

UNIVERSITE DE DROIT DE NANTES  
Mémoire – D.E.A. Droit de la Propriété Intellectuelle  
2002 / 2003

**LE SITE WEB : UNE UNIVERSALITE**

MOUCHE Benjamin  
Sous la direction de M. PANHALEUX

# SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
<b>PARTIE 1 : QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'UNIVERSALITE .....</b>	<b>12</b>
CHAPITRE 1 : LE SITE WEB, UNE ŒUVRE ORIGINALE ET COMPLEXE.....	13
Section 1 : Le site web, un contenant original .....	14
Section 2 : Le site web, un contenu complexe .....	20
CHAPITRE 2 : LE SITE, UN FONDS ELECTRONIQUE .....	25
Section 1 : Composition du site web .....	26
Section 2 : Caractéristiques de l'achalandage.....	36
<b>PARTIE 2 : REGIME JURIDIQUE DE L'UNIVERSALITE.....</b>	<b>42</b>
CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE REALISATION D'UNE OPERATION SUR LES DROITS D'UN SITE WEB .....	44
Section 1 : Les conditions de fonds.....	44
Section 2 : Les Conditions de forme.....	53
CHAPITRE 2 : LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES A UNE OPERATION SUR LES DROITS D'UN SITE WEB .....	60
Section 1 : Les droits et obligations des parties à un contrat de nantissement de funds électronique .....	60
Section 2 : Les droits et obligations des parties à un contrat de cession de fonds électronique.....	65
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>72</b>
<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>75</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUCTION

L'outil Internet, dont la fonction première consistait à véhiculer des informations entre militaires, universitaires américains, s'est ouvert sur le monde et son contenu s'est considérablement diversifié, devenant un espace de liberté planétaire et le moyen de communication de notre siècle. Parmi les utilisateurs, il est possible d'en distinguer deux types : l'internaute passif qui ne fait qu'échanger ou consulter des informations par le biais d'un ordinateur connecté ; l'internaute actif qui, s'il utilise les données disponibles sur le réseau, place lui-même des informations, notamment par le biais d'un site web.

L'internaute actif crée un site web à des fins de communication d'informations de toute nature (culturelle, informative, publicitaire, idéologique, légale, administrative, ludique, commerciale...) ou aux fins de commercer sur la toile. Ces sites qui mettent gratuitement à disposition des informations dans un domaine particulier attirent des internautes passifs recherchant les informations en question. Nous parlerons de « site informationnel » lorsqu'il n'y a pas d'actes de commerce entre l'internaute actif et passif. Ainsi, l'« ensemble de pages reliées entre elles et présentant (...) l'entreprise et/ou les produits (ou services) de celle-ci »<sup>1</sup> est un site informationnel divulguant un message commercial sur la toile, mais ne permettant pas le commerce électronique. Le site informationnel est donc celui qui délivre une prestation (cela peut être une information commerciale) gratuite pour l'internaute. En revanche, nous parlerons de « site marchand » pour désigner les pages web permettant véritablement de commercer en ligne, c'est-à-dire de commander et d'être livré par le réseau (opération entièrement dématérialisée) ou de conclure le contrat de vente en ligne, à charge pour l'exploitant d'acheminer les produits proposés chez le client par la voie des canaux de distribution traditionnels.

Informationnel ou marchand, le site web, outre son caractère original, a vocation à attirer les internautes ; l'exploitant du site essaye de le faire connaître, d'en accroître la fréquentation. Force est de constater que le nombre d'internaute ne cesse d'augmenter : 10 millions d'individus en France glanent des informations sur la toile ; certains sites non marchands ont pris une telle ampleur qu'ils sont consultés régulièrement par des dizaines de milliers d'internautes pour aller chercher des informations gratuites remises à jour quotidiennement (voire même toutes les heures) ou pour acheter des biens, user gratuitement de services en ligne. En effet, si le commerce en ligne n'était que virtuel à la fin du XX<sup>e</sup> s, il a généré pour la seule année 2002 un chiffre d'affaire de 2 milliards d'euros, représentant 10 à 15 % du chiffre d'affaire de la vente à distance en France, soit

---

<sup>1</sup> VIVANT M., Les contrats du commerce électronique, Litec 1999, n°39.

une progression des achats en ligne (10 millions pour 5,3 millions d'acheteurs) de 47 % par rapport à 2001<sup>2</sup>.

Les exploitants de site, et tout particulièrement de sites marchands, conscients de la valeur de cet élément de leur patrimoine, cherchent à en faire un bien dans le commerce juridique (l'exploitation d'un site ne se limite plus à sa mise en ligne, elle passe également par sa cession) ainsi qu'un instrument de crédit (l'exploitant, contractant des emprunts pour financer son activité, n'hésite pas à proposer son site en nantissement<sup>3</sup>). Voilà pour la réalité utilitaire du site, mais qu'en est-il de sa réalité technique ?

Il est aisé de se représenter ce qu'est un site, ne serait-ce que parce que l'on est un familier de la toile. Il apparaît en revanche bien plus difficile d'en cerner la notion et a fortiori d'en donner une définition précise. C'est assurément parce que la chose n'a rien d'aisée que le législateur s'est longtemps abstenu<sup>4</sup>. Mais depuis peu, un avis publié au JO<sup>5</sup> par la Commission générale de terminologie et néologie définit le site internet comme un « ensemble de documents et d'applications placés sous une même autorité et accessible par la toile à partir d'une même adresse universelle ». Cette définition, aussi officielle soit-elle, nous paraît générale et éloignée du langage propre à la sphère de l'internet. Quelques précisions terminologiques et techniques s'imposent donc :

D'un point de vue terminologique d'abord, il nous faut faire deux distinctions. Le site internet doit être différencié du site web. Comme la vaste majorité des internautes se sert d'un navigateur Web pour utiliser Internet, beaucoup confondent les deux réalités que sont Internet et le Web et parlent parfois de site Internet dans le sens de site Web. Il y a lieu de savoir pourtant que le Web n'est que la partie la plus visible et la plus développée d'Internet, et qu'il n'est pas le seul constituant de ce réseau. Parmi les sites Internet, il y a donc les sites Web stricto sensu ([http](http://)<sup>6</sup>), ainsi que les sites FTP<sup>7</sup>, les sites Telnet<sup>8</sup>, etc.

Le site web se distingue également du site intranet : un intranet est un réseau informatique privé qui utilise les protocoles de communication et les technologies du réseau Internet. Par analogie avec l'expression de site Internet, on utilise parfois la

---

<sup>2</sup> Source : Association pour le Commerce et les Services En Ligne : [www.acsel.asso.fr](http://www.acsel.asso.fr), au 01/06/2003.

<sup>3</sup> Le site est "susceptible d'une évaluation comptable et d'un transfert de propriété ou d'un nantissement " selon GAUTIER P-Y., Propriété littéraire et artistique, PUF, 2001, 4<sup>e</sup> éd, n° 118.

<sup>4</sup> Le document intitulé « vocabulaire de l'informatique et de l'internet » publié au JO du 16 mars 1999 ne donne pas de définition du site mais seulement son équivalent étranger : « website » ou « web site », quant au document intitulé « vocabulaire de l'internet » publié au JO du 1 septembre 2000, il reste muet sur la question.

<sup>5</sup> Publié au JO n° 286 du 8 déc. 2002 p 20331.

<sup>6</sup> HyperText Transfert Protocole : Protocole utilisé pour transférer des documents hypertextes ou hypermédias entre un serveur Web et un client Web.

<sup>7</sup> File Transfert Protocole : Protocole de transfert de fichiers qui permet de télécharger une copie de données choisies par l'internaute, d'un ordinateur à un autre, selon le modèle client-serveur.

<sup>8</sup> Telnet : Protocole d'émulation de terminal qui permet à l'internaute d'entrer en communication avec un hôte Internet à partir de son propre ordinateur pour utiliser des programmes ou consulter des données qui y sont stockées.

notion de « site intranet » pour désigner un site privé accessible uniquement en interne par le personnel d'un organisme ou d'une entreprise, un site accessible sur un intranet.

D'un point de vue technique ensuite, nos précisions sont au nombre de trois. La première porte sur le contenu visuel du site web. Un site se présente comme des pages qui s'affichent sur les écrans des internautes, une série d'écrans. Ces pages regroupent des informations de tout type sous format numérique. Elles sont reliées entre elles aux moyens de liens hypertextes permettant à l'internaute de naviguer de façon non linéaire de page en page, d'information en information. La deuxième porte sur la localisation du site web : celle-ci est double en ce sens que le site est virtuellement localisé sur le web par une adresse virtuelle (adresse IP) et en même temps géographiquement localisé par des installations physiques (disques durs d'ordinateurs) reliées à la toile par le protocole TCP-IP<sup>9</sup>. La troisième porte sur la possibilité d'accès multiples et simultanés autorisée par la technique de l'internet. Le public ne peut consulter ces pages qu'autant qu'elles sont en ligne c'est-à-dire accessibles.

Ces précisions effectuées, nous adoptons la définition suivante du site web qui nous semble traduire de façon plus complète une réalité encore bien floue dans l'esprit de beaucoup : *le site web est un complexe de pages composées d'éléments textuel, graphique ou sonore, reliées entre elles par des liens hypertextes, représenté par une adresse d'accueil (baptisée adresse URL<sup>10</sup>) et hébergé sur le disque dur d'un serveur permettant des accès multiples et simultanés.*

Le web a créé un espace virtuel aux cotés de notre réalité dans lequel se sont développées toutes nos « activités terrestres ». Le Droit se doit de l'appréhender dans toutes ses branches. Il y travaille. Le site web, objet résultant d'une activité de l'intellect, a, pour sa part, tout naturellement donné prise aux deux branches du Droit de la propriété intellectuelle.

La Propriété littéraire et artistique d'abord. Nous avons considéré que le site web était constitué de deux éléments principaux : « le contenant » que constitue le complexe de pages web (les pages elle-même, la structure du site et les liens hypertextes les reliant) et « le contenu » de celles-ci (les éléments insérés dans les pages). Si aucun de ces éléments ne semble expressément visé par les textes, l'adverbe « notamment », employé à l'article L. 112-2 du code de la Propriété Intellectuelle pour introduire la liste des œuvres de l'esprit, permet de considérer qu'aucun bien n'est exclu

---

<sup>9</sup> Transmission Control Protocol/Internet Protocol : Ensemble des protocoles de communication utilisés dans Internet, permettant de gérer la circulation des données dans le réseau tout en assurant le bon échange des données entre un point et un autre du réseau.

<sup>10</sup> Universal Resource Locator : (synonyme W3 adress, pour les « www »). Ensemble de données permettant d'avoir accès à l'information d'Internet quand on utilise un navigateur Web et qui contient une méthode d'accès au document recherché, le nom du serveur et le chemin d'accès au document.

par principe de la qualification d'œuvre de l'esprit dès lors qu'il est une création intellectuelle se concrétisant par une forme perceptible aux sens<sup>11</sup>.

Le processus de création d'un site consiste en une activité inventive orientée vers un résultat à atteindre se constituant, schématiquement, de deux phases : la rédaction du cahier des charges (charte graphique, arborescence ...), puis la réalisation de la structure et des pages respectant les impératifs de la navigation sur le web et du contenu éditorial. Le site, comme toute chose, a une forme peu importante que sa finalité ne soit pas la communication au public, peu importante qu'elle soit complexe. C'est donc une œuvre de l'esprit dont la protection par le droit de la propriété littéraire et artistique est subordonnée à la seule condition de l'originalité.

La conception très large<sup>12</sup> de cette pierre angulaire du droit d'auteur a permis à la jurisprudence<sup>13</sup> de considérer que « les sites web, caractérisés par leur charte graphique et leur contenu éditorial, constituent des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur ». Bien que la rédaction de cette décision semble poser une présomption d'originalité à l'égard des sites web, la preuve de l'originalité d'une œuvre, et donc d'un site web, doit toujours être recherchée<sup>14</sup>.

Les juges, bien qu'appréhendant le site web comme une entité unique, n'ont pas apprécié son originalité au regard de cette globalité, mais au regard du seul « contenant » car le site est très souvent<sup>15</sup> une œuvre composite. Œuvre seconde, le site incorpore des œuvres préexistantes ou même seulement des éléments d'œuvres premières donnant prises au droit d'auteur. L'originalité d'une telle œuvre ne s'apprécie que par rapport aux éléments nouveaux (« contenant ») de celle-ci et non eu égard aux œuvres préexistantes (« contenu »). Il apparaît, en vérité, qu'il sera bien difficile de faire le pas entre le contenu du site et son contenant (la structure du site) autrement qu'en ralliant le raisonnement adopté par le législateur en matière de base de données. Reste à observer que si on limite le « contenant » à un simple espace attribué par un hébergeur sur ses disques durs, il n'est pas sûr qu'il remplisse à lui seul la condition d'originalité, mais la définition largement entendue du site web permet de surmonter cette observation.

La propriété industrielle ensuite. Certes le site est une œuvre multimédia, mais elle présente la particularité d'être *on line* à la différence des cédéroms par exemple. Cela signifie que le site web a vocation à être communiqué au public via le Réseau ; dès lors,

---

<sup>11</sup> Contra : GAUTIER P.-Y., JCN PLA fasc. 1165, n°10. Il se demande même « si ce critère ne devrait pas s'assouplir, voir s'effacer dans les années qui viennent »

<sup>12</sup> CA Paris, 18 déc. 1924, DH 1925, p.30. L'« effort intellectuel », que nécessitent le choix et le classement des informations, fourni par l'auteur d'une création immatérielle est désormais suffisant pour la qualifier d'originale.

<sup>13</sup> T.Com. Paris 9 Fév. 1998 Cybion c/ Qualisteam, [www.legalis.net](http://www.legalis.net), au 01/06/2003

<sup>14</sup> Voir en ce sens LUCAS A. à propos des œuvres multimédia : Droit d'auteur et multimédia, mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 325 : « il faudra donc vérifier au cas par cas que la condition d'originalité est satisfaite, sans pouvoir affirmer à l'avance qu'elle le sera toujours ».

<sup>15</sup> Voir en ce sens GAUTIER P.-Y. : JCN PLA fasc. 1165, n. 20 « les nouvelles techniques de communication, "multimédia" *off line*, transmission en réseau "*on line*", bases de données, *sampling*, etc., sont génératrices presque à l'infini de cette catégorie d'œuvres ».

il est nécessaire pour les utilisateurs de pouvoir le distinguer des autres pages web présentes sur le réseau. C'est précisément la fonction de « l'adresse d'accueil », élément de la définition du site. Appelée nom de domaine (nous y reviendrons), elle est en effet un signe distinctif en ce sens qu'elle permet d'identifier le site dans le monde virtuel et, de plus en plus, dans le monde réel. Elle donne prise à un droit de la propriété industrielle, voir aux droits d'auteur lorsque la condition d'originalité est remplie. L'existence de certains de ces sites peut reposer sur l'exploitation d'un bien industriel tel qu'une marque ou un brevet donnant prise à des droits de la propriété industrielle.

Les droits de la propriété intellectuelle composant le site peuvent être envisagés isolément suivant un régime propre et faire chacun, à ce titre, l'objet d'opérations juridiques. Lorsque ces droits sont réunis sur le web à une même adresse, ils suivent une destination commune : augmenter la capacité véritable du site, attirer les internautes dans l'espace virtuel. A ce titre, le site doit être considéré comme « un "bien" qui présente une unité économique certaine »<sup>16</sup> et les éléments qui le composent doivent être soumis à un régime unique. Ce régime a vocation à s'appliquer à tous les rapports juridiques dont le site, et donc ses éléments, fera l'objet. C'est pourquoi nous considérons que le site constitue une véritable universalité de fait<sup>17</sup>. L'intérêt d'une telle qualification réside dans les « conséquences juridiques » qu'elle induit :

« D'une part, certains liens existent nécessairement entre ces droits du fait de leur appartenance à un même ensemble »<sup>18</sup> : tous les éléments d'un site ont une finalité unique et identique : accroître la fréquentation du site, c'est-à-dire sa capacité à attirer les internautes, condition de sa pérennité. C'est la poursuite de cette finalité commune qui donne à l'ensemble sa valeur réelle, valeur supérieure à la somme des valeurs des composantes du site. La réalisation d'opérations sur cette unité économique présentera, pour l'exploitant, un intérêt plus grand que la réalisation d'opérations identiques sur les éléments du site pris isolément, à condition que celles-ci suivent un régime unique.

« D'autre part, le groupement de droits est soumis à des règles distinctes de celles qui régissent les droits isolément envisagés »<sup>19</sup> : le site web se caractérise par la diversité de ses composantes et des régimes applicables à chacune d'entre elles. Ces éléments varient d'un site à l'autre et sont sujets à de constantes modifications du fait de la réactivité propre à l'internet. Appréhender le site comme un ensemble doit permettre la réalisation d'opérations sur le site suivant un régime unique (et, par la même, ses

---

<sup>16</sup> VIVANT M., Le site marchand : carrefour de droits, Le droit de l'entreprise et de l'internet, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2002, p 35.

<sup>17</sup> Par opposition à la notion d'universalité de droit : « ensemble de biens et de dettes formant un tout dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés ». Vocabulaire juridique, sous la direction de CORNU. G, PUF, 1998, 7<sup>e</sup> éd.

<sup>18</sup> TERRE F., SIMLER P., Les biens, Dalloz 1998, 5<sup>e</sup> éd, n° 5, p. 5.

<sup>19</sup> TERRE F., SIMLER P., Les biens, Dalloz 1998, 5<sup>e</sup> éd, n° 5, p. 5.

composantes) indépendamment de la nature et du régime juridique de ses éléments et de leurs évolutions.

Ainsi, le site, universalité de droits de la propriété intellectuelle, doit être soumis dans sa globalité à un corps unique de règles permettant de surmonter les difficultés rencontrées lors d'opérations effectuées sur de tels droits. Difficultés communes liées au caractère incorporel des objets de droits que les textes ne parviennent pas toujours à surmonter du fait de la complexité des systèmes mis en place : les cessions (notamment en propriété littéraire et artistique) sont soumises à un formalisme très rigoureux, qui s'accommode très mal du multimédia décourageant les personnes désireuses d'investir dans ce domaine, alors qu'il devrait amener une certaine sécurité juridique. Difficultés liées aux spécificités des régimes (il n'existe pas de règle pour le nantissement des droits d'auteur par exemple).

La recherche de ce régime juridique commun à l'ensemble se fera au regard de la double nature des sites.

Le caractère original des éléments du site et du site lui-même nous incite à rechercher dans un premier temps dans le corps de règles du droit de la propriété littéraire et artistique. Mais, il nous faudra veiller à ne pas céder aux sirènes du manichéisme nous commandant de classer le site dans une catégorie légale de la propriété intellectuelle aux risques de déformer ladite catégorie et de s'exposer à une requalification par les tribunaux. Décision qui se traduirait en pratique pour l'exploitant d'un site par la nullité de certaines des opérations par lui effectuées, voire même par la remise en cause de ses droits sur l'œuvre de son droit de propriété sur l'ensemble et donc de son droit d'en disposer. En ce cas, il ne faudra pas hésiter à conclure à l'impossibilité de retenir un régime unique et unitaire à tous les sites web, faire une application distributive des règles de droit pour chaque élément du site et rechercher un régime unique dans une autre branche du droit.

La capacité à attirer et retenir une clientèle d'internautes, dans un deuxième temps. La vocation de cette universalité n'est pas sans rappeler l'esprit du fonds de commerce, institution sans définition, ni nature définie. La théorie du fonds de commerce permet la réalisation d'opérations, sur un ensemble de biens, selon un régime juridique unique. Le mode et les conditions de réalisation des actes de commerce ne conditionnent pas la qualification d'une exploitation en fonds de commerce ; seule l'exploitation d'une activité commerciale confère au commerçant la qualité de propriétaire d'un tel fonds. Peu importe que son activité soit exercée sur le réseau. Le site marchand qui s'apparente au lieu virtuel où l'offre et la demande se manifestent et se rencontrent peut être assimilé à un tel fonds (le commerce électronique n'a d'autres spécificités que d'être une nouvelle forme de vente à distance). La difficulté sera de démontrer qu'un ensemble de droits de la propriété intellectuelle peut, à lui seul, constituer un fonds de commerce et être

appréhendé exclusivement au regard du régime que cette qualification commande. Difficulté insurmontable lorsque l'on sait, de jurisprudence constante, qu'il n'est de fonds de commerce sans clientèle propre. En effet, si le site marchand constitue incontestablement un ensemble de biens poursuivant l'exploitation d'une activité commerciale, cela ne saurait pour autant signifier qu'il détient une clientèle propre au sens du droit commercial. Quant aux sites prestant des services à titre gratuit, il n'y a pas d'acte de commerce entre internautes et l'exploitant. Dès lors, on ne peut y voir une clientèle commerciale et, par conséquent, reconnaître l'existence d'un fonds de commerce.

En réalité, tout est affaire de notions, et celles de clientèle, d'achalandage et même de fonds de commerce font aujourd'hui l'objet des plus vives controverses. Artisans et professions libérales se sont vus, aux cotés des commerçants, reconnaître un fonds<sup>20</sup>. Rien ne saurait donc nous interdire de considérer le site web comme un fonds électronique aux cotés des fonds, libéral, artisanal, et de commerce existants. Fonds dont l'élément essentiel résiderait dans l'achalandage et dont le résultat serait la clientèle. C'est là la chance pour le fonds de commerce de démontrer que, tout centenaire qu'il est, il reste au centre du commerce et tout particulièrement du commerce du XXI<sup>e</sup> siècle. En effet, le fonds de commerce institué par la loi du 17 mars 1909 avait pour objectif de permettre la valorisation de l'exploitation commerciale considérée dans sa globalité et la réalisation d'opérations suivant un ensemble unique de dispositions légales. L'exploitation commerciale devait en effet pouvoir être cédée à son juste prix et constituer une assiette commodément utilisable pour une sûreté. Cette loi a donné un cadre légal aux opérations de cession et de nantissement portant sur les biens affectés à une exploitation : ils bénéficient d'un statut légal dérogatoire permettant de les valoriser.

Une telle qualification présente d'autant plus d'intérêts que réalisation et fonctionnement quotidien des sites web nécessitent des investissements conséquents tels que la somme des valeurs des composants du site est bien inférieure à la valeur du site considéré dans sa globalité. Si les éléments du site de natures différentes peuvent suivant les régimes qui leur sont propres, faire individuellement l'objet d'opérations juridiques, il n'existe aucun cadre légal pour des opérations portant sur l'universalité qu'est le site. La demande d'un régime de la part de l'exploitant d'un site web permettant de valoriser son exploitation afin d'en faire l'objet d'opérations juridiques n'est pas sans rappeler les réclamations des commerçants au début du XX<sup>e</sup> siècle.

Si la nature du site web demeure floue pour l'essentiel, deux éléments nous apparaissent certains. Il nous faudra les garder à l'esprit lorsque nous envisagerons dans une deuxième partie l'élaboration de son régime. Il est d'abord un ensemble de droits de

---

<sup>20</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 7 nov. 2000, JCP éd. E, n° 10, Mars 2001, jur., p.419.

propriété intellectuelle, il ne faudra en aucun cas faire l'économie des règles spéciales et protectrices des auteurs en la matière ; ensuite, même sans véritable clientèle propre l'esprit du fonds électronique et du fonds de commerce sont identiques, la loi du 17 mars 1909 servira donc de base à notre raisonnement. L'universalité constituée par le site sera l'objet d'opérations économiques par son exploitant. C'est le régime de celles-ci qu'il nous faudra élaborer.

