



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

AOÛT 2004

Sommaire

Mise en ligne de quatre nouveaux dossiers d'actualité - 30/08/2004.....	2
Les clauses abusives dans les contrats informatiques - 26/08/2004.....	3
Partenariats : des contrats précis avant tout -18/08/2004.....	9
La cybercriminalité sous surveillance -07/08/2004	11
La refonte de la loi « Informatique et Libertés » partiellement censurée par le Conseil Constitutionnel -02/08/2004	14

Droit, Thème transversal

Mise en ligne de quatre nouveaux dossiers d'actualité - 30/08/2004

Par Julien Le Clainche, Allocataire de recherche .



DROIT-TIC vous propose une nouvelle rubrique, "Les dossiers d'actualité". Pour l'inaugurer, trois dossiers en droit des personnes (GMAIL et le droit des personnes, les données personnelles des passagers aériens et la refonte de la loi "informatique et Libertés") et un autre relatif à l'adoption de la loi sur la confiance dans l'économie numérique.



LA REFONTE DE LA LOI N° 78/17 DU 6 JANVIER 1978

La loi n°78/17 loi du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique et la transposition du droit communautaire par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 .



LA LOI SUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE

Le point sur la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.



"GMAIL" ET LE RESPECT DES DROITS DES PERSONNES

Par le biais de son nouveau service de messagerie électronique «Gmail» la société « Google » se propose d'analyser le contenu des courriels afin d'y insérer des publicités ciblées. Des problèmes quant au respect du secret des correspondances privées et à la protection des données personnelles sont soulevés.



LES DONNEES PERSONNELLES DES PASSAGERS AERIENS

Depuis plusieurs mois le Parlement européen et la Commission s'affrontent sur la question de savoir si le transfert de données personnelles des passagers aériens exigé par les services de sécurité américains est compatible avec le droit communautaire.

Retrouvez en plus des "dossiers d'actualité", les "dossiers thématiques"

Par Julien Le Clainche, Allocataire de recherche .

Economie numérique, Droit de la consommation, protection du consommateur

Les clauses abusives dans les contrats informatiques - 26/08/2004

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .



Le 2 juin 2004, AOL était condamné par le Tribunal de Grande Instance de Versailles pour « clauses abusives et illicites ». Sur 36 clauses, 21 ont été déclarées nulles !

Le 2 juin 2004, AOL était condamné par le Tribunal de Grande Instance de Versailles pour « clauses abusives et illicites ». Sur 36 clauses, 21 ont été déclarées nulles !

Cette décision est une illustration d'un phénomène omniprésent dans tous les contrats et notamment les contrats informatiques : les clauses abusives.

Ces contrats informatiques sont très spécifiques, techniques et souvent obscurs pour le consommateur et le non professionnel de l'informatique. Ils contiennent souvent des clauses abusives prohibées par la loi.

Un professionnel de l'informatique ne doit pas imposer des clauses aux consommateurs ou aux non professionnels : l'équilibre contractuel ne doit pas être rompu. L'application de la théorie des clauses abusives va permettre aux non professionnels ou aux consommateurs d'être protégés, de faire valoir leurs droits vis-à-vis des professionnels qui imposent ces clauses illicites.

Face à un contrat informatique (contrats d'accès à Internet, de création de logiciel, de fourniture de matériels informatiques, etc.), il est nécessaire de :

- . déterminer si la théorie des clauses abusives trouve à s'appliquer (1),
- . et si tel est le cas, sanctionner lesdites clauses déclarées et jugées abusives (2).

1. La détermination des clauses abusives dans les contrats informatiques

L'article L132-1 du Code de la consommation modifié par la loi du 1^{er} février 1995 énonce que « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au

détriment du non professionnel ou du consommateurs, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Selon la loi, pour qu'une clause soit abusive, il faut :

- . un contrat entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur,
- . un déséquilibre contractuel significatif.

Un contrat entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur

Le professionnel est la personne physique ou morale qui contracte dans l'exercice d'une activité professionnelle. Il apparaît évident que le fournisseur d'accès à Internet, l'hébergeur, le créateur de logiciel ou encore le fournisseur de matériel informatique est un professionnel.

Mais quant est-il de l'autre partie ? S'agit-il d'un consommateur/non professionnel ou d'un professionnel ? L'enjeu est important car si le cocontractant est un professionnel, la théorie des clauses abusives ne trouvera pas à s'appliquer !

Un consommateur est un profane qui n'a aucune expérience professionnelle dans le domaine où il contracte (CA Paris, 3 juillet 1998). Il conclut ce contrat de biens de consommation ou de services pour son usage personnel.

