



LETTRE N°42 : JUILLET 2009 - OCTOBRE 2009

## **Une privatisation rampante de la justice concernant les litiges rendus à propos d'internet est-elle à redouter (l'accord Paris-Forum) ?**

Par Monsieur le Professeur Jérôme Huet, directeur du CEJEM

**B**ien qu'avec la meilleure intention du monde, un protocole d'accord ait été conclu entre la Cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet pour la solution des litiges liés à internet par la médiation (V. sur ce protocole, V. La médiation : une autre voie de résolution des litiges, par J.-C. Magendie, Gaz. pal. 29-30 avril 2009 ; et, sur la tendance à favoriser la médiation, V. aussi le rapport de groupe de travail présidé par J.-C. Magendie, « Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie », 2008 ; et O. Cupelier, Une nouvelle avancée de la médiation ?, obs. sous Civ. 1ère 8 avril 2009, FP+B, SA MGC International), on ne peut s'empêcher de se poser des questions à son propos.

Y aurait-il là un phénomène de privatisation rampante du droit ? En tout cas il convient d'en dénoncer les dangers. Ceux-ci, à notre sens, sont au moins au nombre de trois.

Le premier danger vient certainement de la sélection des médiateurs. Le Forum, bien qu'il insiste avant tout sur la participation des pouvoirs publics à sa constitution, est principalement une association regroupant des personnes privées, qui défendent avant tout leur intérêt. Il y a fort à parier, dans ces conditions, que la sélection des médiateurs soit faite d'une manière ne garantissant, à la fois, ni leur compétence et ni leur indépendance. Il conviendrait, en tout cas, que le Forum publie et mette à jour régulièrement leur liste de manière à ce qu'on soit rassuré sur ce point.

Le deuxième danger tient à ce que la solution rendue à la suite d'une médiation l'est sans respect du contradictoire. La médiation, en effet, débouche sur une transaction c'est-à-dire sur un accord des parties. Or, tout est bon pour y arriver et la justification qu'on donne à cette liberté (absence de contrainte procédurale) tient précisément à la valeur des volontés échangées. Elles blanchissent tout. Autrement dit, le médiateur pourra expliquer en toute tranquillité, à l'une des parties, que l'autre

ne veut guère de concession, sans que cela soit vrai, de manière à emporter son adhésion. L'absence de respect du contradictoire fait que chaque partie peut ignorer ce que le médiateur dit à l'autre. Il en résulte un déséquilibre que le médiateur seul peut éviter en se fixant lui même des règles. Mais il n'est pas sûr qu'il le fasse.

Le troisième danger tient à la publicité des décisions rendues. A première vue, une médiation est une affaire privée et la solution rendue, à la suite de ce processus, demeure l'affaire des parties : elle est donc secrète. Il en résulte, immanquablement, un phénomène d'appauvrissement du droit pour le juriste. Ne pas connaître les transactions adoptées en matière d'internet produirait un appauvrissement très dommageable pour ceux qui s'intéressent au droit de l'internet. Ce danger s'aggrave du fait que les solutions, si elles demeurent secrètes, échappent au contrôle et à la surveillance des tiers (analystes, commentateurs, critiques...), qui n'en sont pas informés. Tout cela fait qu'il y aurait grand intérêt à ce que les décisions prises par les médiateurs du Forum soient rendues publics et soit soumises à la critique de tous.

Ces trois dangers, auxquels pourraient s'en ajouter d'autres d'ailleurs (ainsi, les voies de recours : très restreintes), font que la solution qui consiste pour la Cour de Paris à suggérer à son greffier d'orienter les parties vers le Forum ne peut se justifier que si elle est entourée des plus grandes précautions. Malheureusement, l'accord passé, qui aurait pu les mettre en place, ne contient rien à ce sujet. Tout cela laisse mal augurer de l'expérience lancée...

## La question du SMS mode de preuve

Par Lucien Castex

**L**e SMS, pour *Short message service* en anglais, francisé en service de message succinct, connaît depuis quelques années, après des débuts moins concluants entre 1995 et 2000, une forte expansion en tant que mode de communication. En 2007, 50 millions de SMS ont été échangés dans le monde [1].

Cette technique du court message de texte envoyé sur le réseau de téléphone GSM, propose une structure particulière de communication dite dématérialisée au sens où le support matériel de l'information transmise n'existe pas à proprement parler. Pour faire simple, il s'agit d'un signal électronique, composé de signes qui circulent sur un réseau.

Il est cependant à noter que derrière cette apparence de dématérialisation se cache un certain nombre de relais matériels, outils de la communication, comprise au sens global : écriture du

message, envoi et circuit de transmission, réception et lecture. Ainsi, les données expédiées se retrouvent tout d'abord sur le terminal expéditeur (le téléphone de l'auteur-envoyeur du message) via la partie « messages envoyés », de sa boîte au lettre SMS, partie réglée le plus souvent par défaut sur l'option de conservation d'un certain nombre des messages envoyés. Ces données se retrouvent ensuite sur le terminal receveur (le téléphone du ou des destinataires), dans la partie « messages reçus » de la boîte au lettre SMS d'arrivée.

Le message lui-même, accompagné du numéro de téléphone de l'expéditeur (chez le destinataire) ou du destinataire (chez l'expéditeur), voire du nom associé au numéro, ainsi que de la date d'envoi ou de réception, peut être en mémoire dans la mémoire du téléphone ou dans celle de la carte SIM.

Il ne faut pas par ailleurs oublier que le message est également temporairement stocké sur un ou des serveurs externes lors de la transmission.

De par sa structure et sa finalité, le SMS répond bien à la définition des communication électronique au sens du Code des postes et télécommunication, énoncée assez largement à l'article L32 comme étant « *les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ». Cette définition, ouverte dans sa rédaction (les « signes » et « signaux » ne sont pas définis par avance) permet donc d'accueillir les évolutions technologiques.

Partant, la communication électronique étant définie comme opposée à la « communication audiovisuelle » et à la « communication au public par voie électronique », le SMS, en tant qu'envoi d'informations d'une personne émettrice à une ou des personnes réceptrices déterminées et identifiables, rejoint le statut de correspondance, dont la protection est rappelée par l'article L32-3 du Code des Postes et télécommunication : « *Les opérateurs, ainsi que les membres de leur personnel, sont tenus de respecter le secret des correspondances* ».

Les correspondances sont par ailleurs spécifiquement protégées par le secret des correspondances des articles 226-15 et 432-9 du Code Pénal tout comme globalement protégées par l'article 9 du Code civil : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée* ». Ce principe de protection des correspondances trouve notamment son écho dans la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme, en son article 8 qui proclame que chacun a droit « au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance », mais également dans la Déclaration universelle des Droits de l'homme en son article 12, dans le Pacte international relatif aux Droits civils et politique dans son article 17 et même dans la convention des droits de l'enfant de 1990.

La jurisprudence, qui tend à désigner le SMS [2] par la catégorie plus large à laquelle il appartient,

celle des « courriers électroniques » [3] reprend en cela l'orientation adoptée par la législation européenne [4] et accueille bien le SMS comme une des formes de communication électronique relevant donc de la correspondance.