La capacité attractive et donc la valeur d'un site web sont conditionnées par le recours permanent aux dernières technologies, aux objets de droits de la propriété intellectuelle les plus attractifs donc les plus coûteux : le site web est une création de dépendance à l'égard des investisseurs. Le site web constituant bien souvent la seule valeur dans le patrimoine de l'exploitant<sup>21</sup>, la première des opérations économique dont il fera l'objet consistera à le mettre en gage pour obtenir du crédit. La sûreté ne sera pas assise sur la valeur d'un des droits de la propriété intellectuelle de l'universalité, mais sur la valeur de l'ensemble de ces droits. Si le droit des sûretés n'ignore pas l'immatériel, il n'existe pourtant aucune disposition générale sur le nantissement des droits de propriété intellectuelle. Les régimes varient selon les droits considérés, étant entendu, pour ce qui est du droit d'auteur (autre que les droits portant sur le logiciel et l'œuvre cinématographique), que la mise en gage d'un droit d'auteur hors le nantissement d'un fonds de commerce s'avère impossible. Notre réflexion sur la possibilité de nantir un ensemble de tels droits s'inspirera donc essentiellement du régime détaillé de l'opération de nantissement de fonds de commerce étant entendu que la finalité de ce régime sera évidemment l'effectivité du nantissement. Chose qui, au regard de la faible importance pratique des sûretés sur l'immatériel et notamment de l'échec du nantissement des logiciels sera source de difficultés. En effet, l'immatériel interdit la dépossession ; l'absence de titre et de publicité pour attester de l'existence d'un droit d'auteur nuisent à la protection efficace des tiers ; quant à l'assiette des créanciers, ceux sont les lois du marché qui la menacent.

Le propriétaire du site peut également souhaiter le céder dans sa globalité. Dans une telle situation, il s'agira d'une opération de cession sur un ensemble de droits de propriété intellectuelle valorisé par sa capacité attractive. Les mêmes questions, liées à l'opposabilité aux tiers de la cession d'une telle part du patrimoine et liées au formalisme d'un tel acte, ressurgissent. Mais cette fois-ci nous serons plus gênés par la profusion des règles que par leur pauvreté. Règles édictées dans des intérêts différents pour ne pas dire contradictoires. Il nous faudra les concilier.

A l'heure où une partie de la doctrine, désireuse de retrouver une certaine cohésion au sein de la propriété littéraire et artistique, appelle de ses vœux les législateurs

---

<sup>21</sup> Il s'agit de l'exemple typique de la « start-up ».

nationaux, mais aussi le législateur européen à stopper le processus artificiel de catégorisation du droit d'auteur, on ne peut que constater la tendance de la jurisprudence au rapprochement des logiques de propriété industrielle et littéraire et artistique. Si la première influence la seconde avec notamment l'apparition de la notion de retour sur investissement en droit d'auteur ; on peut également observer le mouvement inverse avec par exemple, l'application de l'exception de parodie en droit des marques. Ce rapprochement qui s'opère au profit de la logique commerciale plus que de la logique personnaliste, il faut le reconnaître, devrait se traduire, à terme, par une fusion des régimes.

Notre problématique visant à appréhender juridiquement un ensemble de droits de la propriété intellectuelle nous semble s'inscrire dans la droite ligne du rapprochement des deux branches de la propriété intellectuelle. La recherche d'un régime pour le site, ensemble de droits de la propriété intellectuelle doit être, à notre avis, le « prétexte » pour poser les jalons d'un régime commun aux opérations portant tout à la fois sur des droits de la propriété littéraire artistique et des droits de la propriété industrielle, en attendant l'élaboration d'un régime unique pour ces deux branches, dont les régimes tendent à se confondre.

Nous traduirons l'ensemble de droits constitué par le site web « par application au phénomène concret d'un terme représentant son équivalent juridique »<sup>22</sup> (**Partie I**). Fort de cette qualification et sans perdre de vue la composition particulière de l'universalité, nous étudierons le régime des opérations de nantissement et de cession d'un site web (**Partie II**).

---

<sup>22</sup> MOTULSKY H., Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Thèse, Sirey 1948, n° 22, p. 24.

**PARTIE 1 : QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'UNIVERSALITE**

Qualifiée, d'« opération intellectuelle juridique »<sup>23</sup>, le processus de qualification consiste à faire entrer l'élément qu'il s'agit de qualifier dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement. Le site web semble emprunter des caractéristiques à de nombreuses catégories, au premier rang desquelles les droits de la propriété intellectuelle dont il est exclusivement composé et le fonds de commerce, universalité de fait instituée afin de donner un régime à un ensemble de droits hétéroclites et changeant. C'est dans ces deux directions que nous orienterons nos travaux. Deux précisions doivent être apportées. D'abord, étant donnée les contours incertains de l'objet, aucune de ces qualifications n'est par principe exclusive de l'autre ; ensuite, il s'agit de ne pas se résigner et adopter un régime dans lequel le site n'a pas sa place.

C'est par le droit de la propriété intellectuelle et plus particulièrement le droit d'auteur (**Chapitre 1**) que nous commencerons, puis nous envisagerons le droit commercial et plus spécifiquement l'institution du fonds de commerce (**Chapitre 2**).

## **CHAPITRE 1 : LE SITE WEB, UNE ŒUVRE ORIGINALE ET COMPLEXE**

L'originalité du site web fait de celui-ci une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. Il nous faut la qualifier au regard des catégories du droit d'auteur en reconnaissant en elle les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement et en appréciant le régime qu'elle commande et spécialement les dispositions exorbitantes du droit commun du droit d'auteur.

Le caractère complexe du site web empruntant aux caractéristiques des différentes catégories d'œuvres protégeables au titre du droit d'auteur et la difficulté de faire le pas entre tous les types d'œuvres sont autant d'éléments militant pour la création d'une catégorie *sui generis*.

Pour autant, convaincu que c'est au droit de s'adapter à la réalité et non l'inverse, deux façons de procéder se détachent : faire prévaloir le contenant, numérique, sur le contenu, composé d'œuvres appartenant aux catégories connues du droit d'auteur (**section 1**) ; ou, par le raisonnement inverse, conférer au tout (œuvre non identifiée) la nature d'une de ses parties appartenant à une catégorie connue du droit d'auteur (**section 2**).

---

<sup>23</sup> Vocabulaire juridique, sous la direction de CORNU. G, PUF, 1998, 7<sup>e</sup> éd.

## **Section 1 : Le site web, un contenant original**

Après avoir appréhender le site web à travers la catégorie doctrinale de l'œuvre multimédia (§1), nous retournerons vers les catégories légales de base de données et d'œuvre audiovisuelle (§2).

### **§ 1 : Le site web, œuvre d'une catégorie doctrinale**

L'œuvre multimédia constitue une réalité que textes, jurisprudence et doctrine ne nient pas et à laquelle le site appartient sans nul doute (A) ; il n'est pas pour autant doté d'un régime juridique unique permettant des opérations sur sa globalité (B).

#### **A) La qualification d'œuvre multimédia**

Il nous faut d'abord cerner les notions de multimédia et d'œuvre multimédia (1) pour les confrontées à la réalité du site web (2).

##### **1°) Le multimédia et l'œuvre multimédia**

La technique du numérique permet de traduire le signal analogique que constitue un élément en un mode binaire qui le représentera dans un symbole à deux valeurs (0 et 1) dont l'unité est le bit. Dès lors, toutes les œuvres peuvent être numérisées en vue de la constitution d'une œuvre composite numérique qualifiée par la doctrine d'œuvre multimédia car basée sur une pluralité de moyens (« multi medio »).

L'adjectif multimédia ne connaît pas de définition générale. Les significations qui lui ont été données par le législateur l'ont été suivant le contexte technique considéré. La conception selon laquelle le multimédia « associe plusieurs modes de représentation des informations telles que texte, son, image »<sup>24</sup> a ainsi été retenue dans le domaine des télécommunications.

Les informations livrées par ces textes officiels ont permis à la doctrine d'arriver à un « large consensus »<sup>25</sup> sur la notion d'œuvre multimédia : « réunion sur un même support numérique ou lors de la consultation, d'éléments de genres différents, et notamment de sons, de textes, d'images fixes ou animées, de programmes informatiques, dont la structure et l'accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité, et qui a été conçu pour avoir une identité propre, différente de celle résultant de la simple réunion des éléments qui la composent »<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Arrêté du ministère de l'industrie, des postes et des télécommunications et du commerce extérieur du 2 mars 1994 relatif à la terminologie des télécommunications.

<sup>25</sup> OLIVIER F. et BARBRY E., *Le droit du multimédia*, PUF 2001, collection Que-sais-je ?.

<sup>26</sup> Définition proposée par VECKEN G. et SIRINELLI P., *Etude CERDI-Art 3000*, 1996, pour le ministère de la Culture.

## 2°) La qualification du site web en œuvre multimédia

Cette définition de l'œuvre multimédia a été élaborée avec l'objectif évident d'y inclure le site web qui en remplit les caractéristiques essentielles : d'abord, la consultation d'un site web se traduit par la visualisation d'éléments réunis sur un ensemble de pages. Ensuite, un site web est un ensemble « d'éléments textuels, graphiques ou sonores » réunis grâce à la technique de la numérisation ramenant à un même langage tous ces éléments. Troisièmement, l'interactivité permettant la consommation non linéaire de l'œuvre est l'essence même du site web : hormis la page d'accueil la consultation d'un site n'est jamais chronologique. Parmi les autres pages, nombreuses sont potentiellement des deuxièmes pages. Le nombre de grilles de lecture différentes envisageables pour un site est élevé : il faut prendre en considération le nombre global de pages et les liens du site. Enfin, le site web a une identité propre qui n'est pas réductible à la somme des éléments qui le composent, il est une œuvre multimédia avec sa propre originalité et sa propre raison d'être.

Le site web est une œuvre multimédia. L'adoption d'une telle qualification nous permet-elle pour autant de soumettre l'universalité de biens constituée par le site à des règles distinctes de celles régissant les biens isolément envisagés ?

### B) Absence de régime

Puisque l'article L. 112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle est un texte ouvert (« notamment »), une doctrine minoritaire<sup>27</sup> s'est proposée d'ériger l'œuvre multimédia en catégorie autonome aux côtés des catégories légales. Cette analyse ne conduit pourtant pas, dans sa formulation actuelle, à l'adoption d'un statut spécial et d'un régime propre à cette catégorie autonome (la jurisprudence n'a d'ailleurs jamais été dans ce sens). C'est donc le régime de droit commun du droit d'auteur (et ses différentes règles quant à la titularité des droits, au mode de rémunération ...) qui trouverait à s'appliquer à cette nouvelle catégorie avec quelques modifications, notamment la création d'une « maxi-catégorie » de droit patrimonial<sup>28</sup>.

Le gouvernement ne s'est pourtant pas prononcé en ce sens, affirmant que « c'est en fonction des conditions de leur élaboration qu'il convient de définir le statut des œuvres multimédia et non par un nouveau régime ad hoc qui serait source de difficultés et d'insécurité juridiques peu favorables à leur développement »<sup>29</sup>. Il est vrai que la rapidité des évolutions techniques dans ce domaine ne permet pas de définir de manière

---

<sup>27</sup> GAUTIER P-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF 2001, 4<sup>e</sup> éd., n° 111.

<sup>28</sup> GAUTIER P-Y., JCN PLA fasc. 1165, n° 34 : « L'avenir est sans doute celui de l'édification d'une "maxi-catégorie" de droit patrimonial, le "droit de communication au public", qui ne distinguerait plus selon le procédé de contact de l'œuvre avec le public et aurait en outre l'immense mérite d'englober aisément l'ensemble des techniques de transmission numérique et LATREILLE A., *Les mécanismes de réservation et les créations multimédia*, thèse Paris Sud, 1995, coll. Hypothèse 1998.

<sup>29</sup> Rép. Min. : JOAN 29 sept.1997.

rigoureuse le concept de multimédia. Cantonner ce type de créations dans un régime « à priori » présente la certitude d'être dépassé et/ou de voir ce régime se confondre avec un autre. Par ailleurs, il apparaît souhaitable, de façon plus générale, que « les lois cessent d'édifier entre les catégories d'œuvres des frontières qui ne peuvent plus être tracées avec précision compte tenu du phénomène de convergence des techniques et des médias »<sup>30</sup>.

On relève d'ailleurs que la catégorie même d'œuvre multimédia semble ignorée par la doctrine majoritaire qui n'utilise cette expression que pour mettre en avant la combinaison d'œuvres diverses (telles que des bases de données, des œuvres littéraires et artistiques suivant des régimes de protection distincts) sur un même support. Cette doctrine ne s'interroge donc pas sur l'existence d'un régime juridique unique applicable à l'universalité, préférant appréhender le multimédia en terme de contenu plus que de contenant.

D'aucuns ont donc recherché dans le contenu du site un élément principal dont le régime juridique s'appliquerait aux composantes plus accessoires ou tenté de faire entrer le site web dans une catégorie légale afin de lui appliquer le régime correspondant. Opérer un tel rapprochement avec les qualifications légales devrait permettre de « gérer les nuances insufflées tant par le Code de la Propriété Intellectuelle dans le traitement juridique de certaines œuvres que par certaines constructions doctrinales ou jurisprudentielles »<sup>31</sup>.

## **§ 2 : Le site web, œuvre d'une catégorie légale**

La définition large retenue pour les bases de données **(A)** et les contours flous de la séquence animée de l'œuvre audiovisuelle **(B)** ont pu donner l'illusion que le régime de ces catégories légales seraient en mesure d'appréhender la globalité du site web.

### **A) Le site web, base de données**

Si la confrontation des critères de la catégorie légale des bases de données à la réalité du site web est un succès **(1)**, le régime de cette catégorie n'est pas unique **(2)**.

#### **1°) Les conditions de la qualification en base de données**

L'alinéa 2 de l'article L. 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle<sup>32</sup> entend par base de données le " 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". Cette définition très large permet de

<sup>30</sup> LUCAS A., Droit d'auteur et numérique, coll. Droit@Litec, Litec 1998, n° 135.

<sup>31</sup> MALLET-POUJOL N., La création multimédia et le droit, coll. Droit@Litec, Litec 2000, n° 415.

<sup>32</sup> L n° 98-536 du 1 juillet 1998 transposant la directive n° 96-9 du 11 mars 1996.

viser, au-delà des bases de données factuelles, d'autres œuvres multimédia telle que le site web dont la définition précitée témoigne de la conception d'une œuvre entendue comme une base de données<sup>33</sup>. Il apparaît, en effet, que le site web en remplit les conditions légales. D'abord, les pages d'un site réunissent des œuvres, données ou d'autres éléments. Ensuite ces éléments doivent être indépendants : les éléments contenus dans un site ne sont pas liés les uns les autres dans une chaîne linéaire ou chronologique, ils peuvent faire l'objet d'une extraction du site sans le priver de toute sa cohérence. Troisièmement, ces éléments doivent être disposés de façon systématique ou méthodique : leur place dans l'arborescence du site ne doit pas être anodine. Enfin, ces éléments doivent être individuellement accessibles : les pages d'un site web sont généralement toutes accessibles individuellement au moyen d'un « chemin » électronique qui leur est propre.

Si une telle qualification n'a rien de systématique pour les œuvres multimédia, il nous apparaît qu'elle sera en pratique toujours retenue pour les sites web car les conditions en seront toujours réunies. La jurisprudence en a, d'ailleurs, déjà décidé ainsi à plusieurs reprises<sup>34</sup>.

L'adoption de cette qualification ne saurait pour autant totalement nous convaincre puisque le concept de base de données, intimement lié à celui de compilation ne rend pas compte de la réalité des sites web dont l'ambition est de véhiculer un message riche (culturel, commercial ...), plutôt que la seule réunion de données.

## **2°) Une catégorie d'œuvre sans régime unique**

La particularité du régime des bases de données réside dans la superposition de deux types de droits privatifs qui ne doivent pas interférer puisque qu'ils concernent des champs d'application différents : le droit d'auteur protégeant le contenant et le droit des producteurs de la base de donnée protégeant le contenu. Par essence, la conception de la base de données sera éclatée entre la logique du droit d'auteur et la logique de retour sur investissement des droits voisins.

Ensuite, il apparaît que sur le seul plan du droit d'auteur, cette qualification ne renvoie pas à un régime spécifique, mais pour l'essentiel au droit commun des œuvres dérivées. Régime qui se caractérise par son incapacité à appréhender globalement toutes les composantes de la création pour les soumettre aux mêmes règles. Il existera en effet pour ce type d'œuvres dérivées quatre objets possibles de la protection par le droit d'auteur et donc quatre régimes différents : le programme soumis au droit d'auteur spécial des logiciels, la structure soumise au droit d'auteur spécial des bases de données, les données soumises au droit protégeant la donnée considérée et l'ensemble

---

<sup>33</sup> MALLET-POUJOL N., La création multimédia et le droit, coll. Droit@Litec, Litec 2000, n° 444.

<sup>34</sup> T.Com. Paris 26 déc. 2000 et TGI Paris 8 janv. 2001 affaire Keljob (pour exemple).

informationnel constitué par les données protégé par le droit commun d'auteur à condition que la personnalité de l'auteur se traduise dans les éléments du fonds documentaire.

Outre le fait que la qualification n'est pas séduisante puisque le site est plus qu'un recueil, le régime qu'elle commande ne fait que renvoyer à la logique de l'œuvre dérivée, qui conduit à un dépeçage de l'œuvre seconde pour appliquer de façon distributive à chaque élément du site le régime de la propriété intellectuelle qui lui est propre.

## **B) Le site web, une œuvre audiovisuelle**

Si la confrontation des critères de la catégorie légale de l'œuvre audiovisuelle à la réalité du site web n'est pas un succès total (1), le régime de cette catégorie présente des avantages certains (2).

### **1°) Les conditions de la qualification en œuvre audiovisuelle**

Les œuvres audiovisuelles sont définies par l'article L. 112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle comme « consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non ». Si l'œuvre ne doit pas impérativement avoir de manifestation sonore, elle doit en revanche être visuelle.

Comme il n'est fait aucune référence au support, seule la façon dont l'œuvre apparaît importe pour retenir la qualification d'œuvre audiovisuelle. La jurisprudence, soutenue par une partie de la doctrine<sup>35</sup>, n'a pas hésité, afin d'exclure les œuvres dites multimédia de la catégorie des œuvres audiovisuelles, à affirmer que « l'œuvre audiovisuelle ne saisit pas la caractéristique essentielle de l'interactivité qui oppose au défilé séquentiel et linéaire d'images qui s'imposent au spectateur passif, le dynamisme propre de l'utilisateur qui choisit les séquences auxquelles il désire accéder »<sup>36</sup>. La linéarité, essence même de l'œuvre audiovisuelle, par opposition à l'interactivité « reviendrait à réduire la potentialité offerte par les œuvres multimédia »<sup>37</sup>. Cette position ne nous paraît pas justifiée car le législateur n'exige pas, pour retenir la qualification d'œuvre audiovisuelle, une linéarité mais seulement que l'œuvre soit constituée de « séquences animées »<sup>38</sup>.

Il a très justement été observé que l'écriture spécifique multimédia n'existant pour ainsi dire pas, le processus de création est emprunté dans ce domaine aux autres

---

<sup>35</sup> OLIVIER F. et BARBRY E., *Le droit du multimédia*, PUF 2001, collection Que-sais-je ?.

<sup>36</sup> TGI Nanterre, 1 ch. A, 26 nov. 1997, J-M Vincent et autres c/ SA SUC Software International et autres, G.P 1998, 1, jur. p. 220.

<sup>37</sup> TGI Paris, 8 sept. 1998, RIDA Juill. 1999, p. 318.

<sup>38</sup> Cependant, la loi de 1985 vise les formes d'expression dans lesquelles l'information est fixée dans un support impliquant déroulement linéaire des images et des sons, linéarité en opposition avec l'interactivité, caractéristique essentielle des sites web (et du multimédia en général) selon LINANT DE BELLEFONDS X. (JCP G 1995, II, 22375).

champs d'expression et notamment au domaine de l'audiovisuel. Or, « il n'y a pas plus séquentiel que ce dernier »<sup>39</sup>. L'œuvre multimédia est donc intrinsèquement constituée de séquences.

La formule légale ne traduisant pas explicitement l'exigence d'un mouvement dans la séquence, il apparaît possible de considérer qu'une œuvre est audiovisuelle dès lors qu'elle consiste en la succession, dans une séquence, de plans fixes assimilables à une animation. Dans cette acceptation large, la succession d'images fixes autorisées par la consultation *on line* des pages d'un site web crée une séquence animée d'images d'autant que ces pages ont des liens entre elles. Mais, une telle conception ramène l'œuvre littéraire à une suite de mots et déforme sensiblement la catégorie des œuvres audiovisuelles, remettant en cause son homogénéité.

## **2°) Le régime unique et unitaire de l'œuvre audiovisuelle**

Le législateur a donné un régime unitaire aux œuvres audiovisuelles par le jeu du contrat de production audiovisuelle. De plus, la loi fait bénéficier les investisseurs d'une présomption de cession. La qualification du site en œuvre audiovisuelle permettrait de l'analyser comme une œuvre intégrée (bénéficiant de ce régime) et non comme une simple juxtaposition de contributions et de faire bénéficier l'exploitant de la présomption de cession.

L'application d'un tel régime aux exploitants de site, permettant la valorisation de celui-ci et donc la réalisation d'opérations juridiques sur celui-ci, a été plébiscitée par une partie de la doctrine<sup>40</sup>. Reste que cela n'est envisageable qu'au prix d'une interprétation large de la catégorie d'œuvre audiovisuelle. Conception qui présente au surplus le danger déjà évoqué de l'obsolescence du fait de l'évolution rapide des techniques dans le domaine du multimédia et de l'internet.

Au regard de ces quelques observations, il nous apparaît bien difficile de faire entrer la création multimédia originale qu'est le site web dans une des catégories légales. Doit-on pour autant faire prédominer le régime de l'élément essentiel du contenu pour l'appliquer au contenant pris dans sa globalité ou se résoudre à une application distributive des régimes ?

---

<sup>39</sup> AZIOSMANOFF F., Les états généraux de l'écriture multim(é)dia, *Nov'art*, fév. 1996, p. 6.

<sup>40</sup> A la tête de laquelle LATREILLE A., Les mécanismes de réservation et les créations multimédia, thèse Paris Sud, 1995, coll. Hyperthèse 1998.

## **Section 2 : Le site web, un contenu complexe**

Nous tenterons d'abord d'appliquer au site, pris dans sa globalité, le régime de son élément essentiel (§1). Puis, sur le constat qu'aucun régime des éléments du contenu ne peut être écarté au profit d'un autre, nous nous tournerons vers une qualification distributive (§2).

### **§ 1 : Le régime unique issu de l'élément essentiel du contenu**

Une partie des auteurs constatant la présence d'un élément essentiel dans les œuvres multimédia suggère de faire application du régime de cet élément au site pris dans sa globalité (A). Cette solution ne saurait nous satisfaire pour des raisons qu'il nous faudra exposer (B).

#### **A) La recherche de l'œuvre essentielle du site**

Nous rechercherons l'œuvre dite principale dans les séquences animées (1), puis dans le logiciel (2).

##### **1°) La place des séquences animées dans les sites web**

La formule selon laquelle l'œuvre audiovisuelle est celle « consistant dans des séquences animées » n'impose pas qu'elle en soit exclusivement constituée. Il a ainsi pu être avancé qu'une œuvre dont le contenu serait essentiellement composé de telles séquences pouvait être qualifiée dans cette globalité comme une œuvre audiovisuelle. Mais « il faut [de toute évidence] forcer le sens des mots pour regarder comme audiovisuelle une œuvre qui ne comporte que certaines composantes de cette nature »<sup>41</sup>.

Si un tel raisonnement a pu être tenu à propos de certaines œuvres multimédia, il ne semble pas transposable au site web. En effet, si le contenu d'un site web ne se limite pas à des séquences animées, ces dernières ne constituent même qu'un élément très accessoire. En revanche, la part de logiciel est encore souvent prépondérante, ne serait-ce que pour permettre le paiement *on line* sur les sites marchands.

##### **2°) La place des logiciels dans les sites web**

Le logiciel participe de la définition d'ensemble des œuvres multimédia à tel point que l'on a envisagé d'adopter la qualification unique de logiciel pour toutes les œuvres multimédia<sup>42</sup>. Le logiciel est essentiel en ce qu'il rend opérationnel l'œuvre multimédia et permet son interactivité (caractéristique majeure du multimédia). Il a ainsi été jugé à

---

<sup>41</sup> LUCAS A., LUCAS H.-J., *Traité de la propriété Intellectuelle*, Litec 2001, 2<sup>e</sup> éd., n° 130.

<sup>42</sup> TREPPOZ E., *La qualification logicielle d'un jeu vidéo : un modèle pour les œuvres multimédias*, obs. sous CA Caen, 19 dec.1997 : *Petites Affiches*, nov. 1999, n° 230, p. 10.

propos d'un jeu vidéo que le logiciel apparaissait comme tellement « spécifique et primordial » que le jeu vidéo, dans la globalité de ses composants, devait « en conséquence bénéficier de la protection particulière accordée aux logiciels »<sup>43</sup>. La qualification du site en logiciel dès lors qu'on le considère comme l'élément primordial entraînerait l'application d'un régime spécial au site pris dans sa globalité : la réalisation des opérations de cession, de nantissement se ferait suivant ce corps de règles.