Un non professionnel est un professionnel qui conclut un contrat dans le cadre de son activité professionnelle, en dehors de sa sphère de compétence et sans rapport direct avec son activité professionnelle.

Le particulier qui contracte, par exemple, un abonnement à Internet, un hébergement de sites Web pour son usage personnel est sans nul doute considéré comme étant un consommateur.

Concernant l'entreprise qui désire s'informatiser, se connecter à Internet pour les besoins de son activité, est-elle considérée comme étant un non professionnel ou un professionnel ? La réponse est plus délicate.

Dans un arrêt du 24 janvier 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé qu'une personne ne peut se prévaloir de la législation des clauses abusives dès lors que le contrat qu'elle conclut a un rapport direct avec son activité professionnelle.

Dans un arrêt du 14 mars 2000 relatif à l'acquisition d'un logiciel, la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que l'article L132-1 du Code de la consommation ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant.

Il semblerait donc que si la personne physique ou morale conclut un contrat informatique à des fins professionnelles, la théorie des clauses abusives ne s'applique pas.

Mais, la doctrine est venue ajouter que cette personne physique ou morale peut être considérée comme étant un non professionnel lorsqu'elle contracte hors de sa sphère de compétence et que le contrat (informatique) n'est pas destiné pas à l'acquisition d'un bien ou d'un service destiné à la réalisation de son activité professionnelle.

On peut donc conclure qu'une personne morale qui vend, par exemple, des vêtements et qui décide de se doter d'un logiciel pour gérer ses comptes, ses clients, ses commandes pourra être considérée comme un non professionnel. Il bénéficiera alors de la protection instituée par la théorie des clauses abusives.

Dans un arrêt du 15 mai 2001, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rapproché le statut du professionnel non spécialiste en informatique du statut de non professionnel. Ce non professionnel a donc pu bénéficier de la théorie des clauses abusives. Cet arrêt a été commenté par Xavier Furst qui écrivait, à juste titre, que « cette solution paraît équitable : un professionnel quel qu'il soit, ne l'est finalement que dans sa spécialité ».

Un déséquilibre contractuel significatif

Pour que la théorie des clauses abusives s'applique, il est nécessaire que ladite clause provoque un déséquilibre contractuel significatif.

Avant la loi du 1^{er} février 1995, la clause était jugée abusive lorsqu'elle procurait un avantage excessif au professionnel qui abusait de sa puissance économique.

Les deux critères (abus de puissance économique et avantage excessif) étaient liés et cumulatifs.

Avec l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} février 1995 transposant la directive européenne du 5 avril 1993, on ne parle plus que de déséquilibre significatif. Il s'agit de la situation dans laquelle la partie forte au contrat impose sa volonté à l'autre partie. La partie faible ne peut alors qu'accepter les conditions au contrat ou ne pas contracter. Il n'existe dans ce cas aucune négociation. Le professionnel, notamment en informatique, est en position dominante. En effet, le consommateur ou non professionnel ne connaît pas aussi bien l'informatique que lui et conclut un contrat dont les clauses sont abusives.

La matière étant obscure, le profane ne sait pas forcément qu'il se trouve en présence d'une clause jugée abusive. Il est donc nécessaire d'être très vigilant lorsque l'on contracte en matière, notamment, informatique.

Le pouvoir législatif, le pouvoir réglementaire ou encore la Commission des clauses abusives dressent des listes de clauses abusives. Ces listes permettent de déterminer si

telle ou telle clause présente dans un contrat est abusive ou non.

Mais ces listes ne sont pas exhaustives, les situations litigieuses étant extrêmement variées. Les clauses abusives concernent toutes les étapes du contrat : de la formation à la rupture du contrat.

Par exemple, est abusive, au regard de la loi :

- . la clause qui permet au professionnel de ne pas s'engager alors que le cocontractant est définitivement tenu,
- . la clause qui exonère entièrement le professionnel de toute responsabilité,
- . la clause qui oblige le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes.

Le gouvernement a également pris un décret le 24 mars 1978 pour préciser quelles clauses étaient abusives. Est, notamment, abusive la clause qui réduit l'obligation de réparation du vendeur en cas d'inexécution de ses obligations.

Par ailleurs, la Commission des clauses abusives joue un rôle primordial en la matière. Créée par la loi du 10 janvier 1978, elle a pour mission d'étudier les modèles de conventions proposés généralement par les professionnels aux consommateurs ou non professionnels. Elle recense ainsi les clauses abusives.

Elle émet régulièrement des recommandations qui influencent le Parlement mais aussi les professionnels qui peuvent s'en inspirer pour établir leur contrat en conformité avec la loi.

