offrir. Évitez d'offrir simplement des liens vers d'autres services d'Internet.
- Ne faites pas de liens vers d'autres sites avant d'obtenir l'accord. de leur administrateur.
- Rappelez-vous que réaliser un service d'informations implique aussi la maintenance du service et de l'information, et pas seulement une bonne conception,
- Assurez-vous que ce que vous postez est approprié (pas d'images binaires dans un groupe de news "texte", ...)
- Testez vos applications avec différents outils. Ne croyez pas que tout marchera parfaitement parce que vous l'avez testé avec un seul logiciel "client". Pensez aussi à ceux qui ont des outils peu performants, et qui n'ont pas d'interface graphique.
- Ce que vous offrez doit être cohérent, dans le contenu ET dans la présentation.
- Soyez attentif à la pérennité de vos informations. Dater les données, et les changements que vous apportez.
- Tous les pays n'ont pas les mêmes permissions concernant ce qui peut être exporté. Vous devez connaître les implications des restrictions.
- Dites aux personnes qui vous fournissent des informations ce que vous allez en faire (par exemple feedback WWW). Il faut prévenir ceux dont vous avez l'intention de publier (ou de rendre accessibles) les commentaires.
- Faites bien connaître la réglementation des services d'information de vos utilisateurs.

ANNEXE III

Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique

Reconnaissant l'intérêt du développement de l'économie numérique et de l'internet haut débit pour la diffusion de la création artistique et pour les consommateurs,
Reconnaissant les nécessaires mutations des industries culturelles face aux changements technologiques qu'entraîne internet et conscients que des réponses appropriées doivent être mises en place rapidement,
Souhaitant lutter contre les échanges illicites d'enregistrements et d'œuvres protégés sur les réseaux, lesquels génèrent un préjudice majeur pour les ayants droit, par des mesures de sensibilisation, de prévention, de dissuasion, et de répression à l'égard des utilisateurs de réseaux,
les signataires de la présente charte s'engagent, dans le cadre d'un programme d'actions concomitantes qui représente une étape dans le développement de l'offre légale de musique en ligne et la lutte contre la piraterie, qui prend effet immédiatement, à :

1. Pour les fournisseurs d'offres d'accès grand public à l'internet fixe :

- 1.1. Organiser une campagne de communication auprès de leurs abonnés pour les informer du caractère illicite des échanges non autorisés de fichiers protégés par la propriété littéraire et artistique ainsi que des risques encourus ;
- 1.2. Avertir également leurs nouveaux abonnés des dangers et de l'illégalité du piratage ;
- 1.3. Ne plus initier de campagnes publicitaires vantant le téléchargement illégal ou encourageant les échanges de fichiers musicaux protégés ; en cas d'invocation, à des fins publicitaires, de la possibilité de télécharger légalement des fichiers dont ils ne sont pas les fournisseurs, apposer de manière visible une mention indiquant que la piraterie nuit à la création artistique, conformément à l'article 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ;
- 1.4. Dans le respect des prescriptions de la loi et de la CNIL, un processus automatisé est mis en œuvre en coopération avec les ayants droit permettant d'adresser, à la demande de ces derniers, dans les délais les plus courts possibles et dans des conditions de volume compatibles avec les contraintes techniques et financières des fournisseurs d'accès à internet, un message personnalisé à tout abonné offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers protégés ; d'ici la fin de l'année 2004, généraliser l'insertion de cet engagement dans leurs conditions contractuelles ;
- 1.5. Poursuivre les efforts entrepris pour lutter contre la violation des droits de propriété littéraire et artistique dans les clauses de résiliation ou de suspension de l'abonnement figurant dans leurs conditions contractuelles avec les abonnés ;
- 1.6. Mettre en œuvre immédiatement les décisions judiciaires prises en application de la loi, y compris en référé ou sur requête, notamment en matière de procédures en identification et/ou en résiliation ou suspension d'abonnement ;
- 1.7. Ne référencer que les offres de musique en ligne légales sur leurs portails. Sur notification des ayants droit ou s'ils en ont connaissance, et avec la sécurité juridique requise, faire leurs meilleurs efforts pour supprimer sur les portails dont ils sont éditeurs ou pour les contenus édités par des tiers référencés sur leur portail dans le cadre de contrats commerciaux les liens hypertextes et les référencements vers des sites violant les droits de propriété intellectuelle des ayants droit. Les moteurs de recherche ne sont pas concernés par cette clause.

2. Pour les ayants droit signataires de la charte :

- 2.1. Engager avant la fin de l'année 2004 des actions civiles et pénales ciblées à l'encontre de pirates et donner à ces actions la visibilité nécessaire pour atteindre l'objectif de sensibilisation voulu par les signataires de la présente charte ;
- 2.2. Pour accroître rapidement l'offre licite de musique en ligne au consommateur, développer la mise à disposition, dans des conditions, notamment financières, transparentes et non discriminatoires, sous réserve du secret des affaires et dans le cadre du droit de la concurrence, de l'intégralité des contenus numérisés et disponibles à l'ensemble des plates-formes, notamment celles qui seraient créées par les fournisseurs d'accès à internet ; en ce qui concerne la SACEM, accorder aux exploitants de service en ligne, dans les conditions du

code de la propriété intellectuelle et de manière non discriminatoire et transparente, l'autorisation d'exploiter son répertoire.

3. Pour les producteurs et pour les plates-formes de distribution en ligne représentés par les signataires de la charte :

3.1. Participer, pour chaque producteur en fonction de ses possibilités et dans le cadre d'une offre la plus diversifiée possible, à l'augmentation du catalogue de titres musicaux disponibles en ligne, étant précisé que l'objectif à atteindre par toutes les parties concernées est de faire passer le nombre de titres, soit directement, soit indirectement, de 300 000 à 600 000 avant la fin de l'année 2004 ;

3.2. Dans le respect du droit de la concurrence, proposer pour ces offres une tarification claire et compétitive dans le domaine de la musique payante, qui tienne compte des spécificités du secteur

3.3. Lors des campagnes publicitaires pour promouvoir des artistes, mentionner de manière visible, si c'est le cas, la disponibilité sur les sites légaux de musique en ligne des contenus dont il est fait la promotion ;

3.4. Pour les plates-formes, communiquer de manière significative, en ligne et hors ligne, pour promouvoir l'offre légale de téléchargement ;

3.5. Engager des négociations, dès septembre, pour aboutir avant la fin de l'année 2004 à des partenariats commerciaux dynamiques entre les producteurs, les plates-formes et les fournisseurs d'accès à internet visant à :

- accroître les efforts publicitaires sur internet ;
- développer des offres promotionnelles en ligne ;
- développer les promotions croisées entre les supports physiques et les offres en ligne ;
- accélérer la numérisation pour faciliter l'accès des plates-formes aux catalogues.

4. Ensemble, avec les pouvoirs publics :

4.1. Etudier la mise en place d'instruments de mesures de la contrefaçon et de la mise à disposition des catalogues en ligne (diversité, pertinence...) ;

4.2. Sous l'égide de deux experts désignés par les pouvoirs publics, étudier avant le 1er octobre 2004 les solutions proposées par les industriels de la musique (étude transmise par le SNEP) en matière de filtrage, à la demande des internautes, dans le domaine du peer-to-peer. Si les experts l'estiment nécessaire et possible sur les plans techniques, notamment en termes de qualité de service, et économiques, et sous leur supervision, expérimenter, via un ou plusieurs fournisseurs d'accès, dans les délais recommandés par les experts, certaines de ces solutions. Un bilan de l'expérimentation est établi de manière à proposer, si c'est possible sur les plans techniques et économiques, dans des conditions réellement incitatives, le bénéfice d'un de ces systèmes aux abonnés qui le souhaitent. Les conditions de l'expérimentation et de sa prise en charge financière, ainsi que de l'éventuel déploiement, seront précisées dans des conventions particulières. Pendant la durée de l'étude et de l'éventuelle expérimentation, les industriels de la musique s'abstiennent de solliciter des mesures de filtrage dans toute action contentieuse ;

4.3. Organiser des campagnes de sensibilisation des jeunes, notamment par la projection de films dans les classes mettant en avant les méfaits de la piraterie et par des rencontres avec des producteurs, des créateurs et des artistes ;

4.4. Faire de la lutte contre la piraterie sur internet une priorité de l'action politique, policière et judiciaire ; en particulier, étudier les possibilités de renforcer les moyens des ayants droit pour agir contre la piraterie en ligne ;

4.5. Poursuivre l'action menée à Bruxelles pour la baisse de la TVA sur le disque, préparer une action en vue de la baisse de la TVA sur les services de distribution en ligne d'enregistrements et œuvres protégés et étudier la question de la TVA sur les tarifs d'accès à l'internet ;

4.6. Poursuivre la mission de concertation confiée à Messieurs Philippe Chantepie et Jean Berbinau ;

4.7. Etudier, avec les plates-formes de distribution de musique en ligne, les modalités de la distribution de leur service à destination des abonnés des fournisseurs d'accès, en particulier en matière de facturation et de paiement, dans des conditions satisfaisantes pour toutes les parties ;

4.8. En maintenant un environnement sécurisé pour les contenus, prendre les mesures nécessaires afin de développer la compatibilité entre, d'une part, les formats d'encodage et de téléchargement de musique, d'autre part, les logiciels et équipements de lecture des fichiers musicaux, dans le cadre d'une collaboration entre l'ensemble des partenaires, plates-formes de distribution de musique en ligne, éditeurs de logiciels et fabricants d'équipement de lecture ;

4.9. Etudier et promouvoir des actions de prévention et de sensibilisation en direction des entreprises et des administrations en matière de lutte contre la piraterie.

Dans le cadre de la concertation précitée, les signataires de la présente charte se réunissent au moins tous les

deux mois au sein d'un comité de suivi pour dresser le bilan de cette coopération. Au vu des résultats de ces premiers engagements, ils pourront envisager d'y apporter les corrections, évolutions ou compléments nécessaires de nature à assurer le plein respect de la propriété littéraire et artistique, la juste rémunération des ayants droit et le développement de services de musique en ligne légaux, y compris toutes démarches législatives et réglementaires à cet effet. Ils s'efforcent de communiquer de manière concertée sur la question de la piraterie sur internet, fournisseurs d'accès à internet et ayants droit s'abstenant de se mettre publiquement et réciproquement en cause sur ce sujet.

Les pouvoirs publics veillent à la bonne application de la charte, y compris en termes de délais, et invitent les autres acteurs concernés à rejoindre la présente démarche.

