

Le spamming en Tunisie

J'ai lu avec grand intérêt l'interview de M. le PDG de l'Agence Tunisienne de l'Internet intitulée « l'A.T.I censure le spam », parue dans votre livraison du 6 mars 2006. Le spamming est en effet un sujet d'actualité qui a suscité de nombreux commentaires et a donné naissance à plusieurs lois et décisions de justice en Europe et aux États-unis.

Les éléments de réponse fort utiles fournis par le premier responsable de l'A.T.I intéressent de très près ce débat mondial sur les courriers électroniques publicitaires. Elles appellent ces quelques précisions juridiques.

La pratique du *spamming* consiste, selon la présentation de M. Walid Ben Youssef, en l'envoi de messages publicitaires non sollicités envoyés par courrier électronique aux usagers du réseau.

Cette définition pourrait être complétée par celle de la CNIL qui avait défini le spamming comme « l'envoi massif et parfois répété de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à caractère commercial, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique dans des espaces publics de l'internet »¹. Les *spammers* se basent le plus souvent sur « une utilisation systématique de listes de diffusion et de fichiers ».

Il est regrettable aujourd'hui de constater qu'aucune loi en Tunisie ne censure cette pratique fort condamnable. Les articles 82 et 86 du Code des télécommunications, la loi sur la sécurité informatique, la loi relative au commerce électronique et la réglementation relative aux données personnelles, cités par M. le PDG de l'A.T.I ne constituent pas néanmoins un fondement juridique possible pour sanctionner le spamming pour les raisons suivantes :

1. Les articles 82 et 86 du Code des télécommunications ne s'appliquent pas au spamming car ce Code ne régit pas les transactions électroniques mais la fourniture de services de télécommunications soumis à autorisation du Ministre chargé des télécommunications. Ces textes sanctionnent, par exemple, l'envoi de SMS de nature à perturber les usagers des réseaux télécom, mais pas ceux du réseau internet.
2. La loi relative aux transactions et au commerce électronique, en l'occurrence la loi du 9 août 2000 ne sanctionne, non plus, l'envoi de courriers électroniques non sollicités.
3. La loi relative à la protection des données personnelles ne s'applique pas au spamming et ne le vise dans aucune de ses dispositions. D'ailleurs, la France a souffert de ce même vide juridique et c'est la raison pour laquelle toutes les actions en justice contre le spamming basées sur de tels fondements ont été rejetées.
4. La seule certitude est qu'aucune loi dans le domaine informatique ne sanctionne expressément le spamming.

Profitant de ce vide juridique, de nombreuses sociétés de publipostage et de mailing ont vu le jour en Tunisie et tiennent une activité, à notre sens, tout à fait légale. L'envoi de courriers publicitaires par la voie du réseau internet n'est pas plus condamnable que de trouver des prospectus commerciaux dans sa boîte aux lettres.

Cependant, deux fondements juridiques peuvent être invoqués afin de combattre le spamming. D'abord, un fondement contractuel : les sociétés de mailing ont conclu en amont, avec leurs fournisseurs, des contrats d'accès à internet. En principe, ces contrats contiennent des stipulations interdisant de perturber la quiétude des usagers de l'internet. En conséquence, cette stipulation pourrait permettre à des fournisseurs d'accès « d'éjecter » les *spammers* du réseau.

¹ Rapport de la CNIL sur le publipostage électronique et la protection des données personnelles, 14 octobre 1999.

En guise d'illustration, on peut citer quelques exemples de décisions de la jurisprudence française² ayant condamné le spamming sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Certaines affaires mettaient en cause les spammers contre les fournisseurs d'accès à l'internet qui ont coupé leur accès suite aux plaintes répétées d'internautes. Les juges français décidèrent sur la base de l'article 1135 du Code civil, que l'utilisation du spamming est « *contraire aux usages d'internet* » et justifie la résiliation du contrat d'accès au réseau. Cette solution jurisprudentielle pourrait valablement être transposée dans la pratique tunisienne.

D'autre part, un autre fondement pourrait être recherché dans la combinaison de l'article 9 de la Constitution, qui consacre le respect de la vie privée de chacun en disposant que « *l'inviolabilité du domicile, le secret de la correspondance et la protection des données personnelles sont garantis, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la loi* », avec les articles 82 et 83 du C.O.C relatifs à la responsabilité délictuelle. Il faudrait alors montrer que l'envoi de spams constitue une faute ayant occasionné un préjudice à l'internaute. Mais, il n'en demeure pas moins vrai qu'en dépit de sa valeur théorique, une pareille justification n'a pas été retenue par la jurisprudence française.

La meilleure et la seule solution serait alors de légiférer !

A titre d'exemple, le législateur français a réagi en 2004 à l'appel des utilisateurs de l'internet en modifiant l'article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications et en introduisant dans le Code de la consommation une nouvelle disposition sous l'article L. 121-20-5 qui interdit la prospection directe par automates d'appel ou télécopieurs ou courriers électroniques à l'égard des personnes physiques qui n'ont pas donné leur consentement préalable. L'autorité chargée de recueillir les plaintes de ces personnes est la CNIL. Les entreprises victimes de cette pratique pourraient néanmoins faire usage de l'unique possibilité qui leur est offerte par le nouvel article L. 33-4-1 alinéa 5 du Code des postes et télécommunications de demander à l'auteur des messages publicitaires de cesser l'envoi de ces messages.

La Directive européenne vie privée et communication électronique avait interdit le spamming sans considération de la victime de l'agissement³.

Par ailleurs, le législateur américain a également réagi à la généralisation de la pratique du spamming. Une loi fédérale dite *Can-spam Act*⁴ a été adoptée le 16 décembre 2003 dont la finalité se résume selon son texte au : « *controlling the assault of non-solicited pornography and marketing Act* ».

Cette loi, à connotation pratique, interdit l'envoi de courriers électroniques non sollicités aux personnes s'étant inscrites sur une liste publique d'opposition dite liste « *do not Spam* ». Elle prévoit également des peines pénales allant jusqu'à 5 années d'emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre plusieurs millions de dollars pour sanctionner le défaut d'identification de l'expéditeur, l'utilisation d'une fausse identité ou d'un objet erroné ainsi que l'utilisation de logiciels pour inonder les boîtes au lettres.

Vivement une loi interdisant la pratique du spam en Tunisie !

Chiheb GHAZOUANI
Avocat et universitaire
contact@c-ghazouani.com

² TGI Rochefort-sur-Mer, 28 février 2001 et TGI Paris, réf., 15 janvier 2002.

³ Article 13 de la Directive CE n° 2002/58 du 12 juillet 2002 dite vie privée et communication électronique, JOCE, L-201, 31 juillet 2002, p. 37.

⁴ Disponible en ligne sur le site : www.spamlaws.com.