

CEJEM



LETTRE N°36 : MAI - AOUT 2007

Au feu les pompiers (constitutionnels) ! - A propos du vote électronique

par Gilles J. Guglielmi

Le Conseil constitutionnel a cru bon de publier un communiqué laconique [1] le 29 mars 2007 rappelant tout d'abord que "l'utilisation des machines à voter pour les élections, notamment présidentielles, est autorisée par le législateur depuis 1969", ce qui est un fait historique ; et ensuite que "Ce recours aux machines à voter dans les conditions fixées par l'article L. 57-1 du Code électoral a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel", ce qui est au mieux une approximation, au pire une tentative de couper court à un soupçon grandissant sur la transparence et la sincérité des votes qui seront émis en 2007.

En effet, le Conseil n'a jamais directement été saisi de la conformité à la Constitution de l'article L. 57-1. Il a simplement eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur les modifications successives de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, qui se référaient toutes à cette disposition. Dans sa séance du 29 mars, le Conseil constitutionnel semble considérer que « ce recours à des machines à voter », sous-entendu lors de l'élection du président de la République organisée par la loi modifiée du 6 novembre 1962, est donc « par référence » conforme la Constitution.

Malheureusement le communiqué de presse du Conseil n'a aucune valeur juridique, car seules les décisions que le Conseil prend dans le cadre des compétences à lui reconnues par la Constitution et la loi organique le concernant en ont une, ce qui n'est pas le cas des communiqués. Qui plus est, considérer comme conformes à la Constitution tous les textes auxquels renvoie un texte lui-même conforme à la Constitution est un raisonnement juridique pour le moins hardi qui pourrait rendre intangibles toutes les normes contraires à la Constitution qui subsistent dans notre ordre juridique et qui sont encore citées ou visées par des textes nouveaux. Enfin, même en la supposant possible, la nouvelle conformité « par référence », ne faisant pas partie du dispositif et n'étant pas invoquée dans les motifs des décisions du Conseil, dont l'objet est d'ailleurs un autre texte, ne s'imposera nullement aux pouvoirs publics et aux juridictions, car les conditions d'application de l'article 62 de la Constitution ne sont pas réunies. La Cour de cassation (dont un des trois sages récents faisait partie à l'époque) les avait utilement rappelées à propos de l'obiter dictum du Conseil sur la responsabilité du président de la République. En conséquence, l'utilisation des machines à voter pourrait, sans aucun abus du droit de recours, être juridiquement contestée devant les juridictions françaises.

Le plus regrettable dans cette affaire est que le Conseil se soit laissé abuser au plan technique. Par rapport à 1969, date de leur première autorisation par le législateur, la technologie des machines à voter a complètement changé, de façon telle qu'elles sont aujourd'hui d'une autre nature et constituent de véritables ordinateurs. Aucun des éléments (déjà connus) rassemblés par le Conseil dans sa brève fiche technique [2], ne répond aux incertitudes et failles expertisées sur ces machines aux Pays-Bas, aux Etats-Unis.

Que le Conseil ne s'estime pas le mieux placé pour prendre en considération, dans un contentieux, des éléments techniques [3] qui pourraient avoir des conséquences sur la constitutionnalité d'une pratique évolutive, cela peut se comprendre. Qu'il considère le législateur comme seul compétent pour revenir sur la norme qu'il a posée en 1969, à la suite d'une appréciation de fond et des expertises

nécessaires, est certainement sage. Mais laisser à penser que, en l'état actuel des caractéristiques de ces machines et des atteintes aux principes essentiels de transparence, de sincérité et de confiance qui conditionnent la légitimité du vote démocratique, tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes juridiques possibles pourrait bien être qualifié par certains de tentative de désinformation par usage d'un argument d'autorité.

Article également publié sur les sites <http://www.guglielmi.fr> et <http://www.juriscom.net>

Gilles J. Guglielmi

► <http://www.guglielmi.fr>

► Professeur de droit public Université Paris 2 - Panthéon-Assas

[1] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/presidentielles/2007/documents/communiqués/20070329.htm>

[2] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/presidentielles/2007/documents/mav/fichetechnique.htm>

[3] <http://www.guglielmi.fr/spip.php?article67>

De la recherche non autorisée de vulnérabilités informatiques (et des suites pénales qui lui sont données...)

Commentaire d'arrêt du T.G.I. de Paris, 12^e chambre corr., 2 juin 2006

par Thiebaut Devergranne

Un professionnel de la sécurité informatique peut-il attaquer les systèmes de tiers pour mettre en exergue leurs vulnérabilités ? Telle était la question à laquelle, le 2 juin dernier, le Tribunal de Grande Instance de Paris en formation correctionnelle, était invité à répondre.