Le succès du SMS grandissant, il n'est alors pas étonnant que cette forme de communication fasse de plus en plus son apparition dans le cadre judiciaire. En effet, si le SMS tend d'abord à appartenir à la sphère confidentielle, il n'en contient pas moins (il en contient justement) un certain nombre d'informations que des parties au procès peuvent avoir tout intérêt à faire sortir de la confidentialité. La jurisprudence est alors amenée depuis quelques temps à s'interroger sur les possibilités et conditions d'utilisation d'un SMS dans le cadre de l'administration de la preuve, le SMS s'inscrivant alors dans une problématique déjà existante pour d'autres formes de correspondance, celle du secret des correspondances face au droit de la preuve.

Dans quelle mesure tout d'abord l'utilisation d'un SMS dans un procès peut-elle bien se faire en respectant la nécessité de loyauté d'obtention de la preuve édictée dans l'article 9 du Code de procédure civile étant dit que la captation ou la divulgation des informations contenues dans une correspondance entraînent le plus souvent une infraction, en même temps qu'il a été reconnu un droit à la preuve même par la correspondance mais uniquement si cette correspondance n'a pas été obtenue par un moyen illicite.

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 23 mai 2007, s'est appuyée sur une spécificité technique du SMS pour fonder sa décision de rejet de l'un des deux moyens invoqués en appel par l'employeur et ainsi reconnaître l'emploi du SMS comme moyen de preuve : « *Mais attendu que si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S.M.S dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ».

Dans cette affaire, la plaignante, ancienne employée d'une agence immobilière contestait son licenciement qui avait découlé, selon l'employeur d'une faute grave, celle de tenter de réaliser une opération immobilière à son seul profit. Pour Madame X, ce licenciement aurait en réalité été la conséquence de son refus de céder à un harcèlement sexuel subi dans le cadre professionnel. Elle produit alors devant la cour un constat d'huissier retranscrivant des SMS écrits par un collègue de travail, adressés à son attention et qu'elle avait reçus sur son téléphone.

Dans son arrêt du 5 avril 2006 de la Cour d'Appel d'Agen retenait l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement tout en rejetant l'existence d'une faute grave et dans le même temps

retenait l'existence du harcèlement sexuel en s'appuyant notamment sur la preuve fournie par le constat d'huissier retranscrivant les SMS. Suite à cette décision, l'employeur forma un pourvoi devant la Cour de cassation qui rendit son arrêt le 23 mai 2007. Cet arrêt répond aux deux moyens invoqués par l'employeur, dont l'un des deux portaient sur l'irrecevabilité de la preuve par SMS pour contester le harcèlement sexuel, arguant que l'enregistrement, la reconstitution de la conversation ainsi que la retranscription s'étaient faites à son insu.

La Cour de cassation a alors affirmé que la preuve n'avait pas été obtenue illégalement dans la mesure où l'enregistrement de l'information n'avait pas eu lieu à l'insu de l'auteur- expéditeur. En effet, la structure même de la transmission et de la réception, que nous avons précédemment décrites impliquent, en dehors des SMS dit de classe 0 [5], un enregistrement d'abord sur le serveur téléphonique puis sur le terminal récepteur. Nul besoin d'être technicien ni informaticien pour le savoir, la cour supposant avec justesse que tout utilisateur de SMS, partant ayant une pratique du SMS, connaît l'existence de cet enregistrement.

C'est donc sur cette nécessaire connaissance de l'enregistrement que la cour de cassation s'est basée pour rejeter le caractère illicite de la preuve - qui aurait entraîné son irrecevabilité - découlant des SMS de l'employeur.

Il semblerait que dans cette affaire impliquant la téléphonie, l'employeur ait fondé son action sur les mécanismes de la téléphonie traditionnelle, la téléphonie vocale, qui elle, n'est pas enregistrée par défaut, au lieu de se baser sur les mécanismes spécifiques de la correspondance rentrant dans la définition large du courrier électronique.

La Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 1982 avait en effet, il est vrai, pu rejeter une preuve résultant d'un enregistrement. En l'espèce, un époux avait préparé une série de questions à poser dans le cadre d'une conversation téléphonique avec un tiers, conversation alors enregistrées et dont les réponses devaient servir d'éléments probatoires dans une future instance de divorce. Réprimant l'espionnage de la vie privée, la Cour avait conclu à la déloyauté de l'acquisition de cette preuve. Mais, si l'on suit le raisonnement de la Cour de cassation dans son arrêt de 2007, l'enregistrement d'un SMS, automatique et par défaut, ne peut pas être considéré déloyal. Un questionnaire préparé, se faisant par l'intermédiaire d'une conversation SMS avec un tiers, en vue d'une instance de divorce à venir serait-il encore rejeté comme ayant été obtenu de façon déloyale ?

A noter également dans l'approche de la Cour de cassation, la mention du destinataire dans l'utilisation des messages téléphoniques : « il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés », présentant une approche restreinte

de cette utilisation. La plaignante étant la destinataire des messages, elle avait donc acquis une certaine propriété sur l'information ainsi reçue et pouvait donc faire légalement usage de ces données puisque tel était son intérêt dans le cadre du procès [6].

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 juin 2009 franchit une étape supplémentaire. En effet, dans l'arrêt du 23 mai 2007, le SMS utilisé était bien le résultat d'un échange entre le défendeur et le demandeur, faisant alors simplement intervenir la question assez traditionnelle du droit d'usage par le destinataire d'une correspondance dans un procès, procès avec pour partie adverse l'auteur de la correspondance. Le destinataire a, sans fraude, la correspondance en sa possession.

Or en l'espèce, il s'agissait de l'utilisation par le demandeur d'une correspondance au regard de laquelle il n'avait ni le statut d'auteur/expéditeur, ni le statut de destinataire mais bien de tiers.

Dans une affaire de divorce, Madame Y avait produit devant la cour des SMS reçus sur le téléphone portable professionnel de son mari afin de prouver l'adultère, messages dont la teneur avait été constatée et rapportée dans le procès-verbal d'un huissier de justice. La question se posait de savoir si ces informations avaient été obtenues de façon licite sachant que, comme le rappelle la cour de cassation, « en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens » et que « le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ».

Cet arrêt pose à la fois la question souvent débattue des limites de la vie privée entre époux ainsi que celle des moyens d'obtention et d'utilisation d'une correspondance en tant que preuve quand on est tiers à celle-ci.

Dans cette affaire, la Cour d'appel avait choisi de privilégier la perspective du droit au respect des correspondances et du droit au respect de la vie privée en invoquant le fait que ces messages « relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne ».

La Cour de cassation, en cassant et annulant cette décision, sur la base des articles 259 et 259-1, choisit la perspective du droit à la preuve, cela même au détriment de la confidentialité. Celle-ci pouvait pourtant apparaître sous deux aspects : la confidentialité professionnelle en raison de l'outil de réception, le téléphone professionnel du mari, une teneur des messages relevant de la sphère privée. Ainsi, n'ayant pas constaté « que les minimessages avaient été obtenues par violence ou par fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés [7] ».

