

L'insertion de publicité dans les boîtes webmail : qu'en dit le droit ?

[Retour au sommaire de la lettre](#)

Gmail, le webmail de Google, affiche des liens sponsorisés contextuels à côté des mails qu'il affiche. Ces publicités sont choisies en fonction du contenu textuel du mail reçu ou émis. Cette fonctionnalité a déchaîné les passions lors du lancement de l'outil, il y a trois ans de cela. Les défenseurs des données privées arguaient du fait que même un robot ne devait pas lire un contenu à caractère privé. Qu'en dit le droit aujourd'hui, au regard des décisions et jurisprudences survenues depuis trois ans ?

La publicité existait déjà sur les sites Internet sous différentes formes, et notamment avec des bannières ou des liens sponsorisés, depuis de nombreuses années. Elle apparaît aujourd'hui dans les courriers électroniques, sous forme de liens contextuels, liens publicitaires ciblés en fonction de leur contenu, notamment sur les webmails comme Gmail de Google. Ces liens publicitaires sont insérés dans les courriers électroniques, en contrepartie de l'offre d'une messagerie électronique gratuite. Cette forme de publicité a manifestement vocation à s'étendre et sera proposée, dans les années à venir, par plusieurs prestataires.

Techniquement, un « robot » scanne le contenu des e-mails reçus ou, le cas échéant, émis par un titulaire d'un compte mail sur Internet, et propose, en bas et/ou sur le côté de la page du courrier électronique, des liens sponsorisés en rapport direct avec le texte du message. En l'état actuel de la technique et des déclarations des prestataires, il semble qu'aucune intervention humaine ne soit prévue. Il convient au demeurant de souligner que cette pratique existe depuis plusieurs années pour filtrer les virus et les spams, étant précisé que ces pratiques ont été considérées comme valables juridiquement au regard de l'obligation des prestataires de service de fournir des services sécurisés (*Article 4 de la directive 2002/58/CE (« directive e-vie privée »*)).

Cette intrusion automatique a soulevé de nombreuses protestations dans le monde. Ainsi, à la suite de l'annonce de lancement de l'offre Gmail et du service de liens sponsorisés au sein des e-mails, un groupe britannique de défense de la vie privée, « Privacy International » a porté plainte, en avril 2004, en Grande-Bretagne contre Google et a alerté des organismes de surveillance de la vie privée et de protection des données personnelles de 17 pays. Aujourd'hui, Google continue de fournir ce service et plusieurs prestataires étudient la possibilité de faire de même.

Au-delà des fondements civilistes (et notamment l'article 1382 du Code Civil permettant, en toutes hypothèses, la réparation d'un préjudice consécutif directement d'une faute), plusieurs fondements juridiques doivent être pris en compte pour évaluer la validité de l'offre et de la pratique de l'insertion de liens sponsorisés dans les e-mails.

Le secret des correspondances privées

Tout d'abord, les courriers électroniques se sont vus reconnaître la qualification de correspondance privée par les tribunaux français.

Dès 2000, le Tribunal de grande instance de Paris (*TGI Paris, 17^{ème} ch., 2 novembre 2000, Françoise V., Marc F., Hans H. /ministère public, Tareg Al B., J. Devèze, M. Vivant, Rev. Lamy Droit des aff., 01.10.2001, n°42, p.5-9.*) a décidé que les courriers électroniques étaient couverts par le principe du secret des correspondances. Rejoignant la doctrine dominante (*Rapport L. D. 2000, n° 41, « Point de vue » : Secret des correspondances et courriers électroniques*), le jugement sanctionne des agents du CNRS pour violation du secret des correspondances, caractérisée par le contrôle de courriers électroniques d'un thésard du laboratoire placé sous leur responsabilité.

Toutefois, la reconnaissance du caractère privé d'un courrier électronique est soumise à certaines conditions : « la correspondance est protégée par la loi, dès lors que le contenu qu'elle véhicule est exclusivement destiné par une personne dénommée à une autre personne également individualisée, à la différence des messages mis à disposition du public ».

Puis, la chambre sociale de la Cour de cassation (*Cass.soc., 2 octobre 2001, D.2001, 8 novembre 2001, n° 39, jurisprudence, commentaires, p. 3148-3153*) a appliqué de même le principe du secret des correspondances au courrier électronique du salarié.

En effet, le célèbre arrêt Nikon garantit au salarié « le droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci impliquant en particulier le secret des correspondances ».