Le 28 août 1995, une recommandation relative aux contrats par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs a été émise. La Commission met l'accent sur le fait que les contrats relatifs à l'utilisation de logiciels intéressent désormais un large public. La recommandation indique que les clauses doivent être lisibles (taille minimale de caractère exigée), la suppression des clauses illégales d'exonération totale de la garantie des vices cachés et sur l'interdiction au consommateur ou non professionnel de demander des dommages et intérêts en cas de retard dans la livraison.

Le 27 juillet 1999, la Commission des clauses abusives est également intervenue en matière de téléphonie. Elle a relevé 37 clauses abusives dans lesdits contrats qui concernaient la formation et durée du contrat, l'exécution du contrat, les fournitures des services et les responsabilités ainsi que les paiements et la fin du contrat.

Le 31 janvier 2003, elle est intervenue en matière de contrats de fourniture d'accès à l'Internet. La Commission a relevé des clauses abusives dans ces contrats types d'accès gratuit, payant et câblé à Internet.

La sanction des clauses abusives dans les contrats informatiques

Une sanction par le juge

La Commission des clauses abusives émet des recommandations mais elles ne sont pas coercitives : les professionnels ne sont pas obligés d'en tenir compte.

Par ailleurs, le pouvoir réglementaire peut effectuer un contrôle administratif des clauses abusives ; il les interdit pour l'avenir. Mais c'est surtout le juge qui est saisi et qui sanctionne ces clauses illicites.

La Commission peut saisir le juge : ceci n'arrive que très rarement.

Par contre, les consommateurs et surtout les associations de consommateurs, en vertu de la loi du 5 janvier 1988, saisissent régulièrement le juge pour que soient sanctionnées les clauses abusives.

Les affaires relatives aux clauses abusives dans les contrats informatiques sont nombreuses : UFC Que Choisir, après avoir tenté un accord amiable avec les fournisseurs d'accès à Internet : Free, Neuf Telecom, Tiscali et Wanadoo, a agi en justice. L'association de consommateur a dénoncé, en effet, les clauses abusives qui figurent dans les contrats d'abonnement à Internet.

Le dernier FAI à avoir été condamné à l'initiative de UFC Que Choisir est AOL France.

Au départ, le juge était obligé de se référer aux décrets pour déclarer une clause abusive. Or, un seul décret a été pris. La Cour de cassation a donc admis que le juge puisse déclarer une clause abusive en l'absence de tout décret (Civ.1^{ère}, 6 décembre 1989).

Pour apprécier, le juge se réfère à la loi, aux recommandations de la Commission des clauses abusives et au décret du 24 mars 1978. De plus, une clause qui ne fait pas partie de ces différentes listes peut désormais être déclarée abusive par le juge. La partie qui se prévaut de cette clause abusive devra alors démontrer le déséquilibre excessif. Le juge apprécie souverainement les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, s'il est en présence de deux professionnels ou d'un professionnel et d'un non professionnel ou consommateur.

Les Tribunaux sont très sévères en matière de clauses abusives. L'arrêt du 2 juin 2004 qui a condamné AOL en est un bon exemple. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre est allé très loin dans son appréciation : il a, en effet, déclaré que AOL ne pouvait renoncer à garantir l'exécution de son service de fourniture d'accès à Internet dans la mesure où il était tenu d'une obligation de résultat consistant à fournir à ses abonnés un accès à Internet.

Une clause abusive déclarée nulle

La clause déclarée abusive est réputée non écrite : elle est nulle.

Seule la clause ne sera pas opposable, le reste du contrat reste valable.

Toutefois, il est possible qu'une clause entraîne la nullité de tout le contrat s'il est démontré que cette clause est essentielle audit contrat : le contrat ne saurait exister sans elle.

Il est à noter que la clause abusive sera nulle qu'à l'égard des parties contractantes. Le professionnel ne pourra plus sans prévaloir vis-à-vis de ces parties.

La plupart du temps, les professionnels se limitent à ne plus appliquer la clause litigieuse pour le non professionnel ou le consommateur qui a agi en justice ; mais la clause abusive n'est pas pour autant ôtée des autres contrats similaires.

Pour éradiquer les clauses abusives dans les contrats (informatiques), les associations de consommateurs agissent ensemble pour que soient annulées et ôtées les clauses abusives dans tous les contrats concernés.

Les clauses abusives dans les contrats informatiques doivent être éradiquées pour rétablir l'équilibre contractuel. Elles n'ont pas fini de faire parler d'elles ! La loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels (LCE) vient de créer un nouvel article L121-84 du Code de la consommation qui permet aux professionnels, après notification faite aux consommateurs, de modifier unilatéralement les conditions contractuelles de fourniture de service de communications électroniques. Ce nouvel article va à l'encontre de la recommandation de 2003 de la Commission des clauses abusives qui estime qu'une telle situation peut provoquer un déséquilibre significatif entre les parties. Ce nouvel article risque très bientôt de faire parler de lui.

