



LE DROIT DE L'INFORMATIQUE, DES
RESEAUX ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION ET DE LA
COMMUNICATION

FEVRIER 2004

Sommaire

La transposition des licences <i>creative commons</i> en droit français et allemand -01/03/2004.....	2
Fracture ou fossé, disparité numérique -25/02/2004.....	7
la loi sur l'économie numérique -16/02/2004.....	10
L'interception de données sur le réseau d'une école - 08/02/2004.....	16
Condamnation pour interception de courriels syndicaux - 04/02/2004.....	20

Propriétés intellectuelles, Droit d'auteur

La transposition des licences *creative commons* en droit français et allemand -01/03/2004

Par M. Pierre Matringe, DEA Informatique et Droit .



La circulation et la réutilisation des œuvres, des contrats-type de licence, dont les licences *creative commons*, ont été proposé. Ces contrats-types s'inspirent des licences dites « libres », permettant à l'auteur d'un logiciel de ...

La circulation et la réutilisation des œuvres, des contrats-type de licence, dont les licences *creative commons*, ont été proposé. Ces contrats-types s'inspirent des licences dites « libres », permettant à l'auteur d'un logiciel de ne pas faire usage de ses droits patrimoniaux sur un logiciel. La particularité des licences *creative commons*^[1] réside en ce qu'elles offrent plusieurs options et qu'elles sont associées à des symboles, inspirés du symbole copyright, qui signalent de manière simple les droits sur l'œuvre. En cochant les différentes options de ces contrats, ce qui fait en tout onze contrats-type de cession de droit, l'auteur peut accorder ou se réserver des droits sur une œuvre qu'il entend diffuser. Une traduction dans plusieurs langues de ces licences est en cours mais les obstacles dus aux différences entre systèmes juridiques compliquent la tâche.

Les différences entre les droit français et allemand de la propriété littéraire et artistique et le *common law* sont importantes, tant en pratique qu'en théorie. Dans les premiers, la loi accorde une protection en l'absence de toute formalité et fixe un cadre protecteur limitant la liberté contractuelle au profit de l'artiste. Dans le second, sauf à apposer sur l'œuvre un *copyright*, les modalités d'utilisation d'une œuvre sont presque entièrement établies dans un contrat de licence.

La Convention de Genève, dite Convention universelle sur le droit d'auteur, du 6 septembre 1952 offre une solution de compromis en ce qui concerne le droit d'auteur. Elle expose en son article 3 que toutes les formalités nécessaires à la protection d'une œuvre sont réputées régulièrement exécutées si l'œuvre porte « le symbole accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'année de première publication ». Cet usage simple est largement répandu et constitue en quelque sorte la solution de facilité.

Les contraintes de ces régimes deviennent une limite à la circulation des œuvres et à leur réutilisation. Le régime du *copyright* a vu récemment la durée de la protection s'étendre à soixante-dix ans après la mort du créateur aux États Unis et dans la Communauté européenne. La rédaction d'un contrat de licence exige, quant à elle, l'intervention d'un

juriste.

L'adaptation en droit français et en droit allemand des licences *creative commons* soulève de nombreux problèmes au regard des droits d'auteur respectifs. En effet, la dépossession sans contrepartie par un créateur de ses droits patrimoniaux, voire de son droit de paternité, est suspectée par les droits nationaux de lui être imposée. Ces problèmes sont à la mesure de l'ambition des auteurs des licences *creative commons* mais ils ne semblent pas irréductibles.

Certaines questions ne seront pas évoquées ici comme celle du droit applicable, celle du caractère uniforme des licences *creative commons* si plusieurs juridictions sont amenées à les interpréter, ou encore celle de la traduction de la notion d'œuvre composite (« *derivative work* »), soulevée sur la liste de discussion relative à la traduction des licences *creative commons*[2]. Nous verrons que les droits d'auteur français et allemand restreignent le choix parmi les licences *creative commons*, tant en ce qui concerne le droit moral qu'en ce qui concerne les droits patrimoniaux, et que les licences *creative commons* ne peuvent mettre l'auteur à l'abri de toute responsabilité.

I. Licences *creative commons* et droit moral

Le droit moral est « Le lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fût-elle entrée dans le circuit économique[3] ». C'est l'ensemble des prérogatives sur l'œuvre accordées par la loi à l'auteur et auxquelles ce dernier ne peut renoncer. Le droit moral du créateur sur son œuvre oblige à abandonner deux des choix de la licence *creative commons*. En effet, l'option « paternité » (« *attribution* ») des licences dites *creative commons* permet d'obliger l'utilisateur de l'œuvre de citer le nom de l'auteur de l'œuvre. Or l'auteur ne dispose pas de la possibilité d'aliéner cette prérogative.

L'option « absence d'œuvre dérivée » (« *no derivative work* ») permet au créateur d'interdire toute œuvre basée sur celle sur laquelle des droits sont cédés. Cette possibilité n'est elle non plus pas disponible pour le créateur. D'une part, le droit au respect de l'œuvre fait partie du droit moral et est donc incessible, mais, d'autre part, tout artiste a le droit de citer une œuvre ou de s'en inspirer. La distinction entre nouvelle œuvre et œuvre dérivée ou plagiat (suivant la perspective dans laquelle on se place) est une question d'espèce et laissée à l'appréciation des juges. Elle se pose de la même manière en droit anglo-américain. Des juges nord-américains ont ainsi eu à trancher dans une affaire opposant les sociétés MySQLAB et Progress Software : la seconde était accusée d'avoir réutilisé le logiciel MySQL dans un logiciel commercialisé, ayant ainsi enfreint la licence GPL. La question du respect de l'œuvre est étroitement liée à celle du respect de la licence sur la première œuvre, puisque la réponse apportée permet de délimiter le champ d'application de la licence.