Fait à Paris, le 28 juillet 2004, en un seul exemplaire

M. Nicolas Sarkozy,
Ministre d'Etat, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie

M. Renaud Donnedieu de Vabres,
Ministre de la culture et de la communication

M. Patrick Devedjian,
Ministre délégué à l'industrie

M. Gilles Bressand,
Président du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

M. Stéphan Bourdoiseau,
Président de l'Union des producteurs phonographiques français indépendants (UPFI)

M. Pascal Nègre,
Président de la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)

M. Charles Talar,
Vice-Président de la Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF)

M. Bernard Miyet,
Président du directoire de la SACEM

Mme Nelly Querol,
Présidente de la CSDEM

M. Pierre Henry,
Président de la CEMF

M. Dominique Pankratoff,
Président de l'Union nationale des auteurs et compositeurs (UNAC)

M. Dominique Pankratoff, pour
M. Maurice Cury, Président du Syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC)

M. Jean-Noël Reinhardt,
Président du Syndicat des détaillants spécialisés du disque (SDSD)

M. François Momboisse,
Président de la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD)

Mme Marie-Christine Levet,
Présidente de l'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA) et PDG de Club-Internet

M. Olivier Sichel,
Président de Wanadoo

M. Hervé Simonin,
Directeur général de Tiscali France

M. Bertrand Mabilie,
Directeur de la stratégie, de la réglementation et des relations extérieures de SFR-Cegetel

M. Patrick Leleu,
PDG de Noos

M. Michael Boukobza,
Directeur général de Free

M. Daniel DUTHIL
Président de l'Agence pour la Protection Des Programmes (APP)

Carlo d'Asaro Biondo,
Président d'AOL France

Marc Couraud,
Directeur Marketing Grand Public de Neuf Telecom

Bernard Cottin,
Président de Numéricable

Jack Mikaloff,
COO de UPC France

ANNEXE IV

Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques

Préambule

Convaincus que l'intégrité et la sûreté des contenus mis en ligne par leurs auteurs constituent une condition impérative au développement harmonieux des services de la société de l'information ;

Constatant que les contenus pédo-pornographiques ou incitant à la haine raciale constituent un trouble grave à l'ordre public, notamment à l'égard des plus jeunes, et sont de nature à entamer la confiance du grand public dans l'utilisation des services en ligne ;

Considérant les orientations retenues par les pouvoirs publics visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet et des nouvelles technologies en ligne ainsi qu'à assurer les conditions d'une lutte efficace contre certains contenus attentatoires à la dignité humaine énumérés à l'article 1 de la présente Charte ;

Considérant notamment les dispositions arrêtées au niveau européen par le plan d'action communautaire retenu par les décisions du Conseil et du Parlement européen en date du 16 juin 2003 ainsi que par la Directive européenne 2000/31 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique ;

Accueillant positivement la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui transpose en droit français ladite directive ;

Soucieux pour leur part de contribuer efficacement à la lutte contre certains contenus mis en ligne sur le réseau Internet qui, par leur caractère intolérablement attentatoire à la dignité humaine, sont facteurs de troubles et de délits offensant l'ensemble de la collectivité nationale ;

Désireux en la matière de renforcer la coopération mise en oeuvre depuis plusieurs années avec les autorités publiques compétentes ;

Les prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet fixe représentés à l'AFA et dont les offres s'adressent au grand public, s'engagent, dans le cadre légal de leur exercice professionnel, aux dispositions fixées par la présente Charte.

Celle-ci s'inscrit naturellement dans le corpus des règles déontologiques de l'AFA et constitue donc un engagement fort de la part des adhérents de l'AFA.

Article 1.- Objet de la Charte

La présente Charte définit les contributions de la profession en matière de lutte contre les contenus en ligne attentatoires à la dignité humaine et visés à titre exclusif au présent article. Au sens de la présente Charte, les contenus en ligne attentatoires à la dignité humaine sont ceux visés à l'article 6 I al 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, limitativement entendus comme ceux :

- portant infraction aux dispositions de l'article 227-23 du Code Pénal (infraction de pédo-pornographie); et/ou,
- portant infraction aux dispositions des cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (apologie des crimes contre l'humanité et provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine, ou de leur appartenance ou non à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée).

Article 2.- Dispositifs de signalement et outils de contrôle parental

Les prestataires de services d'hébergement en ligne et les fournisseurs d'accès à Internet mettent en place, conformément à l'article 6 I 7 de loi pour la confiance dans l'économie numérique, un dispositif facilement accessible et visible, permettant à toute personne de porter à leur connaissance tout contenu en ligne visé par la présente charte dans les conditions énumérées ci-après.

Les prestataires de services d'hébergement en ligne et les fournisseurs d'accès à Internet s'engagent à :

2.1. Mettre à la disposition des utilisateurs de leurs services un accès facile à un formulaire de signalement d'abus leur permettant de signaler directement au prestataire du service d'hébergement concerné, ou au Point de contact de la profession accessible à l'adresse www.pointdecontact.net, ou aux autorités publiques dûment habilitées, tout contenu en ligne visé par la présente Charte.

2.2. Placer des liens vers ce formulaire de signalement sur tous les espaces communautaires, objets de leurs services d'hébergement - tels que forums de discussions, "chats", salons -, sur les pages d'accueil de leurs services, et le cas échéant, sur les pages de listes de réponses des moteurs de recherche intégrés à leurs portails, de manière à ce que ces usagers puissent effectuer ce signalement d'un seul " clic".

2.3. Les membres de l'AFA signataires de la Charte s'engagent également à rendre facilement accessibles depuis leurs portails, des informations, telles que celles disponibles sur la page <http://www.pointdecontact.net/protectiondelenfance.html>, destinées à aider les parents à protéger leurs enfants sur Internet.

2.4. Les prestataires d'hébergement s'engagent, en outre, à transmettre à l'AFA les coordonnées du contact chargé de recevoir les signalements concernant des contenus potentiellement visés par la charte qu'ils pourraient héberger sur leurs serveurs.

2.5. Les fournisseurs d'accès à Internet fixe, dont les offres s'adressent au grand public, s'engagent à proposer à leurs abonnés, à l'échéance de l'automne 2004, en plus du logiciel gratuit ICRA, une solution de contrôle parental, payante ou gratuite, notamment par le biais de partenariats avec des éditeurs de logiciels.

Article 3.- Diligences auprès des autorités publiques compétentes

Conformément aux dispositions prévues à l'article 6 I 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, les prestataires de services d'hébergement en ligne et les fournisseurs d'accès à Internet s'engagent directement ou indirectement via le Point de contact de la profession visé à l'article 2.1., à porter promptement à l'information des autorités de police compétentes ou de toute autre autorité publique dûment habilitée à cet effet, l'existence d'un contenu en ligne visé à l'article 1 de la présente Charte, signalé par les internautes.

Les prestataires de services d'hébergement en ligne s'engagent en outre à agir promptement pour retirer ces contenus ou pour en rendre l'accès impossible conformément aux dispositions légales en vigueur.

Article 4.- Coopération avec les autorités judiciaires

Considérant que le succès de la lutte contre les contenus en ligne attentatoires à la dignité humaine est également tributaire de l'action des autorités judiciaires, en particulier de l'efficacité des poursuites judiciaires qu'elles peuvent entreprendre en la matière. Désireux d'apporter dans ce domaine leur coopération aux autorités judiciaires, les prestataires de services d'hébergement en ligne et les fournisseurs d'accès à Internet s'engagent aux dispositions suivantes :

4.1. Ils mettent en oeuvre un dispositif technique permettant de conserver les éléments d'information visés par la loi.

4.2. Conformément aux dispositions légales en vigueur, ils défèrent dans les meilleurs délais aux demandes des autorités judiciaires visant à obtenir, s'agissant d'un hébergeur, les éléments de nature à permettre l'identification de l'auteur d'un contenu qu'il héberge ou, s'agissant d'un fournisseur d'accès, les données portant sur l'identification des personnes utilisatrices des services qu'il fournit.

4.3. Ils s'engagent à communiquer à l'autorité publique chargée de centraliser ces informations, tout changement des coordonnées de la personne responsable du traitement des réponses aux réquisitions judiciaires.

4.4 Conformément aux dispositions légales en vigueur, ils s'engagent à coopérer pour mettre en oeuvre toute activité de surveillance ciblée et temporaire des informations qu'ils transmettent ou stockent, demandée par l'autorité judiciaire, ainsi que toute mesure prescrite par l'autorité judiciaire, statuant en référé ou sur requête, propre à prévenir ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

Article 5.- Visibilité de la Charte

L'AFA s'engage à l'échéance de l'automne 2004 à créer un logo et à communiquer sur ce logo pour que le grand public l'associe aux engagements mis en avant dans la présente charte. Les signataires de la charte s'engagent pour leur part à faire figurer ce logo sur leur portail ou sur tout autre support de communication qu'ils jugeront approprié.

Article 6.- Bilan de la charte

Les membres de l'AFA s'engagent à établir sur une base annuelle un bilan de l'application de la présente Charte et à examiner les améliorations à y apporter.

Paris, le 14 juin 2004

ANNEXE V

Extrait de loi

**Publication au JORF du 22 juin 2004
Loi n°2004-575 du 21 juin 2004
Loi pour la confiance dans l'économie numérique
NOR:ECOX0200175L
version consolidée au 24 janvier 2006 (1)**

TITRE Ier : DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION EN LIGNE. Chapitre Ier : La communication au public en ligne

Article 1

I, II, III : Paragraphes modificateurs.

IV - Ainsi qu'il est dit à l'article 1er de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la communication au public par voie électronique est libre.

L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle.

On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée.

On entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur.

On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère

(...)

Article 6

Modifié par Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 art. 6 II (JORF 24 janvier 2006).

1. - 1. Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens.

2. 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.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

3. Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de

l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

4. Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées au 2 un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende.

5. La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

- la date de la notification ;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

6. Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

7. Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire.

Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantile, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-23 du code pénal.

A ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites.

Tout manquement aux obligations définies à l'alinéa précédent est puni des peines prévues au 1 du VI.

8. L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

II. - Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

Elles fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues au III.

L'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa.

Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du code pénal sont applicables au traitement de ces données.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation.

II bis (1). - Afin de prévenir [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006] les actes de terrorisme, les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions peuvent exiger des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I la communication des données conservées et traitées par ces derniers en application du présent article.

Les demandes des agents sont motivées et soumises à la décision de la personnalité qualifiée instituée par l'article L. 34-1-1 du code des postes et des communications électroniques selon les modalités prévues par le même article. La Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité exerce son contrôle selon les modalités prévues par ce même article.

Les modalités d'application des dispositions du présent II bis sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, qui précise notamment la procédure de suivi des demandes et les conditions et durée de conservation des données transmises.

III. - 1. Les personnes dont l'activité est d'édition d'un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert :

a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;

b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ;

d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I.

2. Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné au 2 du I, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au 1.

Les personnes mentionnées au 2 du I sont assujetties au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, pour tout ce qui concerne la divulgation de ces éléments d'identification personnelle ou de toute information permettant d'identifier la personne concernée. Ce secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire.

IV. - Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service, [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004].

La demande d'exercice du droit de réponse est adressée au directeur de la publication ou, lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, à la personne mentionnée au 2 du I qui la transmet sans délai au directeur de la publication. Elle est présentée au plus tard dans un délai de trois mois à compter de [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004] la mise à disposition du public du message justifiant cette demande.

Le directeur de la publication est tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le service de communication au public en ligne sous peine d'une amende de 3 750 Euros, sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu.

Les conditions d'insertion de la réponse sont celles prévues par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 précitée. La réponse sera toujours gratuite.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent IV.

V. - Les dispositions des chapitres IV et V de la loi du 29 juillet 1881 précitée sont applicables aux services de communication au public en ligne et la prescription acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de ladite loi [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004].

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004]

VI. - 1. Est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'une des activités définies aux 1 et 2 du I, de ne pas satisfaire aux obligations définies au quatrième alinéa du 7 du I, de ne pas avoir conservé les éléments d'information visés au II ou de ne pas déférer à la demande d'une autorité judiciaire d'obtenir communication desdits éléments.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ces infractions dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal. Elles encourent une peine d'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du même code, ainsi que les peines mentionnées aux 2° et 9° de l'article 131-39 de ce code. L'interdiction mentionnée au 2° de cet article est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

2. Est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'activité définie au III, de ne pas avoir respecté les prescriptions de ce même article.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ces infractions dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal. Elles encourent une peine d'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du même code, ainsi que les peines mentionnées aux 2° et 9° de l'article 131-39 de ce code. L'interdiction mentionnée au 2° de cet article est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

(...)

NOTA (1) : Loi 2006-64 du 23 janvier 2006 art. 32 : Les dispositions de l'article 6 sont en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008

ANNEXE VI

Extrait de loi

LOI n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

J.O n° 159 du 10 juillet 2004 page 12483

(...)

Article 1

Le code des postes et télécommunications devient le code des postes et des communications électroniques. (...)

Article 24

Le chapitre II du titre II du livre II du même code comprend les articles L. 44 et L. 45 ainsi rétablis : (...)

« Art. L. 45. - I. - Le ministre chargé des communications électroniques désigne, après consultation publique, les organismes chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine, au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'internet, correspondant au territoire national. L'exercice de leur mission ne confère pas aux organismes ainsi désignés des droits de propriété intellectuelle sur les noms de domaine.