Mais, si la partie logicielle demeure importante, elle est loin de représenter le site web pris dans sa globalité ; elle n'absorbe pas le reste, constitué d'œuvres de tout genre et d'éléments libres de droits. La jurisprudence a d'ailleurs pu décider que le logiciel, « condition de l'interactivité », est un élément nécessaire mais non suffisant du produit multimédia »<sup>44</sup>. D'ailleurs, la part des logiciels, encore importante dans nombre d'œuvres multimédia, tend à décroître dans les sites web puisque l'interactivité peut être obtenue sans eux.

Cette méthode réduit l'opération de qualification du site à la détermination de son élément principal, puis l'application de son régime aux opérations réalisées sur le site pris dans sa globalité. Le régime unique applicable au site dépendrait donc de conditions de fait, de la qualification retenue pour l'élément prépondérant. Le régime qui trouverait à s'appliquer serait tantôt celui de l'œuvre audiovisuelle, tantôt celui du logiciel, voire même, le cas échéant celui des bases de données. Si cette méthode ne nous satisfait pas dans ses résultats puisqu'elle ne nous permet pas de dégager un régime unique pour tous les sites marchands, elle est surtout critiquable dans ses principes.

## **B) L'exclusion de cette alternative**

Adopter le régime d'une catégorie légale ne permet pas de prendre en compte la logique du site qui, en tant qu'œuvre multimédia, se caractérise par la réunion, lors de la consultation, d'éléments de genres différents pouvant appartenir à toutes les catégories d'œuvres. Cette diversité des composants nous interdit de faire prévaloir le régime d'un élément fût-il essentiel. La méthode consistant à « conférer au tout la nature d'une de ses parties, au surplus non prépondérante »<sup>45</sup> doit être, à notre avis, repoussée car dans beaucoup de cas, il manquera la cohérence qui caractérise l'œuvre audiovisuelle justifiant l'existence de la catégorie légale considérée.

Adopter le régime propre à un des éléments du site ne s'inscrit pas dans notre logique visant à considérer le site comme un ensemble : il s'agit de faire des opérations sur un ensemble de droits de la propriété intellectuelle et non pas sur l'élément essentiel, à charge pour les autres de suivre son régime du fait de leur caractère accessoire.

---

<sup>43</sup> CA Caen, 19 dec.1997 : Petites Affiches, nov. 1999, n° 230, p. 10.

<sup>44</sup> TGI Nanterre, 26 nov. 1997 : JCP E 1998, II, 805, obs. VIVANT, LE STANC.

<sup>45</sup> GAUTIER P-Y., JCN PLA, fasc. 1165, n° 27.

A ce stade, un constat s'impose : rechercher un régime unique pour une œuvre complexe paraît ardu ; le législateur lui-même a d'ailleurs échoué pour les bases de données (le régime est éclaté entre les différents éléments de la base). Cette justification s'explique du fait même que l'élément essentiel est une question de fait, propre à chaque site.

La qualification contractuelle adoptée par les professionnels étant soumise au contrôle des magistrats, le risque de la requalification de l'œuvre, objet du contrat, et donc du changement du régime applicable (avec toutes les conséquences que cela emporte en terme de titularité et portée des droits, de rémunération...) est réel : l'exploitant s'exposant tout particulièrement à une action en contrefaçon.

Il est à noter une pratique courante des professionnels du multimédia. Ils se réfèrent à la catégorie légale qu'ils connaissent le mieux : si la profession d'origine de l'exploitant est le milieu de l'audiovisuel, alors il traitera le site comme une œuvre audiovisuelle, même chose s'il est éditeur de logiciels. Ce raisonnement, attaché à la profession d'origine, présente l'avantage de conférer au site considéré un régime unique, mais qui sera différent du régime appliqué au site (pourtant identique dans sa conception et son contenu) conçu dans un autre milieu professionnel. Cela est non seulement source d'iniquité juridique, mais présente au surplus les inconvénients que l'on vient de pointer.

Face aux difficultés engendrées par le phénomène de multiplication des catégories de la propriété intellectuelle, les praticiens nient la diversité des composantes du site qui pourtant ne doit pas, selon nous, s'appréhender au travers d'un seul de ses éléments. Cette logique conduisant à éviter les complications liées à l'application distributive des droits par le recours à l'adage « *accessorium sequitur principale* » ne saurait s'inscrire dans la logique actuelle de la propriété littéraire et artistique. Il faut composer avec les textes ou les modifier.

## **§ 2 : Application distributive du régime éclaté d'une œuvre complexe**

Notre recherche, sur le terrain de la propriété intellectuelle, d'une qualification unique pour l'universalité que constitue le site a pour objectif la réalisation d'opérations sur le site pris dans sa globalité selon un régime unique. Elle se solde, à ce stade, par un constat : sur le plan de la propriété intellectuelle, le régime d'une œuvre aussi complexe ne peut être qu'un régime éclaté. L'éclatement des qualifications en propriété intellectuelle induit une complexité telle qu'il faut admettre que le site web repose sur un assemblage d'œuvres de l'esprit à traiter distinctement au regard du régime des droits d'auteur.

Cela signifie qu'il faut dépecer le site en autant d'œuvres qu'il en contient pour appliquer à celles-ci le régime qui leur est applicable. Ce procédé ne doit pas effrayer car il n'est pas nouveau ; la complexité n'est pas inconnue des milieux spécialisés, mais change d'ampleur.

La Cour de cassation<sup>46</sup> a, pour les jeux vidéo, rejeté, à plusieurs reprises, l'approche unitaire, considérant qu'ils ne sont pas réductibles à l'une ou l'autre de leurs composantes. La méthode consistant à conférer au tout la nature de l'une des parties doit donc être rejetée. Les juges du fonds ont adopté la même solution<sup>47</sup>.

Le législateur lui-même a consacré cette approche distributive, prévoyant que la protection prévue pour les bases de données ne s'applique pas aux programmes d'ordinateur, utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement de celles-ci<sup>48</sup>, protégés par le régime de la Directive de 1991.

La doctrine majoritaire approuve cette solution considérant que le logiciel n'est « sûrement pas accessoire à la création multimédia » et que « les autres créations ne sont pas non plus ses accessoires »<sup>49</sup>. Aucun des éléments du site ne doit être considéré comme tel, chacun doit suivre le régime qui lui est propre indépendamment du régime applicable aux autres éléments.

On observera que cette approche éclatée conduisant à une application distributive de différents régimes « résulte de l'inflation législative actuelle qui conduit à la multiplication de dispositions spécifiques, par strates successives »<sup>50</sup>. La doctrine, tout en tirant les conséquences de l'état du droit, dénonce l'édification de ces frontières artificielles (car ne pouvant pas être tracées avec précision) entre les différentes catégories d'œuvres qui rendent en pratique difficile l'application distributive des régimes.

Le recours à la technique contractuelle pour préciser les frontières entre les différentes composantes du site pourra être le moyen de surmonter ces difficultés ; ainsi le doyen Vivant d'écrire : « Penser contrat ». « Si la norme légale ou jurisprudentielle s'impose à tous, le contrat est un instrument spécialement riche et flexible qui ne peut pas tout mais peut beaucoup. »<sup>51</sup>

Le site web est assurément une œuvre de l'esprit multimédia, qui ne peut être qualifiée non pas en soi, mais d'une manière ou d'une autre en considération des traits

---

<sup>46</sup> Ass. Plén., 7 mars 1986, RIDA juill. 1986, p. 134.

<sup>47</sup> TGI Nanterre, 26 nov. 1997.

<sup>48</sup> Directive 96/9/CE du parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données : JOCE L.77/20, 27 mars 1996.

<sup>49</sup> LATREILLE A., Les mécanismes de réservation et les créations multimédias, thèse Paris Sud, coll. Hypothèse 1998, n° 232.

<sup>50</sup> SIRINELLI P., Lamy communication et média.

<sup>51</sup> VIVANT M., Le site marchand, carrefour des droits, Le droit de l'entreprise et de l'internet, Presses universitaires d'Aix- Marseille 2002, p. 35.

concrets qu'elle présente, d'œuvre audiovisuelle, de base de données, de logiciel ou d'œuvre complexe. Il n'est donc pas possible de conférer à coup sûr un régime unique (commun à toutes les composantes du site) et unitaire (applicable à tous les sites) tiré du droit d'auteur.

D'autant que le site comprend d'autres éléments que les seuls droits d'auteur et droits voisins tels que des droits de la propriété industrielle (nom de domaine, signes distinctifs) ainsi que des biens sur lesquels il n'y a aucun droit de la propriété intellectuelle mais qui participent de sa valeur. La qualification que nous nous proposons d'envisager maintenant se devra d'appréhender cette diversité tout en lui conférant un régime unique.

L'universalité ainsi considérée semble toute dévouée à la réalisation du projet de l'exploitant du site qui repose sur une fréquentation maximale.

## **CHAPITRE 2 :**

## LE SITE, UN FONDS ELECTRONIQUE

Avant d'aller plus avant dans notre raisonnement, il nous faut préciser le fonctionnement d'un site web. Tous les sites ne font pas, loin s'en faut l'objet d'une exploitation lucrative puisque le réseau, espace de liberté sans frontières, accueille de nombreux sites de particuliers dont le seul objet est informatif : présenter l'association d'une formation universitaires (l'ADEPIN)<sup>52</sup> par exemple. Mais les autres sites, qu'ils délivrent des prestations gratuites ou onéreuses, font souvent l'objet d'une exploitation lucrative basée schématiquement sur deux logiques distinctes.

La plupart des sites web délivrant des prestations gratuites aux internautes tirent leurs revenus des espaces publicitaires qu'ils louent à d'autres sociétés auxquels ils garantissent une fréquentation maximale du site (plus il y a de connexions plus la location est chère). La relation d'affaire se noue donc entre l'exploitant du site et le publicitaire qui paie pour avoir un espace sur le site ou dans l'orbite de celui-ci pour faire la promotion de son activité exercée bien souvent sur le réseau elle aussi. Ainsi, la richesse des exploitants repose exclusivement sur la fréquentation du site et donc sur la qualité de celui-ci.

S'agissant des sites que nous avons qualifié de sites marchands, l'activité de l'exploitant repose (les revenus issus de la publicité ne devant présenter, en théorie, qu'un caractère complémentaire) sur le développement du commerce en ligne, c'est-à-dire des relations d'affaire développées entre les internautes et l'exploitant. Là encore, la richesse de l'exploitant repose sur la fréquentation du site et donc sur sa qualité.

La destination unique des éléments d'un site web est la réalisation du projet d'entreprise de l'exploitant, qui passe par la fréquentation maximale du site. Ce sont les éléments du site web qui conditionnent cette fréquentation et donc sa valorisation. Tout comme le fonds de commerce, le site est une entité d'éléments très divers dans leur nature et régime juridique qui tend à la conquête d'une clientèle. La qualification du site en fonds de commerce permettrait bien l'application d'un régime juridique unique pour tous ces éléments. Celle-ci est soumise au respect de conditions qu'il nous faudra examiner (**section 2**), après avoir appréhendé la diversité des composantes du site (**section 1**).

### Section 1 :

---

<sup>52</sup> [www.adepin.com](http://www.adepin.com), est le site de l'Association Des Etudiants en Propriété Intellectuelle de Nantes (au 01/06/2003).

## **Composition du site web**

Le législateur n'a précisé ni la définition ni la composition du fonds de commerce, s'attachant à réglementer les opérations dont il est l'objet. Les contours imprécis de cette institution lui permettent donc d'accueillir toute sorte d'ensemble de biens.

La capacité d'un site web à attirer dans l'espace virtuel des internautes repose sur l'organisation et la mobilisation d'éléments attractifs (§1). Parmi ceux-ci, certains sont « les plus essentiels », car sans eux la valeur de l'universalité serait réduite à peu de chose (§2).

### **§ 1 : La diversité des composantes du site web**

Cette diversité est la raison pour laquelle les exploitants des sites web, comme ceux des commerces traditionnels en leur temps, désirent la qualification d'universalité et l'octroi d'un régime unique. Elle est aussi la raison pour laquelle le législateur est resté évasif sur la nature des éléments composant le fonds de commerce se contentant d'exclure par principe deux grandes catégories de biens (A) et permettant ainsi l'entrée dans la composition du fonds de commerce de toutes les autres biens permettant l'exploitation commerciale d'une activité (B).

#### **A) Les deux exclusions légales**

Il s'agit des immeubles (1) et de certains biens meubles (2).

##### **1°) Exclusion des immeubles**

Aucune des composantes du fonds de commerce n'est immobilière même par destination. On en déduit alors, sur la base de l'article 516 du Code Civil, que le fonds de commerce ne peut être qu'un bien meuble que certains ont même désigné comme une propriété incorporelle mobilière. Le fonds de commerce est en effet, par principe, exclusivement composé de biens meubles corporels, tels que les marchandises, et incorporels tels que le droit au bail ou les droits d'exploitation de brevet.

Il en sera de même pour le fonds électronique, comme c'est le cas pour le fonds artisanal ou libéral.

##### **2°) Exclusion de certains biens meubles**

Certains biens meubles ne font jamais partie du fonds de commerce car la loi du 17 mars 1909 n'a pas prévu la possibilité de les inclure dans le nantissement ou la cession du fonds de commerce. L'omission est ici considérée de façon unanime comme une exclusion : cela concerne les dettes, les créances (sauf obligation de non-concurrence),

les contrats (ils doivent faire l'objet d'un acte spécial à l'initiative du cessionnaire et nécessite l'accord du tiers créancier).

Cependant, des dispositions légales prévoient expressément le transfert de certains contrats indispensables à la valorisation du fonds (contrat d'assurance ou de travail pour exemple). On peut se demander dans quelles mesures les contrats d'affichages sur Internet ne doivent pas bénéficier d'une dérogation du même ordre. L'immensité du réseau et la multiplication des sites web ont entraîné l'apparition de prestataires proposant aux exploitants de site de se faire repérer et reconnaître par les internautes parmi la multitude. L'enregistrement d'un site sous un nom de domaine et sa mise en ligne ne permettent pas à l'exploitant de faire connaître son activité. Il doit conclure des contrats d'affichage commercial afin que l'internaute découvre le site et commerce avec l'exploitant (l'échec de nombreux sites ouverts sans l'appui de contrats d'affichage l'atteste).

Il s'agit pour l'exploitant de se faire référencer auprès d'une entité (annuaires ou moteurs de recherche) qui répertorie les sites qui le désirent ou d'obtenir d'autres sites qu'ils se réfèrent à son site par un lien hypertexte. Il peut aussi s'agir de passer un contrat de portail qui est une autre formalisation de la technique des liens hypertextes : un site ouvre directement sur plusieurs autres sites. Enfin, par un contrat de régie, certains exploitants mettent à disposition sur leur site des espaces publicitaires à d'autres exploitants permettant aux seconds de faire connaître leur activité à la clientèle des premiers.

Sans ces contrats, les sites qui ont choisi le web comme cadre unique de leur commerce ne sont repérables par aucun internaute : ils n'ont donc pas de client. Ces contrats peuvent donc être le support de la clientèle d'un fonds puisque sans eux la plupart des sites n'auraient pas de clientèle. Il faut donc veiller dans le régime applicable au fonds électronique à leur réserver une place toute particulière.

## **B) Les éléments légaux**

La liste des éléments compris dans la base du nantissement du fonds de commerce (sauf convention contraire) donnée par l'article L. 142-2 du Code de Commerce constitue une base qui n'est ni exhaustive, ni obligatoire. D'une part, les éléments listés ne sont pas les seuls à pouvoir entrer dans la composition du fonds de commerce (à l'image des autorisations administratives) ; d'autre part, ils ne sont pas obligatoirement requis pour que la qualification de fonds de commerce soit retenue.

La composition d'un fonds de commerce rassemble toujours tous les éléments non exclus par principe qui s'avèrent nécessaires à son exploitation, soit une multitude de

biens divers dans leur nature et leur régime, que la doctrine<sup>53</sup> a classé en trois catégories par ordre d'importance décroissante : les éléments incorporels ordinaires (1), incorporels extraordinaires (2), corporels (3).

### **1°) Les éléments incorporels ordinaires**

L'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage constituent l'assiette du nantissement à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue car ils sont à la base de l'essentiel de la valeur des fonds traditionnels.

Alors que le nom commercial est « la dénomination sous laquelle est connu et exploité un établissement commercial »<sup>54</sup>, l'enseigne couvre un champ plus restreint puisqu'elle est « un signe distinctif qui désigne une entreprise dans sa localisation territoriale »<sup>55</sup>. Soumis à un régime juridique sensiblement identique, elles sont un signe de ralliement de la clientèle et de localisation de l'entreprise. Pour certains auteurs, le nom de domaine a la même fonction et la même utilité que le nom commercial ou l'enseigne, voire même les deux.

Quant à la clientèle, considérée comme l'élément essentiel du fonds de commerce traditionnel, elle doit, selon nous, être considérée comme son but. L'achalandage, distinct de la clientèle, serait alors l'élément essentiel du fonds.

Le décret du 30 septembre 1953 (codifié aux articles L. 145-1 et suivants du Code de Commerce), reprenant la loi du 30 juin 1926 sur « la propriété commerciale » instaure le régime du droit au bail. Dans le commerce de détail traditionnel, ce droit donne au fonds de commerce une stabilité territoriale qui a conduit le législateur à considérer le contrat de bail comme un élément composant le fonds et la jurisprudence comme le support de la clientèle pour le cas des commerces de proximité.

L'article 1 du décret vise en son alinéa 1 « les baux des immeubles ou locaux dans lequel un fonds est exploité », c'est-à-dire « le lieu où se réalise objectivement à la connaissance du public la mise en valeur des divers éléments soit corporels, soit incorporels dont l'ensemble constitue le fonds de commerce »<sup>56</sup>. Dans le cas du site web, le local dans lequel le fonds est exploité correspond à l'emplacement du site sur le réseau désigné par l'adresse IP, c'est dans cet espace virtuel que se réalise la mise en valeur des éléments du fonds à la connaissance du public. L'obtention de cet espace se fait par le biais d'un contrat d'hébergement : contrat par lequel un fournisseur d'hébergement « met à la disposition de son abonné une partie des ressources de ses machines : espace disque dur et capacités de traitement en temps machine »<sup>57</sup>. C'est sur le disque dur de

---

<sup>53</sup> Sur la base des articles L. 141-5 al. 2 et L. 142-2 al. 3 du Code de Commerce.

<sup>54</sup> CA Paris, 5 juill. 1907, Ann. Prop. Ind. 1908, p. 41.

<sup>55</sup> CHARTIER Y., Droit des affaires, Tome 1 : l'entreprise commerciale, PUF 1993, 4<sup>e</sup> éd., n° 14.

<sup>56</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 20 juillet 1938, DP 1939. I. 31.

<sup>57</sup> ITEANU O., Les contrats de commerce électronique, Droit et patrimoine, déc. 1997, n° 55, p.52, spéc. p. 53.

l'hébergeur qui assure la présence du site sur le réseau que sera présent le contenu du site.

L'objet de ce contrat revêt deux aspects essentiels : la fourniture de prestations techniques et la mise à disposition. La qualification en contrat de louage de chose ou de fourniture de service variera selon que l'on considère comme principal l'acte de mise à disposition ou la fourniture de prestations techniques. L'économie de cette opération réside à notre avis dans la mise à disposition d'une chose avec comme accessoire la fourniture d'une prestation technique, sous la réserve que le contrat d'hébergement soit conclu à titre onéreux ce qui est le cas à partir de 100 Mo.

La qualification de ce contrat de location en contrat de bail commercial emporte l'application du régime des baux commerciaux à la convention concernée et son inclusion dans la composition du fonds de commerce. Pour retenir une telle qualification, la chose louée doit être un local commercial. Or, ici, l'objet du contrat de louage est plus une capacité de stockage qu'un véritable espace identifiable : le contenu du site peut changer de position sur le disque dur de l'hébergeur mais une capacité donnée lui sera toujours réservée : cela ne saurait correspondre à la notion de local telle qu'envisagée par le législateur. De plus, et cet argument est à notre avis décisif, pour exclure la qualification de bail commercial, cette capacité mise à disposition ne permet pas de localiser le site aux yeux de la clientèle : les données peuvent changer d'emplacement sur le disque de l'hébergeur ou l'exploitant peut changer d'hébergeur sans que cela n'entraîne un changement de localisation du site dans l'espace virtuel du net, sans que cela ne remette en cause la stabilité territoriale du fonds de commerce électronique ; or c'est la volonté d'assurer le maintien de cette stabilité qui a motivé la mise en place du régime particulier de « la propriété commerciale ». Stabilité qui n'est pas assurée dans l'environnement de l'internet par le contrat d'hébergement, mais par la conservation d'un nom de domaine. Un site se localise sur la toile par son adresse IP, laquelle ne renvoie pas à un local loué, mais à des pages stockées en un lieu qui peut changer sans heurter la valeur du fonds puisque inconnu des internautes.

Dès lors, on peut s'interroger sur la nature du contrat par lequel un site ouvre directement sur plusieurs autres sites. De part son rôle stabilisateur, un tel contrat nous semble assimilable au contrat de bail. En effet, si ce contrat venait à disparaître contre la volonté de l'exploitant du site celui-ci perdrait assurément un élément important de son fonds. Les conséquences d'une telle qualification sont de taille puisque l'exploitant d'un site ayant conclu un tel contrat bénéficiera du régime de propriété commerciale.

Dès lors, les contrats de bail de locaux gravitant autour de l'exploitation du fonds (bail du local servant à stocker les produits vendus par exemple) peuvent être considérés comme des accessoires à l'exploitation du fonds et qualifiés de baux commerciaux au

sens de l'alinéa 2 de l'article 1 du décret de 1986 puisqu'il y aurait un bail commercial principal (bail dans lequel le fonds est exploité) pour certains sites.

## **2°) Les éléments incorporels extraordinaires**

Il s'agit de tous les éléments incorporels restant, au premier rang desquels les droits de la propriété intellectuelle. S'ils n'ont souvent qu'une place limitée dans les fonds de commerce traditionnels, celle-ci tend à s'accroître avec l'acquisition de droits sur des brevets, de licence sur des logiciels, le rôle fondamental des marques dans les rapports de concurrence... Ils sont effectivement le moyen de détenir l'initiative sur un marché et de le conserver. On a pu ainsi affirmer aujourd'hui d'une entreprise que « des choix et des résultats de sa RD dépendra son avenir »<sup>58</sup>. Ils n'ont plus simplement un rôle fondamental dans les sites web, ils sont le site web.

Le site web, œuvre multimédia (cf supra) s'il en est, se caractérise par la diversité de son contenu au point de vue des droits d'auteur : on y retrouve, numérisées, toutes les œuvres traditionnelles. Les éléments d'architecture, d'esthétique du site sont des œuvres protégées au titre des droits d'auteur. S'ajoutent évidemment les droits d'auteurs attachés aux logiciels nécessaires au fonctionnement du site, aux bases de données et les droits voisins.

Nombres d'autres biens incorporels et notamment des droits de la propriété industrielle côtoient les droits d'auteur : le nom de domaine, les marques, les logos servent à identifier l'œuvre multimédia sur la toile ; les droits d'exploitation d'un brevet d'invention, protégeront quant à eux un procédé permettant d'obtenir une navigation ou un affichage donné ou un produit commercialisé exclusivement sur le site....

Le site web, lieu virtuel sur la toile, se caractérise par son immatérialité. Lorsque la fourniture de la prestation et la prestation elle-même sont entièrement dématérialisées, le site apparaît dans sa forme la plus pure : il est un bien immatériel entièrement composé de droits de propriété intellectuelle. Dans sa forme hybride, la rencontre de la demande et de l'offre se réalise dans le monde virtuel, mais a des implications dans le monde réel : il faut par exemple un local pour stocker les marchandises, organiser un réseau de transport pour les acheminer chez le client. Mais, même dans cette deuxième situation, les installations dans le monde réel sont des éléments qui ne sont pas indispensables à l'exploitation et qui ne feront donc pas forcément partie de l'entité formée par le site tel que nous l'envisageons.

