

Le Forum

des droits
sur l'internet

RAPPORT D'ACTIVITÉ

a n n é e
2 0 0 3

Préfacé par
Erkki Liikanen,
commissaire européen chargé des entreprises
et de la société de l'information

© La Documentation française - Paris, 2004
ISBN : 2-11-0055942-4

En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

Sommaire

Préface

ERKKI LIIKANEN,

*Commissaire européen chargé des entreprises et de la société
de l'information*

5

Lancement du réseau européen de corégulation de l'internet

ISABELLE FALQUE-PIERROTIN

7

Le Forum des droits sur l'internet en 2003

9

Les nouveaux enjeux de droit et de société en 2003

17

Première partie

RECOMMANDATIONS 2003 DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET

Le développement de l'administration électronique

57

Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique

105

Hyperliens : statut juridique

115

Quelle politique de diffusion des données publiques ?

165

Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ?

229

Quel avenir pour le vote électronique en France ?

273

Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?

333

Projet de décret relatif aux actes authentiques électroniques

353

Deuxième partie

DOSSIER : LA MUSIQUE EN LIGNE

Synthèse du forum de discussion :

« *Peer-to-peer* : quelle utilisation pour quels usages ? » 365

Troisième partie

LES PERSPECTIVES DE L'ANNÉE 2004

387

ISABELLE FALQUE-PIERROTIN

Table des matières

391

Préface

Il n'est plus nécessaire aujourd'hui de souligner l'importance pour toutes et tous de la Société de l'information et de ses services. *Pour les entreprises*, cette importance se décline sous la forme de nouveaux marchés, de nouveaux produits, de nouveaux services sans oublier un canal de communication privilégié qui rapproche l'entreprise et le consommateur et intègre leurs relations commerciales. Le rôle du *consommateur* est sans cesse plus important et sa satisfaction optimisée par l'effet de réduction des coûts qui résulte de son implication dans la chaîne de production ou de fourniture des services. Les consommateurs bénéficient par ailleurs d'une offre plus diversifiée et plus concurrentielle. Les progrès spectaculaires de *l'administration électronique* contribuent aussi à mettre l'utilisateur et en particulier le citoyen au centre de la problématique de la Société de l'information. Il s'agit ici encore pour l'administration de se rendre plus disponible, plus accessible et plus efficace. Ce développement et ces progrès n'ont été rendus possibles que parce que tant le pouvoir politique que les citoyens ont assumé leur rôle.

Le pouvoir politique, aux niveaux européen et national, a solidement balisé le cadre de cette évolution. Je pense ici notamment à l'ensemble des réglementations adoptées ces dernières années qui ont défini un nouveau cadre pour les communications électroniques en encourageant notamment l'accès du plus grand nombre aux réseaux à large bande ainsi qu'aux réglementations qui ont posé les jalons essentiels du droit des services de la société de l'information (commerce électronique, signatures électroniques, droits d'auteur, création du nouveau nom de domaine « .eu », etc.). Je pense aussi aux actions entreprises sous le nouveau plan « eEurope 2005 » : l'installation d'une administration électronique moderne, la stimulation d'un environnement dynamique de l'e-business, la mise en place d'une infrastructure fiable et sûre pour les réseaux de l'information et bien sûr le renforcement d'une politique d'accès du plus grand nombre aux services à large bande et aux contenus qu'ils contribuent à véhiculer.

Les citoyens ont aussi joué et continuent à jouer un rôle essentiel pour le développement de la Société de l'information. D'abord, c'est évident, en agissant comme consommateur, en se familiarisant avec les services de la Société de l'information, en aidant à la conception de nouveaux services, en devenant plus exigeant... Mais aussi, en acceptant d'exercer leur fonction politique dans le sens le plus noble de son acception c'est-à-dire, selon l'expression de votre association, en *construisant ensemble la civilité de l'internet*. C'est peut-être en définitive, ce dernier type d'initiatives qui concourent le plus à un développement stable et durable de la Société de l'information puisqu'il témoigne de la nécessité de ce développement, de l'implication de la société civile et du pacte qu'elle renoue, dans ce nouveau cadre, avec le pouvoir politique.

