

Le 17 juin 2011

Avis n° 2 du Conseil National du Numérique relatif au projet de décret pris pour l'application de l'article 18 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique

Le CNN a été saisi le 12 juin 2011, par courrier en date du 9 juin 2011, sur le projet de décret pris pour l'application de l'article 18 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Dans le bref temps imparti, son avis devant être remis avant le 17 juin 2011, le CNN estime que la lutte contre la cybercriminalité constitue un objectif important pour lequel le principe d'une co-responsabilité des acteurs de l'internet peut s'appliquer, mais sous réserve que les mesures soient conformes au principe de subsidiarité, soient proportionnées, harmonisées et s'inscrivent dans le respect du droit existant et des principes constitutionnels.

Sur la base de ces principes, le CNN formule les recommandations suivantes :

Que le Gouvernement notifie le projet de décret auprès des services de la Commission européenne, pour assurer une application harmonisée de la Directive ;

Que le Gouvernement clarifie le champ d'application du décret, afin que les mesures prévues ne visent que l'auteur du contenu et en aucun cas, en leur qualité d'acteurs du commerce électronique, les intermédiaires susceptibles d'avoir indexé ou référencé lesdits contenus. Il en est de même des plates-formes d'hébergement et plus généralement des hébergeurs desdits contenus ;

Que le Gouvernement maintienne un principe de subsidiarité en matière d'action à l'encontre d'un contenu ou d'une activité sur internet et ainsi, rappelle que le premier responsable d'un contenu est son auteur ;

Que le décret n'instaure pas de sanction automatique en l'absence de retrait d'un contenu par un hébergeur, le Conseil constitutionnel ayant encadré les cas d'engagement de responsabilité des intermédiaires et précise que l'injonction administrative adressée aux hébergeurs respecte les conditions de fond et de forme prévues à l'article 6.I.5 LCEN ;

Et enfin et peut-être surtout, que toute mesure de blocage imposée aux fournisseurs d'accès à l'internet ne puisse intervenir qu'au terme d'un débat contradictoire sous l'appréciation et le contrôle préalable du juge, et que toute mesure de blocage mise en œuvre par les fournisseurs d'accès à l'internet ne puisse être instituée que par voie législative.

Aux termes de l'article 3 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive commerce électronique), les Etats membres sont en mesure de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etats membres¹.

Ce principe a été repris lors de la transposition de la Directive à l'article 18 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Modifié par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, cet article prévoit que : « *Dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice de leur activité par les personnes mentionnées aux articles 14 et 16 peuvent être prises par l'autorité administrative lorsqu'il est porté atteinte ou qu'il existe un risque sérieux et grave d'atteinte au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et*

1 1. Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.

2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe.

4. Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies:

a) les mesures doivent être:

i) nécessaires pour une des raisons suivantes:

- l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,

- la protection de la santé publique,

- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,

- la protection des consommateurs, y compris des investisseurs;

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs;

iii) proportionnelles à ces objectifs;

b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale:

- demandé à l'État membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,

- notifié à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures.

5. Les États membres peuvent, en cas d'urgence, déroger aux conditions prévues au paragraphe 4, point b). Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1, en indiquant les raisons pour lesquelles l'État membre estime qu'il y a urgence.

6. Sans préjudice de la faculté pour l'État membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire; lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'État membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question.

financier »

Le projet de décret, visé à l'article 18 LCEN, a été soumis par le Ministre en charge de l'économie numérique au Conseil national du numérique. Le projet de décret qui intervient sept années après le vote de la loi, ce que le CNN regrette, permet aux diverses autorités administratives, mentionnées à son article 1^{er}, de prononcer des injonctions de nature administrative à l'éditeur du site, à son hébergeur ou, le cas échéant, aux fournisseurs d'accès dès lors que l'activité de commerce électronique porte atteinte ou est susceptible porter atteinte à l'ordre public, à la santé publique, à la protection des mineurs ou à la protection des consommateurs.

