



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

MAI 2004

Sommaire

<i>La libéralisation du « .fr »</i>	2
<i>Mettre en oeuvre une politique de gestion des risques juridiques</i>	5
<i>Les jeux d'argent et de hasard sur internet font tourner les monopoles d'Etat !</i>	7
<i>La Loi sur l'Economie Numérique -</i>	9

Propriétés intellectuelles, Noms de domaine et liens hypertextes

La libéralisation du « .fr » -24/05/2004

Par Me. Martine Ricouard-Maillet, Avocate associée, cabinet BRM. et M. Nicolas Samarcq Juriste BRM AVOCATS.



Aujourd'hui, les entreprises, les artisans, les associations immatriculées à l'INSEE et les titulaires de marques peuvent enregistrer des noms de domaine en « .fr » et « .re », sans avoir à justifier d'un quelconque droit sur le terme choisi (marque, dénomination sociale, nom commercial, enseigne, nom patronymique...).

► L'AFNIC a en effet assoupli les conditions d'enregistrement des noms de domaine en « .fr » et « .re » en abandonnant l'exigence du « droit au nom » au profit de la fameuse règle « premier arrivé, premier servi ». Subsistent les principes de territorialité et d'identification du demandeur, a posteriori, à partir des bases de données publiques des Greffes, de l'INPI et de l'INSEE.

« Afin d'assurer une prise en charge équitable et non discriminante », l'AFNIC a organisé l'ouverture du « .fr » par ordre alphabétique : ce mardi peuvent être enregistrés les noms de domaine commençant par des chiffres et les lettres A et B ; mercredi, les lettres C,D,E,F ; jeudi les lettres de G à N ; et la fin de l'alphabet pour vendredi.

Quelques mois plus tard, début 2005, cette libéralisation sera étendue aux personnes physiques et morales non inscrites sur les bases de données publiques, justifiant d'un lien avec le territoire français.

•••

Cette libéralisation des règles de nommage pénalisera les collectivités locales.

Il faut savoir en effet que l'AFNIC avait jusqu'à présent « bloqué » les noms des collectivités territoriales au seul profit des communes ou territoires ayant un intérêt légitime à les enregistrer. Pendant cette semaine de mai cette protection disparaîtra !

Les collectivités n'ayant pas encore leur nom de domaine en « .fr » ont donc tout intérêt à l'enregistrer afin d'éviter tout contentieux.

•••

Consciente des risques de cybersquatting qu'engendrera inévitablement la libéralisation de cette zone de confiance, parce que conçue dès l'origine sur des règles de nommage très strictes[1], l'AFNIC a décidé de compenser la suppression du « droit au nom » par un renforcement des moyens d'identification des titulaires de noms de domaine en « .fr ».

Dorénavant le WHOIS intègre des liens hypertextes permettant une connexion directe sur les bases publiques ayant permis l'identification du demandeur.

De plus l'AFNIC propose sur son site une information exhaustive sur les possibilités de résolution des litiges et a mis en place deux procédures alternatives de résolution des litiges relatifs aux noms de domaine en .fr et .re :

- PARL par recommandation en ligne
- PARL par décision technique

La Procédure alternative de résolution des litiges du .fr et du .re par recommandation en ligne - mise à la disposition des internautes par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris à l'adresse www.aegisolutions.fr - doit aboutir en 3 semaines à l'émission d'une recommandation par un « tiers-avisé ».

Dès l'enregistrement de la requête par voie électronique, le CMAP demande à l'AFNIC de lui communiquer des informations sur le titulaire du nom de domaine litigieux, et lui communique aussitôt la demande dont il a été saisi et l'informe qu'il dispose d'un délai de huit jours pour répondre, à défaut le dossier est clôturé.

En cas d'acceptation par le défendeur, le requérant a 48h pour accepter le coût de la médiation : honoraires du tiers-avisé et frais en fonction du nombre des noms de domaine en jeu, à défaut le dossier est clôturé.