---

<sup>58</sup> PASSEMAR. B., Le rôle de la propriété industrielle dans la stratégie d'entreprise, Mélanges BURST J-J.

### **3°) Les éléments corporels**

Sauf clause spéciale, dans l'acte de vente ou de prêt, le privilège ou le nantissement n'ont pas d'assiette corporelle. Parmi les éléments corporels, se trouvent notamment le matériel et l'outillage, c'est-à-dire tous les objets (biens mobiliers uniquement) matériels servant à l'exploitation de l'activité commerciale. Le matériel minimum pour l'exploitation d'un site web se compose d'ordinateurs pour se connecter et assurer la maintenance du site. Ce type de matériel est fortement sujet à l'obsolescence et peu utile pour la valorisation du site.

Les marchandises sont, quant à elles, des objets destinés à la vente : cela peut être des services, des biens immatériels (droits d'utilisation d'un logiciel par exemple), mais également des objets matériels (tous types de produits), signifiant alors des stocks et nécessitant un local.

L'omnipotence des droits de la propriété intellectuelle dans le site web réside dans le fait qu'ils sont souvent, tout à la fois, les moyens de l'exploitant, ses marchandises et qu'ils lui permettent d'organiser sur la toile ses moyens et ses marchandises. Le site, ensemble de droits de propriété intellectuelle, est donc une universalité de fait dont la valorisation repose uniquement sur celle de la globalité constituée par les droits de la propriété intellectuelle. Le fait que le site soit exclusivement composé de tels droits ne s'oppose pas à sa qualification en fonds de commerce.

## **§ 2 : L'élément essentiel du site web**

La jurisprudence décide que parmi tous les éléments composant un fonds de commerce, l'un d'eux est essentiel et que celui-ci a un support. Si l'élément essentiel est toujours la clientèle, son support est variable. Qu'en est-il pour un ensemble de droits de propriété intellectuelle en ligne ? Nous envisagerons dans un premier temps la réalité de la notion de clientèle sur le web (**A**), puis nous rechercherons les éléments susceptibles d'en constituer le support (**B**).

### **A) La notion de clientèle d'un site web**

La notion de clientèle doit être précisée dans ses contours et à plus forte raison distinguée de celle de l'achalandage (**1**) avant d'être confrontée à la virtualité de l'internet (**2**).

#### **1°) Clientèle et achalandage**

Après avoir été revenus sur la définition des termes (**a**), nous reviendrons brièvement sur la position de la jurisprudence (**b**).

## **(a) Définitions**

Si les notions d'achalandage et de clientèle ne traduisent pas une opposition entre acheteur habituel et acheteur occasionnel, elles ne sont pas pour autant synonymes, en témoigne la distinction opérée par les textes<sup>59</sup>.

La clientèle est « l'ensemble des relations d'affaire habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (fonds de commerce, cabinet civil) dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leur source dans les facteurs personnels et matériels conjugués »<sup>60</sup>. Il s'agit donc des acheteurs habituels, occasionnels, potentiels ou non.

Sa valeur est supérieure à la somme des éléments qui l'attirent car elle traduit « un projet d'entreprise qui est un catalyseur »<sup>61</sup>, l'existence d'un lien entre les différents éléments, l'existence de l'universalité.

L'achalandage est, pour sa part, la clientèle potentielle, les relations d'affaire virtuelles ou l'aptitude du fonds à attirer le public.

Sa valeur se confond avec la valeur des éléments qui le génèrent.

La différence entre ces deux concepts ne réside pas dans les éléments qui permettent de les valoriser (ce sont les mêmes), mais dans leur valorisation. La valeur du premier est supérieure à celle du second.

## **(b) Interprétations jurisprudentielles**

La jurisprudence considère, au terme d'une construction prétorienne<sup>62</sup>, que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce conditionnant son existence, sa valorisation et, partant, sa cession et son nantissement.

Ainsi, le fonds de commerce existe à la condition qu'une clientèle propre lui soit attachée (cf infra).

Ensuite, une opération a lieu sur un fonds de commerce à condition qu'elle porte sur la clientèle, c'est-à-dire sur son élément attracteur essentiel.

Enfin, la valeur du fonds de commerce, objet de l'opération, n'est pas la somme des éléments qui le composent (n'est pas la valeur de l'achalandage). Elle se calcule en fonction du chiffre d'affaire de l'exploitant, c'est-à-dire de ses seules relations d'affaires effectives.

---

<sup>59</sup> L'article L. 142-2 du Code de Commerce, par exemple, serait redondant.

<sup>60</sup> Vocabulaire juridique, sous la direction de G.Cornu, Puf/Quadrige, 2001, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>61</sup> DERUPPE J., article intitulé « Clientèle et achalandage », Mélanges SAVATIER.

<sup>62</sup> Cass. Req., 15 fév. 1937, DP 1938, I, p. 13 selon lequel « la clientèle représente le plus essentiel, celui sans lequel le fonds de commerce ne saurait exister ».

Cette place accordée à la clientèle donne lieu aux interprétations doctrinales les plus diverses et ne fait pas l'unanimité, loin s'en faut, puisque d'aucuns<sup>63</sup> voient dans celle-ci le résultat du fonds de commerce ou, tout à la fois, un élément et le résultat du fonds de commerce.

## **2°) Clientèle et Internautes**

Nous envisagerons tour à tour le rôle des internautes (2) et des clients des sites web (1).

### **(a) Les clients des sites web**

On observe que le développement du web suit une logique publicitaire, « internet devient de plus en plus un marché publicitaire »<sup>64</sup> et les sites web de véritables espaces publicitaires. Le succès économique des sites dépend largement de la conclusion d'un maximum de contrats de régie et/ou la réalisation d'un maximum d'actes de commerce. Or, la conclusion de tels contrats (l'acquisition de clients) et le prix de location de ces espaces reposent incontestablement sur la fréquentation des pages web.

Le succès d'un site web est tellement lié à ses revenus issus de la publicité que les cahiers des charges de la réalisation d'un site prévoient toujours l'aménagement d'espaces publicitaires sur les pages web. A tel point qu'il est courant de constater que les « petits sites » ont très souvent des espaces publicitaires inoccupés qui les défigurent. Cette logique publicitaire est, encore aujourd'hui, bien plus forte que celle du e-commerce dont le développement, certes conséquent, ne permet pas, à lui seul, d'assurer la viabilité des sites marchands.

Les clients de l'exploitant d'un site web sont donc les sociétés concluant des contrats de régie avec lui ; les internautes qui se connectent pour des prestations gratuites ne sont pas clients, mais sont nécessaires puisque le prix de la location de l'espace publicitaire dépend des connexions au site, connexions elle-même conditionnées par l'attractivité des éléments du site.

Quant aux sites marchands, il faut également compter avec les internautes qui concluent des actes de commerce en ligne avec l'exploitant du site. Logiquement ils devraient constituer une clientèle pour l'exploitant. Mais du fait de leur caractère très volatile en raison du mode de fonctionnement du réseau, il nous paraît difficile de considérer qu'ils forment une clientèle propre à l'exploitant du site.

---

<sup>63</sup> ROTONDI R., la nature juridique de l'achalandage, Ann. dr. Com. 1930, p. 137 et MALAUZAT J. La composition du fonds de commerce, Le statut juridique du fonds de commerce, 60e Congrès des notaires de France, 1962.

<sup>64</sup> VIVANT. M., internet, support publicitaire : régulation et déontologie. GP, 1997, II, spécial publicité, p. 1503.

## **(b) Le rôle des internautes**

L'essentiel pour les exploitants de site est l'augmentation du nombre de connexions, peu importe que les internautes se connectent de façon habituelle ou non. La fréquentation d'un site ne dépend que de sa capacité attractive, sa capacité à générer des connexions, c'est-à-dire de la façon dont le site est identifiable sur le net, et des prestations qui y sont fournies (les droits de la propriété intellectuelle).

La capacité attractive du site, son achalandage dépend de deux choses. D'une part, le choix des droits qui le composent : ceux-ci doivent présenter une capacité à séduire le public conséquente. D'autre part, la mobilisation, la combinaison et l'organisation de ces droits afin de traduire le projet d'entreprise de l'exploitant et ainsi former une universalité. Lorsque ces deux conditions sont réunies, la capacité attractive du site ne peut plus être réduite à la somme des capacités attractives de ses composantes. Elle est supérieure. Dès lors, la valeur l'universalité, ainsi constituée par le site, ne correspond plus à la somme des valeurs des droits qui la composent, mais bien à une somme supérieure et, ce, même si la clientèle (au sens que nous avons retenu) n'est pas effective. C'est avant tout la capacité à générer des connexions qui importe pour la valorisation du site, car c'est elle qui va générer la clientèle.

Le site web est donc valorisable par sa capacité à attirer des internautes dans l'espace virtuel de l'internet (ce qu'une doctrine autorisée appelle l'achalandage<sup>65</sup>). Dès lors que cette capacité est avérée, le site doit être considéré comme une universalité et valorisée en tant que telle. L'élément essentiel du site web est constitué par sa capacité attractive, autrement dit l'achalandage ; la clientèle est son but. Quel est le support de cette capacité attractive ?

## **B) Le support de la capacité attractive du site web**

De jurisprudence constante, la clientèle d'un fonds de commerce a un support et la cession de celui-ci entraîne la cession de la clientèle et donc du fonds. Est-il possible de dégager, parmi les éléments du site, un support qui, à lui seul, traduirait l'essentiel de l'attractivité du site ? Comme la valorisation d'un tel ensemble réside dans son aptitude à attirer le public, nous distinguerons les droits permettant la présence attractive du site sur le web (1) de ceux contribuant à son adressage (2).

### **1°) La présence d'un site attractif sur le web**

Dans un univers qui n'est perçu par le chaland que par le biais d'un écran, la présentation de la série de pages qualifiée de boutique virtuelle et son ergonomie doivent

---

<sup>65</sup> FERRIER D., La distribution sur l'internet, JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 2, 2000.

être particulièrement soignées. En effet, ce sont les premiers éléments susceptibles d'assurer la maîtrise de la clientèle. Or, la réalisation de pages attractives est largement tributaire d'objets de droits de propriété intellectuelle tels que des œuvres graphiques, sonores ....

Le deuxième élément attractif dans un site web réside dans son utilisation agréable : la structure des pages, la charte graphique, les liens hypertextes reliant les pages, les logiciels et brevets permettant une navigation rapide sont autant d'objets de droits de la propriété intellectuelle permettant au site d'être fonctionnel et ainsi d'attirer les internautes.

En effet, à prestations égales, des sites indiqués par un moteur de recherche, c'est celui réunissant le plus grand nombre de ses éléments (présentation soignée et fonctionnelle) qui bénéficiera de la capacité attractive la plus importante et finalement du plus grand nombre de connexions.

## **2°) L'adressage du site par nom de domaine**

Les contrats d'affichage permettant l'insertion d'un site web dans une galerie, dans un espace publicitaire, sur la page d'un site web par le biais d'un liens hypertexte ou sur la page d'un site portail (que nous avons considéré, précédemment, comme un bail commercial) sont des éléments de localisation du site dans l'immensité du réseau. Ils valorisent le site en lui assurant une certaine fréquentation. Si ces contrats sont à n'en pas douter essentiels, ils font souvent appel au nom de domaine, qu'il nous faut appréhender maintenant.

Il existe un autre objet de droits de la propriété intellectuelle qui contribue à acquérir un achalandage maximal : il s'agit du nom de domaine généralement considéré comme « l'élément le plus médiatique des sites internet qui vient naturellement à l'esprit comme fédérant et peut-être fidélisant la clientèle d'une façon originale »<sup>66</sup>. Chaque site est identifié par une adresse IP (suite de chiffres et de points) remplacée par des lettres (le nom de domaine), pour faciliter la mémorisation (et la convivialité) de l'adresse du site. C'est donc un identifiant, une adresse, permettant la localisation du site dans l'espace virtuel (la localisation physique du site est de peu d'intérêts pour les internautes).

Cet identifiant, nécessité juridique pour la désignation d'un site, est devenu une véritable adresse mnémotechnique qui a une valeur propre et fait l'objet d'enjeux économiques (financiers et publicitaires) considérables. En effet, ses nombreux attributs - il est le moyen d'accès le plus direct au site ; localisant le site sur la toile

---

<sup>66</sup> SADDE G., Le fonds de commerce virtuel, mémoire année 2000, DEA création immatérielles Montpellier ; également en ce sens : FUENTES R., L'affaire Alice et l'émergence des droits du détenteur d'un nom de domaine, Expertises, mai 1999.

comme le bail, il est une condition de stabilité géographique ; il identifie le site par rapport aux autres le côtoyant sur la toile ; il distingue, à l'image du nom commercial, de l'enseigne ou même de la marque (il est souvent déposé et protégé comme telle), le site des autres dans l'esprit du public ; il est l'élément majeur de la communication de l'entreprise sur le net, mais aussi en dehors- en font le « signe de ralliement de la clientèle vers le site qu'il identifie en même temps qu'il constitue un outil publicitaire »<sup>67</sup>.

Cette dénomination du site est un signe distinctif qui ne dit pas son nom, donnant prise à des droits de la propriété industrielle, mais également au droit d'auteur lorsqu'il est original. Il est souvent considéré comme l'élément le plus essentiel parmi les composants du site, mais il nous faut préciser qu'un nom de domaine sans bon site, comme une marque sans bons produits, n'a aucune valeur. Les autres droits de la propriété intellectuelle peuvent, dès lors, apparaître comme étant aussi essentiels. La capacité d'un site à attirer les internautes ne repose pas sur un seul de ces droits, mais sur la présence d'un ensemble de tels droits à une adresse unique sur le web. N'est-ce pas là la logique même de l'universalité que de n'avoir que des éléments d'égale importance ? Il n'y a pas d'élément « plus essentiel » que les autres ou, à tout le moins (pour ne pas s'écarter de la jurisprudence en matière de fonds de commerce), celui-ci varie selon l'entité considérée.

Le site web est un ensemble de droits de la propriété intellectuelle poursuivant une finalité unique : l'exploitation d'une activité sur/et en marge du réseau. C'est une universalité de fait proche du fonds de commerce dans son esprit et sa nature, mais doté de plusieurs spécificités, tel qu'on peut la baptiser « fonds électronique ». D'abord, la clientèle est le but à atteindre tandis que l'élément essentiel de cette universalité réside dans son aptitude à attirer le public. Ensuite, il est exclusivement composé de droits de la propriété intellectuelle. Enfin, aucun de ces droits n'a vocation à supporter seul l'élément essentiel bouleversant ainsi la hiérarchie existante entre les éléments d'un fonds. La disparition de l'un d'entre eux ne signifie pas la perte de l'achalandage, à tout le moins la baisse de l'attractivité du site, la baisse de sa valeur.

## **Section 2 : Caractéristiques de l'achalandage**

De jurisprudence constante, la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce, conditionne sa naissance et son extinction et elle doit être propre. Il nous faut s'interroger sur les conséquences de la qualification de l'achalandage en élément essentiel à savoir sur les conditions de la naissance, de l'extinction du fonds électronique (**§1**) et sur la nécessité de reconnaître un caractère propre à l'achalandage (**§2**).

---

<sup>67</sup> LOISEAU G., Nom de domaine et internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D.1999, chr., p.9.

## **§ 1 : Existence de l'achalandage sur le web**

Traditionnellement, naissance et extinction du fonds de commerce sont subordonnées à l'existence d'une clientèle ; celle de l'achalandage du fonds électronique subordonnerait donc naissance (A) et extinction (B) du fonds électronique.

### **A) La naissance du fonds électronique**

L'apparition du fonds de commerce est traditionnellement subordonnée à celle de la clientèle par la révélation publique du fonds de commerce. Jurisprudence et doctrine n'ont pas tranché : la naissance de la clientèle (donc du fonds) est subordonnée tantôt à l'ouverture de l'exploitation au public, tantôt à la réalisation d'actes de commerce.

L'achalandage, élément essentiel du site web, est la capacité à attirer dans l'espace virtuel de l'internet des personnes intéressées par la prestation fournie. La naissance du site est donc subordonnée au choix, à la mobilisation et à l'organisation des facteurs attractifs de clientèle, des éléments composant le site. Si la capacité attractive d'un droit de la propriété intellectuelle existe avant la divulgation de son objet au public, l'évaluation de cette capacité impose bien souvent une telle confrontation. Néanmoins, un tel ensemble de droits ne constituent un fonds électronique qu'autant que le site est potentiellement susceptible d'attirer la clientèle mondiale de l'internet. Il faut donc ajouter à l'acquisition, la mobilisation et l'organisation des droits, la conclusion des contrats permettant la mise en ligne d'un site identifiable parmi la multitude. Cela suffit à la naissance de l'achalandage et donc à la reconnaissance du site, mais pas à la constitution d'une clientèle qui n'apparaîtra formellement qu'avec la réalisation des premiers actes de commerce, conclusion des contrats de régie.

### **B) La disparition du fonds électronique**

Le jour de la fermeture définitive du lieu dans lequel est exploité un fonds de commerce marque la disparition de la clientèle<sup>68</sup> qui y est attachée et par voie de conséquence du fonds lui-même. La solution est transposable sur le web : que la fermeture concerne le lieu virtuel ou physique du site, le site n'est plus accessible par le biais du réseau et la capacité du site à attirer une clientèle est alors réduite à néant. De même, la disparition de l'élément attractif essentiel du site (lorsqu'il y en a un) entraîne la disparition du fonds électronique.

En revanche, la jurisprudence admet, suivant les circonstances de la cause, qu'une fermeture temporaire ne correspond pas forcément à la fin du fonds de commerce. Les fermetures techniques (mises à jour, modification de l'architecture du site, changement dans les configurations ...) de courte durée des sites ne sont pas synonymes de

---

<sup>68</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 10 oct. 1979, Bull. Civ. I, n° 245, p. 195.

disparition de l'achalandage. D'expérience, les internautes savent que ces interruptions ne durent que quelques heures et sont inévitables puisque les sites web sont, par définition, ouverts sans interruption : la fréquentation du site ne sera donc théoriquement pas affectée. Néanmoins, compte tenu des pratiques sur la toile (grande réactivité du consommateur), le risque que l'internaute cherche immédiatement à obtenir le même service chez un concurrent est très élevé ; cela peut signifier la baisse de la fréquentation. Il est important de noter que ces interruptions ont pour but d'actualiser le contenu du site, d'améliorer son fonctionnement (présentation, navigation), en un mot son achalandage, lorsqu'il est en ligne. Lors de sa réouverture, sa capacité à attirer n'en sera que plus grande, valorisant d'avantage le site. Il faut également observer que le site ne peut être fermé que partiellement (seules quelques services seront momentanément indisponibles), limitant ainsi le nombre de désaffection des connexions.

Lors de la cession d'un site web, le cessionnaire doit donc s'assurer de se faire céder son achalandage, c'est-à-dire les éléments assurant l'attractivité de l'entité, assurant sa valorisation. Il doit également veiller à maintenir une certaine continuité du service à peine de se voir soumis à la grande réactivité existant sur le web. Le maintien en ligne du site nécessite un contrat d'accès au réseau et d'hébergement. Contrats, qui, s'ils ne font pas par principe partie du fonds, en conditionnent l'existence. Cela justifie que le cessionnaire du fonds s'assure qu'ils soient compris dans l'objet de la cession, ou qu'il en conclut au plus vite.

## **§ 2 : Autonomie de l'achalandage**

Pour que l'exploitant soit titulaire d'un fonds de commerce, la jurisprudence exige que la clientèle qu'il exploite « appartienne » au fonds de commerce, qu'elle soit autonome. La jurisprudence apprécie l'effectivité de cette qualité de la clientèle au regard des éléments composant le fonds. Si l'exploitant n'a fait aucun investissement personnel, la clientèle attachée à ce fonds n'est pas la sienne, et par voie de conséquence le fonds non plus.

Sur le web, la problématique ne sera pas tellement différente puisqu'il n'y a de clientèle potentielle autonome (comme de clientèle réelle autonome d'ailleurs puisque les éléments qui les génèrent sont les mêmes, cf supra) qu'autant que l'exploitant du site est maître des éléments qui la génèrent : l'effectivité de cette qualité de l'achalandage sera également appréciée au regard des éléments composants le site web (le fonds électronique). La question de l'autonomie de la clientèle d'une buvette installée dans l'enceinte d'un hippodrome soulevée en jurisprudence<sup>69</sup> et de manière plus générale, les développements qui ont eu lieu concernant la clientèle du fonds de commerce doivent

---

<sup>69</sup> Ass. Plen., 24 avr. 1970, JCP éd. G 1970, II, n° 16489.

pouvoir servir de base à notre raisonnement. Nous apprécierons l'autonomie de l'achalandage pour un site géographiquement intégré (A), puis pour un site appartenant à un réseau de distribution (B)

## **A) Autonomie et fonds électronique géographiquement intégré**

Nous analyserons d'abord l'autonomie de l'achalandage par rapport aux fournisseurs d'accès (1), puis par rapport aux autres sites d'une galerie marchande virtuelle, à la galerie marchande elle-même (2).

### **1°) Autonomie de l'achalandage et fournisseur d'accès**

Les internautes ne peuvent accéder à un site web que s'ils se sont connectés au réseau par le biais d'un fournisseur d'accès. On peut y voir le préalable nécessaire de l'incursion dans l'hippodrome pour consommer à sa buvette ; en ce cas, le site n'aurait pas de clientèle potentielle propre. En réalité, le web se caractérise par la faculté donnée aux internautes d'accéder aux pages d'un site quelque soit le fournisseur d'accès utilisé<sup>70</sup>. L'utilisateur des autoroutes de l'information peut indifféremment utiliser l'un des nombreux péages à sa disposition pour accéder à n'importe quel lieu virtuel ; c'est là la marque d'une clientèle totalement indépendante de celle du fournisseur d'accès. L'attractivité du site est donc totalement indépendante du fournisseur d'accès utilisé par l'internaute pour se connecter, elle réside dans les seuls éléments du site et notamment son adresse, les contrats d'affichage permettant de trouver le chemin du site.

La conclusion eut été différente si l'accession à un site web était subordonnée à l'utilisation d'un fournisseur d'accès en particulier (cette façon de procéder est réservée à une situation de réseau captif, aux intranets notamment). Ajoutons que la différence existant entre la prestation fournie par le site web et recherchée par l'internaute et celle prestée par son fournisseur d'accès permet de distinguer de façon certaine les clientèles. Reste à observer tout de même que selon le contrat passé avec un fournisseur, l'accessibilité au site variera (vitesse de téléchargement, qualité de la navigation).

### **2°) Autonomie de l'achalandage et galerie marchande virtuelle**

La jurisprudence<sup>71</sup> décide traditionnellement que l'exploitation installée à l'intérieur d'une grande surface est dépourvue de clientèle personnelle car très dépendante dans la gestion à la différence du commerçant installé à la périphérie qui a une plus grande liberté d'exploitation, de choix des marchandises et matériels. A quelques mètres de distance, la solution juridique s'inverse radicalement. Certains sites web sont situés dans

<sup>70</sup> DESGORCES R., Notion de fonds de commerce et internet, Comm. Com. Electr. 2000, n° 3, chr. n° 6, spéc. P. 15.

<sup>71</sup> Civ. 3<sup>E</sup>, 1 déc. 1976, Bull. civ. III, n° 436, p. 331.

des galeries marchandes telles que la problématique n'est pas différente. Si le chemin d'accès emprunté (révélé en général par l'adresse des pages) par l'internaute permet de savoir si un site fait partie d'un site portail, il ne nous permet pas pour autant de rendre compte du degré de dépendance du site à la galerie qui sont tous les deux ouverts en continu. Il faudra apprécier au cas par cas la liberté de gestion, la liberté dans le choix des éléments générateurs de l'achalandage des exploitants de sites situés dans des galeries.

Il est également exigé<sup>72</sup> d'une clientèle géographiquement indépendante qu'elle ne soit pas de manière dominante constituée par celle du supermarché voisin. Ce critère, critiquable car trop subjectif pour le commerce traditionnel, peut être utilisé sur la toile car l'outil informatique permet d'obtenir les informations nécessaires à son objectivisation<sup>73</sup>, mais il n'est à la vérité pas pertinent car la volatilité de la clientèle sur le web interdit toute référence à la notion de clientèle personnelle. L'important réside dans ce que celle-ci soit ne soit pas exclusivement attirée sur le site par les éléments de la galerie, mais par des éléments propres au site que l'exploitant a librement choisi.

