

Vers une généralisation de la privatisation de la justice sur internet ?

Le 21 juin 2004, la France se dotait de sa loi pour la confiance dans l'économie numérique (Lcen). Transposant la Directive E-commerce 2000/31/CE, destinée à faciliter et à encourager le développement de la société de l'information, la loi instaurait un régime de responsabilité aménagée au profit des intermédiaires de l'internet, en particulier des diverses plateformes communautaires et autres hébergeurs visés par l'article 6-I-2 de la loi. Dix ans après, en guise de célébration, le Parlement français a eu à examiner plusieurs textes de loi, tantôt d'initiative gouvernementale, tantôt d'initiative parlementaire, destinés à renforcer les obligations pesant sur l'ensemble des intermédiaires techniques (actions de surveillance, de suppression ou de blocage). La première salve est venue de l'article 17 du projet de loi « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes »¹. Il instaure de nouvelles obligations de signalement pesant sur l'ensemble des acteurs de l'internet. Alors que cette mesure était à l'origine, pour des raisons d'efficacité, circonscrite aux infractions les plus graves, les sénateurs, rejoints ensuite par les députés, ont souhaité étendre la mesure à de nombreux contenus, provoquant aux diverses formes de discrimination. Il revient désormais à ces intermédiaires d'apprécier si tel ou tel propos peut être considéré comme invitant à la discrimination fondée sur l'orientation politique, religieuse, sexuelle ou pouvant provoquer une discrimination entre les femmes et les hommes. Ils se doivent ainsi de juger de la frontière entre propos sexistes, discriminatoires, et l'usage de ces contenus à des fins humoristiques. Dès lors qu'un tel contenu est détecté, les intermédiaires devront les transférer spontanément aux autorités compétentes. La connaissance étant présumée acquise, on peut imaginer que le signalement s'accompagnera d'une suppression desdits contenus, sans aucune décision de justice préalable. Outre de demander aux hébergeurs de se faire juge des contenus circulant sur internet, la mesure va surtout aboutir à envoyer un très grand nombre de notifications aux services de police et en particulier à la plateforme de signalement de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (Oclctic) dite « Pharos ». Or les intermédiaires de l'internet n'ont aujourd'hui pas les pouvoirs, ni la légitimité, de juger si un contenu relève ou non d'un des cas de discrimination visé par cet article 17. Le principe de précaution aboutira donc à adresser toutes ces notifications aux autorités répressives. Si l'ensemble des membres de l'Asic pense que la lutte contre les discriminations est importante, il est regrettable de constater qu'aucun moyen humain supplémentaire n'a été octroyé à ces services pour les prochaines années. Aucune étude d'impact n'a été réalisée. La conséquence sera un nouvel encombrement des services judiciaires au détriment des affaires qui méritent la mobilisation de moyens importants ou une réaction rapide. Quelques jours après le début des débats autour de ce projet de loi, une nouvelle salve est venue de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, et en particulier en son article 1er.² Cet article tend à créer deux nouvelles mesures, à savoir l'extension

de l'obligation de signalement de contenus en ligne et la mise en oeuvre d'une mesure, jugée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, de blocage de sites internet, sans aucun passage préalable par le juge. Comme le projet de loi relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, la proposition de loi souhaite étendre le champ des obligations de signalement pesant sur les intermédiaires de l'internet en y incluant, aux côtés de contenus manifestement illicites, le cas des sites se livrant au proxénétisme. Une nouvelle fois, les hébergeurs seront mis à contribution pour apprécier le caractère licite ou non des contenus stockés sur leurs serveurs. Ils devront ensuite les adresser aux services du ministère de l'Intérieur, une équipe de dix personnes qui en 2012, gérait 120 000 signalements chaque année? Mieux, la proposition de loi souhaite étendre le régime du blocage administratif des sites internet, c'est-à-dire le blocage sans aucun contrôle préalable par un magistrat. Encore plus récemment, le gouvernement a soumis à Bruxelles à la fin du mois de juin 2014, un avant-projet d'article 6 de la loi relative à la lutte contre le terrorisme³. La mesure tend aussi à instaurer une mesure de blocage administratif, sans contrôle par un juge, d'un contenu ou d'un site internet qui provoquerait à la commission d'actes terroristes ou qui seraient susceptibles d'en faire l'apologie. Alors que sous la précédente législature, l'ensemble des membres du groupe PS de l'Assemblée nationale s'était opposé à de telles mesures de blocage administratif, nous les voyons réapparaître aujourd'hui sous la plume des mêmes parlementaires ou du gouvernement. Comme nous l'avons à plusieurs reprises rappelé, la volonté de l'Asic et de ses membres de lutter contre la présence de contenus illicites sur la toile est totale. Mais la mesure est-elle vraiment efficace ? Ces propositions visent à compléter le cadre existant par un dispositif de filtrage au niveau des fournisseurs d'accès d'un certain nombre de sites ou de contenus. Or, et il est important de le rappeler, seul le retrait des contenus auprès des hébergeurs demeure une solution réellement efficace. Les dispositifs de blocage par l'accès sont aisément contournables. Une Url est bloquée ? Il suffit de republier le contenu en question sous une nouvelle Url? Dans ce cas, autant bloquer le nom de domaine ? En quelques secondes, le site pourra revoir le jour sous un autre nom de domaine? La dernière solution consisterait alors à mettre en oeuvre une méthode de blocage basée sur du Deep packet inspection (Dpi), consistant à analyser finement les paquets de données circulant dans les tuyaux. Les opérateurs sont en mesure de le mettre en oeuvre, même si cela représente un coût non négligeable pour eux, et donc pour l'État, tenu de les indemniser. On peut s'interroger sur la compatibilité d'une telle technologie avec la protection de la vie privée, et le besoin de s'assurer que les opérateurs de télécommunications ne viennent pas vérifier chaque email ou site internet visité pour s'assurer qu'il ne comporte aucun contenu devant faire l'objet d'un blocage. Au-delà des enjeux techniques et d'atteinte à la liberté d'expression, il est important de prendre conscience des réels enjeux liés à un dispositif de filtrage : une telle mesure risque de porter atteinte au principe essentiel de neutralité des réseaux, dès lors que les opérateurs décideront, en accord avec une autorité administrative et sans qu'un juge n'ait eu l'occasion de vérifier la pertinence de la demande, si tel ou tel contenu peut être visible. La mise en place de dispositifs de blocage doit donc être considérée comme exceptionnelle et limitée exclusivement aux