Le travail de votre Forum mérite d'être souligné à cet égard. Par des actions les plus diverses (rencontres, publications, groupes de travail, recommandations), vous faites vivre le Droit et les droits sur l'Internet à la manière du réseau auquel vous consacrez vos réflexions. Et ceci est d'autant plus important que la Commission européenne est confrontée tous les jours à des défis juridiques et réglementaires passionnants dans le domaine de l'Internet : le commerce électronique, les communications commerciales non sollicitées, la cybersécurité, le combat contre le cybercrime, le renforcement d'une politique de sécurité par la création d'une agence spécifique (NISA), etc. Cette tâche suppose chaque fois d'effectuer une pondération des intérêts sociétaux en cause. Les activités de votre Forum et des autres forums qui se développent aujourd'hui en Europe constituent à n'en pas douter un apport très appréciable au processus réglementaire de la Commission. Il faut donc souhaiter qu'en France et partout en Europe, des initiatives comme la vôtre se multiplient tant elles contribuent à la vie du réseau, à la vie du Droit et au débat politique. C'est dès lors avec plaisir que je salue la parution du rapport d'activité 2003 du Forum des droits sur l'Internet qui témoigne à suffisance de l'importance de vos travaux et de leur apport aux débats actuels de notre société...de l'information.



ERKKI LIIKANEN

*Commissaire européen chargé des entreprises
et de la société de l'information*

Lancement du réseau européen de corégulation de l'internet

Isabelle Falque-Pierrotin

Le Forum des droits sur l'internet a annoncé, en décembre 2003, au Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), la création du réseau européen de corégulation de l'internet, en partenariat avec des organismes de six pays européens. Cette initiative a reçu le soutien de la Commission européenne et du gouvernement français.

La création de ce réseau a été motivée par l'idée que les enjeux juridiques et d'usage de l'internet nécessitent une concertation large entre les États, les acteurs privés et les utilisateurs. Ce processus de coopération multiacteur appelé « corégulation » a prouvé sur le terrain son efficacité. Il est mis en œuvre avec succès depuis deux ans par le Forum des droits sur l'internet au niveau national. Adapté à la complexité de l'espace internet, il permet de responsabiliser les acteurs et de faciliter la prise de décision des États. Cette aptitude au dialogue fait partie de la culture européenne : à partir d'héritages nationaux différents, l'Europe a su définir des valeurs communes et constitue de ce fait un échelon essentiel pour construire la société de l'information.

Le champ d'action du réseau européen de corégulation de l'internet couvre les questions de droit et de société liées à l'internet comme par exemple le spam, la protection de l'enfance, l'administration électronique ou encore le e-commerce.

Les quatre objectifs du réseau européen de corégulation de l'internet

- Constituer un centre de ressources et d'expertise sur les questions juridiques de l'internet au niveau européen. Grâce au réseau, les membres peuvent partager expériences, bonnes pratiques et connaissances.
- Organiser un débat public entre l'ensemble des acteurs (représentants des États, secteur privé et société civile), au niveau européen sur les questions de droit et d'usage de l'internet (comme le spam, la protection de l'enfance, la propriété intellectuelle, etc.).
- Apporter des propositions aux institutions européennes.
- Contribuer au processus de suivi du SMSI.

Le réseau place ses travaux dans la perspective du sommet de Tunis qui aura lieu en novembre 2005.

Des membres dans sept pays, un réseau ouvert

Le réseau comprend les organismes suivants :

Autriche : Österreichisches Institut für Angewandte Telekommunikation ;

Belgique : Observatoire des droits de l'internet – Observatorium van de Rechten op het Internet ;

France : Forum des droits sur l'internet ;

Italie : Forum per la tecnologia della informazione ;

Hongrie : Information society research institute ;

Suède : Swedish government ICT-political strategy group et Swedish law and informatics research Institute ;

Royaume-Uni : Internet Watch foundation et l'Oxford Internet Institute.