La lutte contre les contenus et comportements illicites doit être proportionnée, harmonisée et respecter les principes constitutionnels

Le Conseil national du numérique reste attaché au fait que la lutte contre les contenus et les comportements illicites diffusés et propagés sur l'internet demeure un objectif important. En cela, la participation des acteurs de l'internet à cette lutte s'inscrit totalement dans la démarche d'une coresponsabilité prônée lors du eG8 Forum et reprise dans la déclaration finale du G8 des 26 et 27 mai 2011.

Néanmoins, cette participation des acteurs de l'internet à la lutte contre la cybercriminalité doit s'inscrire dans un certain nombre de principes :

- elle doit être proportionnée et subsidiaire : le premier responsable d'un contenu ou d'une activité sur l'internet demeure l'auteur de ce contenu ou de cette activité. L'implication des intermédiaires de l'internet ne peut se faire que de manière subsidiaire ;
- elle doit être harmonisée : dans le cadre de la construction d'un marché unique au plan européen, et plus largement, dans le souci d'assurer aux entreprises françaises l'absence de barrières – notamment réglementaires – au développement de leur activité, toute mesure s'appliquant à ces intermédiaires doit être harmonisée, a minima, au plan européen ;
- elle doit s'inscrire dans le respect des principes constitutionnels largement reconnus et en particulier, la liberté du commerce et de l'industrie et surtout la liberté d'expression et de communication impliquant celle de recevoir et d'émettre des informations.

Sur la forme, il convient de pallier à l'absence de notification du projet de décret aux instances communautaires

Dans un souci d'harmonisation communautaire, une procédure spécifique dite de « notification » a été instituée par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998, dont le champ d'application a été étendu à certains domaines de l'internet par une directive du 20 juillet 1998 (98/48/CE). En effet, ces textes instaurent, pour tous les Etat membres de l'Union européenne, une procédure d'information préalable sur les projets de textes nationaux constituant une règle relative à des services de la société de l'information.

Constituant une procédure substantielle formelle dans le processus d'adoption d'une réglementation nationale, l'absence de notification est sanctionnée par une inopposabilité absolue à l'ensemble des justiciables conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice des communautés européennes.

Cette notification préalable vise toutes les règles techniques visant spécifiquement les services de la société de l'information².

Le CNN recommande que le Gouvernement procède à la notification du présent projet de décret auprès des services de la Commission européenne.

En particulier, l'avis de la Commission européenne pourrait être requis sur la possibilité pour un Etat membre, en l'espèce la France, de faire usage d'un pouvoir de sanction de nature administrative à l'encontre d'une entreprise située sur le territoire d'un autre Etat membre.

Sur le fond

1. *Le champ d'application du projet de décret doit être clarifié.*

Conformément à l'article 18 LCEN, le décret a vocation à offrir aux autorités administratives des pouvoirs d'injonction à l'encontre de toute « activité de commerce électronique » telle que définie à l'article 14 LCEN.

Selon cet article, « *Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent* ».

Ainsi, l'activité de commerce électronique doit s'entendre très largement et ne doit pas être strictement limitée à la seule activité de « *commerce électronique* », à savoir la vente de biens ou de services à distance.

Entrent ainsi dans le périmètre de l'article 14 LCEN, les moteurs de recherche, les comparateurs de prix, les sites d'information en ligne, les hébergeurs, l'ensemble des plates-formes (commerce électronique, vidéos, etc.).

De manière générale, il est possible d'affirmer que l'article 14 LCEN vise globalement tous les acteurs de l'internet.

² La directive estime que cette condition est remplie dès lors que « *lorsque, au regard de sa motivation et du texte de son dispositif, [la règle] a pour finalité et pour objet spécifiques, dans sa totalité ou dans certaines dispositions ponctuelles, de réglementer de manière explicite et ciblée ces services* ».

Aux termes de l'article 1^{er} du projet de décret, lorsque les autorités habilitées constatent « qu'une activité de commerce électronique (...) porte atteinte ou comporte un risque sérieux et grave d'atteinte (...), cette autorité met en demeure les éditeurs de site de faire cesser ou de prévenir cette atteinte dans un délai qu'elle fixe ».