Les options « *attribution* » et « *no derivative work* » devront donc être considérées comme régulièrement cochées pour les œuvres soumises au droit français ou au droit allemand. Bien sûr, l'auteur peut ne pas faire usage de son droit moral, mais il n'y a alors pas de sécurité juridique pour l'utilisateur de l'œuvre. En théorie, tout utilisateur de l'œuvre est lié par le droit moral de l'auteur sur son œuvre, même si l'usage de ce droit moral sera rendu difficile en cas de diffusion sur Internet. Il en va autrement pour les prérogatives patrimoniales de l'auteur sur son œuvre.

II. Licences *creative commons* et droits patrimoniaux

D'autres dispositions des droits français et allemand du droit d'auteur restreignent le choix des options dans les licences dites *creative commons*. L'option « partage à l'identique » (« *share alike* ») soumet la diffusion par l'auteur d'une œuvre faite à partir de la première aux mêmes droits que ceux qu'il a reçus et l'option « pas d'usage commercial » (« *non commercial use* ») réserve à l'auteur la possibilité d'autoriser toute utilisation commerciale de son œuvre. Or, en droit français et en droit allemand, dès la première mise en circulation de l'œuvre, les droits de l'auteur sont épuisés, ce qui signifie qu'il ne peut plus demander de rémunération ni contrôler l'usage qui est fait de son œuvre. Bien que la théorie de l'épuisement des droits soit remise en cause en raison de la dimension mondiale de la première diffusion grâce aux réseaux de télécommunications, cette théorie exclut les options « *share alike* » et « *non commercial use* » des licences *creative commons*, dans leur version actuelle. Pour éviter ce problème, la licence art libre[4] est rédigée de telle sorte qu'elle crée un lien contractuel entre le créateur et chaque utilisateur de l'œuvre, et n'accorde que des droits particuliers sur l'œuvre sans prétendre régir la circulation de l'œuvre par des sous-licences.

Un autre problème soulevé par l'application en droit français et allemand des licences *creative commons*, et plus généralement des licences dites « libres[5] », est le respect du principe de l'interdiction des cessions globales ou trop générales de droits d'auteur [6]. Dans leur rédaction actuelle, les licences *creative commons* prévoient la cession du droit de copie et du droit de distribution en des termes très larges.

En cas de doute sur la cession par l'auteur d'un droit patrimonial, il faut interpréter le contrat pour déterminer son objet. Le principe est alors celui de l'interprétation stricte[7]. Dans cette interprétation, en droit français, il s'agit de connaître l'objet du contrat, qui doit être déterminé ou déterminable. En droit allemand, les droits cédés peuvent être déterminés en fonction du but du contrat, en application de la théorie dite « de la transmission ciblée » (*Zweckübertragungstheorie*) [8]. L'objet des licences *creative commons* est la mise à disposition de l'œuvre suivant les options choisies par l'auteur. Dans le corps du contrat, les droits patrimoniaux sont, à notre avis, mentionnés en des termes suffisamment précis. Cependant il est prévu que « Les droits mentionnés ci-

dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats, qu'ils soient connus aujourd'hui ou mis au point dans le futur ». Or la cession de droits d'exploitation de l'œuvre sous des formes non encore connues, est sans effet en droit allemand [9]. En droit français, elle doit respecter les conditions posées par l'art. L 131-6 CPI [10]. La version française des licences *creative commons* ne prévoit pas de participation de l'auteur aux profits tirés de l'exploitation de l'œuvre.

Enfin, comme il a été écrit sur la liste de discussion relative à l'adaptation en droit français des licences *creative commons* [11], pour que l'auteur puisse céder des droits patrimoniaux sur son œuvre, encore faut-il qu'ils ne les ait pas apportés à une société de gestion collective.

III. Licences *creative commons* et responsabilité

Sous réserve de l'observation des différentes conditions énumérées ci-dessus, l'œuvre peut librement circuler. Mais tandis que l'auteur abandonne la maîtrise de la diffusion de son œuvre, il ne peut se soustraire à sa responsabilité. Il ne s'agit ici pas tant de la responsabilité pour les produits défectueux ou de la garantie des vices cachés[12] que de la responsabilité civile pour faute. En droit français, cette responsabilité a par exemple été mise en jeu concernant l'auteur d'un ouvrage sur la radio qui avait oublié de citer Branly comme inventeur de la TSF[13] . Étant la grande diffusion potentielle de l'œuvre, la responsabilité peut devenir un lourd fardeau sur l'auteur.

Que ce poids pèse sur l'auteur d'une œuvre ne semble pas anormal, mais il pèse d'autant plus lourd que l'auteur ne perçoit pas de rémunération, du moins pas de rémunération directe. L'absence de possibilité de s'exonérer de sa responsabilité se comprend bien dans la logique des licences *creative commons* : la réutilisation d'une œuvre doit poser le moins possible d'interrogation juridique. Cependant, l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité a poussé, par exemple, l'auteur d'un manuel de droit, d'abord diffusé sous licence *creative commons*, à le diffuser ensuite librement, mais sous *copyright*[14] .