Des organismes d'autres pays européens peuvent participer à ce nouveau processus. Le réseau a également pour objectif d'établir un dialogue structuré avec des acteurs au plan international partageant la même approche multiacteur.

Le site internet www.internet-coregulation.org constitue une première réalisation concrète. Il présente le réseau, ses projets, ses membres et propose des liens vers leurs sites web respectifs. Il comprendra ultérieurement plus de fonctionnalités, comme par exemple une plate-forme de travail collaboratif.

Un mode de fonctionnement inspiré de l'internet

Décentralisé, évolutif, le réseau est très similaire à l'internet dans son mode de fonctionnement. Sa construction se fait progressivement, sous l'impulsion de ses membres. Au sein de ce réseau de pairs, tous les organismes sont associés au même niveau, avec la même capacité d'action. Le réseau fonctionne sur un mode très souple, selon les sujets et la volonté de coopération de ses membres. La première réunion « opérationnelle » du réseau européen est prévue à Paris au premier trimestre 2004.

Le Forum des droits sur l'internet en 2003

Le Forum a connu une année 2003 particulièrement dense. Il est devenu un outil reconnu d'élaboration du droit et des usages de l'internet et occupe désormais une place privilégiée dans la régulation d'internet.

L'année 2003 se termine sur un champ d'activités très large, les demandes dont fait l'objet le Forum s'étant intensifiées au fur et à mesure que s'affirmait sa crédibilité. Deux missions nouvelles, voulues et soutenues par les pouvoirs publics, ont été engagées : le secrétariat du Conseil consultatif de l'internet et l'expérimentation de la médiation qui paraît constituer la brique manquante jusqu'ici de la régulation.

Organisation du Forum en 2003

L'équipe des permanents du Forum comprend neuf personnes :

Déléguée générale : **Isabelle Falque-Pierrotin**

Secrétaire générale : **Marie-Françoise Le Tallec**

Assistante : **Sophie Ouzeau**

Responsable communication : **Corinne Muller**

Cinq chargés de mission, juristes pour la plupart : **Franck Bergeron, Jean Gonié, Matthieu Lerondeau, Benoît Tabaka** et **Lionel Thoumyre**.

Les actions de concertation entre les acteurs publics et privés sur les enjeux juridiques de l'internet

Pour répondre à sa première mission consistant à organiser la concertation entre tous les acteurs, le Forum a suivi de très près l'actualité législative et politique du secteur et il a travaillé avec ses membres sur de très nombreux sujets, certains thèmes ayant fait l'objet d'une demande expresse du gouvernement. Il a, au total, émis huit recommandations au cours de cette année qui a été particulièrement riche.

Avis sur les projets de lois ou décrets relatifs à l'internet

En février 2003, le Forum a travaillé sur les points essentiels du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) et proposé plusieurs amendements au texte initial :

- définition de la communication publique en ligne : le Forum, en accord avec les parlementaires, a souhaité que soit affirmé un mode de régulation spécifique pour la communication publique en ligne ;
- responsabilité des hébergeurs : le Forum a proposé une procédure de notification permettant à l'hébergeur d'acquiescer la connaissance de l'existence des faits ou activités illicites. Cette proposition a été retenue par les députés ;

– lutte contre les contenus illicites : le Forum estime que les solutions de filtrage de l'accès ne sont pas les mieux adaptées et peuvent être source de débordements pouvant limiter la liberté d'expression.

Il a également donné un avis, en novembre 2003, sur l'avant-projet de décret concernant l'acte authentique électronique.

Les recommandations des groupes de travail en 2003

- Développement de l'administration électronique – février
- Liens hypertextes (1) libertés – mars
- Données publiques – avril
- Forums de discussion – juillet
- Vote électronique – septembre
- Liens hypertextes (2) responsabilités – octobre
- Actes authentiques électroniques – novembre

Le rôle essentiel joué par les membres

Cette intense production intellectuelle est rendue possible par la forte implication des membres du Forum, issus de l'internet mais dans des sphères extrêmement diverses.