La Cour de cassation s'est en effet fondée sur la liberté de la preuve en matière de divorce, énoncée à l'article 259 du Code civil, « Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu [...] », toutefois limitée par la réserve de l'article 259-1 : « Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude ».

Cette condition limitative n'a pas été relevée par la Cour d'appel. Mme Y aurait en effet acquis connaissance des messages et de leur contenu en retrouvant, le téléphone portable de son mari qui avait été préalablement perdu.

Le SMS rejoint donc, en tant que mode de preuve dans le cas d'une affaire de divorce en particulier, le statut de la correspondance traditionnelle par lettre missive, statut majoritairement admis par la jurisprudence dès avant la modification des articles 259 et 259-1 du Code civil par la loi du 26 mars 2004 relative au divorce. Par exemple, n'a pas été retenu comme déloyal le fait de se servir d'une lettre trouvée dans un vêtement, laissé au domicile conjugal par l'époux l'ayant quitté [8].

Question se pose alors de savoir ce qui constitue une obtention frauduleuse de la preuve par SMS. En effet, autant il peut se faire que les messages soient en affichage direct sur l'écran d'accueil d'un téléphone portable, autant il peut se faire que l'accès au message nécessite un certain nombre d'opérations sur l'appareil, la découverte des messages ne se faisant alors plus de façon fortuite.

Se trouve par ailleurs ainsi relancé le questionnement autour de la notion de vie privée entre époux, l'arrêt de la Cour de cassation laissant se dessiner une orientation déjà prise par la jurisprudence, celle de réduire, sur un plan civil, celle du peu d'existence de vie privée entre époux. Un arrêt de la 2ème Chambre civile de la Cour de cassation avait ainsi posé la licéité probatoire des lettres adressées par l'épouse à des tiers ainsi que son journal intime, preuves obtenues sans violence ni fraude et produites par l'époux, rejetant alors l'argument de l'atteinte à la vie privée soutenue par la Cour d'appel [9]. Cependant, un certain secret des correspondances semble avoir été maintenu par des limites posées dans l'utilisation des lettres missives dans l'administration de la preuve.

Par exemple, un époux en instance de divorce ne peut pas soustraire à son conjoint une lettre clairement destinée à ce dernier même s'il s'agit de produire, dans son intérêt, la lettre en justice [10]. Dans le cadre des SMS et par transposition, il ne serait donc pas plus possible de produire en justice des SMS si ceux-ci ont été obtenus par la soustraction du téléphone de l'époux, ce qui rappelons-le, n'était *a priori* pas le cas dans l'arrêt de juin 2009, le téléphone ayant été (re)trouvé.

Il semble alors que ce ne soit néanmoins pas sans fondement que la presse internet ait repris cette affaire de 2009 en concluant le plus souvent par « méfiez-vous des SMS ».

### **Notes :**

[1] Guinness World Records 2007 - Hachette

[2] Voir notamment l'arrêt du 20 mars 2007 de la Cour d'appel de Lyon évoquant « les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de minimessages » pour désigner des SMS.

[3] La catégorie « courrier électronique », assez nouvelle quant à l'approche large et quant à la typologie qui en découle, comprendrait aussi bien les SMS, les MMS et les e-mails ou courriels.

[4] Voir la Directive de 2002 sur la vie privée et les communications électroniques.

[5] Les SMS dits de classe 0 s'effacent après le premier affichage, cependant les services SMS déployés par les opérateurs de téléphonie n'ont pas adoptés une telle classe de SMS.

[6] Dans le cadre licite, la correspondance a été acceptée comme mode de preuve, passant outre la confidentialité, dans la mesure notamment où cette confidentialité pourrait jouer de façon négative, la personne compromise par une correspondance s'opposant à sa divulgation au procès non pas tant finalement pour des questions de vie privée qu'en raison d'une volonté de ne pas voir sa cause déservie.

[7] Article 259 et 259-1 du code civil

[8] Arrêt de la 2ème Chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre 1959


[9] Arrêt de la 2ème Chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre 1959

[10] Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 15.05.1990. En l'espèce un mari avait ouvert une lettre destinée à sa femme et l'avait ensuite conservée pour la produire dans le cadre d'une instance de divorce.

## **La notion d'investissement, nerf de la guerre en matière de base de données**

A propos de la décision Cass. civ. 1re, 5 mars 2009, Precom, Ouest France Multimédia c/ Direct Annonces

Par Bertrand Pautrot

 [Q]u'après avoir tout d'abord relevé que les investissements invoqués, s'ils étaient importants, concernaient également d'autres secteurs que celui de l'immobilier et d'autres entités, de sorte qu'ils ne pouvaient être affectés au seul secteur de la base de données, l'arrêt constate que celle-ci est constituée d'annonces formalisées par la société Precom lors de leur saisie aux fins de publication et selon les indications que les annonceurs ont été invités à fournir pour en permettre l'utilisation et leur classement, qu'aucune vérification du contenu des ces annonces, hormis illicéité manifeste ou incohérence, n'est et ne peut être effectuée, ladite société n'étant pas habilitée à le faire ; qu'au vu de ces constatations et appréciations faisant ressortir que les moyens consacrés par la société Precom pour l'établissement des annonces immobilières



*publiées dans les différentes éditions du journal Ouest France ne correspondaient pas à un investissement lié à la constitution de la base de données dans laquelle elles étaient intégrées mais à la création des éléments constitutifs du contenu de cette base et à des opérations de vérification, purement formelle, pendant cette phase de création, la cour d'appel a jugé à bon droit et sans encourir les griefs des première et sixième branches qui s'attaquent à des motifs surabondants, que cette base ne pouvait bénéficier de la protection instaurée par l'article L. 341-1 du code la propriété intellectuelle ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».*

Le droit *sui generis* du producteur de bases de données, particularisme européen, contient des subtilités parfois bien difficiles à cerner par rapport aux mécanismes du droit d'auteur beaucoup plus éprouvés. L'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 5 mars dernier dans une affaire *Precom, Ouest France Multimédia c/ Direct Annonces* ne fait pas exception à ce constat.

Dans cette affaire, la société Precom avait créé et maintenait le site internet de la société Ouest France Multimédia sur lequel une base de données d'annonces immobilières entre particuliers était publiée. Après avoir constaté que la société Direct annonces avait réalisé des extractions systématiques et répétées des annonces publiées pour la revue de presse qu'elle éditait au bénéfice de ses abonnés, la société Precom engagea une action à son encontre visant à interdire ces extractions sur le fondement de l'article L.341-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Bien que reconnaissant l'importance des investissements réalisés par la société Precom, la cour d'appel de Rennes refusa, néanmoins, dans une décision rendue le 26 juin 2007, d'admettre l'existence d'un droit sur ladite base. En premier lieu, les juges soulignèrent que les coûts affectés à la maintenance de la base se trouvaient noyés au milieu d'autres activités, étrangères au seul secteur de l'immobilier. Surtout, la création des éléments de la base (reposant essentiellement sur les informations communiquées par les annonceurs) et leur intégration se confondaient en une même opération si bien que ces deux tâches furent considérées comme indissociables. Enfin, la cour met en avant qu'aucune vérification du contenu des annonces ne fut mise en œuvre hormis le contrôle de la cohérence de leur saisie. Sur la base de ces éléments, la cour d'appel conclut que la société Direct Annonces n'engageaient donc pas sa responsabilité sur le fondement des articles L.342-1 à L.342-3 CPI, la société Precom étant dépourvue d'un droit *sui generis* sur la base.

