



LETTRE N°40 : DECEMBRE 2008 – JANVIER 2009

Youtube est-il un hébergeur ?

par Monsieur le Professeur Jérôme HUET, directeur du CEJEM

A cette question le TGI de Paris, le 14 novembre 2008, appliquant la loi du 21 juin 2004 en son article 6-I (loi dite LCEN), répond par la négative, statuant sur un des acteurs majeurs du web 2.0. C'est à nouveau Monsieur Lafesse qui a suscité cette jurisprudence mais la motivation de la décision ne convainc pas totalement. Quant à la motivation, on notera que le tribunal adopte une conception dualiste selon laquelle on est soit hébergeur, soit éditeur. A défaut d'avoir choisi le contenu diffusé, Youtube devait donc se voir reconnaître la qualité d'hébergeur (il importe de s'en tenir à la seule définition d'éditeur retenue par la LCEN, et donc de rechercher si la société Youtube détermine le contenu mis à la disposition du public : « la société Youtube ne peut être qualifiée d'éditeur (...) et doit en conséquence se voir appliquer le régime de responsabilité réservé aux hébergeurs »). En cela, le tribunal adopte une solution opposée à celle du TGI de Troyes dans l'affaire Hermès contre eBay du 4 juin 2008 (D. 2008 2261, « eBay n'est pas un hébergeur (suite...) », note J. Huet). Ce tribunal, en effet, admettait qu'à côté de la qualité d'hébergeur et d'éditeur figure aussi celle de « fournisseur de services, de communication en ligne ». Il est vrai que le tribunal, dans l'affaire Youtube, retient quand même la responsabilité de ce dernier en qualité d'hébergeur, pour n'avoir pas ordonné la suppression du contenu litigieux « nonobstant la connaissance de leur caractère licite, qui leur avait été dénoncé ».

Un second point, par lequel la décision mérite d'être critiquée est la manière dont elle rejette l'argument selon lequel la société Youtube percevait une rémunération générée par la publicité. Les juges en effet ont déclaré que « les dispositions de la LCEN n'interdisent pas à l'hébergeur de tirer profit de son site par la vente d'espaces publicitaires, de sorte que la qualité d'éditeur ne saurait être déduite d'une telle exploitation commerciale ». Certes, le schéma économique du service Youtube est fondé sur la gratuité pour les internautes et les revenus engendrés par la publicité. Or, il est vraisemblable que ces revenus soient fonction du nombre de clics engendrés par telle ou telle vidéo ou musique, c'est-à-dire en fonction du contenu de ce site. Et dans l'arrêt Sedo (Com. 21 octobre 2008, « Sedo n'est pas un hébergeur (suite...) », note J. Huet, à paraître) la Cour de cassation a déduit que ne pouvait pas se prévaloir de la qualité d'hébergeur celui qui perçoit un commissionnement et donc une rémunération fonction de la valeur de ce qu'il accueille sur son site. L'hébergeur, pour mériter cette qualification, doit s'en tenir à une rémunération fonction du volume de ce qu'il accueille. Dans ces conditions, les juges ne pouvaient pas se contenter d'écarter d'un revers de main l'argument de la rémunération par la publicité.

On peut donc dire que sur ces deux points la décision pêche gravement et que la motivation portant à écarter la qualité d'hébergeur et à privilégier le régime de responsabilité en découlant, malgré toute la sympathie que la gratuité (de façade) que ce service inspire, est critiquable.

Compétence juridictionnelle internationale : la Cour de cassation rejette le critère de l'accessibilité (Crim. 9 septembre 2008)

par Monsieur le Professeur Jérôme HUET, directeur du CEJEM

Par une décision de cassation, mais non publiée au bulletin, la Chambre criminelle déclare que la publication en Italie d'un article contrefaisant ce que le journal Le Monde avait déjà publié en exclusivité, publication italienne non diffusée en France, reprise sur un site internet en langue italienne, par là-même non destinée au public français, cette publication donc ne relevait pas de la compétence des juges français même si ce site était accessible en France. Pour censurer l'arrêt, la Cour de cassation retient que les juges n'avaient pas « vérifié si les faits avaient été commis en France ».

Voilà qui clôt avec une certaine clarté une controverse qu'avait pu entretenir une jurisprudence passablement hésitante depuis l'arrêt Cristal rendu par la Haute juridiction en 2004 (V. H. Gaudemet-Tallon, Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels, D. 2008. 735, n° 6 et s.).