IV.

Conclusion

Les licences *creative commons* représentent une initiative intéressante mais va à l'encontre de l'objectif protecteur des droits d'auteur nationaux. « Il y a là une sorte de « subversion de l'intérieur » du droit d'auteur pleine de promesses [15] ».

Par M. Pierre Matringe, DEA Informatique et Droit .

[1] [Http://www.creativecommons.org/](http://www.creativecommons.org/) . Une traduction est des licences creative commons est actuellement en cours de réalisation sous l'égide du Cersa. Une première version de la version française des licences *creative commons* est disponible sur le site de creativecommons.org

[2] Message de J. B. Soufron, posté le 5 décembre 2003 à 18:41 : archives de la liste de discussion, identifiant du message : 1070646091.3fd0c34b8d277@imp3-l.free.fr

[3] P-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Coll. Droit fondamental Droit privé, 4e éd., Puf 2001, Paris

[4] <http://www.artlibre.org/>

[5] C. ROJINSKY, V. GRYNBAUM, *Les licences libres et le droit français*, Propriétés intellectuelles, juillet 2002 n° 4, p. 28, p. 32.

[6] « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à la durée . » art. L 131-3 CPI ; « *Sind bei der Einräumung die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet, so bestimmt sich nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegte Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Entsprechendes gilt für die Frage, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt, wie weit Nutzungsrecht und Verbotrecht reichen und welchen Einschränkungen das Nutzungsrecht unterliegt.* » (Si, lors de l'aménagement d'un droit d'exploitation, les droits ne sont pas désignés un à un, les droits qu'il englobe est déterminé selon le but contractuel poursuivi par les deux parties. Le cas échéant, il faut prendre en compte pour la question de savoir si un droit d'exploitation est aménagé ou non, le fait de savoir s'il s'agit d'un droit d'exploitation exclusif ou particulier, quelle portée ont droits d'utilisation et droit d'interdire et à quelles restrictions est soumis le droit d'exploitation) § 31 al. 5 phr. 2, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) du 9 septembre 1965, dans sa version du 12 septembre 2003 (UrhG) : BGBl du 12 septembre 2003, n° 46, I, p. 1774 ; <http://www.bmj.bund.de/images/11650.pdf>.

[7] V. note précédente.

[8] Consacrée au § 31 al. 5 phr. 1 UrhG, v. note 6.

[9] « *Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam* » (L'aménagement de droits d'exploitation pour des utilisations non encore connues, ainsi que les obligations corrélatives sont sans effet) § 31 al. 4 UrhG.

[10] « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation ».

[11] Message posté par Adrien Beau, le 25 janvier 2004, à 15:56:00 : archives de la liste de discussion, identifiant du message : 200401252156.00737@maya.enadir.net

[12] *Id.*, p. 34 et s ; Mélanie Clément-Fontaine, *La licence publique générale GNU [logiciel libre]* : Mémoire de DEA, Montpellier, 1999, <http://crao.net/gpl/>

[13] 1e civ. 27 février 1951 arrêt *Branly*: D. 1951, p. 329, note Desbois

[14] V. son site (<http://k.lenz.name/>) et faire une recherche avec "creative commons"

[15] Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sous la responsabilité de M. Vivant, Ed. Lamy, édition 2003, p. 1507, n° 2625

Droit, Droit de la communication et des télécommunications

Fracture ou fossé, disparité numérique -25/02/2004

Par Melle Marie-Alix Boussard, Allocataire de recherche .



Si l'on s'attache à la sémantique, la fracture et le fossé n'évoquent certainement pas la même chose. La fracture donne l'image d'une chose réparable, de révocable. Le fossé apparaît quant à lui comme le manque, l'inexistant qu'il faudra combler...

► Si l'on s'attache à la sémantique, la fracture et le fossé n'évoquent certainement pas la même chose. La fracture donne l'image d'une chose réparable, de révocable. Le fossé apparaît quant à lui comme le manque, l'inexistant qu'il faudra combler.

La France souffre d'une double fracture. Une première différence entre les français équipés en informatique ou pas demeure. Une seconde, plus marquante entre les français connectés et les français connectés au haut débit voit le jour. Les pays de l'hémisphère Sud, quant à eux, souffrent du fossé qui les sépare du numérique. Quelles réalités se cachent derrière ces constats ? Quels sont les moyens mis en œuvre afin d'améliorer l'aménagement numérique des territoires ?

La fracture numérique

Alors que la France affiche un certain retard par rapport aux autres pays d'Europe en ce qui concerne le niveau d'équipement informatique, elle est aujourd'hui face à un réel problème d'aménagement numérique de son territoire.

A l'heure actuelle, 7 millions de foyers ont accès au réseau. Seuls 50% d'entre eux y ont accès par le haut débit¹. Le territoire national souffre de large zone noire où l'accès au haut débit est indisponible. Afin de limiter ces disparités dont les conséquences économiques et sociales sont

aisément envisageables, il a fallu inclure un nouvel acteur au sein du développement des infrastructures et services télécom : la collectivité territoriale.

L'opérateur historique essoufflé dans le développement structurel de nouveaux services ne pouvait seul assurer un accès équitable au haut débit, au plus grand nombre. L'intervention des collectivités locales devait être, même si elle le modifiait, respectueuse et complémentaire du marché télécom, dont les infrastructures contrairement aux services ne sont pas ouvertes à la concurrence.