Au regard de la définition large du commerce électronique, cet article 1^{er} peut être source d'ambiguïté. Ainsi, dans le cas de contenus risquant de porter atteinte à l'ordre public accessibles par l'intermédiaire d'un comparateur de prix ou d'un moteur de recherche, qui l'autorité compétente déterminera-t-elle comme « éditeur du site » ? Est-ce l'activité du moteur de recherche qui a procédé à l'indexation du contenu qui est en cause ? Clairement, on se doit de répondre par la négative.

Il convient donc que **le Gouvernement procède à une clarification afin que les mesures prévues par le présent décret ne visent que l'auteur du contenu et en aucun cas, en leur qualité d'acteurs du commerce électronique, les intermédiaires susceptibles d'avoir indexé ou référencé lesdits contenus. Il en est de même des plates-formes d'hébergement et plus généralement des hébergeurs desdits contenus ; la LCEN n'assimilant pas la notion d'éditeur de contenu à celle d'hébergeur.**

Une telle clarification ira dans le sens d'une meilleure compréhension du rôle des intermédiaires de l'internet.

En outre, l'article 2 du projet de décret vise en tant de destinataire de la mise en demeure, les « éditeurs de site ». Or, si la LCEN mentionne l'existence d'un « éditeur de service de communication au public en ligne » pour lui imposer une obligation d'identification, le concept figurant dans le texte de « éditeur de site » ne fait l'objet d'aucune définition législative ou réglementaire.

En conséquence, il reviendrait aux autorités à déterminer pour chacune des personnes ayant une activité de commerce électronique si, en outre, elles sont « éditrices du site ». lorsqu'une atteinte serait constatée.

Dans ces conditions, **le Conseil national du numérique recommande que le décret retienne le terme « d'auteur du contenu » qui seul doit être le premier responsable et le premier destinataire de toute injonction administrative.**

2. Le principe de subsidiarité doit être conservé sans exception

Dans le cadre des mesures susceptibles d'être ordonnées par l'administration, le projet de décret prévoit un principe de subsidiarité :

- l'administration devra s'adresser à l'auteur du contenu ;
- à défaut de réponse, elle pourra s'adresser à l'hébergeur ;
- à défaut de réponse, elle pourra s'adresser aux fournisseurs d'accès à l'internet.

Le CNN relève avec intérêt, le choix du Gouvernement d'imposer ce principe de subsidiarité. Outre, d'être conforme à l'article 6.I.8 LCEN, il rappelle et ainsi reconnaît que le premier

responsable d'un contenu ou d'une activité demeure l'auteur du contenu ou l'exploitant de l'activité et n'est en aucun cas l'intermédiaire technique, hébergeur ou fournisseur d'accès à l'internet.

Néanmoins, il apparaît que ce principe peut être écarté, en application de l'article 4, « en cas d'urgence ». Or, au regard des atteintes invoquées (trouble à l'ordre public, à la sécurité publique, à la protection du consommateur), les questions d'urgence risquent d'être systématiquement invoquées d'autant comme évoqué plus loin le juge ne semble pas devoir être saisi notamment pour apprécier le caractère d'urgence.

Il est donc très important de conserver, sans exception, un principe de subsidiarité et donc de supprimer à l'article 4 la faculté ainsi offerte à l'autorité publique d'adresser des injonctions aux fournisseurs d'accès à l'internet sans avoir au préalable pris attache avec le premier responsable.

A ce sujet, le CNN considère que le rôle premier des intermédiaires de l'internet n'est ni de contrôler le contenu, ni d'empêcher sa propagation mais bien de s'assurer de sa diffusion conformément au principe constitutionnel de la liberté d'expression et de communication.

En conséquence, toute mesure de contrôle de nature technique demandée aux intermédiaires de l'internet, urgence ou non, ne peut intervenir qu'à défaut d'action de l'auteur dudit contenu.

En cas de souhait de maintenir une voie d'exception, il conviendrait alors de limiter et ainsi de définir clairement les cas d'urgence dans lesquels le principe de subsidiarité ne s'appliquerait pas afin que cette mesure soit strictement proportionnelle à l'objectif à atteindre.

3. Une clarification de la computation des délais évoqués dans le projet de décret

A plusieurs reprises, le projet de décret fixe des délais dans lesquels la personne destinataire de l'injonction administrative est tenue d'agir.

Dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait de définir plus précisément le point de départ de la computation des délais (envoi ou réception de l'injonction) et si les délais évoqués s'entendent en jours francs, ouvrés ou ouvrables.

4. Le pouvoir d'injonction auprès des hébergeurs tel que prévu par le projet de décret ne paraît pas conforme au droit

Le projet de décret prévoit en son article 3 la possibilité pour l'autorité administrative, à défaut d'action de la part de l'auteur du contenu, « d'enjoindre aux [hébergeurs] établis en France de retirer ou de faire cesser la diffusion des contenus en cause dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut être inférieur à soixante-douze heures ». Le non-respect de cette mesure sera puni d'une peine d'une contravention de 5^e classe.

Outre le fait que le projet de décret crée un canal parallèle de notification qui dérogerait à celui

fixé par l'article 6.I.5 LCEN, cette mesure appelle plusieurs critiques :

- Le projet de décret impose, en cas de notification de la part de l'autorité administrative, à l'hébergeur de procéder à son retrait sous peine de sanction pénale. Or, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2004 avait indiqué qu'est conforme à la Constitution une mesure qui « *ne saurai(en)t avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* ».
- Ainsi le Conseil constitutionnel a fixé, dans un but de protection de la liberté d'expression et de la communication, que seule l'absence du retrait d'un contenu manifestement illicite est susceptible d'aboutir à l'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire de l'internet.

- En conséquence, **faire peser 1) une obligation et 2) une sanction sur les hébergeurs du seul fait de l'absence de retrait d'un contenu notifié par l'administration ne paraît pas conforme à ces principes.**

En effet, il convient de rappeler que le périmètre visé dans la loi et le décret d'application demeure large et n'est pas susceptible de constituer des contenus manifestement illicites.

Nonobstant ce qui précède, il convient également de rappeler que la Cour de cassation a rappelé par un arrêt du 17 février 2011 que la procédure de notification visée à l'article 6.I.5 LCEN était obligatoire et seule susceptible de permettre à l'hébergeur de procéder au retrait du contenu notifié.

Par ailleurs, la rédaction actuelle du projet de décret laisse entendre que l'administration devra simplement notifier à l'hébergeur un contenu, de manière générique, laissant ainsi entendre que pour éviter toute sanction, l'hébergeur devra s'assurer que ce contenu ne puisse jamais réapparaître. Or, une telle interprétation imposerait à l'hébergeur de mettre une politique de surveillance générale de ses contenus ce que tant la Directive que l'article 6.I.7 LCEN interdisent.

Enfin, la rédaction du projet de décret prévoit la possibilité d'en appeler aux hébergeurs sans que l'existence de circonstances autorisant une dérogation au principe de la contradiction ne soit rapportée et justifiée. Or, la Cour d'appel de Paris avait indiqué, dans un arrêt du 3 mars 2005, que « *l'intervention d'une mesure qui tend à restreindre le droit d'expression, pour lequel la liberté est la règle, même si elle peut paraître légitime, en raison du dommage causé, ne saurait justifier qu'il soit dérogé au principe fondamental de la contradiction* ».

En conséquence, **il convient de procéder à la modification du décret afin que l'injonction administrative respecte les conditions de fond et de forme prévues à l'article 6.I.5 LCEN.**

5. Le pouvoir d'injonction auprès des fournisseurs d'accès à l'internet tel que prévu par le projet de décret ne paraît pas non plus conforme au droit

Aux termes de l'article 4 du projet de décret, l'autorité administrative pourra – à défaut d'action de la part de l'auteur d'un contenu et de l'hébergeur ou, en cas d'urgence – adresser directement des injonctions aux fournisseurs d'accès à l'internet afin que ceux-ci fassent cesser l'accès à ces contenus.

Il s'agit donc, par l'intermédiaire d'un décret, de l'octroi à l'autorité administrative d'un pouvoir de blocage d'un contenu internet et ceci sans recours préalable au juge.

a. La nécessité d'un recours préalable au juge a été rappelée de manière constante par le Conseil constitutionnel

Par une décision en date du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a rappelé que toutes mesures susceptibles d'aboutir à un blocage de l'accès à l'internet se devaient d'être conciliées avec « *l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer* ». En effet, « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

En outre, depuis une décision en date du 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel encadre la dévolution à une autorité administrative indépendante (AAI) de pouvoirs de sanction. Pour les sages, ce pouvoir de sanction est susceptible d'être ainsi confié à une AAI « *dès lors, d'une part que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice des pouvoirs de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

Ce principe a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision en date du 10 juin 2009 qui indiquait, à propos des pouvoirs confiés à une AAI que ceux-ci « *peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* ».