1. L'affaire jugée par la 12^e chambre Tribunal de Grande Instance de Paris le 2 juin 2006 illustre une fois de plus la tentation que subissent certains professionnels de la sécurité informatique de tirer parti des vulnérabilités présentes sur des systèmes appartenant à des tiers.

Les faits d'espèce sont révélateurs : courant 2002, M. B., gérant d'une société de sécurité informatique, s'introduit sur un serveur appartenant à la société Colt Telecommunication qui présentait certaines faiblesses de sécurité. A partir de cet ordinateur, et grâce à un outil permettant de rechercher des vulnérabilités informatiques, il lançait des attaques sur près de 400 autres serveurs, dont une partie de serveurs gouvernementaux. La pêche aux systèmes vulnérables fût relativement fructueuse puisque près de 70 systèmes présentaient des vulnérabilités avérées. Tirant parti de certaines failles de sécurité, l'auteur en profitait pour laisser des messages sur les serveurs à l'attention de leurs administrateurs : « *bonjour, je viens de découvrir une faille dangereuse sur les serveurs suivants... Vous devez appliquer les services Packs de Microsoft et mettre à jour le serveur en urgence... Si vous avez besoin d'autres informations contactez-moi, et si vous n'avez pas besoin d'autres info n'oubliez pas de dire merci* ». La recherche de vulnérabilités, réalisée le 18 septembre 2002 sur le serveur du Casier judiciaire national ainsi que sur des systèmes du Centre d'Expertises Gouvernemental de Réponse et de Traitement des Attaques informatiques (Certa), mettra un terme à l'entreprise de prospection et marquera le début des poursuites. Les investigations menées par des

services spécialisés permettront alors rapidement de localiser et d'identifier M. B. ; celui-ci reconnaissait l'ensemble des faits.

2. Il était donc reproché à M. B. des atteintes très diverses aux systèmes ayant été visités : accès et maintien frauduleux (art. 323-1 c. pen.), entrave et faussement au système (art. 323-2 c. pen.), et introductions, modifications et suppressions frauduleuses de données (art. 323-3 c. pen.), ainsi que tentative de réalisation de ces infractions (art. 323-7 c. pen.). Seules manquaient l'incrimination de la personne morale, en l'espèce la SARL dont M. B. était gérant, pour laquelle une responsabilité pénale aurait peut-être pu être recherchée (art. 323-6 c. pen.), ainsi que certaines peines complémentaires qui auraient pu être demandées (art. 323-5 c. pen., comme l'interdiction de répondre à un marché public, par exemple). Etaient visés les actes d'intrusion réalisés sur le serveur de la société Colt, 394 attaques réalisées sur des serveurs gouvernementaux, ainsi que 63 autres serveurs publics ou privés (dont ceux des parties civiles constituées dans l'affaire).

Si l'auteur reconnaissait les faits, il invoquait toutefois pour sa défense des actes réalisés « *dans un esprit de sécurisation des systèmes* ». Selon lui, seul le premier serveur ayant servi de relai pour réaliser ces attaques aurait subi de réels inconvénients, mais « *ce serveur n'était pas sécurisé* ».

La question posée était donc de savoir si un professionnel de la sécurité informatique pouvait légalement attaquer des systèmes potentiellement vulnérables afin de mettre en exergue des défauts réels, ou supposés, de sécurité. Dans la présente affaire, les juges apportent à la question une réponse négative, condamnant M. B. à une peine de 4 mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à indemniser le préjudice des victimes constituées partie civile.

Si la vulnérabilité d'un système est fréquemment invoquée pour tenter de justifier des accès frauduleux, le moyen de défense n'est que rarement retenu par la jurisprudence. En 1994, la Cour d'appel de Paris avait déjà eu l'occasion de le rappeler : « *il n'est pas nécessaire pour que l'infraction existe, que l'accès soit limité par un dispositif de protection* » (C.A. Paris 11^e ch., sect. A., 5 avr. 1994). Plusieurs décisions avaient par la suite rappelé ce principe (voir C.A. Toulouse, 3^e ch., 21 janv. 1999, jugeant que l'accès frauduleux tombe sous le coup de la loi dès lors qu'il est le fait d'une personne qui n'a pas été autorisée).