Dans son pourvoi présenté à la Cour de cassation, la société Precom soutenait que la collecte, le classement et la présentation du très grand nombre d'annonces immobilières nécessitaient nécessairement des investissements substantiels, que les mobiles ou la finalité sous-tendant la création de la base devaient être écartés au profit de la seule constatation objective de

l'engagement d'investissements substantiels pour la constitution de la base de données et enfin que les opérations liées à l'intégration et au classement des données ne se confondaient pas de manière indissociable avec la création des annonces. La Cour de cassation resta insensible à cette argumentation. Elle rappelle en premier lieu la définition d'investissement adoptée par la CJCE dans les arrêts rendus le 9 novembre 2004 qui ne retient que les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement à l'exclusion des moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu de la base de données. Elle souligne en outre que la notion d'investissement lié à la vérification du contenu doit être comprise comme visant les moyens consacrés lors de la constitution et du fonctionnement de la base à l'exclusion de ceux investis durant la phase de création des éléments de la base. Dès lors, malgré l'investissement important, les juges du droit concluent que ces investissements n'étaient pas affectés au seul secteur de la base de données et qu'aucune vérification du contenu des annonces, au sens de la directive du 11 mars 1996, n'avait été réalisée. Enfin, ces investissements ne visaient pas la constitution de la base mais seulement la création des éléments du contenu. Dès lors, Precom ne pouvait prétendre à la protection reconnue aux producteurs de bases de données.

Cette décision de la Cour de cassation est l'occasion de revenir sur l'importance cardinale de la caractérisation de l'investissement ouvrant droit à la protection *sui generis* du producteur de bases de données. D'une manière générale, cet investissement doit être autonome et soigneusement affecté à la constitution de la base de données (I) et, de façon plus précise, les vérifications entrant dans le calcul de cet investissement doivent intervenir lors de la constitution et du fonctionnement de cette base (II).

### **I. - Un investissement autonome et affecté à la base de données**

L'article 7§1 de la directive n°96/9/CE du 11 mars 1996 relative aux bases de données reconnaît l'existence d'un droit *sui generis* au producteur de base de données lorsque « *l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* ». A cet égard, l'article L.341-1 CPI parle d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel pour la constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base de données.

Comme le rappelle très justement la Cour de cassation, la notion d'investissement a été précisée à l'occasion de trois arrêts rendus par la CJCE le 9 novembre 2004. Sur la base de ces trois arrêts, la Cour de cassation relève, en premier lieu, que « *La notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données [...] doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la*

*recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données* » [1]. Il est alors nécessaire de bien distinguer l'investissement qui est réalisé, d'une part, pour la recherche et le rassemblement d'élément dans la base et, d'autre part, pour la création des éléments constitutifs du contenu de la base de données. Seul le premier ouvre droit à la protection fondée sur le droit *sui generis* du producteur de bases de données. Cette analyse peut paraître parfaitement claire sur le plan théorique. En pratique, il peut être extrêmement difficile de distinguer entre ces deux types d'investissement lorsque la recherche et le rassemblement des données sont concomitants à la création de ces données [2].

C'était le cas en l'espèce comme le souligna la cour d'appel de Rennes : « *la base litigieuse est constituée d'annonces, qui sont formalisées par Precom lors de leur saisie aux fins de publication [...] pour permettre tant l'utilisation de l'annonce que son classement, de sorte que la création des éléments de la base, et leur intégration en son sein se confondent en une même opération et son indissociables* ». Ainsi, selon les juges du fond, la formalisation des annonces relevait à la fois de la création du contenu et du rassemblement et classement de ce contenu si bien que cet ensemble indissociable ne pouvait ouvrir droit à la protection *sui generis* à défaut de pouvoir individualiser l'effort réalisé en terme de rassemblement et de classement des données. En d'autres termes, **l'indivisibilité des opérations de création et d'intégration des données de la base et donc des investissements qui leurs sont respectivement affectés exclut toute protection**. Il paraît bien sévère de considérer comme nul un investissement nécessairement existant au seul motif que son évaluation est rendue difficile par les circonstances de faits. C'est d'ailleurs ce que reprochait le demandeur dans son pourvoi en soulignant qu'il s'évinçait nécessairement que les opérations liées à l'intégration et au classement des données avaient généré des investissements propres. Il serait peut-être envisageable de suspecter les juges du fond d'avoir délibérément pas pris la peine de quantifier les investissements pertinents en présumant un effort minime du demandeur pour les opérations de classement des annonces dans la base. C'est d'ailleurs ce que semble supposer la Cour de cassation en affirmant « *qu'au vu de ces constatations et appréciations faisant ressortir que les moyens consacrés par la société Precom [...] ne correspondaient pas à un investissement lié à la constitution de la base de données [...] mais à la création des éléments constitutifs du contenu* ». Ainsi, les différents investissements présentés dont l'affectation était indissociable donnèrent l'impression aux magistrats de ne concerner que la création des données et non la constitution de la base. Il est peut-être regrettable de ne pas disposer de chiffres précis pour s'assurer de la pertinence de cette position. Toujours est-il que le demandeur aurait manifestement du prendre la peine de mener cette évaluation dans ses conclusions [3] et ne pas escompter la bienveillance et la diligence des juges en la matière. D'ailleurs, les juges rennais appuyèrent cette position en

soulignant l'indolence du demandeur puisque « *tant la taille de l'entreprise que la longueur de la procédure auraient dû permettre à Precom de fournir ces éléments sans difficulté* ».

Au-delà de ces aspects purement factuels, cette position des juges d'appel et de cassation doit être confrontée au droit positif en la matière. D'évidence, les juges prirent parti de considérer que des investissements relevant à la fois de la création du contenu et de la constitution de la base excluaient l'attribution d'une protection sur le fondement du droit *sui generis* des producteurs de base de données. Il semble, néanmoins, qu'une lecture plus approfondie des arrêts d'appel et de cassation permette d'aller plus loin. La cour d'appel avait insisté sur le fait que « *La constitution de la base de données litigieuse n'est que la conséquence très accessoire [de l'activité de publication d'annonces], et n'est pas recherchée en tant que telle* ». En d'autres termes, les juges du fond auraient été plus à même d'octroyer une protection *sui generis* si la constitution de la base de données était l'activité principale de la société Precom. La Cour de cassation semble, de façon implicite, valider ce raisonnement.