Par Me. Murielle-Isabelle Cahen, Avocate .

Economie numérique, Droit des contrats

Partenariats : des contrats précis avant tout -18/08/2004

Par Me. Franklin BROUSSE, Avocat, Cabinet FBA .



Afin de ne pas faire échouer un accord ou se retrouver empêtré dans une relation avec un partenaire, il importe de définir précisément les termes d'un partenariat entre deux sociétés.

► Afin de répondre aux nouveaux besoins des entreprises et de proposer de produits ou services adaptés, les acteurs du secteur de l'informatique, des télécommunications et du web tentent de plus en plus de se rapprocher et de s'associer dans le cadre d'accord de partenariat. Qu'il s'agisse de partenariats "technologique", de distribution ou d'intégration, ces accords ont pour finalité de proposer en commun de nouvelles offres dans des domaines comme l'infogérance et l'intégration de logiciels, et/ou d'accélérer le développement de nouvelles solutions informatiques et télécoms.

Récemment, des éditeurs de solution logicielle ont annoncé avoir conclu des accords de partenariat technologique assortis, parfois, de contrats de distribution. Avec l'intégration de composants conçus par leur partenaire, ces éditeurs proposent désormais des évolutions de leurs solutions standards.

Si ces partenariats conduisent souvent à des réussites commerciales, ils connaissent parfois des échecs généralement dus à une formalisation insuffisante des engagements et des responsabilités ainsi qu'à une mauvaise maîtrise des phases clés de mise en œuvre du partenariat. La difficulté réside dans la définition du rôle et des engagements respectifs qui, sans tomber dans des excès de rédaction contractuelle, doit trouver un équilibre entre l'esprit partenarial et les contraintes et responsabilités liées à la mise en œuvre de nouveaux projets impliquant notamment des risques financiers importants.

Définir le périmètre du partenariat

La définition précise du périmètre du partenariat est un des facteurs clés de réussite. Cette phase doit contraindre les futurs partenaires à s'interroger et à mesurer les enjeux en présence et notamment leur portée au regard de leur évolution respective. Ces enjeux et les conditions de rapprochement des partenaires doivent servir de base à la rédaction d'un accord et à son préambule. Ce préambule, après avoir rappelé le cœur d'activité de chacune des partenaires, décrit souvent la nature et l'objectif des projets et des synergies qui les ont amenés à se rapprocher.

Gérer l'exclusivité et la non-concurrence

Outre les engagements classiques de collaboration, la rédaction d'un accord partenariat

pose la problématique de la définition d'une exclusivité de la relation en lien avec la nature et le périmètre du partenariat. Cette exclusivité, quelle soit réciproque ou unilatérale, doit trouver son équilibre dans l'intérêt respectif des parties de manière à ne pas léser une partie ou à restreindre toute ou partie de son domaine d'intervention dans le secteur concerné. Bien évidemment la nature et l'étendue de l'exclusivité varie en fonction des projets et des enjeux du partenariat. Pour les mêmes raisons, se pose la problématique de la concurrence entre les partenaires.

En principe, les partenaires cherchent à se neutraliser respectivement, d'une part, et à définir le plus précisément possible le périmètre de leur engagement de non concurrence, d'autre part. En lien avec les problématiques d'exclusivité et de non concurrence, l'accord de partenariat doit viser un territoire surtout lorsque son objet est en lien avec la promotion de produits et/ou de services distribués par l'un et l'autre, le cas échéant, de manière différente en France et à l'étranger.

Gérer les aspects pratiques de la mise en œuvre de l'objet du partenariat

Lorsque le partenariat implique la réalisation d'un projet commun, il convient de définir les modalités pratiques et juridiques de la conduite de ce projet et notamment d'organiser la mise en place d'organes de suivi et la mise en œuvre d'un contrôle de conformité des prestations réalisées dans le cadre du partenariat. Ce type de partenariat conduit le plus souvent à une phase de promotion des produits et/ou services développés ou proposés en commun.

Là encore, une définition précise du rôle de chaque partenaire permet d'éviter tout conflit sur la responsabilité de chacun en cas d'échec ou de carences dans les opérations envisagées initialement, particulièrement quand elle implique une prise en charge financière par l'une ou l'autre des parties. La définition des conditions financières peut s'avérer délicate dès lors qu'elle se fonde sur des probabilités de gain et sur une répartition souvent difficile, à définir a priori, de manière équilibrée.