Dès l'enregistrement du paiement des coûts de procédure, le tiers-avisé est désigné par le CMAP, les parties ont alors 48h pour émettre leurs observations. Une fois définitivement désigné et après communication de l'intégralité des pièces, le tiers-avisé dispose de huit jours pour formuler sa recommandation, délai prorogeable une fois avec l'accord des parties.

Il peut alors proposer le maintien, la suppression ou le transfert du nom de domaine ainsi que toute solution au litige :

en cas d'accord des parties, l'AFNIC peut exécuter les préconisations de la recommandation à la demande du registrar en charge du nom de domaine litigieux.

en cas de désaccord des parties, l'AFNIC ne peut intervenir et le requérant peut soit poursuivre une procédure devant l'OMPI soit devant le Tribunal compétent.

• • •

- La médiation peut être clôturée à tout moment en cours de procédure à l'initiative d'une partie.

- Pendant toute la durée de la médiation, les opérations sur les noms de domaine concernés sont gelées par l'AFNIC.

•••

La Procédure alternative de résolution de litiges du .fr et du .re par décision technique - mise en œuvre par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) - n'est pas limitée aux seuls conflits marques/noms de domaine comme c'est le cas pour la procédure UDRP de l'ICANN, applicable aux noms de domaine générique de premier niveau (gTld).

La décision du Centre concerne l'ensemble des conflits opposant un signe distinctif à un nom de domaine en .fr ou .re et doit intervenir en moins de deux mois.

Lorsqu'une demande est déposée au Centre, ce dernier avertit immédiatement l'AFNIC pour geler les opérations sur le nom de domaine litigieux, et après vérification des conditions de forme la transmet dans les 5 jours au défendeur. A compter de cette notification, le défendeur dispose de 20 jours pour déposer sa réponse.

A réception des arguments et pièces de la défense, le Centre a 5 jours pour nommer un expert qui statuera sur la recevabilité, la pertinence, la matérialité et le poids des éléments de preuve.

Selon la mesure de réparation demandée, l'expert peut alors prononcer :

- la suppression du nom de domaine,

- la transmission du nom de domaine,

- le rejet de la demande.

Après notification de la décision de l'expert aux parties et à l'AFNIC, cette dernière doit attendre un délai de 20 jours pour exécuter toute décision de suppression ou de transmission de noms de domaine.

Ce délai doit permettre au défendeur de saisir éventuellement un tribunal pour résoudre le litige en cas de désaccord sur la décision rendue par le Centre de médiation de l'OMPI.

•••

Le succès de la libéralisation du .fr dépendra certainement de l'efficacité de l'ensemble de ces mesures d'accompagnement.

Par Me. Martine Ricouard-Maillet, Avocate associée, cabinet BRM. et M. Nicolas Samarcq Juriste BRM AVOCATS.

[1] Extrait K-bis, n° RCS, n° de la marque, demande d'enregistrement ou certificat de propriété.

Economie numérique, Responsabilité

Mettre en oeuvre une politique de gestion des risques juridiques - 17/05/2004

Par Me. Franklin BROUSSE, Avocat, Cabinet FBA .



La gestion des risques juridiques est au cœur des nouvelles préoccupations des dirigeants d'entreprise qui souhaitent à la fois prévenir les risques entravant la continuité des activités courantes de l'entreprise, être en mesure de valider l'application des réglementations et bonnes pratiques en vigueur et éviter la mise en cause de leur responsabilité pénale personnelle.

► L'objectif d'une politique de gestion juridique est de garantir un niveau de risque acceptable pour l'entreprise en mettant en œuvre des actions prenant en considération l'environnement juridique, technique, économique, humain et organisationnel dans lequel elle évolue.

Contrairement aux idées reçues, la mise en œuvre d'une politique de gestion des risques intégrant les risques juridiques est tout à fait conciliable avec les exigences de l'entreprise en matière de commerciale, de communication ou de marketing, puisqu'elle a par nature pour objet d'intégrer, outre les aspects juridiques, les aspects commerciaux, de communication ou de marketing.

Une politique de gestion des risques juridiques doit, en outre, contribuer à renforcer l'image de l'entreprise et sa crédibilité vis à vis de ses clients et de ses partenaires.