Pour continuer à alimenter cet apport extérieur capital, le Forum a cherché à étoffer son réseau, fort de plus de soixante membres fin 2003. Les adhésions 2003 ont permis l'arrivée d'une quinzaine de nouveaux membres, dont eBay, Société générale, France 5, la FING, Villes-Internet, Free Software Foundation...

Afin de garder la dynamique de ce réseau, le Forum propose à ses membres, en dehors des groupes de travail *stricto sensu*, de participer à des conférences-débats sur les sujets pouvant les intéresser.

Trois types d'événements ont ainsi été organisés :

- des « *rencontres* », manifestations ouvertes au grand public, qui ont porté sur le piratage de la musique en ligne, l'enjeu pour l'État de la commercialisation des données publiques, le vote électronique ;
- des « *petits-déjeuners* », format plus restreint autour de l'intervention d'une personnalité, Nicole Fontaine et Philippe Lemoine ont été reçus au Forum dans ce cadre ;
- enfin, des « *matinées d'information juridique* » ont été organisées sur les pratiques et responsabilités des métiers d'intermédiation, la transposition de la directive « droit d'auteur » et le spam. Exclusivement réservées aux adhérents, ces matinées font intervenir les experts techniques et juridiques du sujet choisi.

Les actions d'information et de sensibilisation

Le premier acteur de la civilité, c'est l'internaute lui-même. Le Forum mène donc une action pédagogique constante auprès des usagers de l'internet sur les enjeux juridiques et recueille leurs avis et propositions. Plusieurs actions nouvelles ont été engagées en 2003 dans ce domaine.

L'évolution du site du Forum

Le site internet institutionnel (foruminternet.org), mis à jour quotidiennement, continue de s'imposer comme un outil de référence à destination des professionnels et des acteurs de l'internet. Au cours de l'année 2003, la fréquentation du site a connu une augmentation de 60 % par rapport à l'année 2002 pour atteindre plus d'un million de pages vues et près de 300 000 visiteurs.

Au cours de l'année, plus de cent actualités ont été rédigées informant les internautes de l'adoption de textes étrangers, communautaires ou nationaux ou de l'intervention d'une décision de justice. Tenant compte du caractère international du réseau mondial, plus de la moitié de celles-ci abordent simultanément la problématique sous l'angle français et étranger.

Par ailleurs, souhaitant faire bénéficier le plus grand nombre de ses informations, le Forum a mis en place un outil permettant à tout internaute de syndiquer automatiquement et gratuitement les dix dernières actualités publiées.

L'année 2003 a, enfin, été l'occasion pour le Forum de poursuivre ses actions de concertation avec le grand public. Souhaitant recueillir l'avis des internautes sur l'un des principaux usages de l'internet, le Forum a organisé, du 1^{er} janvier au 1^{er} juin 2003, un forum de discussion en collaboration avec la Fondation internet nouvelle génération (FING) sur le thème des réseaux *peer-to-peer*. Cet espace a permis aux internautes de s'exprimer sur les usages du *peer-to-peer* et sur l'encadrement juridique et technique, possible et souhaitable, de ces réseaux. Une synthèse des 700 contributions reçues a été publiée le 20 juin 2003 et alimente les travaux du Forum en matière de propriété littéraire et artistique.

L'ouverture de DroitDuNet.fr

Le Forum a lancé le 12 mars 2003, avec le soutien du gouvernement, le site DroitDuNet.fr. Ce nouveau site est conçu comme un service d'information et d'orientation à la disposition de tous. Accessible gratuitement, il a pour but d'apporter des réponses pratiques à l'ensemble des questions de nature juridique que peuvent se poser les internautes dans leur usage quotidien du réseau.

DroitDuNet.fr rassemble plus de 120 fiches pratiques, accessibles selon trois modes : par profil (parents, juniors, salariés, consommateurs, citoyens, créateurs de sites, entreprises) ; par dossier thématique (protection de l'enfance, spam, etc.) ; ou par le biais d'une question que l'internaute peut poser *via* le moteur de recherche.