Ces éléments ont été rappelés également dans une décision du 11 mars 2011. Le Conseil constitutionnel a indiqué « *qu'en instituant un dispositif permettant d'empêcher l'accès aux services de communication au public en ligne diffusant des images pornographiques représentant des mineurs, le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; qu'en prévoyant que les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs seraient, s'il y a lieu, compensés, il n'a pas méconnu l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics* ». En outre, « *les dispositions contestées ne confèrent à l'autorité administrative que le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services de communication* ».

au public en ligne lorsque et dans la mesure où ils diffusent des images de pornographie infantile ; que la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé ; que, dans ces conditions, ces dispositions assurent une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

Afin de déroger au principe du recours préalable au juge, le Conseil constitutionnel a fixé trois principes :

- la mesure doit protéger les utilisateurs d'internet eux-mêmes ;
- la nature des contenus doit justifier les mesures prises (le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que tel ne serait pas le cas de la préservation de la propriété intellectuelle)
- la mesure vise à restreindre l'accès à un site déterminé en raison de son caractère illicite.

En l'espèce, le présent projet envisage de confier ce pouvoir de blocage non pas à une autorité administrative indépendante mais à plusieurs autorités administratives. Mais surtout, la liste des contenus susceptible de faire l'objet d'un tel blocage dépasse largement le cadre fixé par la décision du Conseil constitutionnel.

Un tel choix est donc incompatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Enfin, Il est opportun de rappeler que la Cour d'appel de Paris, aux termes d'un arrêt du 3 mars 2005, a rappelé que « *l'intervention d'une mesure qui tend à restreindre le droit d'expression, pour lequel la liberté est la règle, même si elle peut paraître légitime, en raison du dommage causé, ne saurait justifier qu'il soit dérogé au principe fondamental de la contradiction* ».

En conséquence, le CNN recommande que toute mesure de blocage imposée aux fournisseurs d'accès à l'internet ne puisse intervenir que sous l'appréciation et le contrôle préalable du juge.

En outre, le CNN recommande que toute mesure de blocage mise en œuvre par les fournisseurs d'accès à l'internet ne puisse être instituée que par voie législative.

b. La surenchère autour du blocage semble incompatible avec le cadre réglementaire actuel

Nonobstant le projet de décret, la France dispose d'ores et déjà de nombreuses dispositions permettant d'ordonner un blocage à l'accès. Il en est ainsi :

- de manière générale et sous l'autorité du juge, de l'article 6.1.8 LCEN : « *L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne* » ;

- en matière de protection du droit d'auteur et sous l'autorité du juge, de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle (ajouté par l'article 7 LCEN) : « *En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier* »
- en matière de lutte contre les contenus pédopornographiques, de l'article 6.1.7 LCEN (ajouté par la loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI II) : « *Lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées au 1 du présent I les adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant aux dispositions de cet article, auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai. Un décret fixe les modalités d'application de l'alinéa précédent, notamment celles selon lesquelles sont compensés, s'il y a lieu, les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs* ».
- en matière de lutte contre les opérateurs de jeux ou de paris en ligne non autorisés et sous l'autorité du juge,, de l'article 61 de la loi du 12 mai 2010 (loi ARJEL) : « *A l'issue de ce délai, en cas d'inexécution par l'opérateur intéressé de l'injonction de cesser son activité d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard, le président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut saisir le président du tribunal de grande instance de Paris aux fins d'ordonner, en la forme des référés, l'arrêt de l'accès à ce service aux personnes mentionnées au 2 du I et, le cas échéant, au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.* »

En outre, dans le cadre du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs³, il est prévu en son article 10 d'attribuer à la DGCCRF de nouveaux pouvoirs et notamment ceux destinés à « *demander à l'autorité judiciaire d'ordonner les mesures mentionnées au 8. du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique* ».