Elle doit contribuer également à pérenniser l'activité de l'entreprise et à faciliter son adaptation au changement d'environnement juridique, économique et technique.

La gestion des risques juridiques est trop souvent perçue comme un poste de charges inutile.

Elle permet toutefois de prévenir des sinistres dont les conséquences financières sont sans commune mesure avec les investissements induits par sa mise en œuvre.

Un risque nul ou faible aux yeux de l'entreprise peut s'avérer lourd de conséquences.

Une politique de gestion des risques juridiques implique une responsabilisation de toutes

les ressources de l'entreprise et donc une information préalable et une sensibilisation des salariés et/ou collaborateurs aux risques inhérents à leur activité.

Cette démarche doit permettre à chacun des membres de l'entreprise d'être en mesure d'identifier les zones de risques et de déterminer les actions à mettre en œuvre en concertation avec la direction générale.

Loin de constituer de nouveaux freins au développement de l'activité de l'entreprise, il s'agit de l'accompagner pour assurer sa continuité et le rendre plus sur et pérenne.

Une politique de gestion des risques juridiques doit être basée sur des critères d'efficacité et d'économie, mais aussi sur le facteur humain et la culture propre à chaque entreprise.

Le facteur humain est un des maillons parfois faible du développement de l'entreprise.

Si tous les membres de l'entreprise se sentent concernés, il peut devenir un élément fort de la progression de son activité.

Au-delà du facteur humain dans l'entreprise, l'attention doit être portée sur les forces et les faiblesses des partenaires, particulièrement lorsque les relations commerciales s'inscrivent dans un cadre très ouvert ou au cœur d'une chaîne de production ou de distribution.

Les étapes de mise en œuvre d'une politique de gestion du risque juridique

La première étape de mise en œuvre d'une politique de gestion du risque juridique (PGRJ) consiste en une prise de conscience accrue des vulnérabilités de l'entreprise au regard de ses relations commerciales, de l'exploitation des moyens technologiques et des changements stratégiques et organisationnels au sein de l'entreprise.

Cette prise de conscience conduit le plus souvent à constater les difficultés de l'entreprise, à mesurer les risques encourus et leurs conséquences sur la pérennité de l'activité de l'entreprise.

Une fois la prise de conscience réalisée et les problématiques du risque juridique appréhendées, la deuxième étape consiste pour l'entreprise à identifier les risques potentiels et les obligations de l'entreprise au regard des spécificités de son activité et du cadre réglementaire en développement et en évolution continue.

Une cartographie des risques peut alors être établie sur la base d'un audit transversal de la politique contractuelle de l'entreprise, des incorporels (marque, brevet, savoir-faire, droit d'auteur) et des technologies mises en œuvre par l'entreprise.

Il s'agit dans le cadre d'une troisième étape de mettre à niveau la situation juridique de l'entreprise et d'informer les membres de l'entreprise de la teneur et des objectifs de la

politique de gestion des risques.

La dernière étape consiste à couvrir ou modifier la couverture des risques liés aux activités de l'entreprise par la souscription d'une police d'assurance Responsabilité Civile Professionnelle adaptée aux besoins de l'entreprise.

Cette démarche sera facilitée par la présentation à l'assureur des éléments de la politique de gestion des risques juridiques mise en œuvre par l'entreprise et favorisera la négociation d'une police adaptée au meilleur prix.

Franklin Brousse
Avocat
Cabinet
fb_at_franklin-brousse.com

BROUSSE
FBA

Par Me. Franklin BROUSSE, Avocat, Cabinet FBA .

Pas de notes de bas de page

Economie numérique, Droit de la concurrence

Les jeux d'argent et de hasard sur internet font tourner les monopoles d'Etat ! -10/05/2004

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS et Me. Nicole Bondois Avocate.



La Cour de Justice des communautés européennes a récemment appliqué à internet sa jurisprudence relative aux paris sportifs

► La Cour de Justice des communautés européennes a récemment appliqué à internet[1] sa jurisprudence relative aux paris sportifs[2].