« L'attribution d'un nom de domaine est assurée par ces organismes dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle.

« En cas de cessation de l'activité de ces organismes, l'Etat dispose du droit d'usage de la base de données des noms de domaine qu'ils géraient.

« Le ministre chargé des communications électroniques veille au respect par ces organismes des principes énoncés au deuxième alinéa. Il peut procéder au retrait de la désignation d'un organisme, après avoir mis ce dernier à même de présenter ses observations, en cas de méconnaissance par celui-ci des dispositions du présent article. La décision du ministre chargé des communications électroniques tendant à la désignation, ou au retrait de la désignation, d'un organisme peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Chaque organisme adresse au ministre chargé des communications électroniques un rapport d'activité annuel.

« L'attribution et la gestion des noms de domaine rattachés à chaque domaine de premier niveau sont centralisées par un organisme unique,

« Un décret en Conseil d'Etat précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article.

« II. - Sans préjudice de leur application de plein droit à Mayotte en vertu du 8° du I de l'article 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, les dispositions du I sont applicables à Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

« Les organismes chargés d'attribuer les noms de domaine en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française ne détiennent pas de droits de propriété intellectuelle sur ces noms. »

(...)

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux

D. **Alland** et S. **Rials** (ss. dir.), Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F., 2003

A. **Benabent**, Droit civil, Les obligations, Montchrétien, 10^{ème} édition, 2005

J.-L. **Bergel**, Théorie générale du Droit, Dalloz, 4^{ème} édition, 2004

D. **Bourcier**, P. **Hassett** et Ch. **Roquilly**, Droit et Intelligence artificielle : une révolution de la connaissance juridique, éd. Romillat, 2000

J. **Carbonnier**, Flexible droit, 10^{ème} édition, L.G.D.J., 2001

J. **Carbonnier**, Droit civil, Les obligations, Tome 4, 22^{ème} édition, P.U.F., 2000

J. **Clam** et G. **Martin** (ss. dir.), Les transformations de la régulation juridique, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau Européen Droit et Société, L.G.D.J., 1998

C. **Castets-Renard**, Notions à contenu variable et Droit d'auteur, L'Harmattan, 2003

G. **Cornu**, Vocabulaire juridique, 8^{ème} édition, Association Henri Capitant, P.U.F., 2000

M. **Cornu**, I. de **Lamberterie**, P. **Sirinelli** et C. **Wallaert** (ss. dir.), Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright, CNRS Editions, 2003

P. **Deumier**, Le Droit spontané, éd. ECONOMICA, 2002

D. **Ferrier**, Droit de la Distribution, 4^e édition, Litec, Coll. Manuels, Paris, 2006

F. **Geny**, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique, 2^{ème} édition, vol. 1, L.G.D.J., Paris, 1954

Y. **Guyon**, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et société, Economica, 12^{ème} édition, 2003

H. **Kelsen**, Théorie générale des normes, (traduit par O. Beaud et F. Malkain), P.U.F., 1^{ère} édition, 1996

J. **Krynen** et M. **Hecquard-Théron** (ss. dir.), Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit. Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, n°2, tome 1, Bilan, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005

X. **Labbée**, Les critères de la norme juridique, Presses universitaires de Lille, 1994

Ph. **le Tourneau**, La responsabilité civile, Que sais-je ?, PUF, 2003

Ph. **Malaurie**, L. **Aynès** et Ph. **Stoffel-Munck**, Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Defrénois, 2005

H., L., J. **Mazeaud** et F. **Chabas**, Leçons de Droit civil, Tome II, premier vol., Les obligations, Théorie générale, 8^{ème} édition, Montchrestien, 1991

R. **ROMI**, Méthodologie de la recherche en droit, Master et Doctorat, LexisNexis/Litec, 2006

G. **Tarde**, Les transformations du droit, Berg international, 1994

F. **Terré**, Introduction générale au Droit, 7^{ème} édition, Dalloz, Précis, 2006

F. **Terré**, Ph. **Simler** et Y. **Lequette**, Droit civil, Les obligations, 9^{ème} édition, Dalloz, 2005

P. **Vincent** et O. **Longin**, (synthèse.) Le droit autrement, CIEDEL, éd. Charles Léopold Mayer, 2001

G. **Viney** et P. **Jourdain**, Traité de Droit civil, Les effets de la responsabilité, 2^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2001

2.- Ouvrages Spéciaux

2-1-Internet et commerce électronique

F. **Baillet**, Internet : le droit du cybercommerce, Edition Stratégies, 2001

N. **Beurain** et E. **Jez**, Les noms de domaine de l'internet (aspects juridiques), coll. [Droit@Litec](#), Litec, 2001

A. **Bensoussan**, Internet, aspects juridiques, 2^{ème} édition, Hermes, 1998

A. **Bensoussan**, Le commerce électronique : aspects juridiques, édition Hermes, 1998

C. **Bernat**, Les autoroutes de l'information, Université Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J., E.J.A., 1997

A. **Bertrand** et T. **Piette-Coudol**, Internet et le droit, Que sais-je ? P.U.F., 1999.

A. R. **Bertrand**, Le droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine, 2^{ème} édition, Dalloz, 2005

L. **Bochurberg**, Internet et le Commerce électronique, Delmas, 2^{ème} édition, 2001

Ph. **Bouré**, Le Droit et l'Internet, les enjeux présents et futurs de la société de l'information, 1^{ère} édition, l'Hermes, 2002

P. **Bresse** et G. **Kaufman**, Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, édition Vuibert, Collection Entreprise et Informatique, 1999

Ph. **Breton**, Le culte de l'Internet : une menace pour le lien social ? La Découverte, 2000

P. **Catala**, Le Droit à l'épreuve du numérique-jus ex Machina, P.U.F, 1998

G. **Chatillon**, Internet, International law, International an european studies and comments, Bruylant, Bruxelles, 2005

G. **De Broglie**, Le Droit d'auteur et l'Internet, Cahier des Sciences Morales et Politiques, PUF, 2001

O. **De Chazeaux** (ss. dir.), Quelle approche transatlantique du Commerce électronique et du nouvel Internet ? Actes du colloque du 18 février 1999, MédiasPouvoir, 1999

I. **de Lamberterie** (ss. dir.), Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective, La documentation française, Paris, 2002

I. **Falque-Pierrotin**, Internet, Enjeux juridiques, Rapport officiel, La documentation française, 1997

Ch. **Féral-schuhl**, Cyberdroit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2000

Groupement français de l'industrie de l'information (G.F.I.I), 7 clés juridiques pour l'Internet, Afnor, 1998

O. **Hance**, Business et Droit d'Internet, Best Of Editions, 1996

O. **Itéanu**, Internet et le Droit : Aspect juridique du commerce électronique, Editions Eyrolles, 1996

M. **Jean-Baptiste**, Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, 1998

J. **Larrieu**, Droit de l'Internet, Ellipses Editions, 2005

Ph. **le Tourneau**, Contrats informatiques et électroniques, 4^{ème} édition, Dalloz, 2006

X. **Linant de Bellefonds**, Le droit du commerce électronique, Que sais-je ? PUF, 2005

A. **Lucas**, J. **Devèze** et J. **Frayssinet**, Droit de l'Informatique et de l'Internet, PUF, Coll. « Thémis Droit privé », 2001

A. **Lucas**, Droit d'auteur et numérique, éd. Litec, Coll. [Droit@Litec](#), 1998

F. **Mas**, la conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, 2003

S. **Mas-Foveau** et M. **Benachour-Verstrepen**, Le commerce électronique en toute confiance, Diagnostic des pratiques et environnement juridique, éditions Litec, 2001

M. **Mathieu** (ss la dir.), La Société de l'information entre mythes et réalité, Bruylant, Bruxelles, 2005

F.-J. **Pansier** et E. **Jez**, Initiation à l'Internet juridique, Coll. [Droit@Litec](#), 2^{ème} édition, Litec, 2000

M.-Ch. **Piatti** (ss. dir.), Les libertés individuelles à l'épreuve des NTIC, Presses universitaires de Lyon, 2001

T. **Piette-Coudol**, Echanges électroniques. Certification et sécurité, Litec, Coll. [Droit@Litec](#), 2000

T. **Piette-Coudol** et A. **Bertrand**, Internet et la loi, Dalloz, 1997

L. **Rapp**, Le courrier électronique (« E-mail »), Que sais-je ?, PUF, 1998

P. **Reboul**, Le guide EBG du commerce électronique, Publi-Union Editions, 1999

C. **Rojinsky** et O. **Léaurant**, Créer et exploiter un site web, Editions Lamy/les Echos, 2000

V. **Shea**, Netiquette, édition Albion, US, 1994, (ISBN : 0-9637025-1-3), www.Albion.com/netiquette

O. **Storch**, La fracture numérique. Note de la fondation Robert Schuman, Fondation Schuman, 2002

T. **Verbiest**, Le nouveau droit du commerce électronique, Larcier, 2005

M. **Vivant** et A. **Maffre-Baugé**, Internet et la propriété Intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux, Les notes de l'IFRI, n°42, 2002

M. **Vivant**, Les contrats du commerce électronique, Coll. [Droit@Litec](#), Litec, 1999

M. **Vivant** et *al.*, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, Editions Lamy S.A., 2006

M. **Vivant** et *al.*, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Formulaire, Editions Lamy S.A, 2005

2-2 Droit des contrats

Abbas Karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de Droit, L.G.D.J., 2001

J.-L. **Aubert**, Le contrat, Droit des obligations, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2000

J. **Bellissent**, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, L.G.D.J., E.J.A, 2001

G. **Berlioz**, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J., 1973

A.-S. **Dupré-Dallemagne**, La force contraignante du rapport d'obligation (recherche sur la notion d'obligation), Presses universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 2004

M. **Faure-Abbad**, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, L.G.D.J., Poitiers, 2003

J. **Frossard**, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, L.G.D.J., 1962

Ph. **le Tourneau**, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2004

J. M. **Mousseron**, Technique contractuelle, 3^{ème} édition par P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, Editions Francis Lefebvre, 2005

Ch. **Radé**, La responsabilité civile contractuelle-Les quasi-contrats, Presses Universitaires de Grenoble, 2001

E. **Savaux**, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, L.G.D.J., E.J.A. et Eric Savaux, 1997

M. **Thioye**, Recherches sur la conception du prix dans les contrats, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Tome 1, 2004

2-3 Lex mercatoria

U. **Draetta**, Internet et commerce électronique en Droit international des affaires, (Traduit de l'italien par P. Lévi et C. Mocquart), Forum Européen de la Communication (FEC), édition Bruylant, Bruxelles, 2003

Ph. **Fouchard** et L. **Vogel** (ss. dir.), L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen, éditions Panthéon-Assas, 2004.

Ph. **Fouchard**, L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1964

B. **Goldman**, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1964

Ph. **Kahn**, La vente commerciale internationale, Sirey, 1961

C. **Leben**, E. **Loquin** et M. **Salem**, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2000, vol. 20

3.- Thèses et Mémoires

J. U. **Abli**, La faute du préposé de la banque, Thèse, Toulouse, 2004

S. **Amro**, La clause de renvoi dans un document contractuel, Thèse, Toulouse, 2000

R. **Berthou**, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, Thèse, Rennes, 2004

L. **Calandri**, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, Thèse, Toulouse, 2005

I. **de Lamberterie**, Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique, Thèse, A.N.R.T., Lille, 1985

N. **Marchet**, La responsabilité civile des Intermédiaires techniques de l'Internet, Thèse, Toulouse, 2003

P.-M. **Reverdy**, La matière pénale à l'épreuve des nouvelles technologies, Thèse, Toulouse, 2005

4.- Articles-Etudes-Rapports

4-1 Articles publiés dans les revues ou ouvrages collectifs

4-1-1 Régulation de l'Internet

L. **Beauvais**, « Se faire souffler son nom de domaine, 01 informatique, n°1621 du 16 février 2001, P. 40

H. **Bitan**, Le site de commerce électronique : approche technique et juridique, *Gaz. du Palais*, 16-18 avril 2000, p. 17

H. **Bitan**, L'Internet représente-t-il une menace pour l'ordre public ? *Expertises*, juillet/ août 1996, p. 266

L. **Bochurberg**, Directive sur le commerce électronique, *Légipresse*, n°172-juin 2000, p. 64

J. **Boyer**, La révolution d'Internet, *Petites Affiches*, n°224, 10 novembre 1999, p. 11

E. A. **Caprioli**, Sécurité et confiance dans le commerce électronique, *JCP G*, n°14 du 1^{er} avril 1998, p. 589

C. **Castets-Renard**, La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006, *Recueil Dalloz*, 2006, n°31, p. 2157 et s.