## **B) Autonomie et réseaux de distribution sur le web**

La question de savoir si le site web d'un distributeur appartenant à un réseau traditionnel a une clientèle propre nous importe peu dans la mesure où ledit site ne constituera pas, de toute façon, un fonds de commerce, mais uniquement un élément du fonds du distributeur ou du promoteur selon les circonstances.

En revanche, lorsqu'une entreprise délivre une prestation ou vend un bien uniquement par l'intermédiaire de sites web, on peut légitimement estimer que ces sites forment un réseau de distribution. C'est l'exemple d'entreprises telles que Linux, Adobe ou hotmail qui proposent des services (téléchargement de logiciels ou mise à disposition d'une boîte e-mail) par le biais de plusieurs sites. Selon son pays de connexion, l'internaute qui tape pourtant la même adresse, sera dirigé vers un site en particulier afin d'obtenir la prestation qu'il recherche et qui est pareillement disponible sur tous les sites du distributeur. Un seul site identique (la langue utilisée varie) dans ses éléments est copié sur des serveurs aux quatre coins du globe afin de permettre aux utilisateurs des connexions et des téléchargements efficaces. On parle de sites miroirs. Ceux-ci peuvent être considérés comme constituant un réseau de distribution puisque des sites identiques proposent des services identiques selon un processus qui est celui de la distribution exclusive (chaque site étant destiné à un public territorialement ciblé : suivant son lieu de connexion l'internaute sera dirigé vers tel ou tel site miroir, évitant ainsi les ventes

<sup>72</sup> Civ. 3<sup>E</sup>, 27 nov. 1991, Bull., Civ. III, n° 289, p.170.

<sup>73</sup> En effet, il est aisé de déterminer si l'internaute fait partie de la clientèle personnelle dominante de tel ou tel site de la galerie marchande virtuelle par le biais des cookies, mais cela doit se faire dans le respect de la législation en la matière et de la liberté de choix des internautes.

actives, interdites par le droit de la concurrence). Un promoteur peut tout aussi bien créer un réseau de distribution sélective ou de franchise avec pour seuls distributeurs des sites marchands.

La jurisprudence<sup>74</sup> considère dans le cas de réseaux de distribution que si une clientèle est, au plan national, attachée à la notoriété de la marque du promoteur, la clientèle locale, sous-entendue celle du distributeur, n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par ses soins, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail : il y a deux fonds de commerce distincts. Le caractère personnel est donc reconnu à la clientèle du distributeur du fait des investissements qu'il a mis en œuvre.

Les sites miroirs n'étant que des copies, ils sont totalement dépendants à tous les niveaux (administration, gestion) de la politique de l'exploitant du site source qui en général les exploite lui-même (par le biais de ses salariés). Il n'y a pas d'investissements intellectuels au niveau des distributeurs. Les sites miroirs ne sont que de simples points de vente du fonds de commerce du promoteur. D'ailleurs, si la localisation physique des sites varie, la localisation virtuelle est une puisqu'il y a une adresse unique pour tous les sites. Les éléments qui les constituent (au premier rang desquels le nom de domaine) ne sont pas choisis par les distributeurs, mais par le seul promoteur qui est le seul à les maîtriser. L'autonomie de l'achalandage d'un site compris dans un réseau de distribution qu'il soit exclusif, sélectif, ou de franchise dépend de la maîtrise détenue par l'exploitant sur les éléments dudit site. L'exploitant doit avoir mis en œuvre des investissements dans ce but, être titulaire des droits de la propriété intellectuelle portant sur les éléments du site qu'il exploite.

Le site web est certainement une œuvre multimédia *on line* identifiable sur le réseau parmi la multitude. Les droits réunis pour constituer cet ensemble le sont pour le doter d'un pouvoir attractif tel qu'il attire un maximum d'internautes. Cette destination commune à tous les droits regroupés à une même adresse nous permet de rapprocher le site de la notion de fonds de commerce, mais avec ces spécificités. L'élément essentiel du fonds électronique sera l'achalandage, son support restant indéterminé ; son existence soumise à la communication au public d'un achalandage composé d'éléments librement choisis et maîtrisés par l'exploitant du site.

A toute qualification correspond un régime et c'est celui-ci qu'il nous faut à présent envisager.

---

<sup>74</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2002, « l'arrêt TREVISAN », JCP G 2002, II, 10112.

## **PARTIE 2 : REGIME JURIDIQUE DE L'UNIVERSALITE**

La qualification du site web en fonds électronique revêt la plus grande importance, puisque le régime applicable aux opérations réalisées sur cette universalité en découle logiquement. Les opérations sur cette universalité emprunteront, tout à la fois, au régime du fonds de commerce issu de la loi de 1909 et aux dispositions spéciales existantes en matière de droit de la propriété intellectuelle.

Ce faisant, nous développerons le régime du nantissement du fonds électronique sur le modèle du fonds de commerce comme il a été fait par le législateur<sup>75</sup> pour le nantissement du fonds artisanal et comme il est proposé de le faire pour le fonds libéral<sup>76</sup>. L'opération de nantissement d'un fonds de commerce a souvent été présentée comme la seule possibilité pour constituer des sûretés sur des droits d'auteur<sup>77</sup> ou sur un ensemble hétéroclite de droits de propriété intellectuelle. En effet, aucune disposition légale ne prévoit, de façon générale, de régime pour le nantissement des droits d'auteur. Droits incorporels dont la naissance n'est pas soumise à enregistrement, pour lesquels il n'existe ni titre, ni registre général, on ne peut procéder à sa remise matérielle et rendre le gage opposable aux tiers donc efficace. « S'il [le gage sur des droits d'auteur] n'est pas impossible en droit il ne peut avoir d'effets qu'entre les parties au contrat de gage »<sup>78</sup>.

Si les opérations de cession d'un fonds de commerce et de droits de la propriété intellectuelle (tout particulièrement de droits d'auteur) font, chacune, l'objet d'un corps de règles détaillé, le premier tend à la protection tant du cessionnaire, des créanciers que du cédant, alors qu'il est exclusivement tourné vers la protection du cédant dans le deuxième cas.

La recherche d'un régime pour ces deux opérations portant sur le site web demandera de combiner les régimes du fonds de commerce et de droits de la propriété intellectuelle et de ménager les intérêts poursuivis par chacun d'eux. Notre ambition n'est pas d'établir un régime unique, mais à tout le moins de gommer certains particularismes suivant le mécanisme unitaire de l'universalité. Suivant un ordre logique, nous envisagerons les conditions de la réalisation d'une opération portant sur une telle universalité de droits (**Chapitre 1**), puis les droits et obligations des parties à l'opération (**Chapitre 2**).

---

<sup>75</sup> L. n° 96-603 du 5 juill. 1996, art. 22.

<sup>76</sup> DAIGRE J.-J., Du fonds libéral en général, Mélanges Alain SAYAG, p. 191 et s.

<sup>77</sup> LUCAS. A. et LUCAS H.-J., Traité de la propriété littéraire et artistique, 2<sup>e</sup> éd., Litec 2001, n° 491, p. 398 et s.

<sup>78</sup> STENGER J.-P., le gage des droits de propriété intellectuelle, RDPI, Oct. 1995, p. 12.

## **CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE REALISATION D'UNE OPERATION SUR LES DROITS D'UN SITE WEB**

Que l'opération soit la mise en gage du site ou sa cession, les conditions présidant à leur réalisation visent à ménager tant les intérêts des parties au contrat que ceux des tiers. Plutôt que de distinguer suivant l'opération considérée, il nous apparaît plus pédagogique de distinguer selon la finalité des conditions. C'est pourquoi nous envisagerons dans un premier temps les conditions de fonds visant à s'assurer de la propriété et la réalité de l'objet cédé (**section 1**), puis les conditions de forme visant à préciser l'étendue de l'opération et informer les tiers (**section 2**).

### **Section 1 : Les conditions de fonds**

Nul ne peut faire une opération juridique sur des droits qu'il n'a pas, car ils ne sont pas sa propriété ou qu'ils n'existent pas encore. L'exploitant doit donc s'assurer de la détermination de l'objet de l'opération (**§1**) et prendre en compte les modifications de l'assiette de la garantie car la composition du fonds est en changement permanent (**§2**).

#### **§ 1 : La détermination de l'objet de l'opération**

Les droits qui font l'objet de l'opération doivent exister, être la propriété de l'exploitant du site (**A**), et identifiés avec précision (**B**).

##### **A) Existence et propriété des éléments du site web**

L'exploitant doit être propriétaire des droits sur l'universalité (**1**) et les éléments de celle-ci doivent être identifiés si elle est future (**2**).

##### **1°) La propriété des éléments constitutifs de l'universalité**

L'objet de l'opération effectuée par l'exploitant du site, qu'elle soit de cession ou de nantissement, ne peut porter sur une universalité qui n'est pas sa propriété. Un préalable indispensable à toute opération doit donc être respecté : l'adage « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet » ayant vocation à s'appliquer dans l'environnement numérique, le commerçant doit être propriétaire du site s'il veut pouvoir l'exploiter en l'état ou réaliser une opération sur l'entité qu'il constitue, c'est à dire qu'il doit être titulaire des droits portant sur les biens immatériels composant le site.

Il lui faut s'assurer pour chaque œuvre qu'il en détient les droits. La solution varie selon qu'elle est créée par une personne extérieure à l'entreprise titulaire du site ou en interne, selon la catégorie légale à laquelle elle appartient (œuvre audiovisuelle, logiciel, base de données ...) et selon la nature de l'œuvre (de collaboration, collective, d'un seul

auteur). Ainsi, l'exploitant veillera à se faire céder les droits portant sur les créations originales qu'il a commandé à une web agency, les droits portant sur des œuvres préexistantes qu'il intègre dans son site, les droits attachés aux créations de ses propres salariés qui leur reviennent à titre originaire sauf à en être titulaire à titre originaire (les créations de logiciels par les salariés par exemple<sup>79</sup>). Ces cessions soumises au respect des dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle<sup>80</sup> doivent au minimum porter sur les droits de reproduction et représentation par le biais du web. Les opérations effectuées par un cessionnaire de droits d'exploitation de la propriété intellectuelle sur ces droits cédés ne peuvent être réalisées que dans la stricte limite de la cession. Elles nécessiteront un certain maniement de l'outil contractuel et l'accord des auteurs cessionnaires.

L'exploitant doit également être titulaire des droits sur le brevet qu'il exploite, sur les signes distinctifs de son entreprise. Cela nécessite tout particulièrement de procéder à la vérification des antériorités, à la validité des titres qu'il se fait céder.

Cela est d'autant plus important qu'adoptant la logique propre au fonds de commerce, si l'exploitant n'est pas propriétaire des éléments valorisant le fonds, alors celui-ci ne lui appartient pas : il ne peut pas l'exploiter en l'état et les opérations dont il fait l'objet sont de nul effet<sup>81</sup>. Le site étant voué à de perpétuels changements, la tâche ne sera assurément pas aisée, mais elle est d'importance pour ne pas tomber, outre les effets de la nullité, sous le coup d'une action en contrefaçon, d'une action fondée en responsabilité de droit commun.

Reste que l'exploitant d'un fonds électronique use souvent de droits d'exploitation sur un logiciel, un objet breveté ou une marque en application d'une concession de droit. Les opérations de nantissement ou de cession portant sur de telles licences de droit sont soumises au consentement au concédant propriétaire du droit d'exploitation.

## **2°) La réalisation d'une opération sur un fonds électronique futur**

L'article 1130 du Code Civil dispose que « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». Qu'en est-il d'une opération de nantissement **(a)** ou de cession **(b)** portant sur un fonds de commerce futur ?

### **(a) Le nantissement du fonds électronique futur**

Outre la propriété du bien que l'on souhaite donner en gage, le préalable indispensable est son existence. Le site web existe en tant qu'œuvre de l'esprit dès que sa conception s'incarne dans une forme perceptible au sens, même si celle-ci ne rend pas

---

<sup>79</sup> L'article L. 113- 9 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>80</sup> Il doit notamment respecter les mentions obligatoires prévues aux termes des articles L. 131-3, L. 131-4, et L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle et tout particulièrement l'alinéa 3 pour ses salariés.

<sup>81</sup> L'article 1599 du Code Civil dispose notamment que « la vente de la chose d'autrui est nulle ».

encore l'outil opérationnel. En revanche, nous avons démontré qu'il n'existait comme fonds électronique qu'à partir du moment où ses éléments sont portés à la connaissance du public par sa mise en ligne. Quel est le régime applicable au nantissement du fonds électronique en formation ? La question est d'importance puisque les besoins de financement et donc la nécessité de constituer des sûretés pour l'investisseur se font sentir dès avant que le site web soit finalisé. En l'absence de dispositions générales sur le nantissement d'une œuvre de l'esprit (le site en est une) et fort de notre parti de rejeter la qualification du site en logiciel, nous nous tournons naturellement vers le régime du fonds de commerce.

La doctrine est divisée sur cette question et la jurisprudence pas encore constante, mais le gage des choses futures se développe et avec lui celui du fonds de commerce en voie de formation dès lors qu'il peut être identifié de façon suffisamment précise<sup>82</sup>. Il apparaît que la raison présidant à l'exclusion des gages sur les choses futures réside dans l'impossibilité de satisfaire à la condition de mise en possession du créancier gagiste pour la validité même du contrat (art. 2076 du Code Civil) ; or la dépossession effective n'étant pas requise pour les biens incorporels (tels que le fonds de commerce ou les droits de la propriété intellectuelle d'ailleurs), l'article 2076 du Code civil ne saurait en aucune façon constituer un obstacle. De plus, les droits sur une œuvre préexistent à son exploitation, il est donc possible de mettre en gage les droits d'exploitation sur une universalité de droits de la propriété intellectuelle en devenir. En conséquence, le régime que nous dégagerons s'appliquera au fonds électronique en formation dès lors que ces éléments seront précisément définis : les éléments permettant d'individualiser le fonds en développement doivent être décrits dans l'acte de nantissement et lors de l'inscription par référence aux documents préparatoires : cahier des charges, charte graphique, arborescence, première version des codes sources, base de données, spécifications générales et particulières....

### **(b) La cession du fonds électronique futur**

L'article L. 131-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, stipulant que la cession globale des œuvres futures est nulle, n'a pas lieu de constituer un obstacle à la cession du fonds électronique en devenir. Il s'agit ici de la cession par un exploitant de droits de la propriété intellectuelle qui existent mais qui ne forment pas encore une universalité. Il faut donc admettre qu'une telle cession est admissible au terme des dispositions du Code Civil.

Il est à noter, à l'image du nantissement, que les éléments du fonds devront être précisément indentifiables. Une telle opération sera réalisable pour autant que

---

<sup>82</sup> CA Paris, 3 juill. 1963 : JCP G 1963, II, 13398 ; CA Paris, 27 sept. 1996, RTD Com. 1997, 629, obs. DERUPPE.

l'universalité est en devenir, c'est-à-dire que les droits formant l'ensemble aient pour vocation prochaine la poursuite du projet d'entreprise de l'exploitant.

## **B) L'identification de l'objet de l'opération**

La question de l'identification des droits, objets de l'opération, se pose dans des termes différents pour le nantissement (1) et pour la cession (2).

### **1°) L'assiette du nantissement**

Naturellement, l'assiette de ce nantissement sera l'universalité, à savoir les droits de la propriété intellectuelle la constituant : les monopoles d'exploitation, les droits d'occupation des signes distinctifs et éventuellement les contrats que nous avons jugés indispensables à la valorisation du site (le contrat d'affichage notamment que l'on a assimilé au contrat de bail). Nous envisagerons l'assiette en cas de lacune dans l'acte constatant le gage (a), puis nous interrogerons sur l'applicabilité du mécanisme de délégation de créances (b).

#### **(a) Les lacunes de l'acte constituant l'opération de nantissement**

Le Code de Commerce (reprenant la loi de 1909) en son article L. 142-2 alinéa 1 nous donne la liste exhaustive des éléments susceptibles de faire partie de l'assiette d'un nantissement pris sur fonds de commerce. Il s'agit de l'enseigne, du nom commercial, du droit au bail, de la clientèle et l'achalandage, du mobilier commercial, du matériel et outillage servant à l'exploitation du fonds, des objets de droits de la propriété intellectuelle, des licences et des droits de la propriété intellectuelle qui y sont attachés. Tout autre élément faisant partie du fonds de commerce ne peut donc entrer dans l'assiette du nantissement d'un fonds de commerce. Lorsque l'acte constituant un tel nantissement ne précise rien, l'assiette de celui-ci ne comprend, par l'effet de l'art. L.142-2 al.3 du Code de Commerce, que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Le nom de domaine doit, de part sa nature encore incertaine et sa fonction d'identifiant, être considéré comme compris dans l'énumération légale de l'art. L.142-2 al.3 du Code de Commerce. Il sert, en effet, d'enseigne et de nom commercial au site web qu'il désigne. Quant aux contrats d'affichage que nous considérons comme un contrat de bail, ils font également implicitement partie de la liste de l'alinéa 3. Reste la question des droits de la propriété intellectuelle. Selon le législateur de 1909, ces droits et les licences dont ils peuvent faire l'objet n'entrent dans l'assiette d'un nantissement que s'ils sont expressément mentionnés dans l'acte le constituant car lors de la rédaction de ce texte, leur valeur économique n'était pas avérée pour le législateur. Aujourd'hui, ces droits représentent sans aucun doute des valeurs importantes dans le fonds de

commerce traditionnel et sont le support de l'élément essentiel (l'achalandage) dans le fonds électronique. Ils devraient ainsi prendre la place de la clientèle dans la liste de l'alinéa 3 (elle est le but poursuivi par l'exploitant plus qu'un des éléments de l'assiette). Il nous faut néanmoins faire trois observations.

D'abord, la réalisation du gage peut se solder par la vente d'un ou plusieurs éléments de l'assiette, c'est-à-dire la cession des droits de la propriété intellectuelle. Les droits cédés doivent faire l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et le domaine d'exploitation de ces droits doit être précisé ; ces exigences doivent être respectées dans le contrat de nantissement à peine de ne pas pouvoir satisfaire, ensuite, aux formalités propres à la cession de droit d'auteur (cf infra).

Ensuite, la loi<sup>83</sup> interdit la mise en gage des licences d'office de brevets et soumet celle des licences obligatoires à l'autorisation du tribunal qui l'a accordée.

Enfin, juridiquement possible dans le cas d'un nantissement de fonds de commerce<sup>84</sup>, le nantissement de la licence de droits de la propriété intellectuelle est pratiquement sans intérêt parce que le donneur de licence s'est en général engagé en considération de la personne du licencié ; sur le fondement de cet *intuitu personae* il a donc le droit de résilier la licence le jour où le gage est réalisé et où la licence est rachetée par un tiers. De plus le licencié non exclusif ne peut, sauf clause contraire, agir en contrefaçon pour préserver l'assiette sans le consentement du titulaire des droits.

## **(b) La délégation de créances**

L'assiette du nantissement peut-elle comprendre, comme c'est le cas en matière de films cinématographiques (art. 36 du Code de l'Industrie Cinématographique) ou comme cela a été réclamé en vain en matière de logiciel<sup>85</sup>, les recettes d'exploitation de l'universalité ? De telles dispositions n'existent pas en matière de fonds de commerce et ne se justifient que du fait de la particularité des films qui se déprécient par leur exploitation (ayant pour conséquence de rendre bien souvent inefficace la réalisation pratique du gage). Une telle disposition n'est pas envisageable en matière de nantissement de site web pris comme universalité, car celui-ci n'a pas, par définition, pas vocation à voir sa valeur se déprécier du fait de son exploitation et surtout parce qu'il n'a pas vocation à être commercialisé et ainsi engendrer des recettes d'exploitation pouvant servir à constituer l'assiette du nantissement<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Article L. 613-13 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>84</sup> Sans avoir à respecter les formalités du gage d'une créance (prohibé lorsque l'obligation est promise *intuitu personae* ce qui est généralement le cas des licences portant sur des droits de propriété intellectuelle), l'acceptation préalable du donneur de licence est imposée par l'art. 2075 du Code Civil.

<sup>85</sup> HUET J., MAISL H., Droit de l'informatique et des télécommunications : Litec 1989, n°375.

<sup>86</sup> Réserve doit être faite pour les sites web fabriqués par les SSII aux seules fins de les commercialiser, mais les praticiens tendent à les considérer comme des logiciels qui ne permettent pas le nantissement de recettes d'exploitation.

Les éléments pouvant constituer l'assiette du nantissement d'un fonds électronique correspondent donc à ceux précisés dans l'alinéa 1 de l'article L. 142-2 du Code de Commerce. En revanche, à défaut de désignation expresse et précise de ces éléments dans l'acte, le nantissement d'un tel fonds sera nul ; on ne souhaite pas faire l'économie du formalisme propre au droit d'auteur.

## **2°) L'objet de la cession**

L'identification de l'objet de la cession impose d'étudier les conséquences de la cession de l'élément essentiel de l'universalité **(a)**, la réalisation de la cession de contrats portant sur des droits de la propriété intellectuelle **(b)** et les conséquences des lacunes de l'acte constatant l'opération **(c)**.

### **(a) La cession de l'élément essentiel**

Il est impératif pour qu'une vente porte sur un fonds électronique qu'elle comprenne sur son élément essentiel ; dès lors que cette condition est satisfaite, il y a cession du fonds même si la vente n'englobe pas tous les éléments de celui-ci. Toute vente d'un élément du fonds n'entraînant pas transfert de l'achalandage s'analyse nécessairement comme la vente d'un élément isolé non soumis au régime de la vente d'un fonds électronique. Inversement, lorsque la vente d'un élément isolé emporte le transfert de la capacité attractive du site web, elle équivaut à la cession du site lui-même. La question relève de l'appréciation des faits par les juges du fonds. L'universalité qu'est le site web est nécessairement composée de contrats portant sur des droits de la propriété littéraire et artistique, de la propriété industrielle (cession, licence) et de contrats d'affichage. L'importance de ces éléments est telle, qu'ils peuvent tous constituer le support de l'achalandage, et que la cession de l'un d'eux peut emporter la cession du fonds dans son intégralité.

### **(b) La cession des contrats portant sur des droits de la propriété intellectuelle**

L'objet de la cession sera donc toujours l'achalandage, son support et tous les éléments du fonds que les parties préciseront dans l'acte constituant l'opération. Ainsi, les contrats de cession et de licence de droits passés par l'exploitant seront cédés avec l'universalité. Le transfert de contrats est admis en droit civil<sup>87</sup> lorsque les parties l'ont expressément prévu ; le tiers cessionnaire est alors tenu des droits et obligations nés du contrat transféré. Il est admis que les contrats portant sur des droits de la propriété littéraire et artistique ne peuvent être cédés sans l'accord préalable de l'auteur<sup>88</sup>. De

---

<sup>87</sup> BENABENT A., Droit Civil, Les obligations, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., p. 174, n° 257.

<sup>88</sup> GAUTIER, P-Y. Propriété Littéraire et Artistique, PUF 2001, 4<sup>e</sup> éd., p. 624, n° 368 admet l'extension de cette disposition à tous les contrats de droits d'auteur sur la base de l'art. L. 132-16 al1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

même, un contrat de licence (ou de cession de droit de la propriété industrielle) étant conclu *intuitu personnae*, le licencié n'est pas autorisé à céder la licence sans l'accord du titulaire du droit de la propriété industrielle dont elle est l'objet et ce même dans le cas d'une cession de fonds de commerce. Créances et contrats peuvent ainsi être transmis<sup>89</sup> avec le fonds, dès lors que les parties ont marqué leur volonté commune de les inclure dans la vente et que le droit des tiers est respecté. Cependant<sup>90</sup>, dans le cas de la cession d'un fonds, l'analyse individualiste doit céder le pas au mécanisme unitaire de la dévolution de l'universalité : la cession d'un fonds, comprenant des contrats portant sur des droits de la propriété intellectuelle, se fait sans le consentement des créateurs (auteurs ou titulaires d'un droit de la propriété industrielle) concernés, sauf à ce que le changement d'exploitant soit de nature à compromettre gravement les intérêts de ces créateurs. Afin de protéger ces derniers, le cédant, par application de la théorie des co-obligés, restera tenu à leur égard comme obligé accessoire<sup>91</sup> sauf à ce qu'il ait expressément obtenu du créateur au jour de la cession du contrat décharge de ses obligations. Par ailleurs, et afin d'éviter toute contestation à posteriori, nous ne saurions que trop recommander l'insertion d'une clause de substitution dans le contrat avec les créateurs ou leur ayant droits.