Sujet sensible dans les milieux intéressés, il faut aujourd'hui « dépassionner le débat »². L'intervention des collectivités locales dans le développement des infrastructures et services télécom permettrait de rallier les notions de société de l'information et de service public. Afin de mettre en œuvre ces projets, les collectivités locales devaient pouvoir intervenir de nouvelle manière, plus librement. Le projet de loi de confiance en l'économie numérique offre aux collectivités locales la possibilité élargie d'agir lorsque cela s'avère nécessaire.³

Ainsi, lorsqu'elles constatent un manque d'intervention, une insuffisance dans la fourniture de services haut débit, elles peuvent s'engager dans un processus de création de société de service public (utility) afin de devenir opérateur d'opérateur en utilisant les infrastructures passives.

L'insuffisance d'initiatives a été définie dans un amendement en deuxième lecture devant l'Assemblée nationale. L'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offre déclaré infructueux. Les collectivités locales pourront aussi exploiter ces réseaux en confiant à un autre opérateur le soin de fournir un service aux utilisateurs finaux. Les collectivités locales se substituent alors, à l'opérateur historique dont la mission de service public ne semble pas toujours efficiente.

L'accès équitable au haut débit en France n'est qu'une préoccupation de pays riche. Replacé dans un contexte mondial, la fracture devient fossé.

Le fossé numérique

Le sommet mondial de la société de l'information de Genève affichait clairement ses objectifs : adopter des mesures tendant à réduire la fracture numérique entre le Nord et le Sud.

Plus qu'une simple fracture, il s'agit d'un véritable fossé au regard des chiffres avancés : 91% des internautes représentent 19% de la population mondiale⁴. Dans un contexte international, il est essentiel que la société civile participe allégrement à l'atténuation de ce fossé numérique.

Evidemment, le développement de l'équipement informatique et l'accès facilité aux réseaux pour les pays du Sud ne sont pas des priorités essentielles à leur

développement. Cependant l'essor de l'informatique et des réseaux pourrait influencer sur les autres domaines de recherche. Deux moyens doivent être mis en œuvre afin de réduire cette fracture numérique au niveau international.

Il faut d'une part, selon les schémas classiques, que les pays riches dont le développement en infrastructures et services télécom est déjà assuré, collaborent avec les PVD. D'autre part, il faut instaurer de nouveaux échanges entre les différents Etats du Sud et créer une synergie entre les Etats émergents et les autres.

Le discours est optimiste, les mesures difficiles à instaurer. Le sommet de Genève n'a pas réellement abouti. Le fossé numérique demeure, dans l'attente du nouveau sommet prévu en 2005 à Tunis.

Marie-Alix Boussard
Allocataire de Recherche
Equipe de Recherche Informatique et Droit
Université de Droit de Montpellier

Par Melle Marie-Alix Boussard, Allocataire de recherche .

1 Gabrielle Gauthey, Membre de l'ART, in « Conférence : l'intervention des collectivités locales dans le développement des infrastructures télécom », Journées Internationales de l'IDATE, 19 novembre 2003.

2 Serge Bergamelli, Directeur Général adjoint de la stratégie de développement des NTIC Caisse des dépôts et consignations in « Intervention des collectivités locales dans le développement des infrastructures et services télécom », Journées Internationales de l'IDATE, 19 novembre 2003.

3 Projet de loi après la deuxième lecture de l'Assemblée Nationale, le 8 janvier 2004
<http://www.assembleenationale.fr/12/ta/ta0235-2.pdf>

4 Guy-Olivier Segord, ambassadeur spécial pour le sommet mondial de la société de l'information, in « les villes et les pouvoirs locaux dans la société de l'information » Cities e-world, Lyon, 4 décembre 2003.

Commerce électronique, Responsabilité

la loi sur l'économie numérique -16/02/2004

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .



Le projet de loi précisera la position technique des hébergeurs, en disposant dans la règle suivie pour tous les autres opérateurs de télécommunication, les cas précis où leur responsabilité pourra être engagée en cas de litige.

▶ Avec ce projet de loi et conformément aux objectifs fixés par la Commission européenne, notamment la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur) le gouvernement "souhaite tirer les enseignements des premières années d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications et prendre en compte les importantes mutations intervenues ces dernières années dans les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, afin de faciliter le développement de ces industries, de renforcer leur compétitivité, de consolider le service public, et d'offrir à nos concitoyens et à nos entreprises une gamme élargie de services".

Le projet de loi précisera la position technique des hébergeurs, en disposant dans la règle suivie pour tous les autres opérateurs de télécommunication, les cas précis où leur responsabilité pourra être engagée en cas de litige. Ces précisions marquent la volonté du Gouvernement de limiter la mise en cause abusive de ces professionnels, et d'identifier les auteurs réels des contenus illégaux et autres responsables éditoriaux susceptibles de poursuite.

La question de la responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet est enfin traitée, dans une rédaction proche de la directive commerce électronique. Cette dernière pose deux principes essentiels :

l'absence d'obligation générale de surveillance des contenus et de recherche active des activités illicites, et

l'absence de responsabilité en cas de neutralité vis-à-vis du contenu et, le cas échéant,

d'intervention prompte dès que l'intermédiaire a connaissance du caractère illicite ou préjudiciable d'un contenu.