Ce n'est pourtant pas la position que semblait adopter la jurisprudence antérieure. Dans une affaire *Tigest*, la cour d'appel de Paris avait pris le parti de considérer « *qu'il importe [...] peu que l'ensemble des informations ait été recueilli dans le cadre de l'activité d'organisateur de salons concomitante à l'édition des catalogues, lequel ne perd pas pour autant sa qualité de base de données* » [4]. En l'espèce, l'investissement n'avait pas eu pour visée essentielle de constituer une base de données et avait été réalisé dans le cadre d'une activité d'organisation et de promotion des salons organisés par la société [5]. Une telle clémence pu aussi s'observer dans une décision du 15 septembre 2004 rendu par la Cour d'appel de Paris dans une affaire *Le Point Vétérinaire* [6]. D'aucuns ont affirmé que cette dernière position est celle que la CJCE a adopté dans les arrêts du 9 novembre 2004 [7] Toutefois, une lecture plus approfondie de ces arrêts met en lumière un tempérament capitale à ce principe - qui joua un rôle en l'espèce. La CJCE a certes reconnu que dans l'hypothèse où la constitution de la base de donnée est l'accessoire à l'exercice principale d'une activité pour laquelle le producteur crée les éléments du contenu, la protection au titre du droit *sui generis* ne doit pas être exclue d'emblée. Mais les juges européens assujettissent cette clémence à la condition que le demandeur établisse « *que l'obtention desdits éléments, leur vérification ou leur présentation [...] ont donné lieu à un investissement substantiel [...] autonome par rapport aux moyens mis en œuvre pour la création de ces éléments* ». En d'autres termes, **un demandeur peut se prévaloir d'investissements réalisés dans une base de données dont la constitution est accessoire à son activité principale si et seulement si il peut démontrer l'existence d'un investissement substantiel et autonome pour cette constitution accessoire de la base de données**. Dès lors, en l'espèce, la carence du demandeur concernant

l'autonomisation des investissements relatifs à la base joue à nouveau un rôle déterminant.

A la lumière des arrêts européens, la position des juges d'appel et de cassation s'éclaircie de manière évidente. L'investissement consacré à la constitution accessoire de la base de données ne pouvait donner naissance à un droit *sui generis* car le demandeur n'était pas en mesure d'établir que cet investissement était substantiel et autonome.

## **II. Des vérifications effectuées au stade de la constitution et du fonctionnement de la base de données**

Outre la question de l'affectation de l'investissement, cette affaire « Precom » fut aussi l'occasion pour les juges de s'attarder sur la question beaucoup plus précise de la nature des vérifications effectuées par le producteur susceptibles de générer le droit du producteur sur la base. Cette question est loin d'être évidente. Le point de repère en la matière réside à nouveau dans les décisions rendues par la CJCE le 9 novembre 2004 où les juges européens ont dit pour droit que les vérifications pouvant donner lieu à la protection *sui generis* comportent « *les moyens consacrés, en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans ladite base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci [à l'exclusion des vérifications] au cours de la phase de création d'éléments par la suite rassemblés dans une base de données* ».

En l'espèce, la cour d'appel souligna que les vérifications opérée par la société Precom étaient quasi-inexistantes hormis celle relatives à la cohérence de la saisie et à une illicéité manifeste. Cet argument relevait de la substance plus que de la nature des vérifications apportées. La Cour de cassation reprend à son compte cette remarque mais relève, de façon pertinente au regard de la position communautaire, que ces « *opérations de vérification, purement formelles, [sont intervenues] durant [la] phase de création* » des données. En effet, dans les arrêts du 9 novembre 2004, la CJCE insiste, semble-t-il, sur l'exclusion des vérifications concomitantes à la phase de création des éléments du contenu. Il semble, dès lors, possible de considérer que l'exclusion des investissements visant la création du contenu déteigne sur toutes les opérations simultanées qui, en dehors de cette phase, pourraient générer le droit *sui generis* du producteur. C'est toute la subtilité de la position de la CJCE qui considère que le contrôle de l'exactitude des éléments recherchés (qui pourrait s'apparenter aux faits de l'espèce) est pertinent dès lors qu'il intervient dans la phase de constitution ou de fonctionnement de la base. Une fois encore, tout est une histoire de présentation des faits et de distinction entre contenu et contenant.

## Conclusion

Les deux difficultés techniques abordées dans cet arrêt doivent être inscrites dans une analyse plus large du droit sui generis des producteurs de bases de données. Dans la décision d'appel, les juges avaient notamment souligné que « *l'investissement réalisé par Precom pour se doter d'une structure de réception du public performante, répond exclusivement à des préoccupations d'efficacité de la diffusion des données, étrangères au but poursuivi par la directive, qui vise à stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement d'informations préexistantes* ». En d'autres termes, le régime de la protection des producteurs de bases de données ne doit pas être appliqué de manière mécanique mais respecter l'intention exprimée par les rédacteurs du 39e considérant de la directive : « *la présente directive a pour objectif de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consentie par celui qui a recherché et rassemblé le contenu* ».

### Notes :

[1] CJCE, 9 novembre 2004, The British Horseracing Board Ltd c/ William Hill Organization Ltd, Aff. C-203/02, pt(42).

[2] S. LEMARCHAND, S. RAMBAUD, Propr. intell., janvier 2005, n°14, p. 100.

[3] V. J. LARRIEU, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, Un investissement autonome, Propr. industr. 2009, n°5, comm. 36, p. 52.

[4] CA Paris, 4e ch., 12 septembre 2001, SARL Tigest c/ Sté Reed Expositions France et a., JCP G 2002, II, 10000, note F. POLLAUD-DULIAN.

[5] V. F. POLLAUD-DULIAN, La protection du producteur de bases de données, comm. de l'arrêt précité.

[6] CA Paris, 4e ch., 15 septembre 2004, Propr industr. 2005, comm. 42, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

[7] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 3e ed. 2006, p. 714.

## Des hébergeurs qui ne sont pas irresponsables.

Par Géraldine Criqui

**U**n arrêt d'appel du 6 mai 2009 [1], très motivé, et une décision du TGI de Paris du 10 Avril 2009 [2] viennent confirmer la jurisprudence antérieure et invitent donc à établir une synthèse relative à la responsabilité des plateformes du web 2.0. L'étude portera plus spécifiquement sur les plateforme de vidéos en ligne [3].

Ces dernières ont la particularité de se prêter facilement à des techniques de marquage de leur contenus audiovisuels et sonores. Leur surveillance est donc « *particulière* » [4], ce que le juge

confirme dans les décisions de ce printemps.

Les plateformes de vidéos en ligne exercent, entre autres, une activité d'hébergement (1). A ce titre, elles doivent satisfaire plusieurs obligations que le juge précise utilement : retirer un contenu illicite de manière définitive après une unique et précise notification (2) et identifier leurs utilisateurs (3).

## 1 De la qualification d'hébergeur

Le 13 juillet 2007 [5], abandonnant l'ancien critère de la commercialisation d'espaces publicitaires, les juges en première instance, dans l'affaire opposant les ayant-droits du film « Joyeux Noël » et la société Dailymotion, avaient conclu à la qualification d'hébergeur de la plateforme en définissant à contrario la notion d'éditeur, pourtant absente de la loi ; une définition de l'éditeur reprise et précisée par la suite [6].

L'arrêt d'appel du 6 mai 2009 confirme, le raisonnement des premiers juges sur ce point. Le critère de partage entre les activités d'éditeur et d'hébergeur réside « dans la capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne ». En l'espèce, ni la commercialisation d'espaces publicitaires, ni l'architecture du service et les opérations effectuées par Dailymotion (réencodage, formatage, cadres de présentation, outils de classification) ne commandent « *un quelconque choix* » quant au contenu que l'utilisateur entend mettre en ligne [7]. C'est donc à raison que la société Dailymotion revendique son statut d'intermédiaire technique.