Gérer la propriété des créations

L'attribution de la propriété des éléments développés dans le cadre du partenariat peut s'avérer également délicate. Les partenaires sont parfois conduit à envisager d'organiser la copropriété des éléments développés avec les risques induits en cas de conflit entre les partenaires et de cessation des relations. Il convient donc de prévoir une clause définissant précisément la propriété de chacun sur les éléments préexistants et développés dans le cadre du partenariat ainsi que sur le régime de copropriété de certains éléments. La nature technologique du projet pourra impliquer des cessions de propriétés unilatérales ou réciproques sur les éléments développés dans le cadre du partenariat avec les garanties associées.

Enfin, l'accord de partenariat n'échappera pas à la définition de la responsabilité respective des partenaires et des conséquences pratiques de la cessation des relations en cas de litige. Il ressort clairement de la pratique actuelle que les partenariats technologiques, séduisant au plan technique et stratégique, peuvent être sources de

litiges qu'il convient de limiter et de gérer dans le cadre de la rédaction d'un accord envisageant pleinement l'intégralité des enjeux de tels partenariats

Par Me. Franklin BROUSSE, Avocat, Cabinet FBA .

Economie numérique, Criminalité informatique

La cybercriminalité sous surveillance -07/08/2004

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS .



Les obligations des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès internet et hébergeurs) ont été confirmées et étendues à la lutte contre le piratage et à certaines infractions de presse par la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique.

▀ Les obligations des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès internet et hébergeurs) ont été confirmées et étendues à la lutte contre le piratage et à certaines infractions de presse par la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique.

→ Lutte contre les téléchargements illicites

Les FAI ont toujours l'obligation de proposer des outils de filtrage à leurs abonnés et ils doivent désormais assortir toute publicité vantant les connexions haut débit pour le téléchargement de fichiers d'« *une mention facilement identifiable et lisible rappelant que le piratage nuit à la création artistique* ».

Après avoir communiqué sur le monde merveilleux du téléchargement haut-débit, les FAI sont en passe de devenir le bras armé de l'industrie française du disque.

En effet, il est désormais possible d'obtenir en référé (procédure d'urgence) « *toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service* » sur internet auprès de l'hébergeur, ou à défaut le FAI[1]. Pour la rentrée de septembre, le directeur général de la SCPP[2] a ainsi annoncé son intention d'engager plusieurs centaines d'actions sur ce fondement à l'encontre des pirates à fin d'obtenir la résiliation de leur abonnement internet[3].

De plus, une charte d'engagements a été conclue le 28 juillet 2004 entre l'industrie du disque et l'AFA[4].

Le premier volet, préventif, permet aux majors de communiquer aux FAI les adresses IP des internautes soupçonnés de piratage. Les FAI informent ensuite automatiquement leurs abonnés que leurs téléchargements ont été repérés.

Le second, répressif, devrait généraliser les résiliations des contrats d'accès internet des personnes condamnées pour piratage, « *y compris en référé ou sur requête* » dans le cadre de procédures aux fins d'identification ou de résiliation/suspension de leur abonnement. Les FAI devront également généraliser les clauses de résiliation et de suspension de leurs contrats en cas de violation des droits de propriété littéraire et artistique de leurs abonnés.

En outre, cet accord prévoit d'étendre les outils de filtrage (contrôle parental) que les FAI proposent à leurs abonnés aux réseaux peer to peer. Après expertise sur les faisabilités techniques et économiques, les premières expérimentations de filtrage devraient commencer cet automne.

Parallèlement la refonte de la loi Informatique et Libertés de 1978[5] permet dorénavant une lutte organisée contre le téléchargement illégal d'œuvres puisqu'elle autorise la constitution de fichiers relatifs aux infractions constatées sur la toile (téléchargement illicites) par les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur, des artistes-interprètes et des producteurs de disque.

Concrètement les professionnels de l'industrie musicale ont la possibilité, après autorisation expresse de la CNIL, de mettre en place des « logiciels mouchards » pour collecter les adresses IP des internautes utilisant les logiciels peer to peer, sans avoir à recueillir leur consentement. Précisons tout de même que ces pratiques existent déjà en toute illégalité[6]. Par exemple l'action engagée par la SCPP fin juin contre une vingtaine d'internautes a été possible grâce à des intrusions aléatoires sur les dossiers partagés de leurs disques durs !

Le Conseil Constitutionnel appelé à statuer sur la régularité de ce nouveau dispositif l'a déclaré conforme à la constitution compte tenu de l'ensemble de ses garanties et eu égard à son objectif « *d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle poursuivie*[7] ».

Par ailleurs, les actions contre les internautes sont fortement critiquées par les associations de défense des consommateurs et ne font pas l'unanimité au sein des sociétés de perception collective des droits d'auteurs et des droits voisins.