Ainsi, le projet de décret va au-delà de ces dispositifs ou semble les ignorer :

- en visant la protection de l'enfance, il crée une procédure parallèle à celle créée et longuement débattue par le Parlement dans le cadre de la loi dite LOPPSI 2 en matière de lutte contre les contenus pédopornographiques ;
- en visant la protection du consommateur, (i) il ignore le choix fait par le Gouvernement dans le projet de loi « consommation » d'autoriser la DGCCRF à agir devant le juge afin d'obtenir un blocage d'un contenu diffusé sur l'internet et (ii) étend les mesures de filtrage à l'ensemble des cas d'atteinte à la protection du consommateur alors que le

³ http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/pl_consommateurs.html

projet de loi « consommation » souhaite limiter ce pouvoir qu'aux infractions de l'article L.141-1 du Code de la consommation ;

- en visant de manière générale, la protection de l'ordre public, il a pour effet de prévoir deux procédures distinctes, l'une par voie d'injonction administrative pour les autorités publiques, la seconde par voie judiciaire pour toute personne ou l'ARJEL.

Enfin, il est prévu que les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des fournisseurs d'accès internet seraient compensés selon des modalités fixées par décret. Il est regrettable de ne pas adresser directement la question de telles modalités alors même que l'application du présent décret pourrait être effective avant même que le décret « compensation des surcoût » ne soit lui-même publié.

En effet, tel est déjà le cas pour les mesures de blocage d'ores et déjà ordonnées par le juge sur demande de l'ARJEL ; le décret devant fixer, en vertu de l'article 61 de la loi du 12 mai 2010 les modalités de compensation des surcoûts n'ayant pas encore été publié

Dans ces conditions, le **CNN considère que l'autorité publique ne peut être en mesure d'obtenir le blocage d'un contenu diffusé sur l'internet que par voie judiciaire.**

6. Le pouvoir d'injonction auprès des fournisseurs d'accès à l'internet tel que prévu par le projet de décret ne paraît pas respecter un principe de proportionnalité et d'efficacité des mesures

Aux termes de l'article 4 du projet de décret, l'autorité administrative pourra – à défaut d'action de la part de l'auteur d'un contenu et de l'hébergeur ou, en cas d'urgence – adresser directement des injonctions aux fournisseurs d'accès à l'internet afin que ceux-ci fassent cesser l'accès à ces contenus.

Pour mémoire, le Conseil Constitutionnel avait expressément souligné que : « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; (...) les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

Cet impératif de juste équilibre des mesures a été récemment réaffirmé dans les conclusions de l'Avocat général auprès de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 avril 2011 rendue dans l'affaire Extended SA contre la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (Sabam).

7. Les sanctions prévues demandent à être clarifiées

Au-delà de la compatibilité du régime de sanction d'une contravention de la 5^e classe applicable aux hébergeurs et fournisseurs d'accès à l'internet avec le dispositif prévu à l'article 6.I.2 et 6.I.3 LCEN, le projet de décret prévoit la possibilité de prononcer une sanction complémentaire à

savoir la « *confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit* ».

Cet article vise notamment les revenus susceptibles d'avoir été générés par l'activité illicite en cause. Concernant la confiscation de la chose ayant servi à la commission de l'infraction, cela nécessiterait de la part du Gouvernement des clarifications. Ainsi, cela concerne-t-il, par exemple, les serveurs d'hébergeurs ou les infrastructures de télécommunications ?

Dans ces conditions, **le Conseil national du numérique recommande que le Gouvernement clarifie la portée de la sanction complémentaire de confiscation de la chose ayant servi ou destinée à commettre l'infraction.**

*

* *

En conclusion, le Conseil National du Numérique estime que le projet de décret doit faire l'objet de nombreuses modifications afin notamment de faire concilier la nécessaire lutte contre la cybercriminalité avec le principe constitutionnel de la liberté d'expression.

Les mesures envisagées, notamment celles impliquant les intermédiaires de l'internet, doivent s'inscrire dans le cadre législatif et réglementaire existant ou faire l'objet, en particulier sur la question du blocage, d'un vaste débat public, ce qui n'a pas été le cas.