C. **Castets-Renard**, Réseaux peer-to-peer : la clémence du juge pénal, note sous TGI Paris (31^e ch.), 8 déc. 2005, *Recueil Dalloz*, 2006, n°13, p. 933

C. **Castets-Renard**, Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle, *Recueil Dalloz*, 2006, n°22, p. 1522

E. **Clerc**, « La gestion semi-privée de l'Internet », in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la Mondialisation*, p. 333

M. **Coulaud**, Droit d'auteur et téléchargement de fichiers ou le désaccord parfait, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°12-janvier 2006, p. 47

O. **Cousi**, Autorégulation sur le marché de la communication, *Expertises*, mai 1996, p. 179

O. **Cousi**, Deux extraits de contrat : responsabilité des fournisseurs de service sur Internet, Expertises, mai 1996, p. 183

Cl. L. **De Leyssac** et X. **Lacaze**, Le paiement en ligne, Com.-Com. élec., février 2001, p. 13

I. **de Lamberterie**, Internet, une chance pour le droit français et le droit comparé, Gaz. du Palais, n° spécial des 11 et 12 septembre 1996, p. 38

M.-Ch. **Deluc**, Union européenne : Internet, un risque nouveau pour les industriels, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, n°1, 2000, p. 107

F. **Eysette**, Internet et le droit des marques, Gaz. du palais, 22/23 janvier 1997, p. 36

I. **Falque-Pierrotin**, Rapport du Conseil d'Etat : « Internet et les réseaux numériques », Entretien, P. A., n°108, 9 septembre 1998, p. 3

C. **Fabre**, Liens Hypertextes Profonds : une confirmation du caractère (il)licite de principe ? Expertises novembre 2001, p. 376

C. **Fabre**, Y a-t-il une morale dans l'affaire yahoo ? Expertises, n°246, 1^{er} mars 2001, p. 107

X. **Furst**, 2^{ème} conférence de l'OMPI sur le commerce électronique. Besoin d'identification des acteurs, Expertises, novembre 2001, p. 368

T. **Galard**, Internet et nom de domaine : le déroulement d'une « procédure administrative » selon la politique uniforme de l'Icann, Gaz. du palais, 16-18 avril 2000, p. 25

J.-Ch. **Gallaux**, Les contrats de France Télécom, rôle du Conseil supérieur de la télématique en matière contractuelle, Com.-Com. élec., janvier 2001, p. 21

J.-Ch. **Gallaux**, Le fournisseur et l'hébergeur : deux professionnels de l'Internet face au droit commun des contrats, Com.-Com. élec., décembre 2000, p.21

V. **Gautrais**, G. **Lefebvre** et K. **Benyekhlef**, Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica*, Revue de droit des affaires internationales (RDAI) n°5, 1997, p. 547

J. L. **Goutal**, Multimédia et réseaux : influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur, Recueil Dalloz, 41^{ème} cahier, chr., p. 358

L. **Grynbaum**, Première application de la loi « économie numérique » à la responsabilité de l'hébergeur, Com.-Com. élec., oct. 2004, p. 40

G. **Hass** et O. **De Tissot**, Le pollupostage non sollicité dans le collimateur de la justice, Expertises, mai 2002, p. 186

G. **Hass** et O. **De Tissot**, La responsabilité des fournisseurs d'hébergement de site Internet et le juge des référés, Expertises, juillet 2001, p. 268

Hass G., et **De Tissot O.**, L'activité de fournisseur à l'épreuve des droits de tiers, Com.- Com. élec., 2000, n°7, p. 14

O. **Itéanu**, l'Icann, un exemple de gouvernance originale, ou un cas de law intelligence ?, Expertises, avril 2002, p. 131

C. **Khayat**, Union européenne : Internet, résolution des conflits entre noms de domaine et signes distinctifs, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, n°1, 2001, p. 119

G. **Kessler**, Le peer to peer dans la loi du 1^{er} août 2006, Recueil Dalloz, 2006, n°31 du 14 sept. 2006, p. 2167

H. **Klein**, « ICANN et la gouvernance d'Internet », la coordination technique comme levier d'une politique mondiale, in F. Massit-Folléa et R. Delmas, *La gouvernance d'Internet*, p. 93 et s.

J. **Larrieu**, une définition plus raisonnable du domaine du droit d'auteur, *Expertises*, mars 2005, p. 102

J. **Larrieu**, Liens sponsorisés : quels risques pour les moteurs de recherches...et les autres ? *Expertises*, février 2004, p. 55 et s.

J. **Larrieu**, L'hyperlien complice, *Expertises*, avril 2002, p. 141

J. **Larrieu**, Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité, *Expertises*, juillet 2001 p. 257

J. **Larrieu**, Statut du nom de domaine, la jurisprudence tendrait-elle vers un droit privatif sur le signe distinctif ?, *Expertises*, novembre 2001, p. 382

C. **Le Stanc** et P. **Tréfigny**, *Droit du numérique : panorama 2005*, Recueil Dalloz, 2006, n°11 du 16 mars 2006, p. 785 et s.

C. **Le Stanc**, Interrogation sur la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche en cas de référencement de site illicite, *Recueil Dalloz*, 2003, n°41, p. 2824 et s

M.-A. **Ledieu** et A. **Straub**, L'attribution d'un nom de domaine en « .fr », *Com.-com. élec.*, 4 juin 2004, p. 4

E. **Ledrich**, La gestion du Domain Name System en question : Quand le réseau ne sait plus comment il s'appelle..., *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n°12, janv. 2006, p. 3

G. **Loiseau**, Nom de domaine et Internet: turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, Dalloz, 1999, doct., p. 245.

F. **Lorentz**, Le futur a déjà commencé, in *Inforoute*, Géopolitique n°48, février 1998, p. 33

C. **Manara**, Le contrat d'affiliation sur Internet, Le Dalloz, 2000, n°19, p.III

B. du **Marais**, Régulation de l'Internet : des faux-semblants au retour à la réalité, in La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?, R.F.A.P., 2004, n°109, p. 83 et s

N. **Marchet**, La responsabilité des hébergeurs de sites de discussion, Legalis.net, 2002/3, p. 59

A. **Mendoza-Caminade**, Nom commercial contre Nom de domaine, Expertises, février 2004, p. 68

A. **Mendoza**, « Création de sites internet et droit d'auteur des salariés », Expertises, avril 2002, p. 144

F. **Olivier** et F. **Mascré**, Labellisation des sites Internet : quel cadre juridique ?, Com.- com. élec., déc. 2000, p. 13

M. **Quéméré** et A. **Hollande**, Précautions juridiques à observer en matière de référencement de sites Internet, Com.- Com. élec., juillet/août 2001, p. 8

P. **Ravillard**, Union européenne : protection de la propriété industrielle sur Internet, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, n°1, 2001, p. 157

L. **Ravillon**, Le recours à la technique du « premier arrivé, premier servi » dans le droit des nouvelles technologies... ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou

informatiques, JCP/ La semaine juridique, éd. G., n°47 du 22 novembre 2000, p. 2111

J. **Reidenberg**, L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet, Com.-com. élec., n°5, mai 2001, p.14 et s.

C. **Rojinsky** et F. B. **Deringer**, Cyberspace et nouvelles régulations technologiques, Le Dalloz, 2001, Chroniques, p. 844

M. **Roulet**, Un bouleversement majeur dans nos sociétés, in « *Inforoute* », Géopolitique, n°48, fév. 1998, p. 5.

V. **Sédallian**, La responsabilité de l'employeur en tant que fournisseur d'accès à Internet, Légicom, n°27-2002/2 p. 47

T. **Sinodinou**, Troubles juridiques autour de la protection d'un site web, Expertises, mars 2005, p. 96

A. **Strowel**, « Les noms de domaine: massacreurs du droit des marques? » in Commerce électronique et propriétés intellectuelles, Colloque organisé par l'Institut de recherches en propriétés intellectuelles Henri-Desbois à Paris le 7 novembre 2000 et publié aux éditions Litec Librairie technique 2001

P. **Trudel**, Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?, *Sociologie et société*, vol. XXXII.2, p.189

P. **Trudel**, *La Lex electronica*, in C.-A. Morand (ss. dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Coll. de droit international, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, Helbing et Lichtenhahn Verlag, 2001, p. 221

V. **Varet**, Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif, Expertises, mai 2002, p. 188

N. **Varille**, « publicité sur Internet : Droit et déontologie », Gaz. du Palais, 21 et 22, novembre 1997, p. 5

G. **Vercken** et M. **Vivant**, le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°2, 2000, p. 18

M. **Vivant**, N. **Mallet-Poujol** et J.-M. **Bruguière**, Droit de l'Internet, chronique, JCP, E., n°5, février 2006, p. 233

M. **Vivant**, N. **Mallet-Poujol** et J.-M. **Bruguière**, Droit de l'Internet, chronique, JCP, E., n°3, janvier 2005, p. 78

M. **Vivant**, Raison et réseaux, De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet, Mél. Mehl, La Documentation française, 1999, p. 153

M. **Vivant**, La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP, G., 1999, I, p. 2021

M. **Vivant**, Internet, support publicitaire : régulation et déontologie, Gazette du palais, 21 et 22, novembre 1997, p. 2

M. **Vivant**, « Internet et modes de régulations », in Internet face au droit, colloque des 21 et 22 novembre 1996 à Namur, Cahier du CRID, n°12, p. 215

M. **Vivant**, Cybermonde : Droit et droits des réseaux, JCP, G., 1996, I, 3969

Charte d'édition électronique, Légipresse, 2000, n°171, IV, p. 47

L'ICANN en fin de règne, Expertises n°297-nov. 2005

« **.fr** » : Première décision P.A.R.L. devant l'OMPI, Expertises, oct. 2004, p.327

Internet fête ses trente-cinq ans, Actualité, Expertises, oct. 2004, p.325

988, sites marchands contrôlés par la DGCCRF, Expertises, mai 2002, p. 164

L'ICANN accueil un centre d'arbitrage asiatique, Expertises, avril 2002, p. 127

Cybersquatting : moins de litiges soumis à l'OMPI, Expertises, avril 2002, p. 127

Table ronde sur la « net-économie » 16 février 2000, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°2, 2000, p. 29

4-1-2 Théorie du droit

J. **Barthélemy**, L'ingénierie juridique un concept, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°20-21, 27 mai 1993, p. 1

L. **Boy**, « La valeur juridique de la normalisation », in J. Clam et G. Martin, Les transformations de la régulation juridique, p. 183

F. **Cafaggi**, Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : Participation, autorégulation et régulation privée, in La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?, RFAP, 2004, n°109, p. 23 et s

C. **Castets-Renard**, « La mutation de la production de la norme en droit privé : d'une concurrence à une collaboration des producteurs de la norme », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (ss. dir.), Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit. Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, n°2, tome 1, Bilan, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p.11

J. **Chevalier**, Vers un droit post-moderne ? in Clam J. et Martin G. (ss. dir.), Les transformations de la régulation juridique, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau Européen Droit et Société, L.G.D.J., 1998, p. 23

G. **Farjat**, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in Clam J. et Martin G., Les transformations de la régulation juridiques, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau Européen Droit et Société, L.G.D.J., 1998, p. 151

G. **Farjat**, « Réflexion sur les codes de conduites privés », in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman, édition Litec, 1987, p. 46

G. **Flécheux**, Ingénierie juridique et déontologie, JCP, cahier de droit de l'entreprise, n°20-21, 27 mai 1993, p. 40

M.-A. **Frison-Roche**, Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^e Forum de la régulation, P. A., n°87 du 3 mai 2005, p. 3 et s.