La cession porte également sur les droits dont l'exploitant est titulaire à titre originaire, qui n'ont pas fait l'objet d'un contrat.

### **(c) Les lacunes de l'acte constituant l'opération de cession**

La Cour de Cassation, en cas de silence des parties dans l'acte constitutif de cession d'un fonds de commerce, a décidé, sur le fondement de l'article L. 141-5 alinéa 2 du Code de Commerce, que la cession portait non seulement sur le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage mais également, de façon toute prétorienne, sur certains biens réputés avoir été cédés avec le fonds, parmi lesquels les droits de la propriété intellectuelle<sup>92</sup>. Poursuivant cette logique, il nous apparaît qu'outre les droits réputés cédés, les contrats et licences portant sur de tels droits le seraient aussi aux conditions visées précédemment.

Une telle position reviendrait néanmoins à contourner le formalisme existant en matière de cession de droits de la propriété intellectuelle (cf infra). A défaut de désignation expresse et précise des contrats et droits de propriété intellectuelle concernés dans l'acte, la cession d'un tel fonds sera nulle ; on ne souhaite pas faire l'économie de ce formalisme propre au droit d'auteur.

---

<sup>89</sup> La cession de créance doit se faire dans le respect des formalités prévues par l'article 1690 du Code Civil.

<sup>90</sup> Dans l'esprit de l'article L. 132-16 al. 2 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>91</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 déc. 2001 admettant que le cédant n'est déchargé de ses obligations que s'il y a une clause expresse en ce sens, [legifrance.fr](http://legifrance.fr) au 01/06/2003 ; GAUTIER, P.-Y. Propriété Littéraire et Artistique, PUF, 4<sup>e</sup> éd, 2001, p. 625, n° 369 pour l'application de la théorie des co-obligés.

<sup>92</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 4 déc. 1939, G.P 1940. I, 121, Com. 24 mars 1980, Bull. civ. IV n°14 ; PIBD, 1980, n°261, III, 135 à propos de droits sur des marques.

## § 2 : Les modifications de l'assiette des garanties

L'auteur et ses ayants cause bénéficient, en vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession de leurs droits, du privilège général des salariés sur les meubles et immeubles<sup>93</sup> ; l'assiette de ce privilège est constituée des sommes dues à l'auteur au titre des seules dispositions contractuelles<sup>94</sup>. La personne qui cède un fonds de commerce bénéficie pareillement d'un privilège sur les éléments désignés dans l'acte de cession. Dans l'hypothèse qui est la nôtre, l'exploitant du fonds est à la fois cédant d'un fonds électronique et titulaire (auteur ou ayant cause) des droits d'auteur cédés. Le privilège de l'auteur n'a pas son pareil en droit de la propriété industrielle et son rang est moins bon que celui du cédant du fonds de commerce. Ayant pour objectif la création d'un régime unificateur et présentant des garanties certaines pour le cédant, nous pensons donc que dans le cas de la cession d'une universalité de droits de la propriété intellectuelle telle que le fonds électronique, le cédant doit pouvoir bénéficier pleinement du privilège du vendeur du fonds de commerce. Reste que la protection effective du cédant contre le risque de solvabilité à venir de l'acheteur est subordonnée à la détermination précise des éléments de l'assiette.

La possibilité de réaliser un nantissement sur un fonds électronique en devenir (dont les éléments initiaux vont se développer et auxquels vont s'ajouter de nouveaux), et le fait que le site web soit voué à de constantes modifications ont pour conséquence nécessaire la modification de sa composition. Comme pour le privilège du vendeur, l'assiette du nantissement est donc sujette à modifications.

Modifications qui peuvent être de trois ordres : substitution **(A)**, disparition ou ajout d'un élément nouveau **(B)** par le fait du débiteur ou cessionnaire.

### **A) La substitution d'un élément de l'assiette**

Par le jeu de la subrogation réelle, les éléments d'un fonds de commerce qui disparaissent au profit d'un autre sont compris dans le nantissement du fonds de commerce. Cette règle doit être appliquée dans le cas du site web, puisque l'internaute, avide de nouveauté, recherche toujours ce qu'il y a de plus performant et, donc, ce qu'il y a de plus récent. Les modifications sont nombreuses et se font concomitamment à l'apparition des nouveaux programmes, logiciels, images... : l'objet de droit est « updaté » ou plus simplement remplacé soit par la dernière version soit par un objet

---

<sup>93</sup> Article L. 131-8 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>94</sup> Civ.1<sup>E</sup>, 1 mars 1988, Bull. Civ., I, n° 60 et Civ.1<sup>e</sup>, 24 mars 1993, Bull. civ., n° 125 excluant des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice causé par des actes de contrefaçon.

différent, mais aux mêmes fonctionnalités. Les droits y afférant subissent par ricochet les modifications qui s'imposent.

Pareillement, les éléments substitués par l'acquéreur à des éléments composant le fonds lors de sa cession entrent de plein droit dans l'assiette du privilège du cédant. Cela tient à la qualification d'universalité retenue pour le bien grevé : c'est l'ensemble dont les composantes sont appelées à se renouveler et à évoluer dans leur valeur.

L'inscription initiale au registre de l'INPI suffit à constituer en garantie le droit d'exploitation d'un bien intellectuel même s'il donne suite à des versions nouvelles, car il ne s'agit pas alors d'éléments nouveaux entrant dans l'assiette, mais de modifications d'éléments déjà compris dans celle-ci.

## **B) L'ajout ou la disparition d'un élément de l'assiette**

De façon générale, les éléments nouveaux qui entrent dans le fonds de commerce sans rien remplacer n'appartiennent ni à l'assiette du nantissement préalablement constitué, ni à celle du privilège du vendeur. Seul le certificat d'addition postérieur au nantissement d'un fonds, qui comprend le brevet auquel il s'applique, suit le sort du brevet et fait donc, comme lui, partie de l'assiette du gage constitué<sup>95</sup>. Mais, ils ont été supprimés par le législateur en 1990<sup>96</sup> et du fait du développement tout récent du web, ils ne font pas partie de la composition des sites web.

Tous les éléments qui viennent s'ajouter à la liste des composants du fonds électronique seraient donc exclus par nature de l'assiette du nantissement. Cela nous paraît faire peu de cas des intérêts du créancier qui aurait accepté un gage sur un fonds électronique en devenir. Nous suggérons, dans une telle situation, de prévoir dans l'acte de nantissement que la sûreté porte non seulement sur les éléments décrits au jour de la rédaction dudit acte, mais également sur les éléments futurs au fur et à mesure de leurs développements, et notamment sur les codes source finalisés. Il faudra veiller à ce que l'inscription de ces éléments nouveaux soit prise en charge par le constituant à mesure de l'élaboration du logiciel.

Enfin, lorsque par son fait le débiteur fait disparaître un élément compris dans l'assiette du créancier, il faillit à son obligation de conservation. Le créancier doit en ce cas pouvoir agir pour protéger l'assiette de son gage (cf infra).

---

<sup>95</sup> Article L. 142-2 al.2 du Code de Commerce.

<sup>96</sup> L. n° 90-1052 du 26 nov. 1990, art. 14.

## **Section 2 : Les Conditions de forme**

La part représentée par le site dans le patrimoine de l'exploitant est telle que les opérations y afférant doivent être réalisées dans la plus grande transparence. C'est l'identification précise des droits objets de l'opération qui protège les parties au contrat ; les tiers (créanciers, intérêt général, administration fiscale) sont, quant à eux, protégés par leur information quant à la date de la réalisation de l'opération et ses modalités. La réalisation de telles opérations doit donc être soumise à la rédaction d'un écrit détaillé (§1) ainsi qu'à sa publicité (§2). Ce formalisme, qui s'imposera à tous les droits de la propriété intellectuelle compris dans une opération portant sur un fonds de commerce et qui se veut unificateur, se devra de respecter les enjeux propres à ces différents domaines.

### **§ 1 : Le Formalisme intrinsèque**

Le formalisme intrinsèque revêt deux aspects complémentaires : l'exigence d'un écrit (A) et le respect de formalités impératives (B).

#### **A) L'exigence d'un écrit**

Par tradition consensualiste, la formation d'un contrat ne saurait être subordonnée en droit français à la rédaction d'un acte écrit. Nous l'étudierons en matière de cession (1) et de nantissement de fonds électronique (2).

##### **1°) Ecrit et cession du fonds**

S'il en est ainsi en matière de cession de droits d'auteur et de fonds de commerce, les règles de la propriété industrielle soumettent la validité (nullité relative pour les brevets, absolue pour les marques) d'un tel acte à la rédaction d'un contrat écrit<sup>97</sup>. Cependant, l'exigence, à peine de nullité, de mentions en matière de cession de fonds de commerce comme de droits d'auteur conduit *in fine* à la rédaction d'un écrit à peine de nullité. C'est pourquoi, l'exigence d'un écrit à peine de nullité nous paraît inutile. Elle sera requise ad probationem.

##### **2°) Ecrit et nantissement du fonds**

Si le Code Cinématographique, comme les articles L. 132-34 al. 2<sup>98</sup>, L. 613-8<sup>99</sup>, L. 714-1 in fine<sup>100</sup> et R. 512-15<sup>101</sup> du code de la Propriété Intellectuelle requièrent, *ad*

---

<sup>97</sup> Article L. 613-8 al. 5 et article L. 714-1 al. 4 du Code de la Propriété Intellectuelle, respectivement en matière de brevet et de marque.

<sup>98</sup> En matière de logiciel.

<sup>99</sup> En matière de brevet.

<sup>100</sup> En matière de marque.

<sup>101</sup> En matière de dessins et modèles.

*validatem*, la réalisation par écrit du contrat de nantissement, l'article L. 142-3 alinéa 1 du Code de Commerce exige, en plus, qu'il s'agisse d'un acte sous seing privé ou notarié mentionnant expressément les droits de la propriété intellectuelle pour qu'ils soient inclus dans l'assiette.

L'écrit ayant pour finalités essentielles une fonction de détermination de l'assiette du gage, de détermination des droits nantis (le gage peut porter sur tout ou partie des droits constituant le fonds), un retour au droit commun qui fait de l'écrit une exigence probatoire et une condition d'opposabilité au tiers s'impose. Cet écrit, pour plus de sécurité, serait un acte sous seing privé ou notarié exigé *ad probationem*.

## **B) L'exigence de mentions obligatoires**

Que ce soit en matière de cession de fonds de commerce ou de cession de droits d'auteur, le législateur requiert des mentions obligatoires *ad validatem*. Il nous faut appréhender la réalité de ces mentions dans le cas de la cession d'un fonds électronique (1), mais aussi de son nantissement (2).

### **1°) Mentions obligatoires et cession du fonds**

La validité du contrat de cession d'un site web sera soumise au respect de mentions obligatoires, imposées afin de renseigner le cessionnaire sur la valeur des droits cédés, de protéger l'exploitant contre une dépossession intempestive de ses droits.

Le contrat de cession du fonds électronique porte sur des droits de la propriété intellectuelle cédés soit dans le cadre de la cession du contrat dont ils font l'objet, soit hors cadre de tout contrat. Suivant la lettre de l'article L. 131-3 alinéa 1 du Code de la Propriété Intellectuelle, il importe qu'il soit fait mention de chaque droit de la propriété littéraire et artistique cédé. L'étendue de ces droits devra également être précisée et en tout état de cause, il s'agira au moins du droit de représentation et de reproduction sur internet. Quant aux droits de la propriété industrielle, aucune mention obligatoire n'est requise au titre du formalisme contractuel, mais les droits cédés devront être identifiés avec précision.

Ainsi, en cas de lacunes de l'acte, l'opération ne porte que sur les éléments dont il est fait mention dans les conditions précitées. Lorsque le support de l'élément essentiel est cédé alors le fonds est réputé l'être ; la cession dudit support est donc nulle si elle ne satisfait pas les conditions de cession du fonds.

Le législateur de 1909 énonce que le vendeur est tenu de préciser un certain nombre de mentions dans l'acte de cession d'un fonds de commerce afin de « protéger le consentement de l'acheteur »<sup>102</sup>. L'énoncé de ces mentions lors de la cession du fonds

---

<sup>102</sup> BARRET O., « Les contrats portant sur le fonds de commerce », LGDJ 2001, n° 142, p. 83.

électronique devra être respecté par son exploitant dont les finalités sont celles d'un exploitant traditionnel. En effet, la valeur de l'universalité ainsi que les difficultés pour appréhender ses contours (il s'agit de droits et d'objets de droits immatériels par nature) plébiscitent l'exigence de telles mentions *ad validatem*. L'omission de ces mentions sera sanctionnée par la nullité de l'acte de vente, leur inexactitude par l'ouverture de l'action en garantie prévue aux articles 1644 et 1645 du Code Civil (cf infra).

Il convient à notre avis que soit communiqués en plus des livres de compte d'exploitation, les fichiers de transactions faites via le net ainsi que ceux de la fréquentation du site. Les mêmes sanctions qu'en cas de faux de livres de comptes de l'exploitation devront être appliquées.

## **2°) Mentions obligatoires et nantissement du fonds**

Comme dans le cas de la cession, les droits de la propriété intellectuelle devront expressément faire l'objet de mentions distinctes, et également être délimités dans leur domaine d'exploitation *ad validatem* (que l'exploitant soit ou non titulaire des droits à titre originaire ou simplement cessionnaire) afin de connaître avec précision l'étendue de la sûreté (elle porte sur un bien immatériel qui en tant que tel n'est pas aisément identifiable pour le banquier profane). De plus, ces indications seront requises lors de l'inscription.

Lorsqu'un tel gage sera commercial (le constituant a la qualité de commerçant ou le gage est constitué pour réaliser un acte de commerce), il pourra être constitué pour une créance indéterminée alors que le gage civil doit toujours préciser le montant garanti.

## **§ 2 : Le Formalisme extrinsèque**

Le formalisme extrinsèque vise à protéger l'administration fiscale (afin qu'elle puisse prélever les droits de mutation qui lui sont dus lors d'une cession), les créanciers du cédant (afin qu'ils fassent valoir leurs droits lors de la réalisation de l'opération) et tout particulièrement les créateurs qui ont cédé leurs droits à l'exploitant.

Si « la publicité est imposée par tous les textes qui traitent d'un gage sur une propriété intellectuelle »<sup>103</sup>, « Les contrats relatifs au droit d'auteur ne donnent lieu en règle générale à aucune formalité de publicité »<sup>104</sup>. Si cela n'a que peu d'importance en cas de cession, nous verrons que les enjeux sont considérables en terme de constitution de garantie sur de tels droits **(A)**, d'où la nécessité d'un mécanisme de publicité des opérations portant sur l'universalité **(B)**.

---

<sup>103</sup> VIVANT M., L'immatériel en sûreté, Mélanges CABRILLAC, p. 405.

<sup>104</sup> LUCAS A., LUCAS H.-J., Traité de la propriété Intellectuelle, Litec 2001, 2<sup>e</sup> éd., n° 490.

## **A) Les enjeux de la publicité d'une universalité de droits de la propriété intellectuelle**

Le défaut de titre et de publicité en matière de droit d'auteur présente des difficultés pour le gage (1) et la cession (2) d'une telle universalité.

### **1°) Publicité et nantissement de droits de la propriété intellectuelle**

Ainsi, la principale objection quant à la constitution de garantie sur un droit d'auteur réside dans l'absence de dépossession possible car la constitution du monopole d'exploitation de l'auteur ne résulte ni d'enregistrement, ni d'aucune formalité de publicité<sup>105</sup>. Il n'existe d'ailleurs ni registre des œuvres, ni de titre délivré pour marquer la naissance d'un droit d'auteur et en avertir les tiers. La loi de 1909 prévoit une publicité du nantissement du fonds de commerce au greffe du tribunal de commerce, à laquelle s'ajoute une publicité auprès de l'INPI pour les marques, les brevets et dessins et modèles inclus dans le fonds nanti. Cette publicité est réalisable en raison de l'existence de titres et registres. Elle est nécessaire pour informer les autres créanciers (qui n'iraient pas voir spontanément au registre du commerce) du propriétaire du bien intellectuel de l'existence du gage. En revanche, il n'est pas fait mention de la possibilité d'inclure dans le nantissement d'un fonds de commerce des droits de la propriété littéraire et artistique, laissant à penser que ces droits, qui ne peuvent faire l'objet d'un gage par eux-même, ne le peuvent pas non plus par la voie du fonds de commerce<sup>106</sup>, sauf à se contenter de la seule publicité du nantissement du fonds au greffe.

### **2°) Publicité et cession de droits de la propriété intellectuelle**

De même, les contrats de cession de droit d'auteur ne sont soumis à aucun formalisme extrinsèque à la différence des cessions de nom commercial, enseigne qui font l'objet d'une mention au RCS, des brevets qui sont inscrits au Registre National des Brevets, des dessins et modèles déposés au registre des dessins et modèles, des marques au registre national des marques à peine d'inopposabilité aux tiers et donc d'impossibilité de faire valoir ses droits auprès des tiers (agir en contrefaçon...). La cession du fonds de commerce est pour sa part soumise à un régime de publicité original qui doit être respecté à peine de ne pas être libéré par son paiement auprès des tiers.

Nous avons admis que le cédant d'un fonds électronique jouissait du privilège du vendeur de fonds de commerce ; or celui-ci n'est valablement constitué qu'à la condition que les formalités de publicité de l'acte de cession du fonds soient réunies, qu'il soit lui-même inscrit sous les mêmes conditions que le nantissement. Les difficultés rencontrées sont donc identiques, les solutions sont donc les mêmes.

---

<sup>105</sup> Article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>106</sup> STENGER J-P., le gage des droits de propriété intellectuelle, RDPI, Oct. 1995, II. A. p. 17.

## B) La publicité de l'universalité

### 1°) Le casier commercial

On ne peut ni conclure à l'impossibilité de nantir une universalité comprenant majoritairement des droits d'auteur, ni se contenter d'une inscription générale du fonds au greffe du tribunal de commerce, encore moins accepter une remise symbolique du support<sup>107</sup> ou se reporter au régime du nantissement de logiciel impropre<sup>108</sup> et, de surcroît, inefficace en pratique. Il nous faut donc sortir des sentiers légaux et se résoudre au système de double publicité afin de conférer au créancier un droit de suite complet et non restreint, de créer un gage sûr pour les investisseurs.

A la publicité au greffe du tribunal de commerce, sur un registre semblable à celui existant en matière de fonds de commerce pour signaler le nantissement du fonds électronique, s'ajoutera une publicité auprès de l'INPI pour chaque droit de la propriété intellectuelle compris dans l'assiette du nantissement. Cela nécessite bien entendu la création d'un registre spécial pour toutes les œuvres de l'esprit protégeables comme il a été fait en matière de logiciel, sans pour autant que la naissance des droits de propriété littéraire et artistique ne soient soumis à inscription<sup>109</sup>. La création d'un tel registre n'appartient pas de l'esprit du droit d'auteur français, mais est la conséquence directe du développement toujours plus grand du domaine de protection du droit d'auteur. En outre, une telle construction doit permettre à terme la constitution de gage sans dépossession sur des droits d'auteur en passant par le nantissement du fonds de commerce (double inscription), ou de façon directe par une inscription sur le registre créé à cet effet.

Cette inscription sur registres se fera, pour les biens industriels et logiciels<sup>110</sup>, suivant les règles légales existantes. Pour les autres œuvres de l'esprit, l'inscription de chacun des droits nantis fera l'objet de mentions distinctes et précisera le domaine d'exploitation des droits nantis. Ce système d'inscriptions centralisées conçu « sous la simple coordination laissant subsister tous les modes fragmentaires qui existent actuellement » rejoignant l'idée de « casier commercial »<sup>111</sup> doit permettre de lutter contre l'éparpillement des publicités relatives aux sûretés mobilières sans dépossession. La généralisation de l'enregistrement et de la consultation informatique de tous les nantissements des droits de la propriété intellectuelle et d'un serveur unique centralisant ces informations, rendue possible par les progrès en informatique et en matière de

---

<sup>107</sup> GAUTIER P.-Y., *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF 2001, 4<sup>e</sup> éd, n° 361, p. 612.

<sup>108</sup> Partie I, chapitre 1

<sup>109</sup> Pourquoi permettre le nantissement des seuls droits d'auteur afférant au logiciel en créant un registre spécial pour cette œuvre ? Il faut cesser de catégoriser le droit d'auteur et créer un registre commun à toutes les œuvres de l'esprit permettant un nantissement digne de ce nom pour des actifs dont la valeur n'est plus niée.

<sup>110</sup> Article R. 132-8 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>111</sup> ROBLOT R., *Les sûretés mobilières sans déplacement*, in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> Siècle*, Etudes offertes à RIPERT G., LGDJ 1950, n° 15, p.376.

réseau, doit permettre dans un avenir proche un dépôt et une consultation rapide de tous les nantissements d'un droit de la propriété intellectuelle.

De plus, afin de s'assurer de l'effectivité de la publicité et du fait du caractère international du web, une inscription supplémentaire sur la page d'accueil apparaît indispensable.

## **2°) L'enregistrement**

Les formalités d'enregistrement **(a)** ont un but essentiellement fiscal **(b)**.

### **(a) Formalités de l'enregistrement**

Enfin, l'écrit constatant le nantissement ou la cession du fonds devra être dûment enregistré à *peine de nullité* et de ne pas pouvoir inscrire l'opération au greffe, privant ainsi d'efficacité le contrat à l'égard des tiers. En effet, cette inscription au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel l'exploitant à sa résidence habituelle (le lieu d'exploitation du fonds étant virtuel) rend le droit du créancier nanti, ou des parties au contrat de cession, opposable aux tiers. L'inscription des droits de la propriété intellectuelle doit, à notre sens, rétroagir au jour de l'inscription effectuée au greffe pour comparer le rang des différents créanciers et en particulier de ceux qui auraient un nantissement sur un droit d'exploitation seul (hors le nantissement d'un fonds de commerce) et pour départager les acquéreurs en cas de cessions successives.

### **(b) Droits d'enregistrement et fiscalité**

Rompue à la problématique de l'internet, l'administration fiscale appréhende le site web comme un établissement stable permettant l'assujettissement à la T.V.A. des opérations effectuées en son sein. En revanche, elle ne précise que depuis peu sa position quant au régime fiscal des dépenses liées à la création et l'acquisition de site web par les entreprises<sup>112</sup> et reste muette sur le régime fiscal de la cession d'un site web exploité.

L'article 719 du Code Général des Impôts soumet les cessions de fonds de commerce et de clientèle à un droit d'enregistrement à la charge de l'acheteur dans le mois de la réalisation de l'acte : l'assiette de cet impôt comprend le prix stipulé ainsi que les charges augmentatives, son taux est de 4,80 % au dessus de 22.500 €uros. Il est exclusif de la T.V.A. Ce régime s'applique aux cessions, hors fonds de commerce, de marques, dessins et modèles<sup>113</sup>, logiciels<sup>114</sup> et doit en toute logique être étendue aux

---

<sup>112</sup> Voir le projet d'instruction établie par la direction de la législation fiscal publié au bulletin officiel en novembre 2002 sur le site [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr) (au 01/06/2003).

<sup>113</sup> POMMARES M., Apports, cessions et licences de droits de propriété industrielle, Colloque IRPI : La fiscalité de la Propriété Industrielle, Litec 1989.

<sup>114</sup> Com. 17 déc. 1991, Expertises, 1992, p. 78.

cessions de droits d'auteur<sup>115</sup>. Les brevets faisant l'objet d'une exploitation bénéficient, quant à eux, d'un régime de faveur afin d'encourager le développement des sciences et techniques, sauf à ce que leur cession permette la poursuite par le cessionnaire d'une activité identique à celle du précédent titulaire<sup>116</sup>, dans ce cas retour au régime de la cession de clientèle. Au regard de ces quelques éléments de discussion, la cession du site web apparaît comme une cession de clientèle soumise à droit d'enregistrement, à l'exclusion de toute T.V.A.