3. La présente décision n'est pas sans rappeler le jugement rendu le 25 février 2000 par le Tribunal de Grande Instance de Paris dans une affaire largement médiatisée de fraude à la carte bancaire, dans laquelle un informaticien avait été condamné pour avoir réalisé un accès frauduleux. Les arguments présentés en défense étaient assez similaires, puisque l'auteur présentait la recherche de failles de sécurité qu'il avait effectuée sur le terminal de paiement et sur certaines cartes à puce, comme une démarche purement scientifique, animée d'un esprit de sécurisation des systèmes.

Le Tribunal n'avait, à l'époque, pas suivi le raisonnement de l'auteur, considérant l'accès au système carte bancaire comme un accès frauduleux, car réalisé « *contre le gré du maître du système* ».

La décision du 12 juin dernier s'inscrit donc dans un courant jurisprudentiel classique, qui trace une limite stricte dans la recherche de vulnérabilités sur des systèmes informatiques : sauf à avoir expressément été autorisée par le maître du système, celle-ci est par principe illicite.

T. Devergranne
Chargé de mission
Direction Centrale de la Sécurité des Systèmes d'Information,
Service du Premier Ministre

De l'art de la circulaire en Droit d'auteur

Par Aurélien BAMDE

A l'aune de l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, une nouvelle forme d'art contemporain est née : l'art de la circulaire. En effet, la nouvelle transposition de la directive du 22 mai 2001 votée par le Parlement ayant reçu une telle légitimité, tant chez les universitaires, que chez les professionnels, que l'administration s'est offert la

liberté de réinventer l'art de faire du droit, en rédigeant la circulaire du 3 janvier 2007 relative à l'application de cette transposition. Et force est de constater que le pari est réussi, le pouvoir réglementaire ayant réussi à faire renaître de ses cendres la riposte graduée, là où le gouvernement puis le parlement avaient échoué suite à la censure du Conseil constitutionnel.

Manifestement, en premier lieu, talentueux sont les administrateurs en ce qu'ils sont parvenus à imprégner leur travail de l'empreinte de leur personnalité, en ne divulguant la circulaire que très discrètement. En second lieu, originale est cette œuvre d'art, en ce qu'ils ont réussi à s'émanciper des principes si encombrants du droit, que sont le principe de séparation des pouvoirs, le principe de légalité des délits et des peines ou encore le principe de souveraineté du pouvoir d'appréciation du juge.

Cependant, sans doute a-t-il échappé aux auteurs de ce texte que l'originalité ne vaut qu'en matière d'art, pas en droit. C'est pourquoi, nous nous proposons de rappeler à ces derniers la substance de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel dispose que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». De la même façon, pouvons-nous mentionner l'article 8 de ce même texte disposant que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

D'où, les questions que l'on est en droit de se poser concernant la compétence de l'administration au regard de l'article 37 de la constitution. Ainsi, cette dernière est-elle fondée à enjoindre le juge de suivre des critères qu'elle a préalablement déterminés, quant à la graduation de la responsabilité des contrevenants ayant commis des actes de mise à disposition d'œuvres protégées par le droit d'auteur ? Mais encore, est-elle fondée à se substituer au juge dans l'appréciation de la peine à appliquer en matière de téléchargement illicite ? Enfin, est-elle fondée à formuler une interprétation sur la nature de l'exception pour copie privée ?

Assurément, seul le juge est à même d'apprécier la gravité des faits reprochés au délinquant. Seul le juge est à même de choisir la peine appropriée à appliquer à ce dernier. Seul le juge est à même d'interpréter la loi. Pour toutes ces raisons, l'autorité judiciaire n'a aucune raison de se soumettre aux recommandations du pouvoir réglementaire, lequel ne saurait faire passer par voie de circulaire ce qui lui a été refusé par le Conseil constitutionnel. Dès lors, sans doute serait-il plus sain pour la sauvegarde des institutions que le gouvernement laisse à l'art son originalité, tout autant que l'art laisse au législateur le soin de la déterminer.

Aurélien Bamde

La modification des conditions contractuelles par SMS jugée illégale : juridiction de proximité d'Antony, 12 mars 2007

par Marlene Trezeguet

Un prestataire de services de communications électroniques ne saurait se prévaloir de l'envoi d'un SMS [1] pour répondre aux exigences de l'article L. 121-84 du Code de la consommation, disposition obligeant le prestataire à communiquer ses nouvelles conditions contractuelles au moins un mois avant leur entrée en vigueur [2] : c'est l'enseignement que l'on peut tirer de la décision rendue par la juridiction de proximité d'Antony, le 12 mars 2007 [3].