Le projet de loi reprend l'idée de neutralité en prévoyant que « Les prestataires techniques [...] ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »

Ces principes sont ensuite déclinés en fonction des spécificités des prestataires concernés: fournisseurs d'hébergement, opérateurs télécoms et fournisseurs d'accès à Internet.

La LEN ne contient aucune disposition traitant spécifiquement de la responsabilité des fournisseurs d'accès. Ceux-ci sont englobés avec les opérateurs de télécommunications dans le nouvel article L. 32-3-3 du Code des Postes et Télécommunications introduit par la LEN qui dispose que : "Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission."

En ce qui concerne le régime des hébergeurs, la loi reprend assez strictement les dispositions de la directive commerce électronique. Il n'en est pas moins critiqué, car susceptible de mettre à la charge des prestataires d'hébergement une obligation de qualification des contenus, c'est à dire des informations, qu'ils hébergent. En effet, techniquement, quand un tiers prétend subir un préjudice du fait d'un tel contenu, il peut s'adresser soit aux juridictions, soit directement au prestataire d'hébergement. Si la juridiction constate le caractère illicite ou préjudiciable d'un contenu déterminé, elle informe le prestataire et lui ordonne de procéder au retrait ou à la suppression du contenu.

Le prestataire est amené à analyser le contenu afin de pouvoir, s'il estime la demande du tiers fondée, retirer ou supprimer le contenu. Il est alors susceptible d'engager sa

responsabilité s'il procède indûment au retrait (manquement contractuel) et/ou s'il ne procède pas au retrait alors que le contenu porte effectivement atteinte au tiers concerné. Par conséquent dans cette hypothèse, en cas de demande émanant d'un tiers qui estime subir un préjudice du fait de l'existence et de la disponibilité du contenu, la détermination de la nature illicite ou préjudiciable du contenu appartient en premier ressort à l'intermédiaire. Le risque de voir sa responsabilité engagée (notamment sur le plan pénal) s'il ne se conforme pas aux demandes du tiers pourrait inciter le prestataire à systématiquement retirer ou supprimer tout contenu visé.

Les Articles 43-8 et 43-9, même modifiés par le sénat, au but apparent d'engagement de la responsabilité des "hébergeurs" que l'on considérerait comme des complices, imposent en réalité et en pratique à ces intermédiaires techniques le devoir de se substituer au juge, et d'appliquer les peines, en l'occurrence la censure, qui plus est avec promptitude, avant toute décision de justice établissant l'illicite d'un contenu. Soucieux peut-être de préserver les fournisseurs d'hébergement d'un flot incontrôlable de réclamations, les Sénateurs ont eu l'idée d'introduire un nouvel article 43-9-1 A au projet de loi créant une nouvelle infraction pénale rédigée en ces termes : "Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées à l'article 43-8, un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende".

L'article 43-12 quant à lui, prévoit que l'autorité judiciaire peut demander aux fournisseurs d'accès et aux "hébergeurs" de supprimer un contenu s'il est hébergé en France, et de le filtrer s'il est situé à l'étranger. Si la suppression d'un contenu hébergé en France ne pose aucun problème particulier, il n'en va pas de même pour le filtrage des contenus hébergés à l'étranger.

Le futur article 43-11 de la loi de 1986, introduit par les Députés, et non modifié par les Sénateurs dispose que les fournisseur d'hébergement "ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites". Ce texte reprend l'article 15 de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 qui fait obligation aux Etats membres de ne pas imposer aux fournisseurs d'hébergement une telle obligation "générale" de surveillance.

Le texte de loi prévoit l'obligation pour les hébergeurs d'empêcher l'accès aux sites Internet pédophiles, négationnistes et racistes, sans attendre une décision de justice. Un

exercice qui imposera aux exploitants de services communautaires sur Internet d'effectuer un contrôle au préalable des contenus - licites ou illicites - avant diffusion en ligne. Un dispositif de filtrage qui va à l'encontre de la liberté d'expression et qui se révèle délicat d'un point de vue technique, estime l'Association des fournisseurs d'accès et de services Internet (AFA).

Le texte arrêté par les Sénateurs dans la LEN est le suivant : les fournisseurs d'hébergement sont responsables en cas d'hébergement de contenus illicites s'ils n'agissent pas avec "promptitude" pour interdire l'accès à ces informations "dès le moment où [ils] ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite ou de faits et circonstances mettant en évidence ce caractère illicite".

La conséquence importante de ce texte est qu'il ne sera pas possible pour un fournisseur d'hébergement de se voir reprocher la seule mise en ligne d'un contenu illicite. En effet, puisque l'hébergeur n'a pas une obligation générale de surveillance des contenus illicites, il sera nécessaire que quelqu'un porte à son attention l'existence d'un tel contenu. En d'autres termes, avant de pouvoir prétendre mettre en cause la responsabilité civile d'un hébergeur, la personne s'estimant victime d'un contenu illicite devra donc attirer l'attention du fournisseur d'hébergement sur l'existence de ce contenu. Malheureusement la LEN ne le prévoit pas. Il conviendra pourtant à la victime d'employer une forme qui lui permette d'assurer la conservation de la preuve de sa démarche auprès du fournisseur d'hébergement.