M.-A. **Frison-Roche**, La redécouverte « des piliers du droit » : le contrat et la responsabilité, in Clam J. et Martin G., Les transformations de la régulation juridique, p. 277 et s.

A. **Jeammaud** et E. **Serverin**, Evaluer le Droit, Dalloz Sirey, 1992, 34^{ème} cahier, chr., p. 263

B. **Kriegel**, « Le Principe de légitimité », in L'avenir du droit, Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Edition du Juris-Classeur, 1999, p. 47 et s.

G. **Koubi**, La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ?, in Clam J. et Martin G., Les transformations de la régulation juridique, p. 165

E. **Loquin** et L. **Ravillon**, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un Droit Mondialisé », in E. Loquin et C. Kessedjan, la Mondialisation du Droit, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), volume 19, Litec, 2000

J. **Paillusseau**, Le Droit est aussi une science d'organisation, Revue trimestrielle de droit commercial, n°1, janvier-mars 1989, p. 1

P. **Quilichini**, Réguler n'est pas juger. Réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique, AJDA, 24 mai 2004, p.1060 et s.

G. **Timsit**, La régulation, La notion et le phénomène, in La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?, RFAP, 2004, n°109, p. 5 et s

4-1-3 Droit des contrats

P. **Ancel**, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ.n°4, oct.-déc. 1999, p. 771

L. **Aynès**, Le contrat, loi des parties, Cahier du Conseil constitutionnel, n°17, 2004, p. 77

P. **Didier**, Brèves notes sur le contrat-organisation, in L'avenir du droit, Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Edition du Juris-Classeur, 1999, p.635 et s.

P. Y. **Gautier**, Suite de la promenade à travers un site immatériel : des condamnations de justice en nature sur Internet, Dalloz, 1997, chr., p. 176

O. **Itéanu**, Le contrat, l'outil majeur du commerce électronique, Bulletin Lamy droit de l'informatique, n°16, juillet 1999

O. **Itéanu**, Les contrats du commerce électronique, Revue Droit et Patrimoine, 1997, p.52 et s

Ch. **Jamin**, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, Le Dalloz, n°11, 2002

Ch. **Jamin**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Et. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 et s

P. **Jourdain**, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in Les métamorphoses de la responsabilité, PUF, Poitiers, 1997, p. 65

C. **Larroumet**, Pour la responsabilité contractuelle, Etudes offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 543.

C. **Le Stanc**, Contrats et responsabilité, du lien hypertexte à l'extraction de données, Com.-Com. élec., mai 2001, p. 27

H. **Lécuyer**, « Le contrat, acte de prévision », in L'avenir du droit, Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Edition du Juris-Classeur, 1999, p. 643 et s.

J.-P. **Lévy**, « Le consensualisme et les contrats des origines au code civil », in Le contrat 2, Revue des sciences morales et politiques, n°2, 1995, p. 209

D. **Mazeaud**, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in L'avenir du droit, Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Edition du Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s.

J. **Mestre**, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in L'avenir du droit, Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, Edition du Juris-Classeur, 1999, p. 677 et s.

J. M. **Mousseron**, « La renaissance prolongée du phénomène contractuel », Liber Amicorum Commission et vie des affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997), Bruylant, Bruxelles, 1998 p. 668 et s.

R. **Polin**, « Essai sur une philosophie du contrat social », in Le contrat 1, Revue des sciences morales et politiques, n°1, 1995, p. 49

P. **Remy**, « La responsabilité contractuelle : Histoire d'un faux concept », RTD civ.1997, p. 323

C. **Rojinsky**, Les techniques contractuelles du commerce électronique, Légicom n °21/22-2000/1 et 2 p. 107

D. **Talon**, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223

4-1-4 Lex mercatoria

J.-P. **Chamoux**, Internet : Vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et *lex mercatoria* in C. Leben, E. Loquin et M. Salem, « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn », Litec, 2000, vol. 20

Ph. **Kahn**, « *La lex mercatoria et son destin* », in L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 25

S. **Kallel**, Arbitrage et commerce électronique, Revue de droit des affaires internationales (RDAI), n°1, 2001, p. 13

E. **Loquin**, « *où en est la lex mercatoria ?* », in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherches du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Phillippe Kahn, Litec, 2000, p. 23 et s.

J. **Mestre**, L'arbitrage mode utile de règlement des litiges, Revue Droit et Patrimoine, n°94, juin 2001, p. 32

4-2 Articles publiés sur Internet

4-2-1 Articles publiés sur Internet par des auteurs

H. **Abdelli**, La future législation américaine contre le spamming, Avril 2001, www.actoba.com

AFP, « Bush signe la loi anti-spam », actualités du 16/12/03, www.yahoo.fr

Associated Press, « Une loi anti-spam promulguée aux États-Unis », actualités du 16/12/03, www.yahoo.fr

J. P. **Barlow**, « A declaration of the independance of Cyberspace », www.eff.org/publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration

R. **Berthou**, Internet au gré du droit, 10 janvier 2001, www.juriscom.net

J. Ch. **Bobable**, « Une conformité qui frise la LEN », www.juriscom.net

A. **Bourel**, Principe de spécialité et nom de domaine Internet, Interview du 24/06/2004, www.clic-droit.com

M. **Cahen**, La protection des outils de référencement : l'articulation entre contrefaçon et concurrence déloyale, www.avocatonline.com

M. **Cahen**, Qui est responsable en matière de contrefaçon de marque sur les liens commerciaux des moteurs de recherche ?, www.droit-ntic.com

V. **Cerf**, Guidelines for conducts on and use of internet, 14 août 1994, <http://info.isoc.org:80/policy/conduct:ceref/aug-draft.html>

C. **Chassigneux**, Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne,

Ph. **Crouillacq**, Déconnexions en série chez les pirates du Peer-to-Peer, Actualité du 29/06/2005, www.01net.com

S. **Desrochers** et L. **Lessig**, Etude de la paternité d'une théorie normative du cyberspace, décembre 1999, www.juriscom.net

Y. **Dietrich** et A. **Menais**, Dénouement logique pour l'affaire Alice, www.juriscom.net

E. **Frاندri**, Le droit des marques aux frontières du virtuel, www.lex-electronica.org

Forum des droits sur l'Internet, Litiges .fr des particuliers : le Forum des droits sur l'Internet partenaire de l'Afnic, Actualité du 15/06/2006, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, Les recommandations du Forum des droits sur l'Internet reprises dans la charte de confiance des plates-formes de vente entre internautes, Actualité du 08/06/2006, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, Le pouvoir de blocage de l'Afnic sur les noms de domaine conforté en référé, Actualité du 23/05/2006, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, Spam- La cour de cassation définit la notion de collecte déloyale, Actualité du 28/03/2006, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, La CNIL actionne, le Spam frissonne, Actualité du 22/11/2002, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, Un « spammeur » condamné en France, Actualité du 19/02/2002, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, La justice américaine se prononce sur l'affaire Yahoo !, Actualité du 9 novembre 2001, www.foruminternet.org.

Forum des droits sur l'Internet, Un traité international pour lutter contre la criminalité dans le cyberspace, Actualité du 21/09/2001, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, « Internet une responsabilité collective sur le contenu et les services » !, www.foruminternet.org

F. **Glaize**, Liens sponsorisés : première condamnation d'annonceurs, Actualité du 15 avril 2005, www.foruminternet.org

S. **Hambridge**, RFC 1855 Netiquette Guidelines, www.sri.ucl.ac.be/sri/frfc/rfc1855.fr.html

P. **Hauss**, Réserve vos .EU !, Newsletter n°51 du 26 septembre 2005, www.Clic-Droit.com

P. **Hauss**, Installation du Comité consultatif de l'Internet, Actualité du 17/ 02/2004, www.clic-droit.com

P. **Hauss**, Nouvelles règles pour le .fr, états des lieux, Actualité du 03/01/2003, www.clic-droit.com

P. **Hauss**, une nouvelle phase pour le « .biz », actualité du 12 novembre 2001, www.clic-droit.com/actu/actu-90.htm

P. **Hauss**, Internet : guerre ouverte entre le droit et le e-marketing ?, Actualité du 07/06/2001, www.clic-droit.com

P. **Hauss**, Cybercriminalité, quatre ans après..., Actualité du 24/ 04/2001, www.clic-droit.com

P. **Hauss**, Safe Habor, protection des données personnelles, www.clic-droit.com

J. **Heslaut**, « la Cour de Versailles précède la loi », www.legalis.net/jnet

J. **Heslaut**, A Propos de l'arrêt du 10 février 1999 de la Cour d'appel de Paris, www.legalis.net/jnet

E. **Hoffman-Attias**, « On cesse enfin de croire que l'Internet est une zone de non-droit », www.domaines.info

J. **Krassovsky**, Affaire Yahoo ! l'épilogue ?, www.transfert.net

E. **Labbé**, « Spamming en cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'auto-réglementation », Lex electronica vol. 6 n°1 printemps 2000, www.lex-electronica.org

J. **Larrieu**, « Le téléchargement au Paradis ? A propos de l'arrêt de la Cour de Montpellier du 10 mars 2005 », www.juriscom.net

M. **Le Borne**, L'industrie de la publicité en ligne adopte sa « privacy policy », Actualité 20/06/2001, www.droit-technologie.org

L. **Lessig**, The laws of cyberspace, <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig.htm>

S. **Long**, Les députés votent pour la légalisation des échanges P2P, www.01net.com

C. **Manara** et A. **Nappey**, Le blocage de noms litigieux par l'Afnic est jugé licite, 11/05/2006, www.juriscom.net

C. **Manara**, « Premier arrivé...mais pas avec les Nikes aux pieds », Juriscom.net, 15 octobre 2002, www.juriscom.net

D. **Melison**, Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil, www.juriscom.net

A. **Mitschek**, La reproduction et l'exploitation de contenu sur Internet, Dossier, www.clic-droit.com

J. **Morlec**, « Le Spam », actualité du 6 février 2004, www.droit-technologie.org

C. **Muller** et L. **Thoumyre**, Musique, film... Adopte la Net attitude ! www.foruminternet.org

S. **Omarjee**, L'évolution du droit de l'Internet, Actualité du 09/09/2004, www.clic-droit.com

S. **Parisien**, Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique, www.lex-electronica.org

A. **Prudhon**, La procédure d'attribution des .biz en partie remise en cause, Actualité du 19/10/2001, www.clic-droit.com

A. **Prudhon**, Neulevel et les gestionnaires du « .biz » attaqués en justice, Actualité du 02/08/2001, www.clic-droit.com/actu/actu_72.htm

A. **Prudhon**, Cybersquatting : l'OMPI consulte en ligne, Actualité du 11/05/2001, www.clic-droit.com

J. **Reidenberg**, « Lex informatica », <http://www.si.umich.edu/%7expresinck/Reidenberg.htm>

Reuter, « Les États-Unis promulguent la première loi anti-spam », actualité du 16/12/2003, www.yahoo.fr

S. **Rouja**, Le recours au droit des contrats contre le spamming, 08/06/2004, www.juriscom.net

S. **Rouja**, Spam : Entreprises, Internauts, défendez-vous ! Le point sur les règles applicables, Actualité du 24/06/2004, www.juriscom.net

V. **Sedallian**, La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique, Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°110, janvier 1999