Le vendeur d'un fonds de commerce doit, quant à lui, s'acquitter des plus values réalisées par cette cession. L'article 39 terdecies 1 du Code général des Impôts prévoit un régime de préférence pour les brevets permettant d'octroyer le régime des plus values à long terme là où les plus values à court terme devraient s'appliquer lorsque le droit a été acquis à titre gratuit ou à titre onéreux depuis plus de deux ans (afin d'éviter la spéculation). L'article 93 quater I alinéa 2 du même code applique le régime des plus values à long terme aux produits des cessions de droits portant sur des logiciels originaux par leurs auteurs personnes physiques. Ce régime est d'application restrictive et « ne peut donc être transposé aux autres créations informatiques [...] même si elles posent des problèmes voisins »<sup>117</sup>. Les plus values dégagées à l'occasion de la cession du fonds électronique doivent, à notre avis, suivre le régime de droit commun, à l'exception des plus values dégagées par la cession des brevets et logiciels qui suivent leur régime propre. Reste à observer que la qualification du site en logiciel aurait permis l'application d'un régime fiscal dérogatoire du droit commun plus favorable.

---

<sup>115</sup> LUCAS A., LUCAS H-J, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec 2001, 2<sup>e</sup> éd., n° 741, p. 561.

<sup>116</sup> Article 731 du Code Général des Impôts et Com. 13 fév. 2001, JCP E, IV, 1649.

<sup>117</sup> LUCAS A., LUCAS H-J, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec 2001, 2<sup>e</sup> éd., n° 741, p. 561.

## **CHAPITRE 2 : LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES A UNE OPERATION SUR LES DROITS D'UN SITE WEB**

### **Section 1 : Les droits et obligations des parties à un contrat de nantissement de fonds électronique**

L'effectivité du gage sur le fonds électronique est conditionnée par le renforcement des obligations du constituant (§1) et la multiplication des droits du créancier lui permettant de contrôler la préservation de la valeur de son assiette (§2). C'est là le prix pour qu'un gage sans dépossession connaisse un succès pratique car la faiblesse des droits de la propriété intellectuelle réside dans le fait que leur propriété est aisément contestable et que la valeur dépend largement de l'engouement de la clientèle à leur propos.

#### **§ 1 : Les obligations du constituant**

Le succès d'un tel gage dépend largement de la mise en place, à la charge du constituant, d'une obligation de souscrire à une assurance de bonne fin (A) et du renforcement de l'obligation de conservation (B).

##### **A) L'obligation de conclure une assurance de bonne fin**

En l'absence de dispositions légales imposant la souscription d'une assurance de bonne fin, nous ne pouvons qu'appeler les contractants à prévoir des clauses en ce sens pour assurer au créancier l'effectivité de son gage : ses droits se reporteraient sur l'indemnité d'assurance au cas de contestations ou de toute autre perte de valeur des biens nantis.

##### **B) Le renforcement de l'obligation de conservation**

Le gage sans dépossession permet au constituant de continuer à exploiter le bien mis en gage : le propriétaire de l'universalité grevée conserve, entre le moment de la constitution de la sûreté et l'arrivée à échéance de la dette garantie, la maîtrise de son administration, de sa gestion. Il s'agit là de répondre, en premier lieu, à une exigence économique : préserver la valeur du bien nanti. La contrepartie de cette absence de dépossession réside dans l'obligation pour l'exploitant de préserver la valeur de l'universalité constituant l'assiette du gage sur un plan juridique et technique, c'est à dire la capacité attractive émanant de la synergie des éléments mis en gage et non les éléments eux-mêmes<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> « Pour asseoir son crédit il [le débiteur] ne met en réserve, à l'intention du créancier qui pourra s'en saisir, ni la possession de cette chose, ni sa propriété. Ce que le créancier sait pouvoir attendre du gage, c'est la

Sur un plan juridique, c'est principalement agir en contrefaçon contre les tiers éventuels qui ne respecteraient pas les monopoles d'exploitation composant l'universalité. Quant aux contrats de licence compris dans l'assiette, l'exploitant ne peut agir en contrefaçon uniquement avec l'autorisation du titulaire des droits, sauf contrat de licence exclusif à son profit. Il s'agira également, pour l'exploitant, de s'assurer de l'accord du titulaire des droits (en cas de licence) ou du cessionnaire le cas échéant, de s'assurer de sa titularité sur les droits de la propriété intellectuelle qui viendront au fur et à mesure constituer l'assiette du nantissement contracté pour éviter une éviction. Enfin, il doit maintenir le droit en vigueur par le paiement des redevances pour les logiciels, des taxes annuelles pour le cas des brevets<sup>119</sup>, par le renouvellement en temps utile des droits sur les marques, dessins et modèles et nom de domaine.

Il doit veiller à exploiter les marques pour éviter la déchéance du droit d'occupation, sans faire de faute dans leur utilisation car leur valeur individuelle et celle de l'achalandage de l'universalité en dépendent. Le non renouvellement à bref délai des contrats permettant la mise en ligne de l'universalité (et donc conditionnant sa capacité attractive, son existence), la résiliation d'un contrat d'affichage (assimilé au contrat de bail), la déspecialisation plénière du site signifiant par exemple le passage d'un site informationnel réalisant ses marges sur la publicité en ligne à un site marchand (la sûreté doit pouvoir se reporter sur le fonds substitué à l'original par le jeu de la subrogation), la cession du nom de domaine et, de façon générale, les opérations visant à renoncer à un droit de propriété intellectuelle (quel qu'il soit) compris dans l'assiette doivent justifier du consentement écrit du créancier gagiste à peine d'inopposabilité et déclarer qu'il existe un gage sur celui-ci<sup>120</sup>. Le nantissement d'une universalité de droits de la propriété intellectuelle doit emporter obligation d'exploitation<sup>121</sup> pour le débiteur afin de renforcer la force de ce gage.

La conservation de l'assiette du gage se fait également sur un plan technique. La valeur du site web est tributaire de sa capacité à attirer, c'est à dire de la non obsolescence de son achalandage à savoir des objets de droits intellectuels qui le composent. Le débiteur doit donc veiller à substituer les éléments du site dont la capacité attractive s'amenuise par de nouveaux ou les « updater ». Les modalités de cette obligation seront à préciser dans le contrat de gage.

---

valeur de cette chose » : ATIAS C., La valeur engagée, Rev. Jurisp. Com. 1994, numéro spécial « le gage commercial », p.73.

<sup>119</sup> SALVAGE-GEREST P., SOUWEINE C., J-CI Brevets, Fasc. 4770, n° 37.

<sup>120</sup> De telles dispositions existent déjà dans le Code de la Propriété Intellectuelle en matière de brevet (Art. R. 613-45 al.4 du Code de la Propriété Intellectuelle), marques (R. 714-1 du Code de la Propriété Intellectuelle), dessins et modèles (art. R. 513-2 al.3 du Code de la Propriété Intellectuelle), elles doivent être étendues aux autres droits de la propriété intellectuelle.

<sup>121</sup> Même lorsque la perte du droit n'est pas expressément sanctionnée par les textes comme c'est le cas pour les marques (article L. 714-5 du Code de la Propriété Intellectuelle), les brevets (article L. 613-11 du Code de la Propriété Intellectuelle).

S'il paye totalement en principal, intérêts et frais, la dette pour laquelle il avait constitué le gage il peut se faire remettre une quittance des sommes payées accompagnée d'une déclaration de son créancier de l'annulation du gage par un acte écrit dans la même forme que l'acte constitutif du gage lui-même. Il a intérêt ensuite à publier cet acte pour restaurer son crédit et sa capacité à aliéner librement les éléments du fonds.

## **§ 2 : Les droits du créancier gagiste**

Ces droits doivent être réels pour permettre au créancier un retour sur investissement, sans pour autant faire l'économie des spécificités des droits de la propriété intellectuels. Il s'agit de lui permettre d'une part de préserver toute diminution de la valeur du gage jusqu'à l'échéance de la garantie **(A)**, d'autre part de mettre en œuvre la garantie lorsqu'elle arrivera à échéance **(B)**.

### **A) L'immobilisation intellectuelle**

Il détient dès la constitution du nantissement de garanties afin de préserver l'assiette de sa sûreté de toute diminution de sa valeur due aux agissements du constituant et de certains créanciers, ce qui le priverait ainsi de la possibilité de mettre utilement en œuvre, le moment venu, sa garantie de paiement. Faute de possession, il ne bénéficie pas de droit de rétention, mais ses garanties lui assurent ce qu'on a pu appeler une « immobilisation » intellectuelle.

Le nantissement étant une sûreté donnée par contrat, le créancier gagiste bénéficie des dispositions de l'art. 1188 du Code Civil au terme desquelles si le débiteur a diminué par son fait la sûreté donnée par contrat (s'il a failli à son obligation de conservation notamment), il encourt la déchéance du terme. Il doit être fait usage de cette faculté avant que le bien nanti perde toute sa valeur à peine d'être totalement inutile.

La Cour de cassation<sup>122</sup> ayant déjà fait application de l'art. 314-5 du Code Pénal érigeant en délit le fait de détourner un bien donné en gage classique pour un gage sans dépossession, il s'appliquera au cas de détournement d'un bien du site web gagé par le débiteur.

En revanche, le créancier-gagiste, à l'image d'un simple licencié ne semblerait logiquement pas pouvoir agir en contrefaçon sans l'accord de son débiteur si cela n'est pas expressément stipulé par une clause du contrat de nantissement pour protéger un monopole d'exploitation de l'universalité menacé par un tiers. En effet, l'action en contrefaçon appartient au seul titulaire de droit, ce n'est qu'exceptionnellement qu'un

---

<sup>122</sup> Les décisions de la Chambre Criminelle du 13 mars 1909 et 25 juillet 1912 en étant les premières applications.

autre peut se voir la faculté d'agir (le licencié exclusif). Au risque d'aller à contre courant du droit commun du gage, l'ouverture de cette action au créancier gagiste nous semble devoir être admise en cas d'atteinte à ses droits gagés et après refus du débiteur d'agir, suite à notification. Cela se justifie d'autant plus que la condition d'exigibilité de la dette posée par l'article 1166 du Code Civil pour exercer l'action oblique n'est pas remplie avant l'arrivée à échéance de la garantie. Reste l'action paulienne, mais elle aussi semble difficile à mettre en œuvre car est soumise à ce que l'acte frauduleux du constituant ait conduit à une diminution du gage telle qu'il est impossible ou inefficace pour le créancier d'exercer ses droits. Or l'octroi de droits sur le bien nanti à un tiers, loin d'être une fraude, est souvent en matière de propriété intellectuelle le moyen de susciter la valeur économique dudit droit. Reste qu'une partie de la doctrine admet l'exercice de l'action paulienne en l'absence de toute fraude<sup>123</sup>.

## **B) La mise en œuvre de la garantie**

Lorsque le débiteur ne peut honorer la dette garantie devenue exigible, le créancier gagiste bénéficie des droits gagés (1) selon un rang donné en quelques mains qu'ils se trouvent (2).

### **1°) Le droit d'attribution**

Si à l'échéance de la garantie, lorsque le nantissement est devenu exigible, le débiteur n'est pas en mesure d'honorer sa dette, le créancier est en droit de mettre en œuvre sa sûreté. Selon l'art. 2078 al.1 du Code de Civil et en l'absence de texte contraire<sup>124</sup> imposant une saisie préalable et donc la vente judiciaire d'un droit de propriété intellectuelle grevé, le créancier a le choix entre la vente judiciaire et l'attribution en propriété après estimation par experts désignés par le tribunal et à la condition que la valeur du gage ne dépasse pas celle de sa créance. N'étant en aucune façon liée à un droit de rétention, la deuxième branche de l'alternative doit être reconnue dans le cas d'un tel nantissement. Elle présente l'avantage pour le créancier de ne pas se retrouver en concurrence avec les autres créanciers privilégiés.

Le droit d'attribution suppose en revanche que la valeur du bien soit déterminée avec la plus grande précision et nécessite donc le recours à un expert entraînant des frais qui peuvent finalement décourager le banquier, d'autant plus qu'il ne saura que faire d'un site web. Céder les droits d'exploitation qui le composent, accorder une licence ; il n'a en tout cas certainement pas les compétences pour exploiter seul ce bien, qui retiré de la

---

<sup>123</sup> MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M., Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, n° 404.

<sup>124</sup> Selon les termes de l'article L. 142-1 al.2 du Code de Commerce, Le seul mode de réalisation judiciaire du nantissement du fonds de commerce est la vente forcée à l'exclusion de l'attribution judiciaire : le créancier d'un fonds de commerce nanti ne peut « se faire attribuer le fonds en paiement jusqu'à due concurrence ». Une telle exclusion ne jouera pour le nantissement du fonds électronique qu'autant qu'elle sera prévue par le législateur.

toile, risque de se dévaloriser rapidement, si tant est qu'il ait encore une valeur marchande significative. Dans tous les cas, l'exploitation se fera en tout état de cause dans la limite du domaine d'exploitation des droits cédés.

## **2°) La Réalisation du nantissement**

Qu'il s'agisse d'une vente ou d'une attribution judiciaire, le banquier bénéficie d'un droit de préférence **(a)** et d'un droit de suite **(b)**.

### **(a) Le droit de préférence du créancier gagiste**

En l'absence de dispositions spécifiques concernant la sûreté d'une telle universalité, son bénéficiaire dispose d'un privilège spécial mobilier visé à l'art 2012 du Code Civil. Son droit de préférence portera seulement sur la fraction du prix correspondant à la valeur des éléments du fonds compris dans l'assiette, mais sur toute cette fraction. Ce droit s'exerce sur les indemnités allouées en remplacement d'éléments disparus du fonds par voie de saisie-conservatoire ou de saisie-attribution (s'il dispose d'un titre exécutoire) portant sur la créance d'indemnité de remplacement, à hauteur du montant de sa propre créance.

Le rang sera déterminé suivant la date de son inscription au registre du tribunal de commerce. En cas de conflit avec le créancier gagiste d'un droit de propriété intellectuelle du fonds inscrit à l'INPI le même jour que son inscription au registre spécial du tribunal de commerce, alors c'est l'inscription au registre du tribunal de commerce qui prime, il faut donc désormais être très attentif aux inscriptions au tribunal de commerce avant de prendre un gage sur un droit de la propriété intellectuelle seul<sup>125</sup>. L'immobilisation intellectuelle dont bénéficie le créancier gagiste (*cf supra*) doit à cet égard être assimilée au droit de rétention afin de lui faire bénéficier du rang favorable accordé par la loi de 1994 en matière de procédures collectives aux sûretés assorties d'une tel droit.

### **(b) Le droit de suite du créancier gagiste**

L'un des intérêts du nantissement du fonds de commerce est que « les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe » lorsque la sûreté est régulièrement inscrite, sauf renonciation ou purge consécutivement à la notification de la vente du fonds<sup>126</sup>. Ce droit de suite général se retrouve également en matière de marque, brevet et film cinématographique, mais il fait défaut en matière de logiciel<sup>127</sup> (affaiblissant cruellement l'intérêt de la sûreté) car le régime de publicité des

---

<sup>125</sup> Conseil déjà rencontré en matière de nantissement d'un logiciel seul sous la plume de GAVANON I. in J- Cl. PLA, Fasc. 1360, 1998, n° 23.

<sup>126</sup> Article L. 143-12 al.1 du Code de Commerce.

<sup>127</sup> GAVANON I. in J- Cl. PLA, Fasc. 1360, 1998, n° 40. Le créancier doit donc démontrer la mauvaise foi du tiers pour bénéficier à son égard du droit de suite.

actes portant sur le logiciel n'est pas sanctionné par l'inopposabilité de tout acte portant sur le logiciel non publié (droit de suite restreint).

Le système de publicité des actes portant sur un fonds électronique tel que nous l'avons envisagé permet au créancier gagiste de jouir d'un droit de suite général sur le fonds électronique, lui permettant d'opposer son gage au tiers dès lors qu'il s'est inscrit avant que le tiers n'ait lui-même fait inscrire le transfert de propriété du fond gagé à son profit, la date des inscriptions important peu lorsqu'il est démontré que le tiers était de mauvaise foi.

## **Section 2 : Les droits et obligations des parties à un contrat de cession de fonds électronique**

La cession d'un tel ensemble fait naître à l'instar de toute vente des obligations réciproques à la charge des parties. L'acquéreur se voit transférer la propriété et les risques de la chose que le vendeur est tenu de lui délivrer contre paiement du prix. L'exploitant garantit la jouissance paisible de l'ensemble des droits cédés (§1) ; le cessionnaire, pour sa part, se doit de payer le prix et prendre possession du fonds (§2).

### **§ 1 : Les obligations du cédant**

Le législateur n'a pas dérogé sur ce point aux obligations édictées par le Code Civil. Il pèse sur le cédant une obligation de délivrance de la chose vendue (A) et une obligation de garantie (B).

#### **A) L'obligation de délivrer la chose vendue**

Il s'agira pour l'exploitant cédant de remettre au cessionnaire les éléments qui concourent au ralliement de la clientèle et qui ont été compris dans la cession. Dans le cas de la cession d'un site web, il s'agit des éléments lui permettant d'assurer l'exploitation du site. Concrètement, cela signifie la remise de tous les contrats de cession de droits qu'il a conclu : il entre ainsi en possession des droits dont l'exploitant était cessionnaire.

Cela consiste également en la remise des titres constatant les droits dont l'exploitant est titulaire à titre originaire. Le cédant devra transférer au cessionnaire tous les documents nécessaires à l'exploitation du brevet, lui apporter son concours pour l'inscription et l'avertir des difficultés pouvant exister (licence, actes de contrefaçon, litiges ...) ; il devra remettre le certificat d'enregistrement de la marque, lui apporter son concours pour l'inscription et lui remettre les titres attestant de ses droits sur le nom de domaine.

Il n'existe pas de titre en droit d'auteur, il n'y aura donc pas de remise de titre, mais l'exploitant doit mettre le cessionnaire en état d'user de ses droits nouvellement

acquis sur les œuvres concernées par la cession. Il doit ainsi remettre les images, les codes sources, les programmes ... permettant l'exploitation du site conformément aux droits acquis.

## **B) L'obligation de garantie**

Les dispositions existant en la matière en droit de la Propriété Intellectuelle ne font que reprendre les termes de l'article 1625 du Code Civil selon lequel la garantie à deux objets : la garantie d'éviction (1), la garantie des vices cachés (2). La mise en œuvre de ces deux obligations devra évidemment se faire dans les conditions prévues par le droit commun.

### **1°) La garantie d'éviction**

La garantie d'éviction revêt deux aspects pour le cédant : ne pas porter lui-même atteinte à la propriété de l'acheteur (a) et empêcher qu'un tiers invoquant un droit sur le fonds ne vienne contester la maîtrise de l'acheteur sur celui-ci (b).

#### **(a) La garantie du fait personnel**

Le vendeur doit s'abstenir de tout acte qui porterait atteinte aux prérogatives dont l'acheteur est investi en sa qualité de propriétaire du site : il ne saurait donc se prévaloir d'aucun titre lui conférant le droit d'exploiter le fonds ou un des éléments cédé avec celui-ci.

Il s'interdit également d'apporter un trouble de fait à l'acquéreur. Si les droits cédés ne l'ont pas été à titre exclusif, alors ils ont pu ou pourront être cédés et utilisés par d'autres individus ou le cédant lui-même. Cette obligation légale de non concurrence se traduit, dans le cas d'un fonds de commerce, par l'interdiction d'ouvrir une activité commerciale dans une sphère d'activité similaire. Interdiction légale (elle peut se doubler d'aménagements conventionnels) dont la portée est limitée par les tribunaux dans l'espace et dans le temps et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger car elle est un obstacle à la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette interdiction a-t-elle un sens sur le web ? En ce qui concerne la limitation géographique, on peut en douter. Le vendeur qui ouvre à nouveau un site dans le même domaine d'activité va obligatoirement faire de la concurrence (il n'y a qu'un seul marché, mais de taille mondiale<sup>128</sup>) à l'acquéreur et au pire détournera une partie de sa clientèle. Cependant, il est important de noter que l'ajout d'un concurrent aura un impact économique faible dans le contexte d'internet étant donné l'ampleur du marché et la volatilité de la clientèle. A notre avis, le cédant ne respectera pas cette obligation dès

---

<sup>128</sup> Le conseil national de la consommation sur le commerce électronique parle dans un avis de « zone de chalandise planétaire où les magasins deviennent virtuels et sans territoire », BOCCRF du 9 décembre 1997, p. 821.

lors qu'usant de droits qu'il a pourtant cédés, il réouvrira de façon intentionnelle un site dans le même domaine d'activité. Car en ce cas, il tente de capter la clientèle de l'acquéreur en usant, en tout ou partie, du même achalandage.

## **(b) La garantie du fait des tiers**

Il doit protéger l'acheteur contre toute action de nature à priver l'acquéreur de la propriété du fonds vendu ou de nature à compromettre le plein exercice de ce droit. C'est notamment le cas lorsqu'un tiers invoque la propriété du fonds : l'acquéreur ne peut invoquer à son profit l'article 2279 du Code Civil puisque ce texte n'est pas applicable aux meubles incorporels. C'est également le cas lorsque la revendication porte sur un droit de la propriété intellectuelle du fonds tel qu'il conditionne son exploitation, sauf à ce que la cession n'ait pas eu lieu à titre exclusif. La condition pour que l'acquéreur du fonds puisse faire jouer cette garantie est qu'une personne conteste un de ses droits.

## **2°) La garantie des vices cachés**

Prévue aux articles 1641 et suivants du Code Civil, elle donne à l'acheteur une garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue tels qu'ils la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou diminuent très sensiblement cet usage. L'usage auquel est destiné le fonds électronique est l'exploitation d'une activité sur le web fixant une clientèle. Conformément aux décisions rendues en matière de fonds de commerce, lorsqu'un élément du fonds, dont l'importance est telle qu'il conditionne l'existence du fonds lui-même, est vicié alors l'exigence de gravité postulée par la notion de vice caché est remplie. Ce sera notamment le cas lorsque le support de l'élément essentiel ou l'élément essentiel lui-même sera vicié. Le vice commercial, désignant l'insuccès commercial de l'exploitation, n'est pas garanti car le cédant ne promet pas à son partenaire que l'exploitation sera un tel succès.

Le site web étant quasi exclusivement composé de droits de la propriété intellectuelle, un vice ne peut affecter qu'un des droits cédés avec le fonds<sup>129</sup>. Mais le texte précise que le vice caché doit affecter une chose (ce qui renvoie à la corporalité) et non un droit<sup>130</sup>. Peut-il dès lors y avoir un vice caché sur un ensemble de droits ? Nous conviendrons qu'un vice portant sur une œuvre (et non le support) objet du droit, tel que le logiciel qui permet la navigation sur le site conduit à vicier « par ricochet » les droits afférant, ce qui permet d'agir en garantie des vices cachés. Pour les signes distinctifs et les brevets, doctrine et jurisprudences<sup>131</sup> considèrent le défaut d'antériorité sauf à ce que

---

<sup>129</sup> Un « bug » empêchant la bonne consultation du site peut évidemment constituer un tel vice, mais ce ne concerne alors pas un droit de la propriété intellectuelle.

<sup>130</sup> Quoique la Cour de Cassation fasse largement application de la théorie des vices cachés aux cessions de droits sociaux en recherchant le vice dans l'usage du droit ; Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2000, Bull. Civ. III, n° 7.

<sup>131</sup> AZEMA J., MOUSSERON J.-M., FOYER J., VIVANT. M, notamment ; TGI, Lyon 17 nov. 1983.

le signe soit notoirement connu (alors le défaut n'est plus caché) ou le défaut de brevetabilité comme un vice juridique (par opposition au vice technique qui est une défaillance ou une insuffisance du dispositif breveté) : le droit est alors vicié. Il est important de préciser que l'existence d'un vice juridique ne saurait justifier une action en garantie d'éviction car la cause de l'action en garantie d'éviction doit être l'exercice par un tiers ou le cédant d'un droit subjectif qui provoque une dépossession.

## **§ 2 : Les obligations du cessionnaire**

En droit civil, l'obligation essentielle du cessionnaire réside dans le paiement du prix **(A)** ; il en est une autre en propriété intellectuelle : l'obligation d'exploiter le droit cédé. Les motivations du législateur n'étant pas identiques en propriété littéraire et artistique et en propriété industrielle, l'étendue et les sanctions de cette obligation sont variables. L'obligation de prendre possession mise à la charge du cessionnaire se devra de concilier ces deux logiques **(B)**.