Chacune des fiches est complétée par des renvois vers les textes officiels, vers les principales jurisprudences ; le cas échéant, par des liens vers d'autres ressources en ligne (services pratiques...) et, enfin, par un répertoire d'adresses d'institutions spécialisées. DroitDuNet.fr oriente en effet les internautes en difficulté vers les institutions spécialisées susceptibles de leur apporter des informations complémentaires, de les aider à formuler une éventuelle plainte ou de la recueillir. Cette base d'informations, validée par des experts et organismes publics, est mise à jour continuellement au fil de l'évolution de la loi et de la jurisprudence. DroitDuNet.fr est devenu en quelques mois le site pratique du droit de l'internet, recevant ainsi plus de 50 000 visiteurs par mois.

Enfin, les internautes peuvent s'adresser en ligne au Forum pour obtenir des précisions supplémentaires ou soumettre d'autres questions, sans pour autant pouvoir obtenir de conseils juridiques personnalisés. Du 12 mars 2003 au 31 décembre 2003, les équipes du Forum ont ainsi répondu à près de 1 800 questions, dans un délai moyen de 48 heures.

La médiation des différends liés à l'internet

Le service de médiation des différends liés à l'internet apparaît comme un outil supplémentaire pour construire la confiance dans le réseau.

En effet, à la suite de la recommandation du Forum sur les modes alternatifs de règlement des différends, publiée en juin 2002, le Conseil d'orientation du Forum a donné son accord pour l'expérimentation d'un service opérationnel de médiation.

Celle-ci a été lancée en juin 2003 auprès des membres du Forum, le Forum s'étant aussi autorisé à traiter des cas spontanément présentés à partir de son site DroitDuNet.fr.

Ce service traite de tout différend lié à l'internet, à l'exclusion de ceux pour lesquels les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits (grande majorité des infractions pénales). Le Forum, après instruction des dossiers, constate, soit que l'affaire est résolue par sa seule intervention, soit qu'un médiateur indépendant choisi parmi le réseau de médiateurs constitué par le Forum doit intervenir afin de régler le différend.

Les membres du Forum ont manifesté un grand intérêt pour ce service, offert gratuitement dans sa phase expérimentale.

De plus, afin de traiter plus rapidement et plus efficacement les différends liés à l'internet retenus en médiation, une plate-forme technique en ligne tout à fait inédite a été développée pour les besoins du Forum.

La coopération internationale

Le débat relatif aux règles et aux usages de l'internet est mondial, de nombreuses négociations ou initiatives sont en cours. Il importe que ces dernières s'organisent selon une logique qui ne soit pas seulement économique, mais dans le respect de la personne humaine. Le Forum participe donc de façon active aux diverses initiatives internationales et travaille à l'élaboration de positions communes.

L'objectif prioritaire du Forum concerne évidemment l'Europe, ensemble de pays qui partagent un même héritage démocratique. Compte tenu de leur diversité culturelle et de leur attachement à la défense des droits de l'homme, ils peuvent aider à la promotion d'une certaine vision de la société de l'information au plan mondial.

Très quotidiennement, le Forum participe aux débats européens sur des thèmes tels que la responsabilité des moteurs de recherche ou la diffusion des données publiques. Il travaille également sur la transposition de certains textes comme celui de la directive « droit d'auteur » et du « paquet télécom ». Les échanges avec la Commission européenne sont réguliers et fructueux ; un rapport de celle-ci fait état de l'apport du Forum sur les liens hypertextes.

Le Forum des droits sur l'internet a notamment participé à la conférence sur « Internet Strategies and E-Justice in Europe » organisée par le Conseil de l'Europe, à Rome, en novembre 2003. Il a également participé au colloque du Berlin-Brandenburgisches Institut (BBI) « Internet, zone de non-droit ? Stratégies de régulation de l'internet en France et en Allemagne » qui s'est tenu, en septembre 2003, à Berlin.

L'année 2003 a été marquée par la préparation du Sommet mondial pour la société de l'information (SMSI), le Forum ayant travaillé aux côtés de la délégation française sur le thème « Internet, espace de droit ». Le Forum était présent sur le stand France au SMSI et a organisé plusieurs conférences autour de cet événement. Des sollicitations sont déjà intervenues pour que le Forum prenne une part active à la mise en œuvre du plan d'action, aboutissement du Sommet.