La solution est heureuse. Il ne serait pas judicieux de rendre compétent les juges français pour tout ce qui se commet sur internet. Pour l'éviter il faut pour le moins que le site concerné soit orienté vers le public français, et donc exiger plus que la simple accessibilité en France.

Telle est la solution, d'ailleurs, retenue il y a une quinzaine d'années par l'article 27 de la loi du 29 janvier 1993 sur la prévention de la corruption dans la publicité (ce texte dispose qu'il a vocation à être appliqué dès lors « que le message publicitaire est réalisé au bénéfice d'une entreprise française et qu'il est principalement reçu sur le territoire français »), ainsi que la directive de 2000 sur la compétence judiciaire internationale dans son article 5 prévoyant celle du tribunal du domicile national du consommateur lorsque le site consulté par ce dernier est orienté vers ce territoire

Paquet Télécoms : un compromis - des désaccords

par Laurence COUR

La Commission européenne a présenté fin 2007 de nouveaux textes relatifs aux communications électroniques [1], afin de prendre en considération les mutations ayant eu lieu ces dernières années dans ce secteur [2].

Ces textes, après examen devant les commissions ITRE (Industrie, transports, recherche, énergie) et IMCO (Marché intérieur et protection des consommateurs), ont été adoptés en séance plénière par le Parlement européen le 24 septembre dernier.

Revenons sur les principaux points d'achoppement.

Tout d'abord, les eurodéputés ont rejeté l'idée d'une autorité supranationale chargée de réguler les communications électroniques en choisissant la solution préconisée par le rapport Pilar del Castillo : le recours à un organisme des régulateurs nationaux au niveau communautaire sur le modèle de l'actuel groupe des régulateurs européens. Dans la même perspective, la Commission souhaitait, dans sa proposition initiale, que lui soit confié un droit de veto sur les décisions des régulateurs nationaux afin d'harmoniser les pratiques de ces derniers. Cette possibilité a été écartée en première lecture.

Par ailleurs, si la séparation fonctionnelle, qui consiste à scinder l'infrastructure d'accès des activités de services de l'opérateur historique sans opérer de transfert de propriété, a été présentée par l'exécutif européen comme un instrument permettant d'ouvrir le secteur à la concurrence, les députés européens envisagent cette voie en ultime recours.

Les parlementaires européens ont également refusé d'abandonner la gestion des fréquences à la Commission européenne afin de maintenir une flexibilité et une efficacité dans l'utilisation de celles-ci et d'éviter par voie de conséquence des interférences entre des services qui pourraient se retrouver sur la même fréquence (par exemple des services audiovisuels et des services de télécommunications).

Enfin, la dimension droit d'auteur présente dans ce nouveau paquet télécoms n'est pas sans poser des difficultés. D'autant qu'en France, le projet de loi « Création et Internet » [3] issu de la mission Olivettes a relancé le débat relatif à la riposte graduée. Ce texte prévoit notamment la possibilité de sanctions à l'égard des internautes soupçonnés de s'adonner à des actes de contrefaçon par une autorité administrative indépendante : la haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet. Les députés européens, dans le cadre de l'examen du paquet télécoms, ont été amenés à se prononcer et à poser le principe qu'« aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires (...) sauf lorsque la sécurité publique est menacée, auquel cas la décision peut intervenir ultérieurement » [4]. Cet amendement, dont le fondement repose sur l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant la liberté d'expression et d'information, constitue une garantie face aux tentatives qui pourraient avoir lieu dans certains Etats membre d'instaurer une autorité administrative qui se substituerait au pouvoir judiciaire.

Suite au vote du Parlement européen, la Commission a présenté le 7 novembre 2008 une proposition révisée, conformément à la possibilité qui lui est offerte par l'article 250 TCE. La Commission a approuvé l'amendement 138 soulignant que « cet amendement est un rappel important de principes essentiels du droit qui régissent l'ordre juridique communautaire et, en particulier, des droits fondamentaux des citoyens » [5]. Néanmoins, elle est revenue sur un grand nombre d'amendements votés en première lecture. Ainsi, au travers de cette proposition révisée, elle essaie d'étendre ses pouvoirs en réintroduisant son droit de veto sur

les remèdes imposés par les régulateurs nationaux. Dans le même esprit, elle propose un organe des régulateurs européens qui serait placé sous sa tutelle, mais dont les pouvoirs seraient limités aux télécommunications [6].