L'obligation du fournisseur d'hébergement n'est donc pas une obligation de surveillance mais une obligation de célérité. Ce n'est que le défaut de promptitude du fournisseur d'hébergement alerté qui pourra être sanctionné. Mais c'est sur le point de départ du délai "d'inaction" du fournisseur d'hébergement que se cristallisent les difficultés. Les reproches ne deviennent possibles à l'encontre de l'hébergeur qu'à partir du moment où celui-ci acquiert une "connaissance effective" du caractère illicite du site ou à connaissance de "faits et circonstances mettant en évidence ce caractère illicite". Les circonvolutions dans la formulation adoptée par les Députés, et à leur suite les Sénateurs, dissimulent mal l'embaras du législateur.

Saisi d'une demande de suppression d'un contenu illicite, le fournisseur d'hébergement pourra adopter deux attitudes :

soit la prudence, consistant à bloquer l'accès au site dès qu'un tiers lui en fait injonction;

soit se faire juge du caractère licite ou non du contenu hébergé.

En ce qui concerne le e-mail non confidentiel, le projet de loi transpose les dispositions de la directive européenne et prévoit :

l'interdiction de la prospection directe (« au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, de toute personne qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir de tels appels ou courriers électroniques » (article 12 I. du projet LEN, modifiant les articles L. 33-4-1 du code des Postes et Télécommunications et L. 120-20-5 du code de la consommation), et

par dérogation, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées électroniques du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi de 78 (Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de service, si elle concerne des produits ou services analogues à ceux antérieurement fournis par la même personne, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées électroniques lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

Concernant la prospection directe ou spam, un amendement du rapporteur a été adopté pour distinguer les courriers non sollicités provenant de personnes physiques et morales non inscrites au registre du commerce et des sociétés. Ceux-ci ne seraient plus soumis à l'opt-in. S'il est toujours bon d'établir une distinction entre sociétés commerciales et acteurs non commerciaux, on peut légitimement se demander s'il n'était pas plus pertinent d'opérer une distinction sur le type de courrier non sollicité (par exemple : commercial par opposition à non commercial ou publicitaire par opposition à informatif) plutôt que sur le statut de l'expéditeur. En effet, le fait que l'expéditeur n'ait pas été inscrit au registre du commerce n'implique pas forcément que les spams envoyés ne seront pas, eux, d'ordre commercial.

Le dernier groupe d'amendements adoptés renforce en revanche la lutte contre le spam, puisqu'il restreint le recours à l'opt-out prévu à titre dérogatoire par l'article 12 du projet de LEN. Il s'agit des cas de prospection directe de destinataires dont les coordonnées électroniques ont été recueillies préalablement dans le cadre d'une vente de « produits et services analogues ».

En son article 12, le texte propose, sur la question du spamming, un compromis

relativement équilibré mais probablement difficile à mettre en oeuvre. Il a en tous cas le mérite de poser frontalement une question aux ramifications multiples.

L'enjeu est de taille, puisque le Code pénal prévoit, notamment : article 226-16 « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements automatisés d'informations nominatives sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en oeuvre prévues par la loi est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

L'article 226-18 : "Le fait de collecter des données par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite, ou de procéder à un traitement d'informations nominatives concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque cette opposition est fondée sur des raisons légitimes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende".

De manière apparemment délibérée, aucune référence n'est faite à une définition du spamming ou de la notion de nuisance :

ni quant aux modalités d'envoi de l'email : Le texte ne différencie pas emails "manuels" et recours à un automate, (le terme d'"automate" n'est employé que concernant les appels téléphoniques) et ne fait pas référence à la quantité d'emails envoyés. On ne voit pas l'intérêt de telles distinctions sauf à pouvoir invoquer l'article 226-16 du Code pénal, déjà mentionné, qui vise les "traitements automatisés".

ni quant à la teneur du mail lui-même : Le projet élude totalement la question, mettant à la même enseigne les emails à caractère pornographique ou agressif, ceux induisant une escroquerie ou un virus, et les publicités honnêtes, alors que cette dernière catégorie peut être considérée au nombre des victimes des précédentes.

La question essentielle est pourtant bien de placer la frontière entre emailing et spamming, sauf à vouloir s'attaquer à la notion d'"email" en tant que tel, ce qui, d'évidence, n'est pas l'intention des auteurs du texte de la loi.

En conclusion on peut noter que l'une des difficultés de ce début de siècle sera d'élaborer des systèmes juridiques adaptés au contexte de disciplines au potentiel mal cerné mais influant profondément, et très rapidement, sur la mouvance sociale.

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .

Informatique et libertés, Droits de la personnalité

L'interception de données sur le réseau d'une école - 08/02/2004

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .



La pratique du sniff, qui consiste à intercepter les données circulant sur un réseau par un responsable de celui-ci, se heurte à différentes législations destinées à protéger les données concernées. Celles-ci concernent à la fois la protection de la vie privée (I) et la protection des données à caractère personnel (II).

I/ La protection des correspondances et la vie privée

Destinées à protéger tous les deux la vie privée, on observe une dissociation des régimes juridiques sur le sujet avec l'apparition d'une législation spécifique relative au secret des correspondances (A) qui vient compléter la législation générale relative à la vie privée (B).

A/ Le secret des correspondances

Les correspondances émises par la voie des télécommunications sont protégées par la loi du 10 juillet 1991, avant cette date, ce sont les dispositions relatives à la vie privée (notamment l'article 9 du Code Civil) qui fondaient leur régime de protection. Aujourd'hui le code Pénal prévoit dans son article 226-15 des sanctions aux atteintes au secret des correspondances.

L'article 226-15 dans son alinéa deux prévoit explicitement le cas des télécommunications en disposant « *Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions.* ».