Un particulier avait acheté auprès de NRJ mobile plusieurs packs de téléphonie mobile fonctionnant avec une carte prépayée. Selon les termes du contrat initial, les cartes vendues pour ces téléphones pouvaient être utilisées sans limitation de durée. NRJ mobile se différenciait ainsi des prestataires concurrents qui limitent généralement la validité d'une carte à deux mois. Seulement, quelques mois plus tard, NRJ mobile décida de s'aligner sur ce modèle et envoya un SMS à ses abonnés pour les

informer du changement des modalités de recharge des cartes, conformément à l'article L. 121-84 du Code de la consommation.

Selon le juge de proximité, l'information donnée par SMS ne répond nullement aux exigences de l'article L. 121-84 du Code de la consommation, et ce « dans la continuité du droit commun des contrats qui exige que le consentement du cocontactant soit éclairé quant au contenu du contrat et donc quant à la modification de ce contenu ».

Il est regrettable que le juge n'ait pas mentionné l'article 1369-2 du Code civil [4] aux termes duquel les informations adressées au cours de *l'exécution du contrat* peuvent être transmises *par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen*. Les SMS sont assurément du courrier électronique puisque celui-ci est défini dans la LCEN comme *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* [5]. En l'absence d'une acceptation explicite, l'envoi d'un SMS n'est donc pas possible. On peut toutefois s'interroger sur la légalité d'un tel procédé, malgré son acceptation par le consommateur, car la réception d'un e-mail ne retient pas la même attention qu'un sms.

Cette décision s'inscrit, plus généralement, dans la vague des procès intentés contre les opérateurs de téléphonie mobile à qui il est reproché, dans le cadre de contrats à durée indéterminée, de modifier trop rapidement les conditions tarifaires d'une offre initiale très attractive [6].

Marlene Trezeguet

[1] Acronyme de *short message service*

[2] L'article L. 121-84 du Code de la consommation, issu de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, prévoit que *tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification. [...] Toute offre de fourniture d'un service de communications électroniques s'accompagne d'une information explicite sur les dispositions relatives aux modifications ultérieures des conditions contractuelles.*

[3] Juridiction de proximité d'Antony, 12 mars 2007

[4] Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à *l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique*, JORF n° 140 du 17 juin 2005, texte n° 26, p. 10342.

[5] v. pour les MMS, le Rapport n° 612 de J. DIONIS DU SEJOUR, 12 février 2003, p. 54

[6] Cela concerne souvent les forfaits *illimités* : v. l'affaire SFR contre UFC Que choisir, CA Versailles, 16 mai 2002 où il fut jugé, sur le terrain de la publicité mensongère, que le prestataire ne pouvait pas changer ses conditions tarifaires pendant la durée d'abonnement minimale ; v. également l'affaire Nuria B. contre France Telecom, Ordonnance de référé, TGI Marseille, 5 juillet 2006 La société France Telecom fut condamnée sous astreinte à exécuter le contrat initial. Cette décision a été infirmée par CA Aix en provence, 7 novembre 2006 au motif que la société avait bien respecté les conditions prescrites par l'article L. 121-84 du Code de la consommation. Pour autant, ne serait-il pas souhaitable d'instaurer un délai raisonnable de maintien des conditions contractuelles initiales, à l'instar de la solution retenue pour l'offre ?

La modernisation du compte de soutien aux industries de programmes (par la loi n°2007-309 du 5 mars 2007)

par Ludovic Bottallo

Dans un article précédent, intitulé « Le financement du cinéma par les FAI et les opérateurs télécoms », nous nous étions intéressés aux éventuelles évolutions apportées par le projet de loi relatif à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur. A cette occasion, nous avons relevé l'une des principales innovations envisagées par le gouvernement, à savoir la contribution des FAI au financement de l'audiovisuel français par l'intermédiaire du compte de soutien aux industries de programmes (COSIP). La loi étant aujourd'hui adoptée, il apparaissait opportun de s'y intéresser à nouveau, d'autant qu'elle expose clairement les contours de la nouvelle contribution et délimite les acteurs devant s'en acquitter.

A titre liminaire, il faut rappeler que le fonds de soutien aux industries de programmes s'organise autour d'un compte qui se charge de percevoir un certain pourcentage des bénéfices engendrés par les diffuseurs qui sera redistribué aux acteurs de la création audiovisuelle. Traditionnellement, ce dispositif permettait de taxer les salles de cinéma, les éditeurs de services audiovisuels et les éditeurs de vidéogrammes et d'en reverser les fruits aux producteurs, distributeurs d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques selon une répartition sélective et/ou automatique. Ce dispositif juridique et financier, organisé par l'Etat, s'est constamment adapté aux différentes évolutions technologiques. Ainsi, lorsque le DVD est apparu, le régime de la vidéo, qui avait été uniquement pensé pour la cassette VHS, fut adapté afin de rétablir une adéquation entre les importants bénéfices dégagés par l'exploitation de cette nouvelle technologie et la perception. De même, lorsque de nouveaux diffuseurs apparaissent, comme cela fut le cas pour les chaînes de la TNT, une convention est immédiatement signée entre le diffuseur et le CSA afin que chaque nouvelle fenêtre de diffusion contribue, à sa juste valeur, au soutien financier de la création audiovisuelle.