G. **Teissonnière**, « La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs », 02 avril 2004, www.juriscom.net

L. **Thoumyre**, Résumé de l'affaire Ontario Inc. C/Nexx Online Inc., www.Juriscom.net

L. **Thoumyre**, Consultation internationale sur les implications de l'affaire Yahoo ! Inc, www.juriscom.net

L. **Thoumyre**, Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite, www.juriscom.net

L. **Thoumyre**, Un guide de l'autorégulation, interview de P. Trudel, 21 mars 1999, www.juriscom.net

L. **Thoumyre**, « emails publicitaires : tarir à la source », Juriscom.net, décembre 1998, www.juriscom.net

L. **Verbauwhede**, Propriété intellectuelle et commerce électronique : Comment s'occuper du site web de votre entreprise ? www.ompi.org

T. **Verbiest**, Responsabilité des moteurs de recherche : Keljob gagne en appel, Actualité du 17/06/2001, www.droit-technologie.org

T. **Verbiest**, Pornographie enfantine et Internet : comment réprimer ?, 19/05/2001, www.droit-technologie.org

T. **Verbiest**, Nom de domaine : publication du second rapport de l'OMPI, 23 septembre 2001, www.droit-technologie.org

T. **Verbiest**, Le Parlement européen critique sur le projet de convention sur la Cybercriminalité, 16 septembre 2001, www.droit-technologie.org

T. **Verbiest**, Commerce électronique : la France transpose la directive sur les contrats à distance, 4 septembre 2001, www.droit-technologie.org

S. **Van Gelder**, VeriSign attaque l'ICANN, www.domaines.info

E. **Wery**, « La Commission des clauses abusives émet une recommandation relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet », actualité du 14 janvier 2003, www.droit-technologie.org

E. **Wery**, Affaire j'accuse : les fournisseurs d'accès libérés de l'obligation de filtrage, actualité du 02/11/2001, www.droit-technologie.org

E. **Wery**, « Les associations de consommateurs se lancent dans la labellisation de sites web ? » Actualité du 21 février 2000, <http://www.droit-technologie.org>

E. **Wery**, La nétiquette jugée juridiquement contraignante, <http://www.droit-technologie.org>, 13 août 1999

4-2-2 Articles publiés sur Internet sans auteurs

Affaire Alice/Alice : La logique du « Premier arrivé, premier servi », www.cyberlex.org

Canada : le téléchargement de musique constitue un acte de copie privée, Actualité du 15/12/2003, www.foruminternet.org

Internet : guerre ouverte entre le droit et le e-marketing ?, Actualité du 07/06/2001, www.clic-droit.com

Lancement du réseau européen de corégulation de l'Internet : pour une collaboration au niveau européen sur les questions clés de l'Internet, Actualité du 12/12/2003, www.foruminternet.org

Le « .eu » arrive enfin!, Actualité du 15.12.2003, www.legalbiznext.com.

Offre Internet en Côte d'Ivoire, Actualité du 26/09/2001, www.aviso.ci

Proposition pour la mise en place d'un registre africain pour la gestion de l'Internet, www.afnic.org

Symposium sur la régulation de l'utilisation d'Internet au Sénégal, 15/07/2000, www.isoc.sn

Yahoo ! estime avoir eu un procès inéquitable en France, Actualité du 10 janvier 2001 sur www.legalis.net

4-3 Etudes et rapports

Ph. **Amblard**, Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif, cahier du CRID n°24, Bruylant, 2004

CNIL « Opération boîte à spam », Rapport public du 24 octobre 2002, www.cnil.fr

Conseil d'Etat, Rapport, Internet et les réseaux numériques, La Documentation française, Paris, 1998.

Conseil d'Etat, Rapport annuel, Les Autorités administratives indépendantes, EDCE n°52, 2001

Forum des droits sur l'Internet, Premier rapport d'activité, La Documentation française, année 2002

Forum des Droits sur l'Internet, Rapport du 23 octobre 2003 : Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ? www.foruminternet.org

Forum des Droits sur l'Internet, Recommandation « Hyperliens : statut juridique », du 03 mars 2003, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, Recommandation sur les liens commerciaux : Prévenir et résoudre les atteintes aux droits des tiers, 26 juillet 2005, www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, Recommandation sur « Le commerce électronique entre particuliers », 8 novembre 2005, www.foruminternet.org

E. **Guigou**, Intervention au colloque « **Internet et droit** », organisé sous l'égide de l'Université Paris 1 les 25 et 26 septembre 2000, www.internet.gouv.fr

Institut de recherches en propriétés intellectuelles Henri-Desbois, Commerce électronique et propriétés intellectuelles, Colloque organisé à Paris le 7 novembre, Litec, Librairie technique, Commerce électronique et propriétés intellectuelles 2001

Le contrat électronique, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, journées nationales, Tome V/Toulouse-2002, Edition Panthéon-Assas, L.G.D.J., Paris, 2002

Le droit de l'entreprise et Internet, Actes du colloque organisé par le Centre de formation des Barreaux du sud-est et l'Institut de Droit des affaires d'Aix-Marseille, Centre de droit économique, 15 juin 2001 à Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002

E. **Loquin** et C. **Kessedjian** (ss dir), La mondialisation du droit, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), volume 19, Litec, 2000

F. **Massit-Folléa** et R. **Delmas** (ss. dir.), La gouvernance d'Internet, Les Cahiers du numérique, volume 3-n°2-2002, Lavoisier, 2002

E. **Montero** (ss. dir.), Droit des technologies de l'information regards prospectifs, Cahiers du CRID, n°16, Bruylant, Bruxelles, 1999

C. **Monville** (ss. dir.), Variations sur le Droit de la société de l'information, Cahiers du CRID, n°20, Bruylant, Bruxelles, 2002

Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, La société de l'information : quel avenir ? Actes de la journée d'étude du 9 octobre 1997

C. **Paul**, Rapport au Premier ministre : Du droit et des libertés sur Internet, La Documentation française, 2000.

C. **Paul**, Mission de préfiguration pour la création d'un organisme de « corégulation » de l'Internet, présidée par C. Paul, novembre 1999/ avril 2000 : **Contribution du CSA**, www.internet.gouv.fr

C. **Paul**, Mission de préfiguration pour la création d'un organisme de « corégulation » de l'Internet, présidée par C. Paul, novembre 1999/ avril 2000 : **Contribution de l'AFA**, www.internet.gouv.fr

L. **Thoumyre**, « Rapport du Forum des Droits sur l'Internet : Etat des lieux sur le P2P et la musique en ligne en France (septembre 2004) », www.foruminternet.org

Unesco, Les dimensions internationales du Droit du cyberspace, Coll. Droit du Cyberspace, Edition Unesco, Edition economica, Paris, 2000

Atelier de l'OMPI sur la médiation dans les litiges de propriété intellectuelle, Londres, 18,19, 21, 22 juin 2001, Documents du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, www.arbiter.wipo.int

4-4- Articles non juridiques

AFP, Un accord a été trouvé sur l'évolution d'Internet, Yahoo ! actualité du 16 novembre 2005, www.yahoo.fr

AFP, Un forfait illimité pour télécharger, Actualité du 11/10/2006, Métro-Toulouse, n°596

Libération, Internet version 2016, n°7676, 12 janvier 2006, p.4

Le Monde informatique, Internet : Régulation par des lois ou autorégulation ?, 22 octobre 1999

5. Ouvrages non juridiques

M. Bergeron, C. Kempa et Y. Perron, Vocabulaire d'Internet : Vocabulaire anglais/français, 2^e édition, Ste-Foy, Publication du Québec 1997

O. Bloch et W. Von Wartburg, Dictionnaire étymologique de la langue française, 11^{ème} édition, P.U.F., 1996

J.-J. Rousseau, Du contrat social, Document électronique du CNRS : <http://gallica.bnf.fr>

Dictionnaire Hachette Encyclopédique illustré, édition 2000

Dictionnaire de l'informatique et de l'Internet, Micro Application, Paris, 2000

Dictionnaire Le petit Robert, Paris, 2003

Sites internet indispensables aux juristes, 8^{ème} édition, JurisClasseur, 2002

6. Jurisprudence-Notes

6-1 Accès à l'Internet

TGI Nanterre, 2 juin 2004, JCP, G, 2005, II, 10022, note, B. Fages

UFC/ AOL : Une obligation de résultat pour la fourniture d'accès à Internet, Actualité sur Légalis.net du 18/06/2004/, www.legalis.net

CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 sept. 2005, SNC AOL France c/ UFC que Choisir, note L. Grynbaum, Ph. Stoffel-Munck et C. Chabert, Com.-Com. élec., nov. 2005, p. 25

6-2 Droits d'auteur sur le site web

TGI de Lille, 1^{ère} chambre A, 24 février 2005, SA Courta Finance c/ Dominique L., SARL Abyss Finance et SARL Eatime, www.foruminternet.org

Cour d'appel de Paris, 12 janvier 2005, Société kaligona c/ Société Dreamnex, Expertises, mars 2005, p.118

Cour d'appel de Versailles, 18 novembre 2004, Expertises, mars 2005, p. 96

Cour d'appel de Versailles, 1^{ère} chambre, 1^{ère} section, 25 mars 2004 : M. François Z c/ Société log-Access, www.foruminternet.org

TGI Toulouse, réf. 6 juin 2001, SARL WS Interactive, Expertises, août 2001, p. 318, note N. Marchet

T. com. de Lyon, réf., 22 octobre 2001, SARL Avant Première Design graphique, www.legalis.net

Tribunal de commerce de Paris, 9 février 1998, Cybion c/ Qualisteam, Expertises, juillet 1998
p.236

6-3 Responsabilité des outils de recherche Internet

TGI de Nanterre, 2^{ème} Chambre, 14 décembre 2004 : Société CNRRH, Pierre Alexis T. c/
Société Google France, Société Tiger et M. Bruno R.,

Cour d'appel de Paris, 14^{ème} Chambre, 15 mai 2002, Altavista c/ Matelsom,

TGI Paris, référé, 31 juillet 2000 : D. Bertrand c/ Société Altavista company, SARL Kohiba
Multimédia, SARL Kohiba production, Félix M. et Société Objectif Net, www.legalis.net/jnet

TGI Paris, référé, 22 mai 2000, Association Union des étudiants juifs de France, La ligue
contre le racisme et l'antisémitisme c/ Yahoo ! Inc. et Yahoo ! France, www.legalis.net

US. District Court, District of California, San José, 7 novembre 2001, Yahoo Inc. c/ La ligue
contre le racisme et l'antisémitisme ; www.foruminternet.org

6-4 Liens sponsorisés

Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} Chambre, section 2, 23 mars 2006, Sté Google France c/
SARL CNRRH, Monsieur Pierre-Alexis T., Monsieur Bruno R., SARL Tiger,
www.foruminternet.org (Confirmation du jugement du TGI de Nanterre du 14 décembre 2004.)

TGI de Nanterre, Ordonnance de référé du 02 mai 2005, Axa banque c/ Google France, www.legalis.net

Cour d'appel de Versailles, 13^{ème} Chambre, 10 mars 2005, Société Google France c/ Société Viaticum et Luteciel, www.foruminternet.org

TGI de Nanterre, 14 décembre 2004, Société CNRRH, Pierre-Alexis T. c/ Société Google France, Tiger et M. Bruno R., www.legalis.net

TGI de Nanterre, 13 octobre 2003, Viaticum et Luteciel c/ Google France, Expertises décembre 2003 p. 431

6-5 Liens Hypertextes

TGI de Strasbourg, 19 mai 2005, SARL CNRRH et Pierre-Alexis T. c/ SARL 2L Multimédia et Aymeric L., www.foruminternet.org

Cour d'appel d'Aix-En -Provence, 5^{ème} Chambre, 10 mars 2004 : M. A. Emmanuel c/ Ministère public, Infogrames Europe et autres, www.foruminternet.org

Cour d'appel de Paris, 19 septembre 2001 : NRJ et Jean-paul B. c/ Europe 2 communication, Expertises, avril 2002 p.149

TGI Paris, 3^{ème} Ch., sect. 1, 5 septembre 2001, Cadremploi / Keljob, www.foruminternet.org

Cour d'appel de Paris, 14^{ème} Ch. Sect. B, réf., 25 mai 2001, Keljob, www.foruminternet.org

TGI Paris, réf., 8 janv. 2001, Cadremploi / Keljob, www.foruminternet.org

Tribunal de commerce de Paris, 26 décembre 2000, Société Havas numérique et Société Cadre online c/ Société Keljob, www.legalis.net/jnet

TGI de Nanterre, référé, 11 décembre 2000, Société GR. Industrie service Info,

Tribunal de commerce de Nanterre, référé, 8 novembre 2000, SARL Stepstone France c/ SARL Ofir France,

6-6 Obligation de faire un usage licite des réseaux numériques

Cass. Crim., 30 mai 2006, note Ch. Caron, Com.-com. élec., sept.-2006, p. 27

Cass. 1^{ère} Civ., 15 nov. 2005, note Ph. Stoffel-Munck, Com.-Com. élec., janv. 2006, p. 33 et s.

