

Le Forum des droits sur l'internet



www.foruminternet.org

RECOMMANDATION

**PROJET DE LOI POUR LA CONFIANCE DANS
L'ECONOMIE NUMERIQUE**

Rendue publique le 6 février 2003

Contact :
contact@foruminternet.org

INTRODUCTION

Le Forum des droits sur l'internet intervenant sur les enjeux de droit et de société liés à l'internet porte un regard attentif au projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique présenté par le Gouvernement au Conseil des ministres du 15 janvier 2003. Il souhaite apporter ses observations et ses recommandations sur ce texte.

Le Forum a travaillé sur des points essentiels de ce document qui concernent, tout d'abord, la définition de la communication publique en ligne, ensuite, la question de la responsabilité des intermédiaires techniques avec en particulier le régime juridique des hébergeurs et, enfin, la question du filtrage des contenus illicites.

Les positions exprimées ci-dessous résultent du processus de concertation interne au Forum prenant en compte les observations des ses membres et ont été validées par son Conseil d'orientation le 4 février 2003.

Le Forum des droits sur l'internet vous invite à lui faire connaître vos remarques et propositions sur ce document à l'adresse suivante :

reagir@foruminternet.org

*

* *

I – LA DEFINITION DE LA COMMUNICATION PUBLIQUE EN LIGNE (ARTICLE 1^{ER} DU PROJET DE LOI)

Le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, tout comme le projet de loi sur la société de l'information (LSI), dispose que la communication publique en ligne est un sous-ensemble de la communication audiovisuelle.

Sur cette question qui a un impact sur la régulation du réseau, le Forum reconnaît la volonté gouvernementale de donner une définition à ces services. Il apparaît, en effet, important au Forum d'offrir aux acteurs de l'internet un cadre juridique clair et sécurisé permettant aux acteurs marchands de développer une économie solide et durable et aux acteurs non marchands de connaître leurs droits ainsi que le champ de leur liberté d'expression. C'est en ce sens que les moyens d'une confiance réciproque doivent être trouvés.

Or, l'ambiguïté prévaut depuis plusieurs années sur la nature juridique des services de l'internet (pages web, *streaming*...) au regard de l'ensemble des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication. Cependant, selon le Forum, la définition de la communication publique en ligne posée à l'article premier du projet de loi n'apparaît pas apporter toute la clarté nécessaire à une bonne compréhension du cadre juridique de l'internet et notamment du type de régulation afférente.

En effet, si la loi de 1986 est un texte approprié pour fixer un cadre juridique aux services de communication publique en ligne car il a pour objet la liberté de communication entendue au sens large, la référence à la notion de communication audiovisuelle peut, elle, être source de confusion. En effet, le sens commun conduit à intégrer dans la notion de communication audiovisuelle les services de radio et de télévision. Ces services qui n'ont jamais été définis par les textes juridiques répondent à un dispositif légal *ad hoc* qui constitue un droit spécial, le droit de l'audiovisuel avec une régulation opérée par un organisme dédié à cette tâche, le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

La pratique quotidienne du réseau conduit à constater très clairement, d'une part, que bon nombre des règles de ce droit ne sont pas adaptées à l'internet et, d'autre part, que son autorité de régulation n'est pas dotée de l'ensemble des compétences juridiques et de la légitimité nécessaires pour assurer un tel rôle. Le CSA ne s'est d'ailleurs pas éloigné de cette interprétation au cours des dernières années.

Il convient, par ailleurs, de rappeler que les services de communication publique en ligne ne sont pas soumis aux mêmes contraintes techniques, notamment au regard de la rareté de la ressource, que les services de radio et de télévision diffusés sur support traditionnel.

Prenant en compte l'ensemble de ces éléments, le Forum estime opportun de définir de manière légale ou réglementaire les services de radio et de télévision indépendamment de leur support afin de permettre au régulateur d'exercer ses missions en toute sécurité juridique et aux différents acteurs de connaître les règles qui leur sont applicables. Dans cette hypothèse, la confusion actuelle sur l'application aux services de l'internet de certaines des règles relatives aux services de radiodiffusion sonore et de télévision serait levée.

Il serait, par ailleurs, nécessaire de corréliser ces définitions nationales avec les définitions communautaires, et, en particulier, avec la définition des services de la société de l'information visés à l'article 1^{er} de la directive 98/48/CE.