Avec la loi n°2007-309 du 5 mars 2007, relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, deux évolutions notables ont été apportées au régime traditionnel. La première vise à contraindre les diffuseurs dits de TVHD (télévision en haute définition) et de TMP (télévision mobile personnelle) à financer une part de l'audiovisuel français. Néanmoins, il convient de préciser que pour ces acteurs, il s'agit d'une majoration de la contribution et non d'une nouvelle taxation. Désormais, « aux 5.5% de la fraction du montant des versements et encaissements annuels hors taxe », perçus sur les éditeurs de services audiovisuels traditionnels, s'ajoutera 0.2% pour les éditeurs qui diffusent en haute définition (TVHD) et 0.1% pour les éditeurs de télévisions mobiles personnelles, soit respectivement 5.7% et 5.6%. Une fois de plus, la loi est une illustration de l'adaptation traditionnelle du régime aux évolutions technologiques. La seconde évolution, qui propose de taxer les FAI, est une disposition ambitieuse de la loi dans la mesure où elle incorpore aux diffuseurs historiques (cinéma, télévision et vidéo) un nouveau diffuseur, l'internet. Désormais, les FAI devront contribuer au financement du compte de soutien aux industries de programmes et cette obligation repose sur l'évolution de la notion de « distributeur de services audiovisuels ». Selon l'article 35c de la loi n°2007-309 du 5 mars 2007, est considéré comme un distributeur de services audiovisuels, « l'éditeur dont le financement fait appel à une rémunération de la part des usagers, qui encaisse directement le produit des abonnements acquittés par ces usagers ». Or, la souscription à un abonnement internet correspond exactement à cette définition. De fait, étant donné que les fournisseurs d'accès à l'internet profitent financièrement de la diffusion d'œuvres audiovisuelles en percevant un abonnement mensuel de la part de leurs clients, ils ont l'obligation d'en reverser une partie à la création audiovisuelle. Aux trois modes de diffusion traditionnels, la loi en adjoint donc un quatrième qui est la diffusion par l'internet. De surcroît, il est possible de voir dans cette mesure gouvernementale une reconnaissance de l'évolution sociologique de la manière dont les usagers consomment des images et du son.

S'agissant du montant de la contribution, les FAI devront s'acquitter d'un pourcentage de leur chiffre d'affaires. Selon l'article 35.II.3°, « Pour les distributeurs de services, la taxe est calculée en appliquant à la fraction de chaque part du montant des encaissements annuels, hors taxe sur la valeur ajoutée, qui excède 10 000 000 euros ». Succède une énumération des taux appliqués en fonction des chiffres d'affaires réalisés par le fournisseur d'accès. A titre d'illustration, nous noterons que le plus petit taux applicable est de « 0.5% pour la fraction supérieure à 10 000 000 et inférieure ou égale à 75 000 000 euros » et que le plus important représente « 4.5% pour la fraction supérieure à 530 000

000 ». Une fois encore, cette adaptation du compte de soutien aux évolutions technologiques se fait de façon proportionnelle aux bénéfices engendrés par la diffusion d'œuvres audiovisuelles et dans le respect des particularismes du diffuseur. La contribution peut donc être rapprochée de la montée des charges progressives appliquée aux éditeurs de services diffusant par voie numérique terrestre dans la mesure où elle est adaptée à la capacité financière du média au moment de la taxation. Néanmoins, la contribution à la création n'est pas figée puisqu'elle évolue en fonction des résultats économiques de la société. Enfin, il convient de préciser que la perception ne s'exercera, toujours selon l'article 35 de la loi, que « sur la seule part de l'offre correspondant aux services audiovisuels ». Les bénéfices produits par les autres services proposés par les fournisseurs d'accès et, notamment, les sites d'information, les blogs et la communication privée seront exonérés de la taxation. Mais dans ces conditions, comment déterminer la part de l'audiovisuel dans un abonnement forfaitaire qui ne distingue pas les différentes composantes de l'offre ?

Ludovic Bottallo