CA de Versailles, 1^{ère} Ch., 1^{ère} Section, 15 septembre 2005, SNC AOL France c/ UFC Que Choisir, note Luc Grynbaum, Philippe Stoffel-Munck et Cyril Chabert, Com.-Com. élec., nov. 2005, p. 25

TGI de Lyon, 14^{ème} Chambre du tribunal correctionnel, 21 juillet 2005, Group Mace c/ Gilbert D., www.legalis.net

TGI de Paris, 1^{ère} Chambre, ordonnance sur requête, 08 octobre 2004, www.juriscom.net

TGI Paris, Réf. 9 juillet 2004, Groupama c/ Gerard D., Free, www.legalis.net

TGI de Paris, 3^{ème} chambre-2^{ème} section, le 24 juin 2005, Société Agence des Médias Numériques (AMEN) c/ SARL Espace 2001 et SARL Google France, www.juriscom.net

Conseil constitutionnel, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, www.conseil-constitutionnel.fr

TGI de Nanterre, 1^{ère} chambre A, 2 juin 2004 : UFC que Choisir c/ AOL Bertelsmann Online France, www.legalis.net

TGI Nanterre, 2 juin 2004, JCP, G., 2005, II, 10022, note Bertrand Fages

Tribunal de Commerce de Paris, 8^{ème} chambre, 05 mai 2004, Société Microsoft Corp. et AOL France c/ Monsieur K, www.juriscom.net

TGI de Vannes, le 29 avril 2004, Légipresse, n°215, p.180 ; JCP Entreprise et Affaires, n°3, janvier 2005, p.81

Cour d'appel de Paris, 11^{ème} Chbre, 17 mars 2004, Com.- Com. élec., avril 2005, p.35

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 9 décembre 2003, Société Castellblanch (Espagne) c/ Société Champagne Louis Roederer (France), www.foruminternet.org

TGI Paris, 17^{ème} Chambre, chambre de la presse, 04 novembre 2003, www.foruminternet.org

TGI de Lyon, Chambre des urgences, Jugement du 28 mai 2002 SA Père-Noël.fr c/ F.M., Mlle E.C. et Sarl Deviant Network,

Tribunal correctionnel de Paris, 24 mai 2002, www.legalis.net

TGI de Paris, réf., 15 janvier 2002, M. P.V. c/ Société Liberty Surf et Société Free, www.juriscom.net

Le TGI de Paris, réf., 30 octobre 2001, www.legalis.net

TGI Lyon, 20 février 2001, www.legalis.net

TGI de Rochefort-Sur-Mer, 28 février 2001, M. Christophe G. c/ SA France telecom interactive, www.juriscom.net

CA de Versailles, 8 juin 2000, Sté Multimania Production et France Cybermédia c/ Lynda L., D. 2000, IR, p. 270

TGI, Nanterre, Jugement du 8 décembre 1999 : Mme L. Lacoste c/ Les sociétés Multimania Production, France Cybermédia..., www.legalis.net/jnet

Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, Légipresse Janv-fév 2000, n°168-III, p. 19, note Ch. Bigot

Cour supérieure de l'Ontario, 9 juillet 1999, Affaire 1267632 Ontario Inc. c/ Nexx Online Inc., www.juriscom.net/actu/achv/elaw/e-law11.htm

Cour d'appel de Paris 10 février 1999, www.legalis.net/jnet

TGI Paris, (réf.), 9 juin 1998, Estelle H. c/ Valentin L., JCP, E, 1999, n°21 p. 953, Obs. M. Vivant et C. Le Stanc

Cass. Civ., 2 juillet 1860, DP, 180, I, 284

6-7 Convention sur la preuve

TI Strasbourg, 24 juillet 2002, Thierry P. c/ Netbusiness Planet Discount, *note* M. Thioye

Cass. Civ. 1^{ère} 8 novembre 1989, D. 1990, p. 369

6-8 Le contentieux lié aux noms de domaine

TGI de Nanterre du 28 juin 2004, Première décision de justice sur le nouveau « .fr », Actualité du 06 juillet 2004, www.legalis.net

TGI Paris, 6 mai 2003: SA Agena 3000 c/ Sarl Distrib, obs. Murielle Cahen, www.murielle-cahen.com/avocatonline

Tribunal de commerce de Paris, 21e ch., 25 avril 2003: Société nouvelle d'études, d'éditions et de publicité (SNEEP) c/ New Morning et E Manitoo Company, Expertises, février 2004, p. 74

Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, n°D2002-0544 10 septembre 2002, Nike Inc. c/ Circle Group Internet, Inc.

Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, n°D2002-0352, 2 août 2002, Nike, Inc. c/ Crystal International

TGI Paris 3°ch., 16 octobre 2001, Revue Lamy droit des affaires, 2002, n°46, n°2915

TGI Paris, (réf.), 13 septembre 2001, ANPE c/ 7Ways, D., cahier droit des affaires, n°37, du 25 octobre 2001, p.3040 ; Com.Com.-élec., n°1, janvier 2002, p.28

TGI Nanterre, réf. 2 novembre 2000, Chr. « Droit de l'Internet » par l'ERCIM, JCP E. 2002, n°36 obs. Roose-Grenier

TGI Nanterre, 2°ch., 10 janvier 2000, JCP E. 2000, n°8, p. 1856, obs. Le Stanc

TGI Paris, 3°ch., 23 mars 1999, Revue Lamy droit des affaires, n°17, 1999, n°1094, obs. Costes

TGI Paris, réf. 17 avril 1999, Radio France, Revue Lamy droit des affaires, 1999, n°18, n°1155, obs. Costes

TGI Nanterre, 18 janvier 1999, SFR, PIBD 1999 n°673 III, p. 147

CA Paris, 14^o ch., section B, 4 décembre 1998, SA Alice c/ SNC Alice, Revue Lamy droit des affaires, février 1999, n°13, p. 26. JCP E. 1999, I, n°23, p. 955, obs. Vivant et Le Stanc

TGI Draguignan, réf., 8 avril 1998, Pacacet, JCP éd. E. 1999 n° 22, p. 654

TGI Paris, réf., 12 mars 1998, SA Alice c/ SNC Alice, Cahier Lamy informatique et réseaux, nov.1998 obs. Hirsh.

TGI Paris, réf., 25 avril 1997, JCP éd. E 1999, I p. 954

7. Annuaire et moteurs de recherches utilisés

<http://www.alltheweb.com/>

<http://ariane6.com>

<http://fr.altavista.com>

<http://www.copernic.com/fr/>

<http://www.google.fr>

<http://nomade.aliceadsl.fr/>

<http://www.voila.fr>

<http://www.lycos.fr>

8. Sites Internet juridiques consultés

<http://www.brmavocats.com/fr/>

<http://www.clic-droit.com/>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

<http://www.courdecassation.fr/>

<http://www.droitdunet.fr/>

<http://www.droitonline.com/>

<http://www.droit.org/> : portail du droit français

<http://www.foruminternet.org/>

<http://www.juriscom.net/>

<http://jurisguide.univ-paris1.fr/>

<http://www.legalis.net/>

http://www.legicite.com/sites_juridiques/

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

<http://www.murielle-cahen.com/>

<http://www.nyulawglobal.org/globalex/>

<http://www.village-justice.com>

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Autorégulation, 26, 27

Accès au réseau Internet, 53, 54, 55, 56. V.

aussi, contrat d'accès.

Acteurs de la régulation, 525 et s.

- Acteurs techniques, 531 et s.

- Acteurs inter-étatiques, 539 et s.

- Acteurs étatiques, 542 et s.

- Acteurs associatifs, 549 et s.

Contrat d'accès à l'Internet, 57, 58, 73 et s.

- Fonction normative du contrat d'accès, 88 et s.

Contrat d'adhésion, 45

Contrat de conception et de réalisation de site web, 96 et s.

Contrats d'affiliation, 242 et s.

Contrat d'enregistrement de nom de domaine, 127 et s.

B

Blog, 17

Contrat d'hébergement, 93, 94, 95, 151 et s.

Contrat kiosque d'accès, 60, 61, 62, 63, 64

C

Chat, 18

Chartes, Codes de conduite et de déontologie, 436, 438, 440,

Contractualisation des règles légales,

Contrats liés à la recherche d'informations, 180 et s.

Contrat de référencement, 186, 189 et s.

- A titre gratuit, 192 et s.

- A titre onéreux, 197 et s.

Contrefaçon, 119, 124, 204, 220 et s., 247 et s., 263, 297, 694 et s.

Convention d'établissement des liens
hypertextes, 238

Internet, 1, 5 et s.

Corégulation, 29, 30

L

Courrier électronique, 14

La bellisation sur l'Internet, 489 et s.

Cybersquattage, Cybersquatting, 689, 690,
693 et s.

- Autolabellisation, 496 et s.

- lutte contre le cybersquatting, 705 et s.

- labellisation par tierce partie, 504 et s.

Lex mercatoria, 40, 41, 277 et s., 430, 455

D

Liens hypertextes, 234 et s.

Droit de propriété intellectuelle, 108 et s.

- liens hypertextes simples, 238

- liens hypertextes profonds, 259 et s.

F

- liens complices, 265

Fonction normative des contrats, 34, 46 et
s., 51 et s., 60 et s. 78, 88, 92, 133, 145,
152, 159, 167, 177, 241, 274, 280, 729,
735

- liens malicieux, 266, 267

Forum de discussion, 16, 17, 352 et s.

Légitimité des acteurs de la régulation,
433, 526, 528, 571 et s.

- Légitimité technique, 574 et s.

- Légitimité politique, 583 et s.

Forum des droits sur l'Internet, 29, 198,
226 et s., 251 et s., 303, 544 et s., 742

M

Fournisseur d'accès, 52, 56 et s.

Multirégulation, 31, 32

H

Hyperliens (voir Liens hypertextes)

N

I

Nétiquette, 438, 440 et s.

ICANN, 129, 132 et s., 147, 540, 559 et s.,
575 et s., 713, 719 et s., 736 et s.

- la nature juridique de la nétiquette, 442 et
s.

- la valeur juridique de la nétiquette, 456 et
s.

NSI, 566 et s.

O

Obligations,

- L'obligation de faire un usage licite, 283, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 304, 305, 306, 307, 308

- L'obligation de se conformer aux règles et usages, 283, 312, 313, 314

- Les obligations de l'hébergeur, 161 et s.

- Les obligations de l'hébergé, 174 et s.

Outil de recherche d'informations, 187, 188

P

Peer-to-peer, 298 et s.

R

Régulation, 35, 36, 37, 38

Régulation des réseaux numériques, 39, 40

Responsabilité des acteurs de l'Internet, 339 et s.

Responsabilité des auteurs de liens hypertextes simples, 246 et s.

Responsabilité des prestataires de référencement, 205 et s.

- responsabilité atténuée des prestataires de référencement, 208 et s.

- responsabilité renforcée des prestataires de référencement, 219 et s.

S

Sanction, 379 et s.

- pouvoir de sanction des acteurs privés, 383 et s.

