

Le CNN, à la Française

Le 29 avril 2011, un court décret de 8 articles est promulgué, répertorié sous le n° 2011-476 ; il porte création du Conseil National du Numérique, autrement dit CNN, mais prononcé à la française afin d'éviter toute confusion avec une société américaine relativement connue : Cable News Network.

Selon l'article premier du décret, ce Conseil (un de plus, diront certains), a pour mission « d'éclairer le Gouvernement et de participer au débat public dans le domaine du numérique. » Il s'agit donc de rassurer les sceptiques car tout Gouvernement, même s'il ne manifeste que rarement le besoin d'être « éclairé », pourra justement en cette matière disposer d'un Conseil à cet usage, si l'envie lui en prenait ; et même le consulter « sur tout projet de disposition législative ou réglementaire susceptible d'avoir un impact sur l'économie numérique », ce qui pourrait arriver plus souvent qu'il ne souhaite.

Il est également prévu que ce Conseil pourra formuler « de sa propre initiative des recommandations en faveur du développement de l'économie numérique en France », dans le but de contribuer ainsi « aux réflexions prospectives sur ce secteur ». Cela sous-entend peut-être que le secteur, essentiellement composé d'acteurs relevant du droit privé, serait insuffisamment porté, selon le Gouvernement, « aux réflexions prospectives » spontanées, tant les enjeux techniques et commerciaux semblent de nature à monopoliser toutes ses énergies.

Cet un organe de 18 membres nommés par le Président de la République pour une durée de deux ans, membres « choisis en raison de leurs compétences dans le domaine de l'économie numérique », ce qui est une sage disposition, a priori. C'est un organe sérieux, car il y faut justifier valablement de toute absence aux séances : sera en effet déclaré démissionnaire d'office par le président (du Conseil), « tout membre qui n'a pas participé sans motif valable à deux séances consécutives ».

C'est un organe doté de moyens, que d'aucuns diront très modestes : il dispose d'un secrétariat mis à sa disposition par le ministre chargé de l'économie numérique.

Au minimum, ce Conseil national adressera chaque année un rapport d'activité au Président de la République, au Premier ministre et au ministre chargé de l'économie numérique, rapport qui court donc le risque communs aux rapports ordinaires, dont on dit qu'ils tombent avec constance aux oubliettes.

Mais à peine créé, le Conseil a tenu à faire preuve d'indépendance et d'une faculté peu commune aux « réflexions prospectives » que l'on attend de lui, afin, comme on le lui demande également, « de participer au débat public dans le domaine du numérique. »

Ce Conseil s'est en effet emparé d'une occasion favorable ce mois de juin 2011, puisque son avis était sollicité à l'occasion d'un projet de décret en rapport avec l'application de l'article 18 de la loi pour la confiance en l'économie numérique, article modifié par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007.

Cet article prévoit, dans une formulation jugée malheureuse par beaucoup de commentateurs, la possibilité pour une autorité administrative, dans certaines conditions, de restreindre au cas par cas

le libre exercice de l'activité de personnes agissant dans la sphère de l'économie numérique.

Il dispose en effet:

« Dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice de leur activité par les personnes mentionnées aux articles 14 et 16 peuvent être prises par l'autorité administrative lorsqu'il est porté atteinte ou qu'il existe un risque sérieux et grave d'atteinte au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et financier. »

Quelles sont donc ces personnes exposées à une mesure administrative de restriction du libre exercice de leurs activités sur le net ?

La définition apportée par l'article 14 de la loi pour la confiance en l'économie numérique est la suivante :

« Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.

« Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. »

Par ailleurs, l'article 16 énonce les activités où il ne saurait exister, sur le territoire national, d'exercice libre (il faut comprendre alors qu'il existe dans ce cas des situations réglementées, en rapport aux professions exercées) : les jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés ; les activités de représentation et d'assistance en justice ; les activités exercées par les notaires.

Autrement dit, le nombre d'activités concernés par l'article 18 est évidemment immense.

Par conséquent, toute personne peut librement exercer en France une activité qui la conduit à proposer à distance et par voie électronique ses services ou la fourniture de biens ; peut librement en France fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, ou d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement, *mais l'administration souhaite se réserver en France, dans certaines circonstances, le droit de restreindre cette liberté d'exercice dans le monde numérique, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.*

On comprend donc, au regard de la formulation de l'article 18, que le décret chargé de déterminer les conditions précises de son application est particulièrement attendu, car il pourrait s'avérer menacer, éventuellement, certains principes constitutionnels.

Dans le projet soumis à l'examen du Conseil par courrier du 9 juin, reçu le 12 et dont l'avis était attendu pour le 17 (ce qui laisse un temps court pour une « réflexion prospective »), il semblerait, selon le magazine PC Impact (voir <http://www.pcinpact.com/actu/news/64121-cnn-blocage-fai-hebergeur-editeur.htm>), que ses rédacteurs aient souhaité aller assez loin dans les possibilités de contrôle et de pouvoir administratifs.

Le CNN a rendu un avis défavorable dans les temps, le 17 juin, avis mis en ligne par PC Impact également : http://www.pcinpact.com/media/2011-06-17_avis_cnn_decretart18lccn_vf.pdf.

Le projet de décret examiné par le CNN désignerait les ministres de la défense, de l'intérieur, de la justice, de l'économie, de la consommation, de l'économie numérique et de la santé, ainsi que l'assez peu connue (mais gagnant à l'être) « autorité nationale de défense des systèmes d'information » créée en juillet 2009, comme les autorités administratives titulaires des pouvoirs de l'article 18.