En ce sens, l'ADAMI[8], qui gère les droits de plus de 150 000 artistes-interprètes, estime que le peer to peer « *peut être une source de progrès et de diversité pour le public mais aussi pour les artistes*[9] ».

« *Consciente du fait qu'il est probablement impossible de mettre fin à ce phénomène* », l'ADAMI, mais également la Spédidam[10] et certains éditeurs et distributeurs

phonographiques indépendants ont pris le contre-pied du lobbying de l'industrie du disque en proposant au législateur la création d'une **licence légale** comme réponse adaptée au peer to peer.

Cette licence légale, à l'instar de l'exception pour copie privée, devrait compenser en partie les préjudices subis en France du fait des téléchargements pirates par une rémunération des ayants droits grâce à une redevance perçue auprès des FAI.

– **Lutte contre les infractions de presse (diffamation, haine raciale, pédophilie...)**

La responsabilité civile ou pénale des hébergeurs, ne peut être engagée s'ils n'ont pas effectivement connaissance du caractère illicite des propos litigieux ou si dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou les rendre inaccessibles.

La LCEN introduit à ce titre une présomption de connaissance des faits litigieux lorsqu'un certain nombre d'éléments est notifié aux hébergeurs[11]. Et pour éviter tout abus, elle punit l'auteur de dénonciation calomnieuse d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Bien que les FAI et les hébergeurs, conformément à la directive commerce électronique, ne soient 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 illicite, ils ont toutefois l'obligation de mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance, les infractions d'apologie de crimes contre l'humanité, d'incitation à la haine raciale et de pornographie infantine. Ils doivent ensuite en informer promptement les autorités publiques compétentes.

Le non respect de ces obligations est sanctionné d'un an d'emprisonnement et 75 000 € d'amende maximum.

L'AFA a d'ores et déjà anticipé cette réglementation en publiant une charte de bonne conduite[12].

Il ressort de l'ensemble de ces dispositifs qu'il est plus sage, cet été, de « *surfer sur les vagues que sur les sites pirates*[13]»

Par M. Nicolas Samarcq, Juriste BRM AVOCATS .

[1] Article 6.1-8 de la LCEN.

[2] Société Civile des Producteurs Phonographiques.

[3] Philippe Crouzillacq, **Peer-to-peer, une vingtaine d'internautes poursuivis**, 01 Net, 29 juin 2004.

[4] Association des Fournisseurs d'accès français. Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique : http://www.minefi.gouv.fr/presse/communiqués/charte_musique_en_ligne.pdf

[5] **Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés - 15 juillet 2004.**

[6] Le Monde du 28 février 2003.

[7] **Décision n° 2004-499 du Conseil Constitutionnel - Protection des données personnelles - 29 juillet 2004**

[8] Société Civile pour l'Administration des droits des artistes et musiciens interprètes, adami.fr

[9] Communiqué de presse commun ADAMI, Spedidam, Syndicats Aice et Samup, UFC-Que choisir, Unaf, CLCV et Ligue de l'enseignement du 24 mai 2004, adami.fr

[10] Société de Perception et de Distribution des Droits des Artistes-Interprètes de la Musique et de la Danse.

[11] Article 6 §5.

[12] http://www.afa-france.com/actions/charte_internet.htm

[13] Pascal Nègre, Président d'Universal Music France.

Informatique et libertés, Droits de la personnalité

La refonte de la loi « Informatique et Libertés » partiellement censurée par le Conseil Constitutionnel -02/08/2004

Par Julien Le Clainche, Allocataire de recherche .



La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés[1] et les associations de protection des Libertés individuelles se sont opposés, par le biais de communiqués de presse ...

► La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés[1] et les associations de protection des Libertés individuelles se sont opposés, par le biais de communiqués de presse interposés,[2] quant à la constitutionnalité de la refonte de la loi 78/17, dites « Informatique et Libertés ». Le Conseil Constitutionnel a donc été saisi et a rendu le 29 juillet dernier une décision[3] censurant la possibilité ouverte à tous les professionnels s'estimant exposés à la fraude de constituer des « fichiers d'infractions ».

Le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcer quant à la clarté et l'intelligibilité de la loi nouvelle, aux normes constitutionnelles applicables, aux données sensibles, aux fichiers d'infractions, à l'opposabilité du secret professionnel à la C.N.I.L, au correspondant aux données personnelles et aux traitements intéressant la sûreté et la sécurité publique.

Clarté et l'intelligibilité de la loi

Sur le fondement des articles 34 de la Constitution et 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le législateur ne peut renoncer à sa compétence en adoptant des normes dont le défaut d'accessibilité et d'intelligibilité renverrait à d'autres des choix que la Constitution lui a confié en propre[4].