### **A) Le paiement du prix**

Le prix total payé par l'acquéreur du fonds n'est pas la somme de tous les éléments composant le fonds ; il correspond à la valorisation de sa capacité attractive. Comment évaluer cette capacité ? L'universalité présente à cet égard deux caractéristiques : d'abord, l'exploitation de cette œuvre multimédia se fait par sa mise en ligne et non par la commercialisation d'un support ; ensuite, elle n'est pas un ensemble de droits d'auteur, mais un ensemble de droits de la propriété intellectuelle. Il est néanmoins aisé de connaître précisément le volume des transactions réalisées sur un site et sa fréquentation : au regard de ces informations, du chiffre d'affaire de l'exploitant et des éléments composant l'universalité, les professionnels peuvent tout à fait valoriser l'ensemble. Nous envisagerons les deux modes de rémunérations existant en Propriété Intellectuelle : la rémunération proportionnelle **(1)** puis le forfait **(2)**.

#### **1°) La possibilité de la rémunération proportionnelle**

La cession par l'auteur de ses droits doit comporter à son profit la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation selon l'alinéa 1 de l'article L. 131-4 du Code de la Propriété Intellectuelle aux fins d'associer l'auteur au succès (ou l'insuccès) de son œuvre. Cette disposition ne s'applique qu'aux cessions consenties par l'auteur lui-même comme l'indique la lettre du texte et non à celle consentie par ses ayants droit ; le cessionnaire d'un auteur ne peut pour autant s'abriter derrière la cession qu'il a consentie pour se soustraire à la rémunération proportionnelle qu'il doit à son cédant (auteur). Rappelons à cet égard que la sanction des forfaits stipulés en dehors des exceptions légales est la nullité de la clause, voir du contrat.

Le site se compose de droits dont l'exploitant à titulaire originaire et de droits dont il est cessionnaire. Suivant la logique de la recherche d'un régime unique, il nous faut envisager une rémunération de la cession des droits sur le site qui soit fonction de la fréquentation de celui-ci après la cession (le site serait à cet égard assimilé à une œuvre exposée au public).

Aller au bout de ce raisonnement nous semble cependant, sur ce point, présenter au moins deux inconvénients. D'abord l'universalité n'étant pas exclusivement composée de droits d'auteur la règle de la proportionnalité va de fait être imposée à des droits qui ne sont pas des droits d'auteur. Ensuite, la réussite dans le domaine de l'internet, et donc la fréquentation d'un site, le nombre d'achats réalisés sur celui-ci, étant largement tributaire de facteurs autres que la capacité attractive du site web que cette logique exposerait le cédant au risque injuste de ne devoir jamais être payé.

## **2°) La solution du forfait**

Celle-ci bien que strictement tolérée dans des cas restrictivement prévus par la loi pour les seuls droits d'auteur semble s'imposer pour plusieurs raisons.

D'abord, nous l'avons déjà remarqué, une telle dérogation au principe de la rémunération proportionnelle se justifie à notre avis dans la mesure où l'analyse individualiste doit céder le pas au mécanisme unitaire de la dévolution de l'universalité dans la cession d'un fonds.

Ensuite, le respect, à tout prix, de cette règle se justifie d'autant moins que cette universalité ne contient pas que des droits d'auteur et que l'exploitant n'est en général que cessionnaire (de ses salariés, d'une web agency, d'une SSII) des droits d'auteur contenus dans l'universalité, ce sont donc des contrats qui sont cédés avec le fonds et non des droits dont l'exploitant est titulaire à titre originaire : l'acquéreur se substitue au cédant dans un contrat qui lui a été rétrocédé, il est alors tenu de rémunérer son cocontractant (auteur) suivant le mode de rémunération prévu au contrat (rémunération proportionnelle ou pas) car il y a substitution. Mais il paye le cédant du fonds pour la transmission du contrat avec un prix qui lui est fixe.

En troisième lieu, il convient d'observer que les droits qu'il détient à titre originaire sont la plus part du temps des droits de propriété industrielle. Leur cession n'est pas soumise, à peine de nullité, au respect de la règle de la rémunération proportionnelle.

Enfin, la licence d'utilisation de logiciels (et non cession de logiciel, pour laquelle le forfait est d'ailleurs toléré par le législateur) n'est qu'une mise à disposition d'un utilisateur, il ne s'agit pas d'un contrat d'exploitation de droits. Elle peut donc être cédée lors de la cession du fonds contre un prix fixe (sauf clause interdisant sa cession). La licence d'un brevet ou d'un signe distinctif se fera de la même façon si le concédant donne son assentiment.

Il s'agira alors de fractionner le prix total résultant de la vente du fonds valorisé selon la capacité attractive de chacun des éléments du site ; la rémunération de chaque droit correspondrait alors à une fraction du prix total. Le cédant recevra donc une rémunération forfaitaire pour un ensemble de droits de propriété intellectuelle.

Etant entendu que la révision du forfait global pourra être demandée dans les conditions prévues au terme de l'article L. 131-5 du Code de la Propriété Intellectuelle afin de tenir compte d'un succès inattendu dû à l'achalandage acquis par le cessionnaire des mains de l'exploitant cédant.

## **B) L'obligation de prendre possession**

Nous envisagerons l'étendue de cette obligation (1), puis la sanction de son non respect (2).

### **1°) L'étendue de l'obligation**

Si le vendeur doit délivrer la chose, l'acquéreur doit en prendre possession afin de l'exploiter. En droit de la propriété industrielle, l'obligation d'exploiter pèse sur le titulaire du droit en dehors de tout contrat car « les brevets doivent servir à la marche du progrès ; ils ne peuvent se transformer en barrières et l'entraver » selon Pouillet, et l'atteinte portée au droit de la concurrence portée par la monopolisation d'un signe distinctif ne se justifie qu'autant que celui-ci est utilisé pour distinguer une exploitation, ou des produits. Cette obligation est la contrepartie de l'octroi d'un monopole d'exploitation.

En revanche, en propriété littéraire et artistique, l'auteur décide, seul, de porter son œuvre à la connaissance du public. Aucune obligation de ce type ne saurait donc peser sur lui ; en revanche celle-ci peut exister vis-à-vis de ses co-contractants et à son bénéfice. Le législateur impose une telle obligation dans le cas de contrats nommément désignés : le contrat d'édition<sup>132</sup>, le contrat de production audiovisuelle<sup>133</sup>, le contrat d'adaptation<sup>134</sup> (mais moins forte), mais ne pose pas d'obligation générale applicable à toute les cessions. Si cette obligation ne peut être considérée comme la cause de la rémunération proportionnelle<sup>135</sup>, elle est, à notre avis, la contrepartie logique à toute cession exclusive de droits de la propriété littéraire et artistique afin d'éviter que le cessionnaire exclusif ne puisse bloquer l'exploitation de l'œuvre. Pour les droits d'auteur dont le cédant sera titulaire à titre originaire l'acquéreur s'assurera d'en faire l'acquisition à titre non exclusif afin de ne pas pouvoir se faire opposer une telle obligation. Seule l'acquisition de droits aux fins de reproduction et représentation sur le web lui est

---

<sup>132</sup> Articles L. 132-11 et L. 132-12 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>133</sup> Article L. 132-37 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>134</sup> Article L. 131-3 al. 4 du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>135</sup> Voir en ce sens Civ.1<sup>er</sup>, 19 juin 1990, D. 1991, jur., p. 436.

indispensable. De plus, la pratique dans ce domaine n'est pas d'imposer une obligation d'exploiter ; si les créateurs de site répondant à une commande cèdent les droits afférant à l'œuvre commandée dans un contrat de cession de droits qui peut être exclusif, le créateur reste davantage intéressé par la conclusion d'un contrat de maintenance du site que l'inclusion d'une obligation d'exploiter de son œuvre, qu'il ne considère d'ailleurs pas le plus souvent comme telle.

Au regard de ces observations, le constat suivant s'impose : les droits de la propriété industrielle s'accompagnent d'une obligation d'exploiter qui se transmet à chaque cession ou concession en dehors de toute stipulation contractuelle. En revanche, il n'existe pas de telle obligation en droit d'auteur et la pratique, dans ce milieu, ne va pas dans ce sens. Reste que la plupart des droits cédés le seront par le biais de contrat ; l'acquéreur se substituera donc à l'exploitant et sera tenu des obligations par lui souscrites. Quelles règles adopter lorsque la cession porte sur un ensemble comprenant de tels droits ? Le principe sera la poursuite des contrats en cours (et donc l'obligation d'exploiter à la charge du cessionnaire lorsque celle-ci a été expressément prévue dans ledit contrat où qu'il s'agit d'une obligation légale) comme cela existe dans le cas pour les contrats compris dans une cession de fonds de commerce par l'effet de la loi ou d'une disposition contractuelle<sup>136</sup>. Quant aux droits compris dans la cession qui n'ont encore jamais fait l'objet d'une cession, le cédant veillera à faire peser sur l'acquéreur une obligation d'exploiter si tel est son souhait.

## **2°) La sanction de l'obligation**

La sanction sera liée à l'inexécution cette obligation ; elle n'aboutira donc pas à la remise en cause de la vente du fonds de commerce. C'est alors au cocontractant (ou au vendeur pris dans sa qualité de cédant de droit de la Propriété intellectuelle) et non au vendeur du fonds de recourir contre l'acheteur. Il peut demander des dommages intérêts pour inexécution de ce seul contrat et agir sur le fondement des mécanismes du droit d'auteur ou de la propriété industrielle selon le droit concerné.

Si l'acquéreur n'exploite pas le fonds, mais le revend à son tour à un tiers acquéreur, il est alors subrogé par ce dernier dans ses obligations.

---

<sup>136</sup> BARRET O., Les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ, 2001, n° 337 et 338, p. 198.

# BIBLIOGRAPHIE

## 1. Ouvrages généraux

### 1.1 Droit de la Propriété Intellectuelle

- BOCHUBERG L., Internet et commerce électronique, Delmas 2001, 2<sup>e</sup> éd.
- GAUTIER P-Y., Propriété littéraire et artistique, PUF, 2001, 4<sup>e</sup> éd.
- HUET J., MAISL H., Droit de l'informatique et des télécommunications, Litec 1989.
- HOLLANDE A., LINANT DE BELLEFONDS X., Pratique du droit de l'informatique, Delmas 2002, 5<sup>e</sup> éd.
- LE TOURNEAU P., Contrats informatiques et électroniques, Dalloz 2002, 2<sup>e</sup> éd.
- LUCAS A., LUCAS H-J, Traité de Propriété Littéraire et Artistique, Litec 2001, 2<sup>e</sup> éd.
- LUCAS A., Droit d'auteur et numérique, coll. Droit@litec, Litec, 1998.
- MALLET-POUJOL N., LA création multimédia et le droit, coll. Droit@litec, Litec, 2000.
- OLIVIER F., BARBRY E., Le droit du multimédia, PUF, Coll. Que-sais-je ?, 2001.
- POLLAUD DULIAN F., Droit de la Propriété industrielle, Montchrestien 1999.
- VIVANT M., Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999.

### 1.2 Droit Privé

- BARRET O., Les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ, 2001.
- BENABENT A., Droit Civil, Les obligations, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd.
- CHARTIER Y., Droit des affaires, Tome 1, l'entreprise commerciale, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1993.
- COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE P., Contrats civils et commerciaux, Dalloz 2001, 5<sup>e</sup> éd.
- CORNU G., Vocabulaire juridique, PUF, 1998, 7<sup>e</sup> éd.
- GUYON Y., Droit commercial général et société, Tome 1, 2001, 11<sup>e</sup> éd.
- MESTRE J., PUTMAN E. et BILLAU M., Droit spécial des sûretés réelles, Traité de droit civil, LGDJ, 1996.
- MOTULSKY H., Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Thèse, Sirey 1948.
- RIPERT G., ROBLOT R., Traité de droit commercial, Tome 1, LGDJ 1998, 17<sup>e</sup> éd.
- SIMLER P, DELEBECQUE P., Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, Dalloz 2000, 3<sup>e</sup> éd.
- TERRE F., SIMLER P., Les biens, Dalloz 1998, 5<sup>e</sup> éd.

## 2. Articles et ouvrages spéciaux

### 2.1 Droit de la Propriété Intellectuelle

- AZIOSMANOFF F., Les états généraux de l'écriture multim(é)dia, Nov'art, fév. 1996, p.6.
- COZIAN M., La circulation des droits de propriété industrielle et l'imposition des bénéficiaires, Principes généraux, Colloque IRPI : La fiscalité de la Propriété Industrielle, Litec 1989.
- DESGORCES R., Notion de fonds de commerce et Internet, Communication Commerce Electronique, 2000, n° 3, chroniques, n°6.
- EDELMAN B., Le droit d'auteur comme contre-pouvoir (interview), Expertises, Mai 2003, n°270, p.170.
- FERRIER D., La distribution sur l'internet, JCP, Cahier de Droit de l'Entreprise, n° 2, 2000.
- FUENTES R., l'affaire Alice et l'émergence des droits d'un nom de domaine, Expertises, mai 1999.
- GAVANON I., Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1360 : le nantissement d'un logiciel, 1998.
- GAUTIER P-Y., Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1165, l'œuvre multimédia.
- HUET J., Le site Internet, gisements de droits de propriété Intellectuelle ?, Colloque IRPI : Commerce électronique et Propriétés Intellectuelles, Litec 2001, n°20.
- HUET J., La problématique juridique du commerce électronique, Revue de jurisprudence commerciale, n° spécial, colloque droit des affaires du XXIe siècle.
- ITEANU O., Les contrats de commerce électronique, Droit et Patrimoine, déc. 1997, n° 55, p.52.
- ITEANU O., Pages Web, quel régime juridique pour quelle protection ?, Légicom n° 12, 1996, p.29
- LOISEAU G., Nom de domaine et Internet : Turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, dalloz 1999, chroniques, p.9.
- LUCAS A., « Droit d'auteur et multimédia », Mélanges FRANCON, Dalloz, 1995, p.325.
- LUCAS A., SIRINELLI P., jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique, Les bases de données, 2002.
- PASSA J., jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1970 : Internet et droit d'auteur, Juin 2002.
- PASSEMAR B., Le rôle de la Propriété Industrielle dans la stratégie d'entreprise, Mélanges BURST J.J.
- POLLAUD- DULIAN F., Les droits intellectuels dans la tourmente des procédures collectives, Mélanges FRANCON, Dalloz 1995, p.365.

- POMMARES M., Apports, cessions et licences de droits de propriété industrielle, Colloque IRPI : La fiscalité de la Propriété Industrielle, Litec 1989.
- ROUBIER P., Droits intellectuels ou droits de clientèle, RTDCiv. 1935, p. 276.
- SALEVAGE-GEREST P., SOUWEINE C., Jurisclasseur Brevets, fasc. 4770.
- SIRINELLI P., Lamy Communication et multimédia.
- STENGER J.P, Le gage des droits de Propriété Intellectuelle, RDPI, oct. 1995, p.12.
- TREPPOZ E., La qualification logicielle d'un jeu vidéo, un modèle pour les œuvres multimédia, Petites Affiches, nov. 1999, n° 230, p. 10.
- VIVANT M., Internet et distribution sélective, JCP G, II, 10282, n°13, 29 mars 2000, p.590.
- VIVANT M., Le site marchand : carrefour de droits, Le droit de l'entreprise et de l'internet, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2002, p.35.
- VIVANT M., Internet, support publicitaire : régulation et déontologie, Gazette du Palais 1997, II, spécial publicité, p.1503.
- VIVANT M., L'immatériel en sûreté, Mélanges CABRILLAC, Litec 1998, p.405.

## 2.2 Doit Privé

- ATIAS C., La valeur engagée, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1994, numéro spécial : le gage commercial, p.73.
- DAIGRE J.J, Du fonds libéral en général, Mélanges SAYAG A., p. 191.
- DE BELOT P., La propriété commerciale a-t-elle un avenir ?, Revue de jurisprudence commerciale 1994, p.89.
- DERRUPPE J., clientèle et achalandage, Mélanges SAVATIER, p.167.
- DERRUPPE J., l'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale, Mélanges TERRE, PUF, p. 577.
- MALAUZAT J., La composition du fonds de commerce, Le statut juridique du fonds de commerce, 60e Congrès des notaires de France, 1962.
- ROBLOT R., Les sûretés mobilières sans déplacement, Etudes offertes à RIPPERT G., LGDJ, 1950,p.376.
- ROTONDI R., La nature juridique de l'achalandage, Annuaire Droit Commercial, 1930, p.137
- SAYAG A. et LEVI, Lamy Commercial, Etude du fonds de commerce.

## 3. Thèses et mémoires

- LATREILLE A., Les mécanismes de réservation et les créations multimédia, Thèse Paris-Sud, coll. Hyperthèse, 1998.
- LE FLOCH P., Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, Thèse, LGDJ 1986.

- LEMAIRE M-H., Le nantissement des droits de la Propriété Intellectuelle, Mémoire D.E.A droit de la Propriété Intellectuelle, Nantes, 2001.
- SADDE G., Le fonds de commerce virtuel, Mémoire D.E.A. créations immatérielles, Montpellier, 2000.
- SEIDOWSKY O., Le fonds de commerce électronique, Mémoire, Paris II- Panthéon Assas, 2000.

## REMERCIEMENTS

Je voudrais d'abord remercier la promotion pour l'ambiance de franche camaraderie qui a régné tout au long de cette année. Spécialement Vianney pour la mise à niveau en matière de traitement de texte et ses réflexions pertinentes.

Merci à Monsieur PANHALEUX pour m'avoir proposé cet intitulé et m'avoir orienté dans mes premières réflexions.

Merci à Marie-hélène VIGNES et Françoise DIFFRE pour l'aménagement des horaires de travail.

Enfin, merci à Martine, Gérard, Alexis et tout spécialement Elise.

# TABLE DES MATIERES

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
<b>PARTIE 1 : QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'UNIVERSALITE .....</b>	<b>12</b>
CHAPITRE 1 : LE SITE WEB, UNE ŒUVRE ORIGINALE ET COMPLEXE.....	13
Section 1 : Le site web, un contenant original .....	14
§ 1 : Le site web, œuvre d'une catégorie doctrinale .....	14
A) La qualification d'œuvre multimédia .....	14
1°) Le multimédia et l'œuvre multimédia .....	14
2°) La qualification du site web en œuvre multimédia .....	15
B) Absence de régime .....	15
§ 2 : Le site web, œuvre d'une catégorie légale.....	16
A) Le site web, base de données.....	16
1°) Les conditions de la qualification en base de données .....	16
2°) Une catégorie d'œuvre sans régime unique .....	17
B) Le site web, une œuvre audiovisuelle .....	18
1°) Les conditions de la qualification en œuvre audiovisuelle.....	18
2°) Le régime unique et unitaire de l'œuvre audiovisuelle .....	19
Section 2 : Le site web, un contenu complexe .....	20
§ 1 : Le régime unique issu de l'élément essentiel du contenu .....	20
A) La recherche de l'œuvre essentielle du site .....	20
1°) La place des séquences animées dans les sites web .....	20
2°) La place des logiciels dans les sites web .....	20
B) L'exclusion de cette alternative .....	21
§ 2 : Application distributive du régime éclaté d'une œuvre complexe.....	22
CHAPITRE 2 : LE SITE, UN FONDS ELECTRONIQUE .....	25
Section 1 : Composition du site web .....	26
§ 1 : La diversité des composantes du site web .....	26
A) Les deux exclusions légales .....	26
1°) Exclusion des immeubles.....	26
2°) Exclusion de certains biens meubles .....	26

B) Les éléments légaux .....	27
1°) Les éléments incorporels ordinaires .....	28
2°) Les éléments incorporels extraordinaires .....	30
3°) Les éléments corporels .....	31
§ 2 : L'élément essentiel du site web .....	31
A) La notion de clientèle d'un site web.....	31
1°) Clientèle et achalandage .....	31
(a) Définitions .....	32
(b) Interprétations jurisprudentielles .....	32
2°) Clientèle et Internaute.....	33
(a) Les clients des sites web.....	33
(b) Le rôle des internautes .....	34
B) Le support de la capacité attractive du site web.....	34
1°) La présence d'un site attractif sur le web .....	34
2°) L'adressage du site par nom de domaine .....	35
Section 2 : Caractéristiques de l'achalandage.....	36
§ 1 : Existence de l'achalandage sur le web .....	37
A) La naissance du fonds électronique.....	37
B) La disparition du fonds électronique .....	37
§ 2 : Autonomie de l'achalandage.....	38
A) Autonomie et fonds électronique géographiquement intégré .....	39
1°) Autonomie de l'achalandage et fournisseur d'accès .....	39
2°) Autonomie de l'achalandage et galerie marchande virtuelle .....	39
B) Autonomie et réseaux de distribution sur le web.....	40
<b>PARTIE 2 : REGIME JURIDIQUE DE L'UNIVERSALITE.....</b>	<b>42</b>
CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE REALISATION D'UNE OPERATION SUR LES DROITS D'UN SITE WEB .....	44
Section 1 : Les conditions de fonds.....	44
§ 1 : La détermination de l'objet de l'opération.....	44
A) Existence et propriété des éléments du site web .....	44
1°) La propriété des éléments constitutifs de l'universalité.....	44
2°) La réalisation d'une opération sur un fonds électronique futur.....	45
(a) Le nantissement du fonds électronique futur .....	45
(b) La cession du fonds électronique futur .....	46
B) L'identification de l'objet de l'opération.....	47
1°) L'assiette du nantissement .....	47
(a) Les lacunes de l'acte constituant l'opération de nantissement .....	47
(b) La délégation de créances .....	48
2°) L'objet de la cession .....	49
(a) La cession de l'élément essentiel.....	49
(b) La cession des contrats portant sur des droits de la propriété intellectuelle .....	49
(c) Les lacunes de l'acte constituant l'opération de cession.....	50

§ 2 : Les modifications de l'assiette des garanties.....	51
A) La substitution d'un élément de l'assiette.....	51
B) L'ajout ou la disparition d'un élément de l'assiette.....	52
Section 2 : Les Conditions de forme.....	53
§ 1 : Le Formalisme intrinsèque .....	53
A) L'exigence d'un écrit .....	53
1°) Ecrit et cession du fonds .....	53
2°) Ecrit et nantissement du fonds .....	53
B) L'exigence de mentions obligatoires .....	54
1°) Mentions obligatoires et cession du fonds .....	54
2°) Mentions obligatoires et nantissement du fonds .....	55
§ 2 : Le Formalisme extrinsèque .....	55
A) Les enjeux de la publicité d'une universalité de droits de la propriété intellectuelle.....	56
1°) Publicité et nantissement de droits de la propriété intellectuelle .....	56
2°) Publicité et cession de droits de la propriété intellectuelle.....	56
B) La publicité de l'universalité.....	57
1°) Le casier commercial .....	57
2°) L'enregistrement.....	58
(a) Formalités de l'enregistrement.....	58
(b) Droits d'enregistrement et fiscalité .....	58
 CHAPITRE 2 : LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES A UNE OPERATION SUR LES DROITS D'UN SITE WEB .....	
Section 1 : Les droits et obligations des parties à un contrat de nantissement de fonds électronique .....	60
§ 1 : Les obligations du constituant .....	60
A) L'obligation de conclure une assurance de bonne fin.....	60
B) Le renforcement de l'obligation de conservation.....	60
§ 2 : Les droits du créancier gagiste .....	62
A) L'immobilisation intellectuelle.....	62
B) La mise en œuvre de la garantie.....	63
1°) Le droit d'attribution.....	63
2°) La Réalisation du nantissement .....	64
(a) Le droit de préférence du créancier gagiste .....	64
(b) Le droit de suite du créancier gagiste .....	64
Section 2 : Les droits et obligations des parties à un contrat de cession de fonds électronique.....	65
§ 1 : Les obligations du cédant .....	65
A) L'obligation de délivrer la chose vendue.....	65
B) L'obligation de garantie.....	66

1°) La garantie d'éviction.....	66
(a) La garantie du fait personnel .....	66
(b) La garantie du fait des tiers.....	67
2°) La garantie des vices cachés.....	67
§ 2 : Les obligations du cessionnaire.....	68
A) Le paiement du prix.....	68
1°) La possibilité de la rémunération proportionnelle .....	68
2°) La solution du forfait.....	69
B) L'obligation de prendre possession.....	70
1°) L'étendue de l'obligation.....	70
2°) La sanction de l'obligation .....	71
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>72</b>
<b>REMERCIEMENTS .....</b>	<b>75</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>76</b>