A propos du CNN :

Le Conseil National du Numérique a été créé par décret du Président de la République le 29 avril 2011. Il a pour mission d'éclairer le gouvernement et de participer au débat public dans le domaine du numérique. Les 18 membres qui le composent sont Gilles **Babinet**, entrepreneur, Patrick **Bertrand**, Directeur Général de la CEGID, président de l'AFDEL. Jean-Baptiste **Descroix-Vernier**, PDG-fondateur de Rentabiliweb, Giuseppe de **Martino**, Secrétaire Général de Dailymotion.com, président de l'ASIC. **Frank Esser**, PDG de SFR, président de la Fédération Française des Télécoms, Emmanuel **Forest**, Directeur Général Adjoint de Bouygues, Gabrielle **Gauthey**, Directrice des relations institutionnelles d'Alcatel-Lucent, Pierre **Louette**, Directeur Exécutif d'Orange, Daniel **Marhely**, cofondateur de Deezer.com, Alexandre **Malsch**, cofondateur et Directeur Général de Melly.fr, François **Momboisse**, Directeur des relations institutionnelles à la Fnac et président de la FEVAD, Xavier **Niel**, fondateur de Free, Jean-Pierre **Rémy**, PDG de PagesJaunes.fr, Marie-Laure **Sauty de Chalons**, PDG d'AuFeminin.com, Marc **Simoncini**, fondateur de Meetic.com, et Jaina Capital, Jérôme **Stioui**, PDG d'Ad4Screen, Bruno **Vanryb**, PDG d'Avanquest Software, Président du Collège Éditeurs de logiciels du Syntec Numérique, Nicolas **Voisin**, fondateur d'OWNI.

Le **Conseil National du Numérique** est présidé par Gilles **Babinet**. Il a adopté la déclaration d'intention suivante :

Déclaration d'intention du Conseil National du Numérique

En moins de vingt ans, la révolution numérique a largement transformé notre pays, créant plus de 700.000 emplois et modifiant profondément les usages du quotidien. Ecouter de la musique, échanger un message amical en marchant dans la rue, vérifier une date historique, participer à une réunion, ou encore acheter un billet de train sont quelques-uns des gestes qui ont été bouleversés par l'ère numérique.

Les missions du CNN consistent donc à accompagner et accélérer la croissance et l'usage du numérique dans la société française :

- *Croissance économique, au travers du nombre d'entreprises connectées, du nombre d'échanges réalisés électroniquement et de nouveaux usages ;*
- *Croissance du nombre de français connectés à internet, quel que soit leur revenu, leur âge ou leur lieu de résidence ;*
- *Croissance de la taille et de la capacité des réseaux pour accompagner l'augmentation prévisible de la demande.*

Il importe que ceci se fasse dans un environnement de liberté d'accès, d'expression, de communication et de publication pour tous, et dans un esprit de responsabilité, permettant d'inventer de nouvelles relations entre les citoyens, les États et les entreprises. Il en va de la défense des libertés fondamentales dans le continuum que représente dorénavant l'écosystème du numérique et des réseaux.

Toutes nos recommandations et propositions seront donc fondées sur les 4 grands principes suivants :

1/ FAVORISER et soutenir le numérique au travers d'un contexte économique favorable, de sorte à créer des emplois qualifiés, afin qu'il soit une source de dynamisme économique pour la nation.

2/ SOUTENIR la création qu'elle soit artistique, entrepreneuriale ou technologique, d'entreprises ou d'initiatives citoyennes sur internet dans un esprit d'intérêt public partagé ;

3/ DÉVELOPPER l'éducation via le numérique et développer l'apprentissage d'internet par tous les citoyens ainsi que la formation aux métiers du numérique ;

4/ RESPECTER la liberté de connexion et d'expression, favoriser l'accès aux données publiques ;

Le numérique est une révolution, qu'il convient de convertir en opportunité au travers du respect de ces principes essentiels qui transformeront durablement notre pays, à la fois en termes de création d'emplois et de richesses, mais aussi en favorisant la liberté d'expression et en revitalisant le débat démocratique.

Contact presse : Philippe Wagner

pwagner@cnumerique.fr