

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME

Avis sur l'avant-projet de loi sur l'économie numérique

(Adopté par l'Assemblée plénière le 19 décembre 2002)

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), saisie par la Ministre déléguée à l'Industrie du texte de l'avant-projet de loi sur l'économie numérique, présente les observations suivantes.

Article 2 :

I. L'article 2 de l'avant-projet de loi sur l'économie numérique fait peser sur l'hébergeur une responsabilité civile et pénale qui paraît inadaptée puisque s'inspirant de la responsabilité des directeurs de publication prévue par la loi de 1881 sur la liberté de la presse, elle ne semble pas prendre en compte la situation réelle de l'hébergeur.

En effet, l'avant-projet de loi prévoit, d'une part la même responsabilité que celle d'un imprimeur (identification de l'auteur et/ou du directeur de publication) qui n'aurait pas respecté ses obligations et lui ajoute d'autre part les responsabilités propres d'un directeur de publication alors qu'à l'inverse de ce dernier il n'a nullement participé à la confection du message incriminé.

Dès lors, on peut se demander à quel titre la responsabilité civile et pénale de l'hébergeur est ainsi envisagée de plein droit alors qu'elle ne devrait être envisagée que s'il n'a pas respecté l'obligation de recueillir le nom et l'adresse de l'annonceur. On éviterait ainsi un traitement différent par rapport à la presse écrite ou aux médias audio et audio-visuels dont la justification n'apparaît nullement.

Là où l'article 14 de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique pose le principe de l'irresponsabilité de l'hébergeur (prestataire) sauf à ce qu'il soit démontré que ce dernier a eu « effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite » ou qu'il n'a pas « agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible », l'avant-projet de loi crée une cause d'exonération de la responsabilité à la condition que l'hébergeur démontre qu'il n'a pas eu effectivement connaissance d'une activité ou d'une information illicite ou qu'il n'a pas agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible (article 43.8 al. II) inversant ainsi la charge de la preuve prévue par la directive. Il y a dès lors lieu de s'interroger sur la conformité avec la directive de ces dispositions, en l'absence au surplus de toute justification de la mesure ainsi envisagée.

En conséquence, la rédaction suivante lui paraîtrait préférable :

« Article 43-8. I Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, 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 communications publique en ligne, ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait du contenu de ces services dès lors que :

- il aura été établi qu'elles ont eu effectivement connaissance d'une activité ou d'une information illicite ou qu'elles ont eu connaissance de faits ou de circonstances selon lesquelles l'information ou l'activité illicite était apparente ;
ou

- elles n'auront pas agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible dès le moment où elles ont eu de telles connaissances ».

A titre subsidiaire :

En tout état de cause, la rédaction de l'alinéa II de l'article 43.8 aboutit à ce qu'il est demandé à l'hébergeur de se faire juge du caractère illicite de l'activité ou de l'information. Or il n'appartient pas à l'hébergeur de trancher compte tenu de l'importance de la marge d'appréciation qui pèse ainsi sur lui.

Il aurait donc été souhaitable de borner l'hypothèse d'une responsabilité de l'hébergeur non à la connaissance effective d'une information ou d'une activité illicites mais à ce que la loi reconnaît elle-même comme manifestation illicite, notamment le racisme, la provocation à la haine raciale, les images de pédophilie...

A titre très subsidiaire :

Si le principe de la responsabilité générale de l'hébergeur devait être maintenu, il serait en tout état de cause nécessaire de préciser que la responsabilité pénale de l'hébergeur serait écartée dès lors qu'il n'a « pas eu effectivement connaissance d'une activité ou d'une information *manifestement* illicite », ajoutant l'adverbe *manifestement* à l'adjectif illicite.

De plus, l'avant-projet de loi devrait définir l'adverbe « promptement ». En l'état, l'infraction est beaucoup trop imprécise et ne remplit donc pas les garanties nécessaires que doit apporter la loi pénale.

II. La CNCDH approuve la disposition de l'avant-projet de loi prévoyant un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL fixant les modalités d'application de l'article 43.9 mais souhaite, eu égard au caractère très sensible de cette disposition pour les libertés individuelles, que ce décret soit pris dans les formes établies par l'article 15 de la loi du 6 janvier 1978, prévoyant, en cas d'avis défavorable de la CNIL, un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État.