En outre, il apparaît essentiel au Forum des droits sur l'internet (FDI) de mettre en œuvre une régulation originale de ces services sans pour autant que celle-ci conduise à la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit. Ce type de régulation, expérimentée depuis mai 2001 au sein du Forum, est conforme à la confiance dans l'économie numérique réclamée tant par les citoyens, les acteurs économiques que les pouvoirs publics.

II - LA RESPONSABILITE DES FOURNISSEURS D'HEBERGEMENT (ARTICLE 2 DU PROJET)

La question de la responsabilité des intermédiaires techniques est au centre des débats juridiques de l'internet depuis plusieurs années. Elle a aujourd'hui une actualité particulière au regard de la responsabilité des organisateurs de forums de discussion. Sur ce sujet, le Forum, à la demande de ses membres, a constitué un groupe de travail en septembre 2002. Les remarques ci-dessous exposées reprennent un certain nombre de thèmes discutés au sein de ce groupe.

Si le Forum approuve l'économie générale du régime de responsabilité des hébergeurs décrit à l'article 43-8 et suivants du projet, deux points appellent toutefois des observations. Il s'agit, d'une part, d'une définition plus claire de la fonction d'hébergeur et, d'autre part, d'un dispositif complémentaire relatif aux modes d'acquisition de la connaissance du fait ou de l'activité illicite.

A.- Eclaircissement de la qualification d'hébergeur

Au titre du nouvel article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, les personnes pouvant bénéficier du régime de responsabilité adapté à l'activité d'hébergement sont celles « *qui assurent, même à titre gratuit, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par des services de communication publique en ligne* ».

Il convient de s'assurer que cette définition puisse englober l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes exerçant une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple certains fournisseurs et exploitants de forums de discussion ou certaines activités de courtage en ligne.

Le fait que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relatif à la responsabilité éditoriale risque de s'appliquer aux gestionnaires de forums de discussion conduit à un effet pervers : ceux qui exercent une modération *a priori* risquent de se voir imputer une responsabilité de type éditoriale, alors que ceux qui n'exercent aucun contrôle échapperaient à celle-ci. Ainsi, vouloir faire échapper les gestionnaires de forum de discussion au régime de responsabilité des hébergeurs les inciteraient à ne plus exercer de contrôle sur leurs contenus par une modération *a priori*.

Le Forum des droits sur l'internet souhaite donc que le régime de responsabilité spécifique défini aux nouveaux articles 43-8 et 43-9 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée puisse bénéficier à tous ceux qui assurent un service d'intermédiation au sein de la société de l'information consistant à stocker - au sens large du terme - tout contenu délivré à la demande d'un destinataire de ce service, cette activité se distinguant du simple transport d'information et de l'édition de contenu.

Or, la rédaction retenue par le projet de loi qui fait référence au « *stockage direct et permanent* », rédigée à une époque où le législateur visait les hébergeurs au sens strict du terme - c'est-à-dire ceux assurant le stockage physique des données - semble trop restrictive et ne pas prendre en compte de façon claire les nouvelles fonctions d'intermédiation mentionnés ci-dessus.

Le Forum souhaite que le législateur définisse les fonctions de l'intermédiation comme l'article 14 de la directive « commerce électronique » le prévoyait c'est-à-dire comme la fourniture d'un « *service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* ». Cette définition présente l'avantage de ne pas limiter l'activité d'hébergement à sa prestation purement « technique » et identifie plus précisément l'ensemble des fonctions d'intermédiation.

Le Forum précise que la personne physique ou morale qui, tout en gérant un service d'intermédiation, exerce une fonction éditoriale, doit bien entendu se voir imputer la responsabilité propre à cette dernière fonction. Le groupe de travail du Forum portant sur les « Responsabilités liées à l'activité des forums de discussion » réfléchit actuellement sur les critères permettant de qualifier une action d'édition qui, par ailleurs, ne reçoit aucune définition précise au sein des textes législatifs ou réglementaires français.

B.- Mise en œuvre de la responsabilité des hébergeurs

Le Forum se félicite du fait que le Gouvernement a écarté la voie de la déresponsabilisation totale des acteurs et celle visant à imposer une responsabilité lourde annihilant toute activité dans ce secteur. Il a en effet été retenu un régime de responsabilité proche du droit commun mais néanmoins délimité.

Le texte gouvernemental recèle toutefois quelques zones d'ombre pouvant nuire, lors de sa mise en œuvre par les acteurs privés, à certains principes fondamentaux. Il doit donc être complété par un dispositif permettant d'éclairer la manière dont s'acquiert la connaissance des faits ou des activités illicites.