Il faudra toutefois rappeler que les statuts d'hébergeur et d'éditeur ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Déjà en première instance, et cela fut également affirmé par la suite [8], les juges avaient souligné qu'un même prestataire pouvait exercer deux activités de nature différente. Une plateforme de vidéos en ligne est ainsi hébergeur des vidéos postées par ses utilisateurs mais éditrice des contenus pour lesquels elle a passé des accords avec les ayant-droits ; « *une méthode de qualification distributive des statuts* » [9] appliquée par les juges à d'autres services du web 2.0 [10].

En appel, les ayant-droits souhaitaient mettre à mal cette « logique binaire » [11] de la classification hébergeur/éditeur inscrite dans la LCEN, une prétention balayée par les juges en ces termes : « *il n'appartient pas au juge de porter une appréciation sur le pertinence des vœux formés par les intimés en faveur d'une révision de la LCEN, au regard de laquelle doit être examiné le litige* ».

Si l'arrêt d'appel confirme l'appréciation des premiers juges quant à la qualification de la plateforme de vidéos en ligne, elle infirme le jugement du TGI de Paris sur les conditions d'exercice de la

responsabilité d'un tel acteur de l'internet. Une décision logique qui s'inscrit dans la droite ligne des jurisprudences antérieures, intervenues dans le temps de l'appel.

## 2 Du retrait d'une œuvre illicite

En première instance, les juges avaient considéré que la plateforme de vidéos, était un hébergeur qui avait connaissance de faits et circonstances laissant à penser que des vidéos illicites étaient mises en ligne, ceci alors, qu'entendant l'argument des ayant-droits, le jugement soulignait que le succès du site supposait « *nécessairement* » une diffusion d'œuvres illicites seules connues du public.

Ainsi, la nature du service, pourtant qualifié d'hébergeur, induisait une connaissance a priori de faits de contrefaçon, un non-sens au regard de la loi, relevé en appel. En effet, le raisonnement des premiers juges « *revient à méconnaître l'économie de la LCEN en imposant à l'hébergeur, à raison de la nature même de sa fonction, une obligation générale de surveillance et de contrôle des informations stockées à laquelle le législateur a précisément voulu le soustraire* ».

Le modèle économique des plateformes de vidéos en ligne peut avoir un caractère vicieux, caractère qu'il faudrait encore démontrer [12], cela ne signifie pas pour autant, que ces plateformes puissent avoir a priori connaissance de tout fait précis de contrefaçon. Dès l'automne 2007, la même formation qui quelques mois plus tôt avait posé cette obligation générale de surveillance, en convient [13].

L'arrêt d'appel infirme donc, en toute logique, un raisonnement qui depuis le jugement de première instance n'avait pas été repris dans d'autres affaires [14]. Le doute quant à la nature de la responsabilité d'un hébergeur est de moins en moins permis alors que les décisions se multiplient pour en détailler les modalités.

Ainsi en est-il du jugement du TGI de Paris du 10 avril 2009 qui confirme l'orientation prise par la jurisprudence depuis l'automne 2007 quant aux modalités de mise en œuvre de la responsabilité a posteriori des hébergeurs : une seule et unique notification suffit. Les hébergeurs doivent veiller à ce qu'un contenu une première fois valablement notifié ne puisse plus réapparaître sur le site et ce définitivement.

Des techniques de marquage des œuvres permettant la détection de contenus signalés comme illicites, existent et les juges les intègrent à juste titre dans leur réflexion quant à la capacité de surveillance que peuvent avoir les hébergeurs de contenus vidéos. Ils mettent à la charge des



hébergeurs « *une obligation en quelque sorte particulière* » [15], désormais véritable obligation de résultat. L'apparition du contenu contrefaisant, qui a déjà fait l'objet d'une notification, engage la responsabilité de droit commun de l'intermédiaire technique. Un mécanisme de « take down, stay down » est ainsi instauré par la jurisprudence.

Le poids de la notification n'en est alors que plus important. Les prescriptions de l'article 6.1.5 de la LCEN doivent être respectées. En l'espèce, dans l'affaire portée en appel le 6 mai 2009, les informations énoncées dans la mise en demeure sont insuffisantes. Le juge indique que la fourniture des constats d'huissiers aurait permis une notification conforme aux exigences de la loi [16].

De plus, il faudra rappeler que si une unique notification suffit, tous les contenus doivent être notifiés. Ainsi Dailymotion qui a reçu une notification mentionnant la diffusion d'un film dans son intégralité sans faire mention d'autres contenus, n'a commis aucune faute en ne retirant pas promptement la bande-annonce du film qui n'avait pas été visée [17].

Alors que la qualification de la plateforme de vidéos en ligne semble désormais pérenne et que les contours de sa responsabilité se précisent, les ayant-droits entendent que ce service qualifié d'hébergeur respecte les obligations qui lui incombent, et notamment celle de « *permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont [ils] sont prestataires* » [18].

### **3 De l'identification de l'utilisateur**

Un nouveau contentieux apparaît alors. Les ayant-droits indiquent dans leurs demandes que sans souscrire à la qualification d'hébergeur dont se prévaut la plateforme de vidéos en ligne, ils ne la contestent plus [19]. Les prétentions se portent désormais sur la nature des données fournies par l'intermédiaire technique, devant permettre l'identification de l'utilisateur qui a mis en ligne le contenu.

Les ayant-droits souhaitent obtenir communication des noms et de l'adresse de l'utilisateur-éditeur grâce aux documents à disposition de l'hébergeur (fiche d'inscription et/ou contrat d'hébergement). Les intermédiaires techniques fournissent des données : date et heure de l'envoi de la vidéo, date et heure de la dernière modification, adresse IP ayant servi à l'envoi de la vidéo au service, pseudonyme, date et création du compte utilisateur, dernière date de modification du compte, adresse IP ayant servi à la création du compte.

Ces données, estiment les ayant-droits, sont insuffisantes car charge alors à eux, et charge

financière surtout, de remonter jusqu'à l'identité du contrefacteur.

Que dit la loi ? L'article 6.II de la LCEN prévoit que les hébergeurs conservent les données de nature à permettre l'identification de toute personne à l'origine d'un contenu ou de la modification d'un contenu. Le décret devant préciser la nature de celles-ci, n'a toutefois pas, à ce jour, été promulgué. Dès lors, la jurisprudence est fluctuante sur l'étendue de l'obligation à la charge de l'hébergeur.

Pour certains, en l'absence de décret, la communication d'une simple adresse IP suffit [20]. Pour d'autres, les prescriptions de l'article 6.II sont précisées par l'article 6.III de la LCEN qui définit lui clairement, les données d'identification de l'éditeur ; doivent être communiqués les nom, prénoms, adresse et numéro de téléphone du contributeur [21].