Saisie d'une question préjudicielle par le Tribunale di Ascoli Piceno (Italie), la Cour devait se prononcer sur la conformité d'une loi italienne, qui prohibe l'exercice d'activités de collecte et de transmission de données en matière de paris en l'absence de concession ou d'autorisation délivrée par l'Etat[3], au regard des principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services[4].

En l'espèce, plus d'une centaine de prévenus étaient soupçonnés du délit de fraude à l'Etat pour avoir collaboré, sur le territoire italien, avec un boomaker étranger à l'activité de collecte de paris. Leurs agences servaient en effet d'intermédiaire entre des parieurs italiens et un bookmaker de Liverpool titulaire d'une licence britannique, l'autorisant à

organiser et à gérer des paris au Royaume-Uni et à l'étranger.

La Cour a tout d'abord rappelé que les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services au sein du marché commun ne peuvent être justifiées que par des raisons d'intérêt général (lutte contre la fraude, protection des joueurs, protection des mineurs...), si elles sont propres à garantir la réalisation de ces objectifs, tout en étant proportionnelles au but recherché et non discriminatoires.

Selon le gouvernement italien ces conditions étaient remplies, le monopole d'Etat consenti au CONI[5] pour les paris sportifs ayant pour but « de réduire les opportunités pratiques de jeu en dehors des cas expressément prévus par la loi ».

Telle n'a pas été l'analyse de la Cour, laquelle se référant aux travaux préparatoires de la loi italienne mis en exergue par la juridiction de renvoi, a relevé tout au contraire que « l'Etat italien poursuit au plan national une politique de forte expansion du jeu et des paris dans le but d'obtenir des fonds, tout en protégeant les concessionnaires du CONI » !

Dès lors, la CJCE en a conclu que les autorités italiennes « ne sauraient invoquer l'ordre public social tenant à la nécessité de réduire les occasions de jeu pour justifier » de telle mesure de restrictions à la libre concurrence !

L'arrêt de la CJCE n'est pas isolé, la Commission européenne a également ouvert une procédure en manquement à l'encontre de l'Etat italien hostile à la libéralisation des paris hippiques gérés par l'UNIRE (Unione Nazionale Incremento Razze Equine).

De même, la Commission a récemment lancé une procédure en manquement à l'encontre du gouvernement danois, concernant une loi du 26 mars 2003 qui interdit à tout prestataire de services européen dûment autorisé de proposer des jeux d'argent au Danemark.

Enfin, Outre-atlantique, un paradis numérique des Petites Antilles (l'Etat d'Antigua et Barbuda) a obtenu la condamnation des Etats-Unis devant l'OMC pour violation des règles du commerce international en raison de l'interdiction des jeux d'argent en ligne sur le sol américain (dépêche AFP du 26 mars 2004).

Ces décisions ne remettent pas directement en cause l'existence des monopoles d'Etat, dès lors qu'ils sont justifiés par un but d'intérêt général.

Cependant, force est de constater que bien souvent lorsque les Etats se réservent un monopole s'agissant de l'organisation de jeux d'argent, leur motivation n'est pas de contenir la passion du joueur mais bien plutôt de l'encourager. En témoignent les campagnes marketing particulièrement agressives ou encore les trésors d'imagination mis en œuvre dans l'élaboration de nouvelles formes de jeux toujours plus attractives !

Aussi et dans ce contexte la concurrence doit elle jouer et permettre, comme l'a rappelé la CJCE, à tout professionnel européen titulaire d'une licence de proposer ses loteries,

paris sportifs ainsi que ses casinos virtuels sur tout le territoire de l'Union.

Le PMU et la Française des jeux n'ont qu'à bien se tenir, car ils ne pourront vraisemblablement pas empêcher des opérateurs étrangers de proposer leurs services aux ressortissants de l'hexagone.

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS et Me. Nicole Bondois Avocate.

[1] CJCE, 06/11/2003, Aff. C-243/01, Piergiorgio Gambelli e.a.

[2] CJCE, 24/03/1994, Aff. 275/92, Schindler - CJCE, 21/09/1999, Aff. C-124/97, Läära - CJCE, 21/10/1999, Aff. C-67/98, Zenatti, Rec. I, p. 7289.