Ces modifications sont telles qu'il semblait difficile de parvenir à un accord lors du conseil Télécommunications qui s'est tenu le 27 novembre 2008. Un compromis a toutefois été trouvé. Certains points ont globalement été repris : la séparation fonctionnelle, la gestion des fréquences. D'autres ont fait l'objet de nouvelles modifications.

Le Conseil est allé dans le sens de la solution dégagée par le Parlement européen pour ce qui est d'un organe européen chargé des télécommunications, soit une coopération améliorée au sein du groupe des régulateurs européens. Par ailleurs, le Conseil, sans accorder un droit de veto à la Commission qui souhaitait étendre ses pouvoirs sur les décisions des régulateurs nationaux en matière de remèdes, a retenu une autre option. La Commission pourra rendre un avis sur ces décisions ; toutefois, il a été prévu qu'en cas de non respect de cet avis, l'autorité de régulation nationale motive sa décision devant la Commission.

On peut déplorer la suppression de l'amendement 138 dès lors que celui-ci avait été voté par une large majorité des députés européens et approuvé par la Commission dans sa proposition révisée. Il est plus que probable qu'il soit redéposé en seconde lecture. Le débat est loin d'être clos et va se poursuivre au cours de l'année 2009.

[1] Propositions présentées par la Commission européenne disponibles sur : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/proposals/index_en.htm

[2] A consulter sur ce site, Laurence Cour, La révision du Paquet Télécoms : vers un approfondissement du marché intérieur des communications électroniques, 27 janvier 2008

[3] Projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, texte n°405 (2007-2008) de Mme Christine Albanel, Ministre de la culture et de la communication, déposé au Sénat le 18 juin 2008

[4] Amendement 138 à l'article 8 de la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, adopté en séance plénière le 24 septembre 2008

[5] Proposition de la Commission sur l'amendement 138 adopté par le Parlement européen lors de la session plénière du 24 septembre 2008, MEMO/08/681

[6] Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques, COM (2008) 720 final du 05/11/2008

« Les connexions établies par un salarié sont présumées avoir un caractère professionnel »

Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 juillet 2008

par Géraldine CRIQUET

Alors que jusqu'à présent la jurisprudence s'est prononcée sur les courriers électroniques stockés par l'employé dans son ordinateur (Cass.Soc 2 octobre 2001, arrêt Nikon) laissant une assez grande marge de manœuvre à l'employeur (Cass. Soc. 17 mai 2005, arrêt Cathnet-Science, Bull.civ. V., n°291 autorisant ce dernier à prendre connaissance des courriels stockés par l'employé présent ou dûment appelé), l'arrêt rendu par la chambre sociale récemment (Cass. Soc. 9 juillet 2008 Pourvoi n° H 06-45.800) présente l'intérêt de statuer sur une question complémentaire que les chartes informatiques des entreprises envisagent généralement aussi, à savoir si l'employeur peut prendre connaissance des sites internet consultés par le salarié.

Un employé est licencié pour faute grave après qu'un contrôle effectué par la direction de son entreprise, en son absence, ait révélé que ce dernier, pendant ses heures de travail, visitait des sites internet sans rapport avec son activité professionnelle (messagerie, sites d'espace de discussion, de rencontres et sportifs) et ce pour des durées quotidiennes très importantes (5 à 7h par jour) [1].

Le salarié arguait du droit au respect de « l'intimité de sa vie privée » (arrêt Nikon) et, en toute hypothèse, de sa nécessaire présence, à tout le moins de sa convocation, sauf risque ou événement particulier, au moment du contrôle du disque dur par son employeur (arrêt Cathnet-Science).

La cour de cassation rejette cette prétention précisant que « les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence ».

Un degré de protection de la vie personnelle du salarié disparaît. En 2005, Laure Marino écrivait : « La protection semble donc aller crescendo du disque dur à l'armoire » [2] . Aujourd'hui, ce crescendo va de l'état des connexions à l'armoire.

Le contrôle des connexions peut se faire à l'insu du salarié celles-ci étant présumées professionnelles. Le contrôle du disque dur en ce qu'il peut comporter des fichiers identifiés comme personnels doit se faire en présence du salarié. La fouille de l'armoire, lieu personnel à l'intérieur de l'entreprise, doit se faire en présence du salarié et « aux cas et conditions prévues par le règlement intérieur » [3] .