1.- Description du nouveau dispositif

Sur le plan civil, l'article 43-8 nouveau envisage que la responsabilité des hébergeurs ne peut être engagée du fait de la diffusion des informations ou des activités qu'ils stockent que si, « *dès le moment où ils en ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, elles n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible* ».

Le dispositif du texte semble se rapprocher du droit commun de la responsabilité civile, à ceci près qu'il en définit plus précisément les contours, écartant ainsi le risque de la mise en œuvre d'une responsabilité sans faute ainsi que l'obligation de surveillance générale (art. 43-11).

Certains termes employés au sein de l'article 43-8 risquent néanmoins de recevoir de nombreuses interprétations et de ne pas être uniformément appliqués par les juridictions. Pour sa part, le Forum comprend que la connaissance effective du caractère illicite d'une information ou d'une activité ne peut être acquise par l'hébergeur que sur saisine d'une autorité judiciaire. Concernant l'analyse des faits et des circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, il reviendra au prestataire d'apprécier celui-ci, notamment en fonction de son degré de spécialisation, du contenu des codes de conduite reconnus par la profession ou encore des éléments de preuve apportés par des agents assermentés.

Sur le plan pénal, l'article 43-9 envisage que la responsabilité des hébergeurs ne puisse être engagée que si « *en connaissance de cause, elles n'ont pas agi avec promptitude pour faire cesser la diffusion d'une information ou d'une activité dont elles ne pouvaient ignorer le caractère illicite* ».

La responsabilité pénale de l'hébergeur ne sera donc mise en œuvre que si celui-ci connaissait l'existence d'une information ou d'une activité manifestement illicite et qu'il n'a rien fait pour en empêcher la diffusion ou la continuation.

Dans tous les cas, tant au civil qu'au pénal, la connaissance du caractère illicite de l'information ou de l'activité constitue la pierre angulaire du régime juridique retenu. Cependant le texte ne dit rien sur la manière dont l'existence même de l'information ou de l'activité illicite peut ou doit être portée à la connaissance du prestataire. Cette lacune rend incertaine l'application du texte par les acteurs privés.

En effet, il apparaît essentiel que les victimes sachent comment saisir les prestataires d'une demande visant à éliminer une information ou à interrompre une activité. A défaut, l'hébergeur risque de ne pas pouvoir y faire droit dans de brefs délais.

De même, les hébergeurs doivent-ils pouvoir obtenir des indications leur permettant d'évaluer plus facilement le caractère illicite d'une information : dispositions légales invoquées et justifications de faits. A défaut, ils pourraient ne pas faire droit à une demande pourtant légitime ou, au contraire, procéder systématiquement à la coupure d'une information licite ou l'interruption d'une activité licite afin de ne pas risquer d'engager leur responsabilité civile ou pénale devant une juridiction.

Certains principes essentiels peuvent ainsi être menacés : le droit au juge et à un procès équitable, le respect de la liberté d'expression et la possibilité pour les victimes de voir les informations illicites qui les concernent rapidement retirées.

2.- Proposition de mise en place d'une procédure de notification

Dans ces conditions, le Forum estime nécessaire que le législateur prenne les mesures qui s'imposent pour organiser la manière dont l'hébergeur acquiert la connaissance de l'existence des faits ou activités illicites.

En ce sens, le Forum souhaite que soit instaurée une procédure de notification à laquelle pourraient uniquement recourir, d'une part, les personnes physiques ou morales ayant un intérêt à agir et s'étant identifiées ou, d'autre part, le parquet. Cette procédure se distingue de celle du « *notice and take down* » car elle vise, non à mettre en place un mécanisme automatique de retrait du contenu par l'hébergeur, mais à faire en sorte que ce dernier acquiert la connaissance d'un contenu illicite au terme d'un processus suffisamment informatif et précis. Selon le Forum, une telle disposition limitera les contestations non fondées auprès de l'hébergeur et donne à celui-ci les éléments pour prendre clairement ses responsabilités.

Cette notification devra respecter un certain formalisme :

- identification de l'auteur de la notification ;
- description des faits litigieux ;
- emplacement exact du contenu litigieux ;
- motifs pour lesquels le contenu doit être retiré comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- copie du courrier électronique envoyé simultanément à l'auteur/éditeur du contenu objet du différent, pour l'informer de la notification ou justification de ce que l'auteur n'a pu être contacté.