L'arrêt du 6 mai 2009 soutient qu'il n'est pas permis de procéder par « *analogie avec les éléments d'identification de l'éditeur expressément énumérés à l'article 6-III* ». Les données fournies par Dailymotion (adresses IP, pseudonyme, adresse email valide), dès lors qu'il n'est pas démontré qu'elles ne permettent pas, même indirectement, l'identification du créateur de contenu, satisfont les prescriptions de l'article 6.II.

Un raisonnement contestable [22]. Certes, les obligations des article 6.II alinéa 1 et 6.III ne sont pas les mêmes, établir une analogie n'aurait alors, en effet, aucun sens et surtout, aucune valeur légale.

Toutefois, l'article 6.II alinéa 2 indique que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs « *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* » [23]. L'éditeur non professionnel qui souhaite conserver l'anonymat, doit pouvoir communiquer à l'hébergeur ses éléments d'identification personnelle. L'hébergeur doit lui en fournir les moyens techniques.

Force est de constater, qu'en l'état, les plateformes de vidéos en ligne ne respectent pas cette obligation prévu à l'article 6.II alinéa 2. Leur formulaires d'inscription sont succincts. L'utilisateur ne peut techniquement renseigner ses nom, prénom, adresse et numéro de téléphone. Un manquement à la loi que le juge devrait souligner.

### **Notes :**

[1] CA Paris, 4ème ch. Sect.A, arrêt du 6 mai 2009, RG 07/14097, S.A Dailymotion c/ Monsieur C., Société NORD-QUEST PRODUCTION et S.A. UGC IMAGES.

Voir sur cet arrêt : D2009, n°21, « Contenus protégés : Dailymotion n'est pas un contrefacteur », Obs. ASTAIX Anthony, p.1410 ; RLDI 2009/49 n°1619, « La responsabilité de Dailymotion en sa qualité d'hébergeur non retenue en raison

d'une qualification imprécise », obs. COSTES Lionel, p.63 ; ROUILLE-MIRZA Ségolène « Dailymotion : un hébergeur web 2.0 sans obligation générale de surveillance », édité sur le site [juriscom.net](http://juriscom.net) le 13 mai 2009 ; « Dailymotion hébergeur mais pas reponsable du fait d'une notification imprécise », actualité éditée sur le site [legalis.net](http://legalis.net), le 12 mai 2009.

[2] TGI Paris, 3ème ch. 2ème sect., jugement du 10 avril 2009, RG 06/18473, SARL Zadig Production et al c/S.A. Dailymotion

Voir sur cet arrêt : RLDI 2009/49 n°1618, « Responsabilité civile de Dailymotion retenue en sa qualité d'hébergeur », obs. COSTES Lionel, p.61 ; LEGIPRESSE n°261, mai 2009, I, « Malgré sa qualité d'hébergeur, un site de partage de vidéo voit sa responsabilité engagée dans les termes du droit commun », p.69.

[3] Pour des synthèse portant plus généralement sur l'ensemble des plateformes du web 2.0, voir : D2009 n°29, Panorama « Droit du numérique, septembre 2007-juin 2009 », p.1998 à 2000 ; ROUX Olivier, « Synthèse de décisions récentes relatives à la qualification des plates-formes internet, la jurisprudence se précise », RLDI 2009/50 n°1641, p.28 ; POIRIER Nicolas, « Synthèse de la jurisprudence relative à la responsabilité des plateformes communautaires non commerciales », édité sur le site de [juriscom.net](http://juriscom.net) le 23 novembre 2008.

[4] CRIQUI Géraldine, « Une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière (jugement rendu par 8ème chambre du tribunal de commerce de Paris en date du 8 février 2009) », article disponible sur le site du CEJEM, [www.cejem.com](http://www.cejem.com)

[5] TGI Paris, 3ème ch. 2ème sect., jugement du 13 juillet 2007, RG 07/05198, Monsieur C. et NORD-OUEST PRODUCTION c/ DAILYMOTION S.A. et S.A UGC IMAGES.

[6] TGI Paris, 3ème ch. 2ème sect., 19 octobre 2007 RG 06/11874, SARL ZADIG Productions et al. c/ Société GOOGLE INC et al. ; T.Com, 8ème ch., 20 Février 2008, Flach film et al. c/ GOOGLE France et GOOGLE Inc ; TGI Paris, 3ème ch. 1ère sect., 15 avril 2008, Omar S., Fred.T et al. c/ S.A. DAILYMOTION ; TGI Paris, 3ème ch. 1ère sect., 15 avril 2008, J.-Y. Lafesse et al. c/ S.A DAILYMOTION ; TGI Paris 3ème ch. 2ème sect., 14 novembre 2008, J.-YLafesse et al. c/ Youtube et al.

[7] Voir dans le même sens, supra n°6.

[8] TGI Paris, 3ème ch. 2ème sect., 19 octobre 2007 RG 06/11874, SARL ZADIG Productions et al. c/ Société GOOGLE INC et al. : « la société Google Inc., prise en sa seule qualité d'hébergeur »

[9] ROUX Olivier, « Synthèse de décisions récentes relatives à la qualification des plates-formes internet, la jurisprudence se précise », RLDI 2009/50 n°1641, p.29

[10] TGI Paris, 3ème ch. 3ème sect., 24 juin 2009, J.-Y. Lafesse et al. c/ Google et al. ; TGI Paris, 13 mai 2009, L'Oréal c/ eBay.

[11] D2009, n°21, « Contenus protégés : Dailymotion n'est pas un contrefacteur », Obs. ASTAIX Anthony, p.1410

[12] « Le streaming légal représente une majorité des utilisations d'internet », MACREZ F. et J.GOSSA, « Surveillance et sécurisation : ce que l'Hadopi rate, à propos de la « petite loi » Création et Internet », RLDI 2009/50, n°1659, p.82.

Dans l'arrêt du 6 mai 2009, pour démontrer que le succès du service ne repose par sur les contenus illicites, le demandeur, Dailymotion souligne que, sur l'année 2007, 15000 contenus sont mis en ligne chaque jour et que les contenus en stock sont évalués à 2 millions. Au regard de ces chiffres, la plateforme permet bien à tout à chacun de proposer des films de sa propre création.

[13] TGI Paris, 3ème ch. 2ème sect., 19 octobre 2007 RG 06/11874, SARL ZADIG Productions et al. c/ Société GOOGLE INC et al

[14] Voir supra n°6

[15] T.Com. Paris, 8ème ch., 20 Février 2008, Flach film et al. c/ GOOGLE France et GOOGLE Inc ; sur ce jugement voir : CRIQUI Géraldine, « Une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière », article disponible sur le site du CEJEM, [www.cejem.com](http://www.cejem.com)

[16] Sur l'importance du procès-verbal de constat, voir TGI Paris, ord. de réf. du 19 novembre 2008, J.-Y ; Lafesse et al. c/ Dailymotion. Le retrait des contenus notifiés doit être établi par la production d'un procès-verbal de constat.

[17] T.Com. Paris, 16ème ch., 27 Avril 2009, Société Davis Films Productions et al. c/Dailymotion et al., RLDI 2009/50 n°1649, obs. Lionel COSTES, p.44.