Ces dispositions instaurent un régime strict de secret relatif à ces correspondances émises par la voie des télécommunications. La peine prévue par l'article 226-15 alinéa premier concernant toute atteinte au secret des correspondances est « *d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.* », on peut donc voir que les peines sont très lourdes. En application de ces dispositions le principe est donc simple : il est interdit d'intercepter les correspondances. Ceci concerne donc sur un réseau d'école tous les mails qui circulent sur le réseau de l'école. Le fait de prévoir de telles surveillances dans le règlement intérieur de l'école ne change rien au problème, la seule possibilité serait la divulgation par la personne de son courrier, mais ceci ne peut pas lui être imposé.

B/ La vie privée

La notion de vie privée prévue par l'article 9 du Code Civil est une notion à géométrie variable. En effet, elle n'est pas définie strictement par les textes, il appartient donc au juge de définir au cas par cas son contenu. La jurisprudence estime qu'est illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui¹ et que le fait de se faire épier, surveiller et suivre est une immixtion illicite². Concernant l'interception de données sur le réseau de l'école on peut légitimement penser que l'interception des différentes communications telles que les *chats* par exemple sont clairement protégés par la vie privée, ensuite pour le reste l'interception du surf des internautes peut être, en fonction des circonstances, être rattaché ou non à la vie privée. Le régime juridique permet comme pour le secret des correspondances de s'opposer à l'interception et à l'utilisation des éléments de la vie privée, l'article 9 du Code Civil autorise ainsi le juge à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire cesser l'atteinte à la vie privée. Le régime de la protection de la vie privée va permettre de combler les lacunes relatives au secret des correspondances qui ne protège qu'une partie des données circulant sur le réseau, la vie privée étant une notion plus large, elle permettra d'élargir le champ d'application et de protection de la loi. Par conséquent l'école ne pourra pas sur son réseau intercepter les informations qui touchent à la vie privée.

II/ La protection des données à caractère personnel

La notion de données à caractère personnel est une notion communautaire qui correspond à celle d'information nominative en droit interne. Elle recouvre toutes les informations concernant une personne identifiée ou identifiable. On peut donc y placer des éléments très divers tels que l'adresse IP, le login et le mot de passe utilisateur, qui permettent en pratique d'identifier l'utilisateur de l'ordinateur. Ces différentes données sont donc soumises à la loi informatique et libertés³ en droit interne et aux diverses directives communautaires sur le sujet⁴. La législation sur les données à caractère personnel n'empêche pas la collecte et l'utilisation de ces données, contrairement à la législation sur la vie privée et le secret des correspondances. L'objectif de ces textes est d'encadrer les traitements de ces données.

Si une école par ses interceptions de données, capte et/ou utilise des données à caractère personnel ce qui est évident, car elle devra identifier les auteurs ou destinataires des données qu'elle intercepte, alors elle devra suivre les règles relatives à ces données qui se traduisent par deux aspects : les obligations de l'école (B) et les droits des personnes dont les données sont interceptées (C). Mais il ne faut pas oublier que certaines des personnes concernées sont des mineurs et que le régime peut être un peu différent les concernant (A).

A/ Les données personnelles et les mineurs

Le régime de la loi de 1978 ne prévoit aucune disposition spécifique relative aux mineurs. La doctrine semble aussi divisée sur le sujet, par conséquent la CNIL s'est saisie du problème.

La CNIL a donc émis des recommandations après consultation de l'ensemble des personnes concernées aussi bien les responsables de traitements que les associations de protection de l'enfance. Il en ressort que la CNIL recommande lors des traitements de données personnelles concernant les mineurs l'accord des parents. Elle a rappelé, de manière encore plus insistante que pour les traitements concernant les majeurs, la nécessité de respecter le principe de finalité.

B/ Les obligations de l'école interceptant les données

- Le principe de déclaration ou d'autorisation préalable : Tout traitement de données à caractère personnel, doit faire l'objet d'une déclaration préalable dans le cadre d'une entreprise de droit privé et d'autorisation préalable pour les établissements publics auprès de la commission nationale informatique et libertés. Cette déclaration ou autorisation doit préciser les caractéristiques du traitement notamment son contenu et sa finalité.
- Les données doivent être traitées loyalement et licitement : La notion de licéité ne fait pas de problème, c'est un simple renvoi aux textes. La loyauté renvoi à un examen au cas par cas du contexte et du comportement. Elle traduit le principe selon lequel il ne faut pas tromper les personnes concernées. En l'espèce l'école doit donc intercepter les données sans le cacher et ne pas non plus tenter de masquer l'utilisation réelle qui est faite des données collectées.
- Les données doivent être traitées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes : La violation du principe de finalité est sanctionnée par la responsabilité de droit commun qui se traduira par une demande de dommage intérêts, mais en plus il peut y avoir un recoupement avec l'article 226-21 du code pénal qui sanctionne le détournement de finalité.
- Les données doivent être adéquates, non excessives et pertinentes au regard de la finalité
- Les données doivent être exactes et si nécessaires mises à jour
- Les informations ne doivent être conservées que le temps nécessaire à la réalisation de la finalité
- Obligation d'information⁵ : Cette obligation a pour but d'établir une certaine transparence. Le responsable du traitement doit donner des informations aux

personnes concernées. Ces informations doivent permettre à la personne concernée de connaître l'existence du traitement et donc de mettre en oeuvre tous leurs autres droits.