[3] Article 4 de la loi n° 401/89 du 13 décembre 1989 modifié par la loi n° 388/00 portant intervention dans le secteur du jeu et des paris clandestins et protection du bon déroulement des compétitions sportives.

[4] Article 43 et 49 du Traité CE.

[5] Comité Olympique National Italien.

Economie numérique, Thème transversal

La Loi sur l'Economie Numérique -29/04/2004

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .



Après l'Assemblée nationale, c'est au tour du Sénat d'avoir adopté, en 2ème lecture, le 8 avril dernier, le projet de loi sur l'économie numérique. Il ne manque plus que l'aval de la commission mixte paritaire (composée de députés et sénateurs) pour qu'il soit définitivement adopté.

▶ 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. En matière de connaissance des faits litigieux, le prestataire technique est présumé avoir eu connaissance de ces faits dès lors un certain nombre d'information lui auront été communiquées (date, identité du notifiant, identité du destinataire, description des faits litigieux et leur localisation, motifs du retrait, mention des dispositions légales et copie de la correspondance adressée à l'auteur ou l'éditeur des informations litigieuses).

Les Articles 43-8 et 43-9, modifiés par le Sénat, prévoient l'engagement de la responsabilité civile ou pénale des hébergeurs si ces derniers avaient « effectivement connaissance du caractère illicite des activités ou informations stockées à la demande du destinataire du service » ou si ils en avaient connaissance mais n'ont pas « agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ». Un nouvel alinéa prévoit que la disposition précédente ne s'applique pas lorsque les contenus ont été créés par une personne agissant sous l'autorité et le contrôle du prestataire technique.

Par ailleurs, 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". Cet article a été maintenu lors du vote des sénateurs en deuxième lecture.

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. Cette disposition a pourtant été entérinée par les Sénateurs en deuxième lecture.

Le futur article 43-11 de la loi de 1986, introduit par les Députés, et non modifié par les Sénateurs dispose que les fournisseurs 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 prévoyait 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 aurait imposé 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 allait à l'encontre de la liberté d'expression et qui se révèle délicat d'un point de vue technique, avait estimé l'Association des fournisseurs d'accès et de services Internet (AFA).

En deuxième lecture, le Sénat est venu limiter ce point. En effet, un amendement a été adopté, avec l'appui du gouvernement, limitant l'obligation de filtrage des hébergeurs. L'obligation de surveillance a priori des hébergeurs est donc abandonnée. En revanche, sur saisine de l'autorité judiciaire, les hébergeurs seront obligés d'accepter un contrôle des sites Internet a posteriori. Le Sénat a précisé, par ailleurs, que l'absence d'obligation générale de surveillance est « sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire ». Le juge conserve donc la possibilité d'imposer à l'hébergeur une mesure de surveillance généralisée.

Les Sénateurs entérinent, de plus, la disposition selon laquelle 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 faisant apparaître 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 (ce qui serait contraire à la Directive européenne relative au commerce électronique), il sera nécessaire que l'existence d'un tel contenu soit portée à son attention.

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 faisant apparaître ce caractère illicite". Les circonvolutions dans la formulation adoptée par les Députés, et à leur suite les Sénateurs, dissimulent mal l'embaras du législateur.

Le projet de loi modifié en deuxième lecture par les Sénateurs apporte, enfin, deux nouvelles dispositions :

- une charte de bonne conduite élaborée par les prestataires techniques est préconisée pour identifier au mieux les contenus illicites (transposition de la Directive européenne),
- le juge des référés ne peut désormais plus imposer aux intermédiaires des mesures allant jusqu'à la suppression du contenu manifestement illicite. Elle peut toutefois prescrire « toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ».

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'un automate d'appel, d'un télécopieur et d'un courrier électronique, de toute personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen » (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.
- dans tous les cas, « il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer des coordonnées valables auxquelles le destinataires puisse utilement transmettre une demande » afin d'obtenir la cessation, sans frais, de ces communications.

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, recueil du consentement préalable de l'internaute à recevoir des messages publicitaires. 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 ne soit pas 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'e-mail : 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 e-mailing 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 .