Article 18

La CNCDH note les dispositions relatives à la cryptologie ne sont pas encadrées par la Directive 2000/31/CE mais résultent de la seule volonté du Gouvernement.

III. L'imprécision de la rédaction de l'article 18 III b) quant à l'utilisation des termes « au regard des intérêts de la défense nationale et de la sécurité intérieure ou extérieure de l'État » ne permet pas d'encadrer suffisamment la latitude laissée au Gouvernement dans la rédaction à venir du décret simple prévu par l'avant-projet de loi.

Par conséquent, la CNCDH demande que soit précisé, à l'article 18 III, qu'il s'agit d'un décret en Conseil d'État.

Article 24

IV. En ce qui concerne les agents habilités par le Premier Ministre, la CNCDH rappelle sa position lors de son étude du projet de loi sur la société de l'information dans laquelle elle se déclarait défavorable par principe « à la création de [cette] nouvelle catégorie d'agents [...] disposant notamment d'un droit de perquisition hors de tout contrôle préalable de l'autorité judiciaire » (Cf. Avis relatif au projet de loi sur la société de l'information adopté par l'Assemblée plénière le 10 mai 2001).

A tout le moins, s'agissant du droit de pénétrer dans des lieux privés, de se faire remettre tout document professionnel, en prendre copie et recueillir sur place tout renseignement et justification ainsi que de saisir des matériels, question particulièrement sensible au plan des libertés individuelles, le texte de loi devrait préciser les conditions de recrutement, de formation et de désignation de ces agents spécialisés.

De plus, il serait souhaitable, au plan de la procédure suivie, que des garanties s'inspirant de celles énoncées par l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales et de celle prévues à l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier en ce qui concerne la Commission des Opérations de Bourse soient ici prévues, dans le texte même de la loi, pour les opérations menées par les agents habilités par le Premier Ministre de même nature que celles faisant l'objet des deux textes susvisés, et notamment en ce qui concerne l'autorisation préalable du Président du tribunal de grande instance.

A défaut, ce que déplorerait la CNCDH, il serait en tout état de cause indispensable que ces agents habilités par le Premier Ministre soient expressément soumis aux garanties prévues par le Code de procédure pénale en ce qui concerne les enquêtes de flagrance et les enquêtes préliminaires.

Article 25

V. La CNCDH s'inquiète de voir que l'article 25 de l'avant-projet de loi prévoit une élévation des peines lorsqu'une infraction a été commise avec le support d'un moyen de cryptologie. Cette élévation des peines ne pourrait être admise, au regard du principe de la proportionnalité des peines et de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que s'il était démontré que l'utilisation d'un moyen de cryptologie aggrave la nature de l'infraction : l'exposé des motifs n'apporte aucune précision à ce sujet.

Article 26

VI. La Commission s'étonne des dispositions de l'article 26 du projet de loi qui fait peser sur les fournisseurs de prestations de cryptologie la charge de faire la preuve qu'ils ne peuvent mettre en œuvre les conventions de cryptage à la demande des agents autorisés, preuve d'autant plus difficile à apporter en raison de la technicité particulière de la matière.

Cette disposition peut conduire, au-delà de la violation de la présomption d'innocence, à rendre impossible aux intéressés de faire la preuve qu'ils ne pouvaient satisfaire aux demandes des agents autorisés.

Article 27

VII. L'article 27 de l'avant projet de loi amène la Commission à relever qu'il s'agit d'expertises techniques qui peuvent être ordonnées par l'autorité judiciaire.

Qu'il s'agisse d'experts privés ou des services de l'État, la Commission s'étonne que leurs interventions ne soient pas préalablement accompagnées de la prestation de serment prévue par les dispositions du Code de procédure pénale.

Cette obligation paraît d'autant plus importante que, notamment dans le cas de recours aux moyens de l'État, les processus techniques mis en œuvres peuvent ne pas être révélés et soumis, en conséquence, à un débat contradictoire.

De plus, la rédaction de l'article 230-4 est trop large et peut ouvrir la voie à une violation des droits de la défense.

Dès lors, elle souhaiterait que cette disposition soit ainsi rédigée :

« Les décisions judiciaires qui désignent les personnes physiques ou morales qualifiées ou les services de l'État par application des articles 230-1 et 230-2 du Code de procédure pénale ne sont pas susceptibles de recours ».