contenus pédopornographiques, sans être étendue. Au demeurant, cette proposition de blocage sans passage préalable par le juge est contraire aux principes posés par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 10 juin 2009, il avait ainsi considéré, à propos de pouvoirs confiés à une autorité administrative en matière de coupure d'accès, sans passage préalable par le juge 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 »⁴. Ainsi, c'est au titre de la proportionnalité, au regard de l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication, que le Conseil constitutionnel avait censuré les pouvoirs accordés à une autorité administrative indépendante, la Hadop, de décider de couper l'accès à internet. Pour les juges et comme ils le mentionnaient dans leurs commentaires autorisés, « ces pouvoirs pouvaient conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement. Dans ces conditions, le Conseil avait jugé que 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 titulaires du droit d'auteur. Ces pouvoirs ne peuvent incomber qu'au juge ». Dans sa décision du 10 mars 2011, le Conseil constitutionnel avait validé des dispositions qui « 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 »⁵. Le Conseil constitutionnel avait, à cette occasion, réalisé un contrôle de proportionnalité impliquant plusieurs éléments. Tout d'abord, le blocage devait viser un site déterminé à raison de son caractère illicite. Par ailleurs, il s'agissait d'instaurer une mesure de protection des utilisateurs d'internet eux-mêmes. Enfin, il s'agissait également de lutter contre l'exploitation sexuelle des mineurs, pouvant « justifier des mesures que la préservation de la propriété intellectuelle ne peut fonder ». À l'inverse, que ce soit en matière de lutte contre les contenus prostitutionnels ou ceux qui font l'apologie des actes terroristes, il semble que les critères imposés par le Conseil constitutionnel ne soient pas réunis. Il est donc important que le Parlement instaure des garde-fous. Le débat actuellement en cours autour de la proposition de loi sur la lutte contre le système prostitutionnel devrait permettre d'apporter des correctifs nécessaires. Celui, à venir, sur le projet de loi de lutte contre le terrorisme fera l'objet de nombreuses attentions. Outre l'Asic, qui a souhaité faire part de ses commentaires au gouvernement, le Conseil national du numérique (Cnum) a été saisi par le ministère de l'Intérieur. Ce dernier avait déjà rendu un premier avis négatif sur un projet similaire présenté après l'affaire Merah, en plein milieu de la campagne pour les élections présidentielles⁶. Reste aussi l'avis de la Commission européenne, qui a été saisie par le gouvernement français, et qui pourrait voir dans cette mesure une violation de la Directive sur le commerce électronique. Dix ans après sa transposition, le débat autour du rôle des intermédiaires

de l'internet n'est toujours pas clos. L'incompréhension manifeste de l'économie numérique semble se poursuivre et devrait, prochainement, s'amplifier avec la numérisation de plus en plus importante de l'économie française. Il est temps de se tourner vers l'avenir et de cesser de faire du surplace. Internet n'est pas une zone de non-droit et son régulateur est et doit demeurer le juge. Si une mesure devait être votée par le Parlement, celle-ci devrait viser à améliorer la formation des magistrats sur les aspects techniques et financiers que soulève aujourd'hui cette numérisation de l'économie.

Auteur(s) :

Giuseppe de Martino - Président de l'Association des services internet communautaires (Asic)

Notes de bas de page :

1. Projet de loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Texten° 369 adopté par l'Assemblée nationale en seconde lecture le 26 juin 2014.
2. Proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, Textede la commission n° 698 (2013-2014) déposé le 8 juillet 2014 au Sénat.
3. Projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositionsdiverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.
4. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 portant sur la loi favorisant ladiffusion et la protection de la création sur internet.
5. Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation etde programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
6. Avis du 4 avril 2012 du Conseil national du numérique relatif au projet dedélit de consultation habituelle de sites terroristes.