La complexification du droit applicable aux données personnelles opérée par la refonte de loi est jugée fondée par l'évolution des données techniques, des pratiques professionnelles et des comportements individuels. En outre, il s'agit de transposer la directive 95/46[5]. Dès lors, « *La simple circonstance que des dispositions législatives accroissent la complexité d'un mécanisme existant ne les rendent pas contraires à la Constitution, dès lors qu'elles déterminent de façon précise et sans contradiction les nouvelles règles applicables* »[6].

Les normes constitutionnelles applicables

La déclaration des Droit de l'Homme et du citoyen garantit le respect de la vie privée. Le législateur peut modifier la loi tant que les aménagements apportés ne privent pas de garanties légales l'exigence constitutionnelle de respect de la vie privée. Ainsi, il « *appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il lui appartient d'assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles liées notamment à la sauvegarde de l'ordre public* »[7].

Article 8 : Les données sensibles

Au terme de la loi modifiée, une exception à l'interdiction de traiter des données sensibles[8] est reconnue. En effet, dans la mesure où la finalité du traitement l'exige, l'interdiction ne s'applique pas aux « *traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice* ». Il s'agit d'une disposition de la directive devant être transposée :

« *Considérant que les dispositions critiquées se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du e) du 2 de l'article 8 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée ne peut être utilement présenté devant lui* »[9].

Article 9 : Les « fichiers d'infractions »

La loi modifiée institue deux régimes distincts quant à la possibilité de créer des fichiers d'infractions. La première a une vocation générale, alors que la seconde s'adresse spécifiquement aux organismes de gestion collective des droits de propriétés intellectuelles. Ces nouvelles opportunités sont originales dans la mesure où des personnes privées, et non des magistrats, seront en mesure de décider qui est auteur d'une infraction.

« 3° les personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte des dites victimes pour les stricts besoins de la prévention et de la lutte contre la **fraude** ainsi que de la réparation du préjudice subi dans les conditions prévues par la loi »[10].

Le caractère général et imprécis de cette disposition a été censuré par le Conseil Constitutionnel :

« Considérant que, s'agissant de l'objet et des conditions du mandat en cause, la disposition critiquée n'apporte pas ces précisions ; qu'elle est ambiguë quant aux infractions auxquelles s'applique le terme de « fraude » ; qu'elle laisse indéterminée la question de savoir dans quelle mesure les données traitées pourraient être partagées ou cédées, ou encore si pourraient y figurer des personnes sur lesquelles pèse la simple crainte qu'elles soient capables de commettre une infraction ; qu'elle ne dit rien sur les limites susceptibles d'être assignées à la conservation des mentions relatives aux condamnations ; qu'au regard de l'article 34 de la Constitution, toutes ces précisions ne sauraient être apportées par les seules autorisations délivrées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; qu'en l'espèce et eu égard à la matière concernée, le législateur ne pouvait pas non plus se contenter, ainsi que le prévoit la disposition critiquée éclairée par les débats parlementaires, de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois futures ; que, par suite, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 est entaché d'incompétence négative ; ».

En revanche, les dispositions relatives aux organismes de gestion collective des droits de propriété intellectuelle sont considérées comme étant conformes à la Constitution :

« Considérant que la possibilité ouverte par la disposition contestée donne la possibilité aux sociétés de perception et de gestion des droits d'auteur et de droits voisins, mentionnées à l'article L. 321 1 du code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'aux organismes de défense professionnelle, mentionnés à l'article L. 331 1 du même code, de mettre en oeuvre des traitements portant sur des données relatives à des infractions, condamnations ou mesures de sûreté ; qu'elle tend à lutter contre les nouvelles pratiques de contrefaçon qui se développent sur le réseau Internet ; qu'elle répond ainsi à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle ; que les données ainsi recueillies ne pourront, en vertu de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an ; que la création des

traitements en cause est subordonnée à l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application du 3° du I de l'article 25 nouveau de la loi du 6 janvier 1978 ; que, compte tenu de l'ensemble de ces garanties et eu égard à l'objectif poursuivi, la disposition contestée est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée.».

Article 21 : L'opposabilité du secret professionnel à la C.N.I.L

L'article 21 du projet de loi clarifie les conditions d'opposition du secret professionnel aux membres et agents de la C.N.I.L : « *Sauf dans les cas où elles sont astreintes au secret professionnel, les personnes interrogées dans le cadre des vérifications faites par la commission en application du f du 1° de l'article 11 sont tenues de fournir les renseignements demandés par celle-ci pour l'exercice de ses missions* ».