Selon ce projet de décret, ces autorités pourraient mettre en demeure l'éditeur d'un site estimé problématique (au sens de la définition de l'article 18), de supprimer son contenu ou d'empêcher son accès. Ces autorités administratives pourraient également poursuivre leur action en faisant elles-mêmes cesser les activités du site ou interdire son accès, sans que les moyens pour y parvenir soient toutefois, apparemment, précisés dans le projet de décret.

Il serait également prévu que l'hébergeur pourrait être sollicité dans le même sens, si les éditeurs tardaient à mettre en pratique les termes de la notification reçue.

Enfin, si l'hébergeur n'obtempérait pas non plus assez rapidement (il s'avère être souvent basé à l'étranger, et peu coopératif), alors c'est le fournisseur d'accès français qui pourrait être obligé de bloquer l'accès au contenu. Mais il serait également prévu dans ce projet de décret de solliciter dans certains cas (gravité des atteintes, urgence) *directement le fournisseur d'accès pour un blocage du site estimé problématique.*

Le CNN adresse un avis défavorable, après avoir énoncé : « la lutte contre la cybercriminalité constitue un objectif important pour lequel le principe d'une coresponsabilité des acteurs de l'internet peut s'appliquer, mais sous réserve que les mesures soient conformes au principe de subsidiarité, soient proportionnées, harmonisées et s'inscrivent dans le respect du droit existant et des principes constitutionnels. » Sur cette base, le CNN constate notamment que le concept « d'éditeur de site » présent dans le projet de décret ne fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire (qu'entendre en effet par « éditeur de site » ?), le CNN lui préférant logiquement la notion « d'auteur du contenu » ; enfin, le CNN a formulé les recommandations suivantes :

« Que le Gouvernement notifie le projet de décret auprès des services de la Commission européenne, pour assurer une application harmonisée de la Directive ;

« Que le Gouvernement clarifie le champ d'application du décret, afin que les mesures prévues ne visent que l'auteur du contenu et en aucun cas, en leur qualité d'acteurs du commerce électronique, les intermédiaires susceptibles d'avoir indexé ou référencé lesdits contenus. Il en est de même des plates-formes d'hébergement et plus généralement des hébergeurs desdits contenus ;

« Que le Gouvernement maintienne un principe de subsidiarité en matière d'action à l'encontre d'un contenu ou d'une activité sur internet et ainsi, rappelle que le premier responsable d'un contenu est son auteur ;

« Que le décret n'instaure pas de sanction automatique en l'absence de retrait d'un contenu par un hébergeur, le Conseil constitutionnel ayant encadré les cas d'engagement de responsabilité des intermédiaires et précise que l'injonction administrative adressée aux hébergeurs respecte les conditions de fond et de forme prévues à l'article 6.I.5 LCEN ».

Le CNN conclut :

« Et enfin et peut-être surtout, que toute mesure de blocage imposée aux fournisseurs d'accès à l'internet ne puisse intervenir qu'au terme d'un débat contradictoire sous l'appréciation et le contrôle préalable du juge, et que toute mesure de blocage mise en oeuvre par les fournisseurs d'accès à l'internet ne puisse être instituée que par voie législative. »

Il s'agit d'une sage préconisation. La présence d'un Juge et d'un débat contradictoire, lorsque certaines mesures sont susceptibles d'atteindre aux principes de liberté (ici le blocage d'un site tiers par un fournisseur d'accès à la demande d'une administration française), ont effectivement toute leur importance, et leur valeur, dans la définition et le maintien d'une démocratie.

Il a donc semblé au CNN utile de rappeler que le gardien des libertés est encore le Juge, dans le cadre d'un débat où toute personne accusée par une administration pourrait faire entendre, éventuellement, sa défense. Le CNN ne fait d'ailleurs que citer un arrêt du Conseil Constitutionnel :

« Par une décision en date du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a rappelé que toutes mesures susceptibles d'aboutir à un blocage de l'accès à l'internet se devaient d'être conciliées avec « *l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer* ». En effet, « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ». »

Pour information, voici la liste des 18 personnes nommées au CNN, liste qui a été récemment critiquée parce qu'elle ne comprendrait pas suffisamment de représentants de SSII et d'intégrateurs, de personnes issues de la vie civile, et qu'elle sur-représenterait les acteurs internet (et qu'elle ne comprendrait enfin que 2 femmes pour 18 membres) : Gilles Babinet (Musiwave, Eyeka, CaptainDash), Patrick Bertrand (Cegid, Afdel), Jean-Baptiste Descroix-Vernier (Rentabiliweb), Giuseppe Di Martino (Dailymotion, Asic), Frank Esser (SFR, FFT), Emmanuel Forest (Bouygues Telecom), Gabrielle Gauthey (Alcatel-Lucent), Pierre Louette (Orange), Alexandre Malsch (Melly), Daniel Marhely (Deezer), François Momboisse (Fnac, Fevad), Xavier Niel (Iliad/Free, Kima Ventures), Jean-Pierre Remy (PagesJaunes), Marie-Laure Sauty de Chalon (AuFéminin), Marc Simoncini (Meetic, Jaina Capital), Jérôme Stioui (Ad4Screen), Bruno Vanryb (Avanquest Software, Syntec Numérique) et Nicolas Voisin (Owni).

Dans son discours prononcé à l'occasion de l'installation du Conseil, Monsieur le Président de la République avait souligné que celui-ci répondrait à un principe d'indépendance, en étant "libre de ses avis, libre de ses saisines". Il a été entendu et compris. Reste que le Gouvernement est également libre de suivre, ou de ne pas suivre les avis qu'on lui donne.

Jean Michel PORTAIL

Avocat au Barreau de BAYONNE

www.portail-avocat.com