Pour mettre en œuvre cette dimension européenne et internationale, le Forum a constitué un réseau européen de corégulation avec six autres pays (Royaume-Uni, Italie, Autriche, Suède, Belgique, Hongrie). Ses partenaires sont des structures publiques ou privées qui travaillent dans le même esprit d'ouverture et réunissent des experts de très haut niveau. Le réseau a été officiellement lancé à Genève, en décembre 2003, en présence du commissaire Erkki Liikanen qui a accepté d'y apporter son soutien politique.

Enfin, le Forum coopère étroitement avec la Commission nationale française pour l'Unesco, dont Isabelle Falque-Pierrotin est membre depuis décembre 2003. Il a notamment participé aux travaux du comité information et communication en 2003.

Annexes

Composition du Conseil d'orientation au 31 décembre 2003

Pierre SIRINELLI, université Paris I

Jean-François ABRAMATIC, ILOG

Daniel KAPLAN, FING

Olivier DUGRIP, CNED

Isabelle FALQUE-PIERROTIN, présidente

Reine-Claude MADER SAUSSAYE, CLCV

Yves PARFAIT, Wanadoo

Jean-Pierre QUIGNAUX, UNAF

Sébastien CANEVET, ISOC

Christine REICHENBACH, UDA

Cyril ROJINSKY, cabinet Rojinsky

Stéphanie LESPERANCE, Vivre le net

Philippe CAILLOL, représentant de la Direction du développement des médias (DDM)

Le Conseil d'orientation est investi des pouvoirs les plus étendus pour diriger, gérer et administrer l'association sous réserve de ceux statutairement reconnus au Conseil de surveillance et à l'assemblée générale.

Composition du Conseil de surveillance au 31 décembre 2003

François TERRE, professeur de droit, président

Serge BERGAMELLI, Caisse des dépôts et consignations

Isabelle DE LAMBERTERIE, CNRS

Le Conseil de surveillance vérifie que l'activité de l'association correspond à son objet social. Il assure le contrôle des comptes de l'association et vérifie la régularité des opérations comptables. Il arrête les comptes de l'exercice clos.

Les adhérents du Forum des droits sur l'internet au 31 décembre 2003

Collège des acteurs économiques	Collège des utilisateurs
Professions juridiques : Cyril Rojinsky SCP Charlet/Develay Juritel Webconseil Cabinet Brunengo-Basso Mouvement Jeune Notariat La Fédération nationale des tiers de confiance Cabinet Ahuja-Cogny	Associations : Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS) Association française de droit de l'informatique et de la télécommunication (AFDIT) Association française pour le nommage internet en coopération (AFNIC) Internet SOCIety France (ISOC) Vivre le net Observatoire des usages de l'internet (OUI) CréaTIF Club du e-public SPMT FING Free Software Foundation France

Collège des acteurs économiques	Collège des utilisateurs
<p>Banques : Caisse des dépôts et consignations Société générale</p>	<p>Associations de consommateurs : Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV) Union nationale des associations familiales (UNAF)</p>
<p>Commerce en ligne : Association du commerce et des services en ligne (ACSEL) Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD) eBay SteeUser</p>	<p>Collectivités territoriales : Apronet Artesi Villes-Internet</p>
<p>Enseignement : Centre national d'enseignement à distance (CNED)</p>	<p>Droit de l'homme et libertés : Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP)</p>
<p>Industrie hi-tech/internet : Fédération nationale de l'information d'entreprises et de la gestion de créances (FIGEC) Groupement français de l'industrie de l'information (GFII) Microsoft Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB) Cirès Omniklès Certeurope Wanadoo Webtrust Yahoo France Association des fournisseurs d'accès (AFA) AMEN GIPSIM Overture Néoxia Cecurity.com</p>	<p>Enseignement et recherche : Centre national de la recherche scientifique (CNRS) Institut de recherches et prospectives postales (IREPP) ADMI Société française des sciences de l'information et de la communication (SFSIC)</p>
<p>Presse - média - culture : Bureau de vérification de la publicité (BVP) Institut national de l'audiovisuel (INA) Syndicat national de l'édition (SNE) Syndicat national de l'édition photographique (SNEP) Union des annonceurs (UDA) Vivendi Universal Société des auteurs compositeurs éditeurs de musique (SACEM) Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE) Groupe Berger-Levrault France 5</p>	