Les requérants estimaient que cette disposition constituait « *un recul quant aux garanties apportées aux exigences constitutionnelles applicables en la matière* » et arguaient du fait que « *une telle restriction déséquilibre manifestement le régime de protection de la vie privée et de la liberté individuelle des personnes dont les données personnelles ont fait l'objet d'un traitement* »

La loi antérieure étant muette sur ce sujet, le secret professionnel était donc déjà opposable aux membres et agents de la C.N.I.L. Le Conseil Constitutionnel estime donc que le grief manque en fait.

Article 22 : Les correspondants à la protection des données

L'article 22 dispose « *Les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente loi sont dispensés des formalités prévues aux articles 23 et 24, sauf lorsqu'un transfert de données à caractère personnel à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne est envisagé* ». Les requérants mettaient en avant le fait que : « *Ce correspondant ne bénéficie pas, à la lettre, des garanties d'indépendance indispensables* » et en déduisaient que « *en prévoyant, au titre d'une simplification toujours souhaitable, un amoindrissement des mécanismes de contrôle, le législateur a privé de garantie légale le droit à la vie privée et à la liberté individuelle* ».

Après avoir considéré que la désignation d'un tel correspondant ne dispense que des formalités préalables à la constitution d'un traitement, à la condition qu'il n'y ait pas de flux de données vers des pays tiers à la Communauté européenne, le Conseil Constitutionnel précise que : « *cette circonstance ne les soustrait pas aux autres obligations résultant de la loi déferée, dont le non respect demeure passible des sanctions qu'elle prévoit* ». Avant de poursuivre : « *Considérant que, compte tenu de*

l'ensemble des précautions ainsi prises, s'agissant en particulier de la qualification, du rôle et de l'indépendance du correspondant, la dispense de déclaration résultant de sa désignation ne prive de garanties légales aucune exigence constitutionnelle».

Article 22 : Les Traitements intéressant la sûreté et la sécurité publique

Les requérants se sont indignés de la perte de contrôle relative de la C.N.I.L sur les fichiers publics, notamment ceux intéressant la sûreté et la sécurité publique. En effet, sous l'empire de la loi ancienne, ces fichiers devaient faire l'objet d'un **avis favorable** de la C.N.I.L. L'avis défavorable pouvait alors être surmonté par un avis conforme du Conseil d'Etat. Au terme de la loi nouvelle, l'autorité administrative n'a plus qu'à rendre un avis motivé et publié. Peu importe son caractère favorable ou défavorable, le traitement pourra être mis en œuvre.

*« Sont **autorisés par arrêté du ou des ministres compétents**, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, les traitements de données à caractère personnel mis en oeuvre pour le compte de l'Etat et ... »* D'un régime d'autorisation par la C.N.I.L, nous passons à une autorisation par le ministre compétent, par exemple le ministre de l'intérieur.

Les requérants voient dans cette situation : *« un des reculs les plus manifestes opéré par cette loi quant au niveau des garanties légales constitutionnellement exigées puisque aujourd'hui un tel traitement requiert un avis favorable de la CNIL ».*

En revanche, le Conseil Constitutionnel considère que l'article 26 *« se borne à substituer à un avis conforme du Conseil d'État en cas d'avis défavorable de la Commission nationale de l'informatique et des libertés un arrêté ministériel pris après avis motivé et publié de la Commission ; que le législateur a prévu que l'avis de la Commission serait publié concomitamment à l'arrêté autorisant le traitement »* avant de conclure que ces modifications *« ne sont contraires à aucun principe ni à aucune règle de valeur constitutionnelle ».*

Par Julien Le Clainche, Allocataire de recherche .

[1] Commission nationale de l'Informatique et des Libertés C.N.I.L, <http://www.cnil.fr>

[2] Voir Ligue des Droits de l'Homme (LDH), Droits Et Libertés face à l'Informatisation de la Société (DELIS) et Imaginons un Réseau Internet Solidaire (I.R.I.S), « Refonte de la loi « Informatique et libertés » : la régression consommée », 19 juillet 2004 et la réponse du président de la C.N.I.L, Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, « La refonte de la loi « informatique et libertés » : mise au point du Président de la CNIL », 21 juillet 2004.

[3] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[4] Décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, cons. 8 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9

[5] Directive 95/46 CE du Parlement et du Conseil, 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, JOCE L 281 du 23.11.1995

[6] Décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, cons. 2 à 4 ; n°2001-447 DC du 18 juillet 2001, cons. 29 ; n°2001-453 DC du 18 décembre 2001, cons. 3.

[7] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, précitée note 3.

[8] Les données sensibles sont celles qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les

opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à leur vie sexuelle.

[9] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, précitée note 3.

[10] Article 9 de la loi 78/17 modifiée.