Le non-respect de certaines de ces conditions de forme devraient être cause de nullité (ex. : identification de l'auteur de la notification, description de l'emplacement exact du contenu litigieux).

Le Forum propose donc que le texte intègre une disposition complémentaire posant le principe d'une notification permettant aux prestataires mentionnés à l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée d'acquérir la connaissance de l'existence des activités et des contenus illicites. Le texte renverrait à un décret d'application le soin d'organiser les modalités selon lesquelles s'exerce cette notification.

Parallèlement, il conviendra d'étendre l'incrimination pénale de dénonciation calomnieuse (art. 226-10 du Code pénal) à la notification abusive.

Le Forum tient à s'exprimer sur les réserves qu'il émet vis-à-vis d'une procédure dite « de notification et de retrait » :

- cette procédure peut porter gravement atteinte à la liberté d'expression. En effet, peu importe que le contenu visé par la notification soit ou non illicite : le prestataire procèdera au retrait de l'information dès lors que les conditions de forme auront été remplies ;
- le formalisme visant à préserver au minimum la liberté d'expression s'avèrent lourds et complexes et entraînent de ce fait une juridiciarisation excessive de la procédure ;
- si la procédure peut trouver une certaine pertinence au regard de la propriété intellectuelle, il n'en va pas nécessairement de même pour les matières régies par le droit commun. L'expérience américaine, qui se limite à la propriété littéraire et artistique, est encore trop récente pour que l'on puisse évaluer ses aspects positifs.

Il convient néanmoins de noter que les acteurs professionnels demeurent libres d'élaborer entre eux des accords visant à établir ce type de procédure pour certains contenus adaptés (ex. contenus contrefaisants ou présumés comme tels).

III – LA LUTTE CONTRE LES CONTENUS ILLICITES (ARTICLES 2 ET 3 DU PROJET)

Le projet de loi comporte un article (art. 43-12 nouveau de la loi de 1986 – article 2 du projet) qui couvre un champ d'application très large. En effet, cette disposition vise à permettre à l'autorité judiciaire de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne. Il s'agit ici de viser tout type de contenu qui pourrait être jugé illicite par le juge. L'attention du Forum se porte en particulier sur l'impact d'une telle disposition sur les réseaux d'échange de fichiers.

En effet, ces réseaux permettent à de nombreux internautes de se transmettre des fichiers protégés (fichiers musicaux, vidéos, etc...). Le Forum vient d'ailleurs d'ouvrir un forum de discussion sur les usages des technologies *peer-to-peer*¹. On constate aujourd'hui que celles-ci peuvent entraîner un piratage des oeuvres dommageable au secteur de l'édition notamment phonographique. Toutefois, outre ce type d'échange, d'autres applications existent et offrent la possibilité d'opérer des avancées en matière de recherche scientifique en agrégeant la capacité de calcul de chaque micro-ordinateur individuel.

Le premier constat de bon sens revient à dire que, s'il convient de mettre fin à des comportements illégaux, il n'apparaît pas pour autant opportun de supprimer la technologie qui peut susciter ce type de comportement.

Par ailleurs, le Forum des droits sur l'internet comprend et soutient les professionnels pour lesquels l'échange illégal d'oeuvres peut mettre en péril leur économie.

La solution législative retenue dans le projet de loi passe par la rédaction d'un article 2 insérant un article 43-12 dans la loi du 30 septembre 1986 modifiée prévoyant la possibilité pour le juge des référés d'imposer aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs des mesures allant de la suppression du contenu jugé manifestement illicite au filtrage de l'accès à ces contenus.

Le Forum se montre soucieux du règlement rapide des affaires mais constate en pur droit que le projet d'article 43-12 n'apporte aucun pouvoir supplémentaire au juge au regard de ceux qui lui sont conférés par les articles 808 et 809 du nouveau code de procédure civile. Ces articles permettent déjà au juge d'agir dans l'urgence et de prendre toutes les mesures utiles pour faire cesser le trouble.

En outre, le Forum ne souhaite pas que cet article, du fait de son affichage, entraîne une surenchère en matière de demande de filtrage des contenus tant au niveau du fournisseur d'hébergement que du fournisseur d'accès. En effet, les techniques actuelles de filtrage ne présentent pas suffisamment de finesse pour rendre ces dispositifs véritablement performants et sans risque par rapport aux contenus tout à fait légaux qui doivent continuer à pouvoir circuler sur le réseau.