C/ Les droits des personnes dont les données sont interceptées
L'élève doit avoir la capacité de contrôler ce qui est fait des informations qui sont interceptées et qui le concerne, ainsi que de contrôler leur qualité. Mais il s'agit d'un droit qui implique une attitude active de sa part.

- Le droit de s'informer⁶ : L'élève peut demander à l'école si elle traite des données à caractère personnel à son sujet. Si l'école refuse de répondre à la demande, elle s'expose à une contravention de 5ème catégorie⁷.
- Le droit d'accès à l'information⁸ : Toute personne a le droit d'accéder à toutes les données personnelles le concernant, et faisant l'objet d'un traitement. C'est le droit principal de l'élève concernée par l'interception. Il va donc pouvoir consulter auprès de l'école, l'ensemble des données qu'elle détient à son sujet. Il n'y a pas de conditions particulières à cette demande, l'élève peut donc choisir la forme de sa demande.
- Le droit de contestation et d'obtenir rectification des données personnelles le concernant⁹
- Le droit de s'opposer au traitement de données à caractère personnel¹⁰ : Toute personne physique a le droit de s'opposer pour des raisons légitimes à ce que des données nominatives le concernant fassent l'objet d'un traitement. Avant comme pendant, à tout moment, même si l'on a accepté avant. La loi n'impose pas une information pour dire qu'il existe un droit d'opposition. Le non respect de ce droit est puni par 5 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende¹¹

Conclusion :

On voit donc à travers ce panorama des réglementations s'appliquant dans le cadre de l'interception des données par une école sur son réseau, que au-delà des données qui sont parfaitement interdites de conserver les autres données obéissent à un régime très contraignant. Par conséquent l'intérêt d'une telle interception est bien faible par rapport aux risques pris. La quasi-totalité des violations des textes vu précédemment sont sanctionnées par des peines pénales de prison ou d'amende, mais parallèlement à ces peines, les victimes de ces violations pourront réclamer à l'école des dommages intérêts pour d'éventuels préjudices subis.

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .

1 Civ. 1^{re}, 6 mars 1996

2 Civ. 1^{re}, 25 janvier 2000

3 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1975 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

4 Notamment : **Directive 95/46/CE** du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et **Directive 97/66/CE** du 15 décembre 1997 relative

au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

5 Article 27 de la loi de 1978 et articles 10 et 11 de la directive de 1995.

6 Article 34 de la loi de 1978 et article 12 de la directive de 1995

7 décret du 23 décembre 1981, en cas de violation de certaines dispositions de la loi de 1978 (articles 226-16 à 226-24 du Code Pénal)

8 Article 35 de la loi de 1978 et article 12 de la directive.

9 Article 36 de la loi de 1978 et article 12 de la directive

10 Article 26 de la loi de 1978 et article 14 de la directive.

11 Article 226-18 du Code Pénal

Informatique et libertés, droit social, droit du travail

Condamnation pour interception de courriels syndicaux - 04/02/2004

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS .



Un délégué CGT, membre du comité d'entreprise, après avoir constaté que ses courriels¹ avaient été lus par le supérieur hiérarchique de l'un de ses destinataires, a en toute logique saisi le Conseil des prud'hommes compétent aux fins de sanctionner les atteintes :

► Un délégué CGT, membre du comité d'entreprise, après avoir constaté que ses courriels¹ avaient été lus par le supérieur hiérarchique de l'un de ses destinataires, a en toute logique saisi le Conseil des prud'hommes compétent aux fins de sanctionner les atteintes :

- à sa vie privée, le secret des correspondances faisant partie de l'intimité de la vie privée (article 9 du Code Civil) ;

- à l'exercice du droit syndical dans le respect de la liberté individuelle du travail, garanti à l'article L 412-1 du Code du Travail ;

- au principe de proportionnalité de l'article L 120-2 du Code du Travail qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives

de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Les conseillers prud'hommaux ont sanctionné la société en cause sur ces fondements, en limitant la condamnation à 1 € à titre de dommages et intérêts².

La responsabilité de l'entreprise a été jugée minime dans la mesure où « *la lecture des e-mails a été faite sous la responsabilité d'une seule personne (...) qui a sans doute fait un excès de zèle* », et qui a ensuite fait l'objet d'un avertissement et d'une mutation.

Ceci étant, la motivation du jugement laisse perplexe. En effet, le Conseil des Prud'hommes a estimé devoir limiter le préjudice à 1 € à raison de ce qu'il n'était pas démontré que les messages syndicaux étaient de nature confidentielle et que le système informatique de l'entreprise n'assurait pas une totale confidentialité de la messagerie électronique³.

Or, les courriels, au même titre que le courrier postal, bénéficient du secret des correspondances de par leur nature même et non en fonction du degré de confidentialité du message émis ou d'un quelconque système de sécurité mis en place !

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS .

¹ Un mail relatif à l'ordre du jour de la prochaine réunion hebdomadaire du syndicat, deux étaient des tracts destinées à être diffusés à l'ensemble du personnel et deux autres étaient adressés à la direction.

² Conseil des prud'hommes d'Evry, Laurent E., Edouard R., Syndicat CGT Altis c/ Société Altis Semiconductor, 22 septembre 2003, disponible sur legalis.net

³ le mot de passe nécessaire à l'ouverture de la messagerie électronique était commun à plusieurs utilisateurs.