- pouvoir contractuel de sanction, 385 et s.

- pouvoir technique de sanction, 396 et s.

- la manifestation des sanctions contractuelles sur les réseaux numériques, 404 et s.

Site web ou site Internet, 15

U

Utilisation des réseaux numériques, 54, 179, 180, 181

V

VeriSign, V. NSI

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	6
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	7
INTRODUCTION.....	9
I/ : Bref historique de la création du réseau Internet.....	13
II/ : Les caractéristiques et les fonctionnalités du réseau Internet.....	14
a-/ : Les caractéristiques du réseau Internet.....	14
b-/ : Les fonctionnalités du réseau Internet.....	17
III/ : Les enjeux juridiques du réseau Internet.....	20
IV/ : Intérêt du sujet.....	26
PREMIÈRE PARTIE : LE CONTRAT AU COEUR DE LA RÉGULATION DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES.....	34
TITRE 1 : LA FONCTION NORMATIVE DES CONTRATS SUR LES RÉSEAUX NUMÉRIQUES.....	36
CHAPITRE 1 : La régulation contractuelle de l'accès aux réseaux numériques.....	39
SECTION 1 : Les contrats d'accès à l'Internet.....	40
§ 1 : Le contrat kiosque d'accès Internet.....	41
A- La présentation générale du contrat Kiosque d'accès Internet.....	42
B- La fonction normative du contrat kiosque d'accès Internet.....	43
§2: Les contrats mis en œuvre par les fournisseurs d'accès à Internet	46
A- L'objet du contrat mis en œuvre par les fournisseurs d'accès à Internet.....	48
1- Les prestations du fournisseur d'accès à Internet.....	48
2- Les prestations de l'abonné ou utilisateur du service d'accès à l'Internet.....	51
B- La fonction normative du contrat d'accès à l'Internet.....	53
SECTION 2 :Les contrats d'hébergement sur les réseaux numériques.....	56
§1- Les contrats complémentaires au contrat d'hébergement.....	57
A- Les contrats de conception et de réalisation de site web.....	58
1- L'objet du contrat : la conception et la réalisation de site web.....	58

2- Le sort des droits de propriété intellectuelle.....	61
a- L'insuffisante prise en compte de la question du sort des droits de propriété Intellectuelle par les contractants.....	61
b- Le contentieux lié à la question du sort des droits de propriété intellectuelle.....	64
B- Les contrats d'enregistrement de nom de domaine Internet.....	69
1- Présentation générale du processus d'enregistrement des noms de domaine.....	72
2- La fonction normative du contrat d'enregistrement de nom de domaine Internet.....	76
§2- Le contrat d'hébergement proprement dit.....	79
A- Présentation générale du contrat d'hébergement de site Internet.....	80
B- Les obligations nées du contrat d'hébergement de site Internet.....	83
1- Les obligations de l'hébergeur.....	83
a- Les obligations techniques de l'hébergeur.....	83
b- Les obligations de l'hébergeur liées à la fonction normative du contrat 'hébergement	85
2- Les obligations de l'hébergé.....	87
CHAPITRE 2 : La régulation contractuelle de l'utilisation des réseaux numériques.....	90
SECTION 1 : La régulation contractuelle de la recherche d'informations sur les réseaux numériques.....	91
§1- Les contrats de référencement sur le réseau Internet.....	92
A- Les contrats de référencement à titre gratuit	94
B- Les contrats de référencement à titre onéreux	96
§2- La responsabilité des prestataires de référencement sur le réseau Internet.....	98
A- La responsabilité atténuée des prestataires des outils de recherche sur le réseau Internet. 99	
1- La responsabilité des outils de recherche dans le cadre du référencement automatisé. 100	
2- La responsabilité des outils de recherche dans le cadre du référencement manuel.....	101
B- La responsabilité renforcée des prestataires de référencement.....	103
SECTION 2 : Les conventions d'établissement des liens hypertextes sur le réseau internet.....	109
§I- Les conventions d'établissement des liens hypertextes simples sur le réseau Internet.....	110
A- Les contrats d'affiliation sur le réseau Internet.....	112
B- La responsabilité des auteurs de liens hypertextes simples.....	113
§2- La pratique des liens hypertextes profonds.....	118

<u>TITRE 2 : LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE AU SERVICE DE LA RÉGULATION DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES.....</u>	<u>123</u>
<u>CHAPITRE 1 : Le contrôle contractuel des comportements sur les réseaux numériques.....</u>	<u>126</u>
<u>SECTION 1 : Les obligations de bon usage des réseaux numériques.....</u>	<u>128</u>
<u>§1- L'obligation de faire un usage licite des réseaux numériques.....</u>	<u>129</u>
<u>§2- L'obligation de se conformer aux règles et usages en vigueur sur les réseaux numériques.....</u>	<u>136</u>
<u>SECTION 2 : La mise en œuvre contractuelle de l'obligation légale de lutter contre l'illicéité sur les réseaux.....</u>	<u>140</u>
<u>§1- Le renforcement légal du rôle du contrat dans la lutte contre l'illicéité sur les réseaux numériques.....</u>	<u>142</u>
<u>§2- Un régime légal de responsabilité incitatif à la régulation contractuelle des réseaux numériques.....</u>	<u>146</u>
<u>A- Le régime de responsabilité des acteurs : un cadre d'action contractuelle pour la lutte contre l'illicéité sur les réseaux numériques.....</u>	<u>148</u>
<u>B- Le régime légal de responsabilité des acteurs : un cadre d'aménagement contractuel de la responsabilité des prestataires de services Internet.....</u>	<u>154</u>
<u>CHAPITRE 2 : La sanction du non-respect des obligations contractuelles sur les réseaux numériques.....</u>	<u>159</u>
<u>SECTION 1 : Le pouvoir de sanction des acteurs privés des réseaux numériques.....</u>	<u>161</u>
<u>§1- Un pouvoir contractuel de sanction.....</u>	<u>162</u>
<u>A- Un pouvoir unilatéral de sanction.....</u>	<u>163</u>
<u>B- Un pouvoir de sanction reconnu et légitimé par les autorités judiciaires.....</u>	<u>164</u>
<u>§2- Un pouvoir technique de sanction.....</u>	<u>166</u>
<u>SECTION 2 : Les manifestations des sanctions contractuelles sur les réseaux numériques.....</u>	<u>170</u>
<u>§1- La suspension des relations contractuelles.....</u>	<u>171</u>
<u>§2- La résiliation du contrat.....</u>	<u>173</u>
<u>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....</u>	<u>178</u>

<u>DEUXIÈME PARTIE : LES RÈGLES DE LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DES CONTRATS NUMÉRIQUES.....</u>	<u>180</u>
<u>TITRE 1 : LE RENVOI CONTRACTUEL AUX RÈGLES PRIVÉES DES RÉSEAUX NUMÉRIQUES.....</u>	<u>181</u>
<u>CHAPITRE 1 : Les règles privées de la régulation contractuelle des réseaux numériques.....</u>	<u>183</u>
<u>SECTION 1 : Les règles de la « Nétiquette », des Chartes et des Codes de conduite et de Déontologie sur le réseau Internet.....</u>	<u>184</u>
§ 1- Les règles de la « Nétiquette ».....	185
A- La Nétiquette : Présentation et contenu.....	186
B- Nature et valeur juridique de la Nétiquette.....	188
1- De la nature juridique de la Nétiquette.....	188
2- De la valeur juridique de la Nétiquette.....	191
§2- Les règles issues des chartes et des codes de conduite et de déontologie.....	198
<u>SECTION 2 : La labellisation sur les réseaux numériques.....</u>	<u>203</u>
§1- Les mécanismes d'autolabellisation sur le réseau Internet.....	206
§2- La labellisation par tierce partie.....	208
A- Le cadre juridique de la labellisation par tierce partie.....	210
B- La labellisation par les associations de consommateurs sur le Net.....	212
C- Le revers de la labellisation des sites web.....	213
<u>CHAPITRE 2 : Les acteurs de la régulation privée des réseaux numériques.....</u>	<u>215</u>
<u>SECTION 1 : Le foisonnement des acteurs de la régulation contractuelle des réseaux.....</u>	<u>216</u>
§1- La présentation générale des acteurs de la régulation privée des réseaux numériques.....	217
A- Les acteurs techniques.....	217
B- Les acteurs étatiques et inter étatiques.....	220
1- Les acteurs inter-étatiques.....	220
2- Les acteurs étatiques.....	221
C- Les acteurs associatifs.....	224
§2- Les acteurs particuliers : l'ICANN et la NSI (VeriSign).....	228
A- L'ICANN : un acteur mondial.....	228
B- La NSI (VeriSign).....	231

<u>SECTION 2 : La légitimité des acteurs de la régulation privée des réseaux numériques.....</u>	<u>234</u>
<u>§1- La légitimité technique des acteurs privés de l'Internet.....</u>	<u>235</u>
<u>§2- La légitimité politique des acteurs privés de l'Internet.....</u>	<u>238</u>
<u>A- La représentativité : fondement de la légitimité politique des acteurs de l'Internet.....</u>	<u>239</u>
<u>B- Les critiques et les contestations de la légitimité politique de l'ICANN.....</u>	<u>240</u>
<u>TITRE 2 : LA CONTRACTUALISATION DES RÈGLES LÉGALES SUR LES RÉSEAUX</u>	
<u>NUMÉRIQUES.....</u>	<u>245</u>
<u>CHAPITRE 1 : La volonté d'adapter les règles légales existantes : fondements de la</u>	
<u>contractualisation sur les réseaux numériques.....</u>	<u>247</u>
<u>SECTION 1 : La volonté des acteurs privés d'échapper à la rigidité et à l'incompatibilité des</u>	
<u>règles légales.....</u>	<u>248</u>
<u>§1- La contractualisation des règles de preuve sur les réseaux numériques.....</u>	<u>249</u>
<u>§2- La contractualisation de la responsabilité civile sur les réseaux numériques.....</u>	<u>252</u>
<u>SECTION 2 : La limitation du risque juridique par le contrat.....</u>	<u>257</u>
<u>§1- Les pratiques contractuelles et le respecter des lois étatiques en vigueur.....</u>	<u>258</u>
<u>§2- La volonté des acteurs de faire de l'Internet une zone de « Droit négocié ».....</u>	<u>259</u>
<u>CHAPITRE 2 : Les règles contractualisées mises en œuvre sur les réseaux numériques par les</u>	
<u>acteurs privés.....</u>	<u>262</u>
<u>SECTION 1 : L'interdiction du spamming.....</u>	<u>263</u>
<u>§1- Définition du spamming.....</u>	<u>265</u>
<u>§2- La sanction du spamming</u>	<u>268</u>
<u>SECTION 2 : La règle du « premier arrivé, premier servi ».....</u>	<u>271</u>
<u>§1- La mise en œuvre de la règle du « premier arrivé, premier servi » sur les réseaux</u>	
<u>numériques.....</u>	<u>272</u>
<u>§2- Le contentieux lié à la règle du « premier arrivé, premier servi ».....</u>	<u>276</u>
<u>A- Un contentieux abondant.....</u>	<u>277</u>
<u>1- Le contentieux lié au cybersquatting.....</u>	<u>277</u>
<u>2- Le contentieux entre titulaires de droits légitimes.....</u>	<u>278</u>
<u>B- La lutte contre le « cybersquatting ».....</u>	<u>281</u>
<u>1- L'action des pouvoirs publics.....</u>	<u>282</u>
<u>2- L'action des acteurs privés.....</u>	<u>284</u>

a- L'action de l'Afnic.....	284
b- La procédure UDRP.....	286
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	289
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	290
TABLES DES ANNEXES.....	297
ANNEXE I.....	298
ANNEXE II.....	312
ANNEXE III.....	325
ANNEXE IV.....	329
ANNEXE V.....	332
ANNEXE VI.....	336
BIBLIOGRAPHIE.....	337
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	380
TABLE DES MATIÈRES.....	383