

**Argumentaire en vue d'une saisine du Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi pour
la confiance dans l'économie numérique (LEN)
IRIS et LDH - 28 avril 2004**

Certaines dispositions de la LEN ont des conséquences trop graves pour échapper au contrôle de constitutionnalité. Les articles ci-dessous renvoient au texte adopté en deuxième lecture par le Sénat (sous réserve donc de modification substantielle par la Commission mixte paritaire).

Responsabilité civile et pénale des hébergeurs (I.-2 et I.-3 de l'article 2bis)

Le I.-2 et le I.-3 de l'article 2bis prévoient un régime aménagé de responsabilité civile et pénale des intermédiaires techniques d'hébergement sur Internet, à condition que ceux-ci décident du caractère licite ou non d'un contenu stocké par leurs abonnés et, en conséquence, de sa censure, sans intervention de l'autorité judiciaire.

Les conditions de l'aménagement du régime de responsabilité civile et pénale des hébergeurs constituent une délégation à une entité privée de l'autorité de juger. Saisi par une tierce partie d'une demande de suppression d'un contenu qu'elle considère illicite, le prestataire d'hébergement, en général une société commerciale, devra ainsi décider de lui-même s'il doit accéder à cette demande. Sous la menace de voir sa propre responsabilité civile ou pénale engagée, il ne sera guidé que par le souci de préserver son propre intérêt, et non les droits de l'auteur ou de l'éditeur du contenu concerné, pas plus que la liberté d'expression.

Il résulterait de ce régime aménagé de responsabilité

- **Une atteinte à la liberté d'expression de l'auteur ou éditeur de contenus supprimés par l'hébergeur dans ces circonstances**
- **Une violation du droit à un recours effectif et des droits à la défense**
- **Une violation du principe de la légalité des délits et des peines**
- **Une méconnaissance de l'article 34 de la Constitution**, selon lequel « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». La jurisprudence du Conseil a constamment censuré une telle méconnaissance par le législateur.

Définition du courrier électronique (5^e alinéa du IV de l'Article 1^{er})

Cette définition du courrier électronique rend discutable son assimilation à une correspondance. Jusqu'alors non explicitement défini dans la loi, le courrier électronique a été assimilé à une correspondance (jurisprudence de la Cour de cassation). Son caractère privé pouvait ainsi être établi, suivant les termes précis de la circulaire du 17 février 1988 (« Il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personne, physique ou morale, déterminée et individualisée »), et conformément à la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, ainsi qu'à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'introduction d'une définition du courrier électronique, omettant de préciser son caractère de correspondance, induit le risque d'entraver la protection accordée jusqu'ici au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, alors que le droit à la vie privée a été érigé en principe constitutionnel. Le risque est susceptible d'être étendu aux autres moyens de communication.

Prescription des infractions de presse sur Internet (IVbis nouveau de l'article 2bis)

Lorsqu'un contenu est publié uniquement sur Internet, l'action publique et civile à l'encontre des infractions résultant de ce contenu ne se prescrit plus qu'au bout de trois mois **à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public** de ce contenu. Cette disposition s'applique même en l'absence de reproduction de la publication. Il en découle en pratique une **absence de prescription** de telles infractions résultant des contenus publiés sur Internet.

Cette mesure constitue une atteinte grave à la liberté d'expression.

Par ailleurs, la prescription de trois mois à partir de la date de publication est maintenue dans le cas où le contenu accessible sur Internet est la reproduction d'une publication sur support papier.

Il en résulte une violation du principe d'égalité devant la loi à titre d'exemple, alors qu'un organe de presse écrite bénéficie de la prescription abrégée de trois mois, y compris pour la reproduction en ligne de ses articles, un organe de presse exclusivement en ligne sera soumis à un régime d'absence de prescription.

Limitations de l'exercice de la liberté de communication électronique (I de l'Article 1^{er})

Les limitations de l'exercice de la liberté de communication au public par voie électronique ont été redéfinies par le Sénat, à la suite d'une dissociation entre cette communication et la communication audiovisuelle.

Parmi ces limitations, la «**nécessité de développer une industrie nationale** de production audiovisuelle» devient «**la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle**». Il ne s'agit donc plus de protéger une production nationale par une politique de diversité culturelle, mais d'étendre les droits de l'industrie audiovisuelle.

Il peut en résulter une atteinte à la liberté d'expression et de création, étant donné la définition très large des services audiovisuels.

En effet, les «**services audiovisuels**», auxquels s'applique cette limitation, comprennent les services de communication audiovisuelle ainsi que «**l'ensemble des services mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des oeuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition**». La «**communication audiovisuelle**» s'entend quant à elle comme «**toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne**».

En outre, les limitations de l'exercice de la liberté de communication au public par voie électronique comprennent toujours «**les besoins de la défense nationale**», «**les exigences de service public**», «**les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication**», qui n'ont plus de sens dès lors que la communication au public par voie électronique est dissociée de la communication audiovisuelle, donc des services de radio et de télévision. **Conserver dans ces conditions ces limitations constitue également une atteinte à la liberté d'expression.**