En conséquence, le Forum demande la suppression de l'article 43-12.

Par ailleurs, Le Forum ne s'oppose pas *a priori* aux dispositions insérées après le cinquième alinéa de l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle visant à obtenir par ordonnance sur requête du président du Tribunal de grande instance la suspension de contenus portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, celui-ci semblant répondre aux intérêts légitimes de l'auteur ou de ses ayants droit. Il convient toutefois de mentionner que l'ordonnance devra veiller à avoir pour effet la suspension des seuls contenus décrits comme illicites. Il ne peut s'agir, bien évidemment, que d'une simple obligation de moyens mise à la charge du prestataire.

¹ <http://www.foruminternet.org/forums/descr.php?f=13>

POSITIONS MINORITAIRES :

Conformément à la possibilité ouverte par le règlement intérieur du Forum des droits sur l'internet, les positions minoritaires suivantes se sont exprimées (SACEM, SNEP, GESTE et ISOC) :

SACEM et SNEP

« Nous ne sommes pas d'accord avec les commentaires du Forum sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique principalement sur les points suivants :

- **la définition de la communication publique en ligne**, qui renvoie à la notion de communication audiovisuelle, correspond à ce qui figurait déjà dans la loi du 30 septembre 1986 ; en outre, la compétence du CSA concernant la communication audiovisuelle ne doit pas être remise en cause ;
- **la définition de la responsabilité des intermédiaires** ne reprend pas les termes de la directive : le projet de loi fixe un principe de non responsabilité des intermédiaires, alors que la directive se fonde sur un principe de responsabilité avec des exonérations conditionnelles ;
- **l'action sur requête ou en référé à l'encontre des intermédiaires** est définie en termes de subsidiarité pour ce qui concerne les fournisseurs d'accès, ce qui n'est pas conforme à la directive ;
- **la définition des fournisseurs d'hébergement** contenue dans le projet de loi est conforme au texte de la directive, qui utilise la notion de stockage intermédiaire et temporaire pour définir les opérateurs de « cache », et implique donc que les hébergeurs assurent un stockage direct et permanent ; en outre la notion d'« activité d'intermédiation » n'a aucun fondement juridique ;
- **la responsabilité des fournisseurs d'hébergement** n'est pas susceptible d'être engagée uniquement suite à l'intervention d'un juge ; au contraire, la connaissance d'un contenu illicite, ou de son caractère apparent, suffisent à l'engagement de cette responsabilité ; la formalisation d'une procédure de notification, notamment par la négociation professionnelle, peut s'avérer utile, mais cela implique que la notification entraîne la responsabilité, et donc le retrait du contenu. »

GESTE

« Le GESTE a pris connaissance de la position finale du FDI sur le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, telle qu'adoptée le 4 février dernier par son Conseil d'Orientation.

Les éditeurs de services en ligne font part de leur désaccord sur les deux points suivants :

- **la responsabilité des exploitants de Forums de discussion** : l'activité d'exploitants de forums de discussion ne rentre pas dans la définition de l'hébergement. Le GESTE ne souhaite pas que le régime de "responsabilité aménagée" soit étendu à d'autres fonctions également exercées par les fournisseurs d'hébergement. Le régime juridique applicable doit dépendre de la fonction exercée et non de la catégorie à laquelle l'acteur appartient ;
- **la procédure de notification** : la procédure proposée par le FDI nous semble inefficace car elle n'aboutira pas à retirer le contenu ou à en rendre l'accès impossible comme l'exige le projet de loi et la directive. Suivant les recommandations de la directive, le GESTE est plutôt favorable à la mise en place d'une procédure de notification et de retrait qui est un moyen efficace d'acquisition de la "connaissance effective". »

ISOC

« S'agissant de **la responsabilité des prestataire d'hébergement** : il est souhaitable, lorsque le prestataire décide de retirer le contenu suite à notification, que l'auteur des informations litigieuses puisse les faire remettre en ligne en suivant une procédure d'identification analogue à celle suivie par l'auteur de la demande de retrait. Cette procédure de notification aurait pour conséquence juridique de faire peser l'entière responsabilité sur l'auteur de la demande, tout en déchargeant corrélativement l'hébergeur de toute responsabilité. La demande de l'auteur ne doit être soumise qu'à un formalisme similaire à celui de la demande de retrait. Toute exigence supplémentaire, telle que la consignation d'une somme d'argent, doit être exclue. »