

**PROPOSITION D'ARGUMENTAIRE EN FAVEUR D'UN RECOURS AU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL CONTRE CERTAINES DISPOSITIONS DE LA LOI POUR LA
CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE
LDH-IRIS
3 mai 2004**

1) La définition du courrier électronique :

L'article 1 du projet de loi définit ainsi le courrier électronique :

« tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère »

En s'abstenant de reconnaître au message électronique ainsi défini, le caractère d'une correspondance, le législateur a méconnu le caractère secret de la correspondance, principe ayant valeur constitutionnelle.

2) Les limitations à l'exercice de la liberté de communication :

L'article 1 du projet de loi affirme que la communication au public par voie électronique est libre.

Puis il édicte un certain nombre de restrictions. La dernière d'entre elles consiste à limiter la liberté de communication par voie électronique « par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ».

En laissant la possibilité de limiter la liberté de communication par voie électronique en raison d'un développement de la production d'organismes privés ou publics, le législateur soumet la liberté d'expression et de communication à des impératifs qui ne sont aucunement nécessaires à l'organisation d'une société démocratique et, au moins pour une part, à des intérêts d'ordre privé.

Il s'agit là d'une violation manifeste de l'article 11 de la déclaration de 1789.

De plus, d'autres restrictions sont édictées, sans pour autant résulter d'aucune nécessité de conciliation entre des objectifs à valeur constitutionnelle. Il en est ainsi en particulier : des besoins de la défense nationale, des exigences de service public et des contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication.

3) Sur la responsabilité de l'hébergeur :

Aux termes des dispositions de l'article 2bis du projet de loi, la responsabilité civile et pénale de l'hébergeur ne pourra être engagée, sous certaines conditions.

Les dispositions concernant la responsabilité civile et la responsabilité pénale sont distinctes, mais il ne s'agit que d'un artifice rédactionnel dès lors que le mécanisme retenu est identique dans les deux cas.

C'est ainsi que la responsabilité civile et pénale des hébergeurs ne pourra être engagée s'ils n'ont pas eu « effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou si, dès le moment où [ils] en ont eu connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible ».

L'alinéa 5 de l'article 2 bis du projet de loi institue une présomption de connaissance des faits ou activités illicites lorsque l'hébergeur a reçu une notification comprenant divers éléments.

Dans sa Décision du 27 juillet 2000, le Conseil Constitutionnel avait censuré une disposition sensiblement identique pour deux raisons :

- D'une part, parce que dans le texte censuré, les formes et conditions de la saisine n'étaient pas définies,
- D'autre part, parce que les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale n'étaient pas plus définies.

On constatera, en premier lieu, que si le projet de loi actuel répond à la critique du Conseil Constitutionnel concernant les conditions et forme de la saisine des hébergeurs, il ne répond nullement au second.

Le texte censuré par le Conseil Constitutionnel était le suivant :

....Ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées ».

Le texte du projet actuel est le suivant :

« ...effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible »

Sachant que la saisine définie par le projet de loi n'est que facultative, la notion de caractéristiques essentielles du comportement fautif des hébergeurs reste toujours aussi indéfinie, ce qui constitue une méconnaissance de l'article 34 de la Constitution et une violation de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

À cela s'ajoute qu'en laissant à l'hébergeur le soin de déterminer le caractère illicite ou non de l'activité ou de l'information en cause, le projet dépossède, nonobstant les recours possibles, l'autorité judiciaire de son rôle de gardienne des libertés individuelles prévues par l'article 66 de la Constitution.

S'agissant d'un domaine qui concerne la liberté d'expression, liberté fondamentale qu'il appartient à l'autorité judiciaire de faire respecter, le législateur ne peut laisser une personne privée décider ce qui est ou non illicite et ce, sans même s'attarder sur la variété des situations possibles qui impliquent souvent des marges d'appréciation qui ne peuvent être que renvoyée à l'appréciation des Juges.

Il n'en est d'ailleurs pas autrement en ce qui concerne le tiers qui saisit l'hébergeur. Il se trouve ainsi exposé à des conséquences lourdes par l'alinéa 4 du même article en cas de saisine erronée de l'hébergeur. Observation étant faite qu'une simple saisine, même non suivie d'effet, est susceptible d'entraîner la condamnation du tiers requérant.

Il s'ensuit une insécurité juridique totale qui constitue une violation du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines.

L'importance des condamnations civiles qui peuvent être prononcées, de nature à mettre en péril la viabilité économique d'un hébergeur doit amener à considérer que les dispositions sur la responsabilité civile de ce dernier sont tout autant contraires à la Constitution.

Enfin, et en raison même de l'insécurité juridique résultant de ces dispositions, elles constituent une entrave à l'exercice de la liberté d'expression garantie par l'article 11 de la déclaration de 1789.

4) Sur le régime de prescription :

Aux termes des dispositions de l'article 2bis du projet de loi, le législateur institue deux régimes de prescription.

Le premier, de trois mois, de droit commun en matière de presse écrite concerne aussi les textes publiés à l'identique par voie de communication électronique et par voie de presse écrite.

Le second fixe le point de départ de la prescription (toujours d'une durée de trois mois), concernant les textes publiés uniquement par voie de communication électronique, à compter du jour où le texte n'est plus à la disposition du public.

Il en résulte, tout d'abord, une violation du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi. Rien ne peut justifier qu'un texte diffusé au public par voie de communication électronique soit traité différemment qu'un texte publié dans la presse écrite ou par un média audiovisuel.

De plus, en instituant comme point de départ de la prescription le jour où le texte n'est plus à disposition du public, le législateur annule de fait la prescription. De fait, si l'acte volontaire de retrait est identifiable, l'auteur peut se voir opposer la présence de son article par une autre publication électronique, voire par une seule personne, et être poursuivi, au moins en tant que complice, de manière indéfinie.

En laissant peser ainsi la menace, non limitée dans le temps, de poursuites, le législateur porte atteinte à la liberté de la presse et a violé l'article 11 de la déclaration de 1789.