Certains s'interrogent sur la possibilité qu'a le salarié de renverser une telle présomption en distinguant parmi ses connexions, comme il peut le faire sur son disque dur parmi ses dossiers, des données ou connexions personnelles [4].

L'interrogation sur cette possibilité de distinction ne nous paraît pas pertinente. Les critiques soulevées par les jurisprudences précédentes ont été entendues [5] et l'espace laissé à la vie personnelle au travail se restreint. Il faut s'en féliciter.

Ce qui est sanctionné ici, est l'abus de l'utilisation personnelle de la connexion internet de l'entreprise. Ainsi, si les chartes informatiques des entreprises précisent, souvent, que toute utilisation de la connexion internet de l'entreprise doit être professionnelle, un usage personnel raisonnable reste possible [6].

Le salarié doit, dès lors, être conscient qu'effectivement, cet usage toléré révèle une part de sa vie privée à son employeur dès lors que toutes les connexions sont présumées professionnelles et que donc l'employeur y a largement accès.

Le salarié, toutefois, en est-il vraiment conscient ? Se sait-il surveillé ?

Il nous semble que c'est à niveau, celui de l'information préalable du salarié que peut être rétabli son droit au respect de la vie personnelle et la loyauté de l'employeur, et non au niveau d'une possibilité de dissociation des connexions personnelles.

En effet, l'historique de navigation d'un poste informatique de l'entreprise pourrait s'apparenter à l'enregistrement des faits et gestes numériques du salarié. La jurisprudence Néocel [7] peut-elle s'appliquer ?

Dans un arrêt récent la Cour de cassation se penchant sur le cas d'un autocommutateur téléphonique, affirmait : « la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un moyen de surveillance illicite pour ne pas avoir été porté préalablement à la connaissance du salarié. »

Les relevés de l'espèce sont de la même teneur qu'un historique de navigation qui informe de la durée et des adresses des sites visités à partir de chaque poste. La conclusion donnée serait donc la même.

Il faut rappeler, cependant, que cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité [8].

A titre préventif, et si ce n'est dans un esprit de loyauté, mais à tout du moins par courtoisie, on conseillera la mention de ces contrôles dans la charte informatique. Mention qui, d'ailleurs, ne peut donner que plus de poids à l'interdiction de l'utilisation non professionnelle de l'outil informatique de l'entreprise.

Enfin, le contrôle s'opère grâce à des relevés nominatifs qui contiennent des données présumées professionnelles, présumées seulement. Dès lors, une déclaration de ce traitement à la CNIL paraît indispensable [9].

[1] Cour d'Appel de Nancy Arrêt du 27 septembre 2006 R.G : 06/00305

[2] D.2005, Pan.p.2643, obs. A.Lepage, L.Marino et C.Bigot, p.2650

[3] Cass. Soc., 11 déc. 2001, Bull. Civ., V, n°377

[4] D.2008 Actualités Droit du travail et sécurité sociale, NDLR, p.2228

[5] Sur arrêt Nikon , D. 2001, Jur. P.3148, obs. P.-Y.Gautier ; P.Langlois, Chron. P.3286 ; D.2002, p.2296, obs. C.Caron

Sur arrêt Cathnet-Science, R.de Quenaudon, Jurisprudence « Nikon » : la suite mais non la fin, D.2005, p.1873 ; Dr. soc. 2005, p.789, obs.J.-E Ray

[6] Voir Philippe Stoffel-Munck « Il nous semble peu réaliste d'encourager les employeurs à sanctionner systématiquement toute utilisation personnelle des matériels mis à disposition des salariés. Il y a une marge de tolérance que la paix sociale invite à reconnaître. »

[7] Cass.Soc., 20 nov.1991, JurisData n°1991-003208 « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite. »

[8] « Surveillance du salarié et loyauté de la preuve » Bernard Bossu, JCP S, n°28, 8 juillet 2008, 1396 : « A juste titre l'analyse n'est pas partagée par la doctrine : elle considère que l'autocommutateur se présente comme un « procédé » qui nécessite le respect de la procédure préalable (F.Favennec-Héry, Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire : Dr. soc. 2004, p.52) »

[9] « Cybersurveillance du salarié dans l'entreprise, connexions Internet, fichiers, mails, tous professionnels. » S.Omarjee, www.droit-technologies.org, 01/09/2008

Et par analogie, voir la délibération de la CNIL n°2005-19, 3 février 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'utilisation des services de téléphonie fixe et mobile sur les lieux de travail