Enfin, on peut citer un arrêt de la chambre criminelle (*Cass.crim.*, 3 février 2004 *Bull. crim.* 2004, n° 28, p. 120 ; *Gaz.Pal.*, 12 octobre 2004, n°286, p.45, note E. BARBRY) qui assimile : « le courrier électronique à une correspondance privée » pour relaxer un prévenu qui avait procédé à l'envoi d'un message Internet, ne contenant que l'adresse d'un site comportant des messages à caractère violent ou pornographique ainsi que le lien permettant d'y accéder. Cet envoi étant insuffisant pour caractériser le délit prévu par l'article 227-24 du Code pénal, à savoir, la diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, susceptible d'être vu par un mineur.

L'article 226-15, alinéa 2 du code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, commis de mauvaise foi, « d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions ».

En conséquence, une « interception » ou le détournement d'un e-mail pourrait, potentiellement, être considéré comme constituant d'un délit de violation des correspondances privées. En l'état de l'explication des mécanismes de *scan* des e-mails et d'insertion des liens sponsorisés (même dans l'environnement du mail et non dans le mail en lui-même), il semble qu'il y ait constitution matérielle du délit.

Pour ce qui concerne l'élément intentionnel, il pourrait être soutenu, par les prestataires, que le délit n'est pas constitué compte tenu de l'intervention uniquement par robot des *scans*. Or, cette argumentation serait vaine dans la mesure où l'élément intentionnel ne nécessite pas une intervention humaine, mais une intention.

Toutefois, l'accord du titulaire du compte mail de voir ses messages scannés et complétés de liens sponsorisés permet d'écartier la possibilité, pour cette personne, de contester, à tout le moins sur le terrain pénal, le traitement de ses e-mails à ces fins.

A ce titre, Google spécifie, lors de la souscription du service Gmail, que les « publicités et les informations connexes sont générées par un processus totalement automatisé. Google fait appel à la technologie de publicité contextuelle du programme AdSense pour diffuser des annonces ciblées et pertinentes. Cette technologie permet à Google de cibler les contenus dynamiques, tels que les courriers électroniques ou les sujets d'actualité quotidiens. » L'utilisateur doit accepter ces traitements pour pouvoir créer un compte Gmail. En d'autres termes, l'accord du titulaire est assuré lors de la souscription.

La loi Informatiques et Libertés

Au-delà du délit pénal de violation du secret des correspondances privées, la loi Informatique et Libertés, ainsi que les textes protégeant la vie privée et les données personnelles pourraient, potentiellement, être allégués pour établir une faute de la part des prestataires de service mettant en œuvre de tels traitements.

Tant la loi Informatique et Libertés que les directives de protection de la vie privée exigent que tout traitement de données personnelles soit sujet soit au consentement libre des personnes concernées, soit à un cas particulier encadré par les textes.

A ce titre, le consentement libre doit permettre à la personne d'être clairement informée des objectifs des traitements et des personnes qui auront accès à ces données. Pour prendre l'exemple de Google, il semble que ces informations soient établies et que les textes devant être ou pouvant être visualisés par l'Internaute qui s'inscrit pour obtenir un compte Gmail soient suffisants.

A ce titre, le « Groupe de travail de l'article 29 » a émis un avis, en date du 21 février 2006, concernant ces technologies (http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm). Les conclusions sont les suivantes : « Le groupe 29 est d'avis que, conformément à l'article 5, paragraphe 1, de la directive e-vie privée, il est interdit aux services de messagerie électronique de filtrer et de stocker les communications et les données de trafic y afférentes ou de les soumettre à

tout autre moyen d'interception, en vue de détecter des contenus prédéterminés, sans le consentement des utilisateurs concernés, sauf à y être légalement autorisés conformément à l'article 15 de la directive e-vie privée telle que transposée dans les États membres. »

En revanche, la notion de consentement libre pourrait être plus discutée pour ce qui concerne la possibilité, pour l'Internaute, de refuser le traitement automatisé consistant à scanner les mails. En effet, il ne semble pas qu'il y ait de possibilité de refuser un tel traitement, de telle manière que soit on accepte ces liens sponsorisés, soit on abandonne la souscription à Gmail.

Google semble avoir été le précurseur de ce type d'offres. A ce jour, la plainte déposée par Privacy International n'a pas abouti. La CNIL, pour sa part, n'a pas émis d'avis particulier ni de commentaire au sujet de cette technologie. Qu'en sera-t-il lorsque tous les principaux prestataires pratiqueront de la sorte ?

Alexandre Diehl
Avocat à la Cour
alexandrediehl@hotmail.com