[18] art. 6.II, LCEN, JO n°143 du 22 juin 2004, p.11168

[19] CA Paris, 1ère ch., sect.P, ord. du 7 janvier 2009, Raphaël Mezrahi et autres c/ YouTube Inc

[20] CA Paris, 1ère ch., section P, ordonnance du 7 janvier 2009, Raphaël Mezrahi et autres c/YouTube Inc. TGI Paris, ord.réf. du 7 janvier 2009, Jean-Yves L. dit Lafesse et autres c/YouTube, TGI Paris, ord.réf. du 5 mars 2009, Roland Magdane et al. c/YouTube.

[21] TGI Paris, ord.réf. du 8 juillet 2008, J-Y Lambert dit Lafesse c/Dailymotion. TGI Paris 3ème ch., 1ère sect., jugement du 14 novembre 2008, J-Y Lambert dit Lafesse c/YouTube. TGI Paris, ord.réf. du 19 novembre 2008, J-Y Lambert dit Lafesse c/Dailymotion.

[22] CRIQUI Géraldine, « La fourniture d'une simple adresse IP est-elle suffisante ? Ou quand l'obligation à la charge de l'hébergeur doit être précisée. », RLDI 2009/49 N°1623, p.74.

[23] Art. 6.II alinéa 2, LCEN, JO n°143 du 22 juin 2004, p.11168

## **iPhone : la fin d'un monopole**

Cons. Conc., 17 déc. 2008, n°08-MC-01 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones  
CA Paris, 1re ch. H, 4 février 2009, Apple et France Télécom

Par Laurence Cour

**L**'iPhone rentre dans la catégorie des smartphones, un des rares segments du marché de la téléphonie mobile encore en croissance. L'iPhone a démocratisé l'Internet mobile. Il reste un produit phare en raison de son succès commercial de par le monde et, par voie de conséquence, un produit essentiel pour les opérateurs. Dans cette affaire, Bouygues Telecom - rejoint en appel dans le cadre d'interventions volontaires accessoires par SFR et l'UFC-Que Choisir - dénonçait le système de distribution de ce téléphone et demandait que le Conseil de la concurrence prenne des mesures conservatoires. Les exclusivités dont bénéficiait Orange étaient en cause. Il revenait par conséquent au Conseil d'examiner si l'ensemble des clauses contenues dans les contrats conclus entre Apple et Orange portaient atteinte à la concurrence. Plusieurs restrictions verticales affectaient la revente de l'iPhone aux consommateurs finaux. Il appartenait au Conseil de la concurrence de vérifier si ces restrictions pouvaient être couvertes par le règlement d'exemption (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999. Pour rappel, l'exemption prévue par le règlement n°2790/1999 s'applique aux accords ou aux pratiques concertées « qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent

acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ». La présence de la seule clause interdisant des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective suffisait à faire perdre le bénéfice de l'exemption à l'ensemble de l'accord. Ces restrictions, sous réserve d'une instruction au fond, ne pouvaient donc être exemptées au titre du règlement 2790/1999 concernant l'application de l'article 81.3 TCE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Dès lors, il convenait d'évaluer l'impact des exclusivités accordées à Orange. Comme le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de le rappeler (Cons. Conc., déc. n°08-D-10 du 7 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage, pt 123 et s.), les exclusivités contractuelles ne sont pas condamnées de façon automatique (pt 216). Il appartenait à l'Autorité de la concurrence de faire une analyse détaillée de l'accord en vérifiant notamment : le champ, la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée et la durée du partenariat. D'une part, bien qu'Apple soit un nouvel entrant sur le marché des terminaux, cette marque bénéficie d'une certaine notoriété. En effet, comme l'a souligné le Conseil, la forte position d'Apple sur le marché des baladeurs numériques pourrait avoir un effet de levier sur sa position sur le marché des terminaux mobiles (pt 154). A cela, il convient de relever que la position d'Orange sur le marché des services de téléphonie mobile est loin d'être négligeable (43,8%). D'autre part, la durée de l'exclusivité entre Orange et Apple n'est pas sans poser quelques difficultés. L'exclusivité consentie à Orange d'une durée de cinq ans, avec la possibilité d'être ramenée par Apple à une durée plus courte de trois ans, à laquelle il faut ajouter l'attractivité du terminal, est de nature à attribuer à Orange un avantage concurrentiel majeur. Il est indéniable que l'exclusivité dont bénéficie Orange est susceptible de renforcer sa position sur le marché de la téléphonie mobile ou d'affaiblir directement la concurrence, d'autant que l'iPhone est associé à des forfaits relativement chers (pt 169) et que le marché français se caractérise par une faible intensité concurrentielle (pt 172). Orange se défendait en invoquant que l'exclusivité n'était pas totale dans la mesure où les clients peuvent acquérir un iPhone « nu », c'est-à-dire sans abonnement. Toutefois, il convient de rappeler que l'iPhone est systématiquement proposé avec un service de téléphonie Orange. Pour l'utiliser sur un autre réseau, les consommateurs sont contraints d'en demander le déverrouillage moyennant la somme de 100€. Le fait d'obliger les consommateurs à faire désimlocker ce terminal est une protection supplémentaire que s'offre Orange afin d'éviter que son exclusivité en tant qu'opérateur de réseau soit contournée par la vente de terminaux « nus ». Enfin, l'atteinte à la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile n'était pas justifiée par des gains d'efficacité au bénéfice des consommateurs. L'exclusivité se justifiait pour le groupe Apple et l'opérateur concerné notamment par le risque pris dans le lancement de ce nouveau produit, les investissements réalisés, et la subvention accordée aux consommateurs dans le cadre de l'achat d'un iPhone. Ces arguments n'ont pas été retenus par

le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel, qui ont vu, au contraire, une atteinte grave et immédiate au secteur de la téléphonie mobile, et plus particulièrement sur le segment de l'Internet mobile, qui est encore émergent. Le Conseil de la concurrence, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, a été amené à suspendre les accords passés entre le groupe Apple et l'opérateur Orange, par le prononcé de mesures conservatoires dans l'attente d'une décision au fond. L'objectif poursuivi semble être celui d'un rééquilibrage des offres des opérateurs de téléphonie mobile au profit des consommateurs afin d'éviter un cloisonnement vertical du marché basé sur les modèles de téléphones offerts. En effet, il est probable que le développement d'exclusivités entre constructeur de téléphones et opérateur de téléphonie mobile ait pour effet l'exclusion de l'opérateur le plus faible et amenuise la concurrence sur un marché dont l'intensité concurrentielle reste faible(pt 172).



**Directeur de la publication :** Jérôme Huet

**Comité de rédaction :**

- Jérôme Huet
- Sandrine Albrieux,
- Marlene Trezeguet,
- Johann Fleutiaux,
- Lucien Castex,
- Ludovic Bottallo,
- Vanessa Younès,
- Jeremy Antippas,
- Paul-Henri Harang,
- Aurélien Bamdé,
- Bertrand Pautrot,
- Kevin Kheyari,
- Géraldine Criqui,
- Thierry Tonnellier,
- Laurence Cour.

**Conception, mise en page :** Lucien Castex

**Contact :** [contact@cejem.com](mailto:contact@cejem.com)