Barème de cotisations 2003

Type de structures	Cotisation 1	Cotisation 2	Cotisation 3	Cotisation 4
Personnes morales CA ou budget > 150 millions d'euros				16 000 euros
Personnes morales CA ou budget > 30 millions d'euros			8 000 euros	
Personnes morales CA ou budget > 200 000 euros		1 000 euros		
Personnes morales CA ou budget < 200 000 euros	100 euros			

Les cotisations sont dues par tous les membres et sont annuelles. Elles sont forfaitaires, basées sur le chiffre d'affaires ou le budget de la structure adhérente. Elles sont payées en décembre de l'année N pour l'année N +1, en une seule fois, et calculées sur le montant du budget/chiffre d'affaires prévisionnel de l'année N.

Les nouveaux enjeux de droit et de société en 2003

Après une année 2002 principalement marquée par la crainte du terrorisme et de l'utilisation du réseau internet pour organiser des actions à l'encontre d'intérêts occidentaux, cette thématique a disparu des préoccupations des législateurs nationaux et des organismes internationaux.

En 2003, l'internet comptait près de 650 millions d'utilisateurs, représentant ainsi 10 % de la population mondiale. Cette explosion, qui s'explique en partie par la démocratisation de l'accès haut débit à l'internet, fait que les principaux enjeux de l'année se sont focalisés autour des usages des internautes.

Commerce électronique, protection de l'enfance, administration électronique sont parmi les sujets qui ont impliqué une intervention tantôt législative, tantôt judiciaire afin d'encadrer la découverte de l'internet par le grand public. Plus particulièrement, l'ensemble des regards a eu l'occasion de se focaliser, en 2003, autour de deux sujets majeurs : le partage de fichiers et l'envoi de courriers électroniques.

Véritable principe fondateur de l'internet, l'échange direct entre les utilisateurs a été décrié en raison de la possibilité pour les internautes de partager gratuitement, et sans autorisation, des fichiers musicaux, des films ou des logiciels au travers des réseaux *peer-to-peer*. Par ailleurs, plus utilisé que le courrier traditionnel, le courrier électronique a souffert d'un mal chronique : le *spam*, avalanche de courriels sauvages. Afin de sauvegarder la principale application de l'internet, l'année 2003 a été l'occasion d'assister à une réelle mobilisation internationale de l'ensemble des acteurs : États, acteurs économiques, société civile mais également les utilisateurs eux-mêmes.

La propriété intellectuelle à l'heure du numérique

Représentant entre 5 et 7 % du commerce mondial, la contrefaçon a trouvé un nouveau souffle grâce à l'internet. Les premiers outils pointés du doigt sont les réseaux *peer-to-peer* qui permettent aux internautes d'échanger gratuitement toutes sortes de fichiers et notamment des œuvres protégées. Les utilisateurs d'internet qui possèdent un logiciel de *peer-to-peer* connectent directement leurs ordinateurs entre eux, sans l'intervention d'un serveur central. Messagerie instantanée, partage d'idées, stockage distribué ou partage de documents et de fichiers de toute sorte, le P2P intègre de nombreuses applications touchant un grand nombre de domaines et d'usages.

Mais cette technologie, qui se développe depuis quatre ans de façon fulgurante, a été rapidement adoptée pour procéder au partage illégal de fichiers volumineux (exemples : fichiers musicaux – MP3, vidéos compressées en DivX, photos,

logiciels...). Il existe aujourd'hui de nombreux logiciels de P2P, essentiellement utilisés pour l'échange de fichiers musicaux : Gnutella, Kazaa, Morpheus, Soulseek, Bittorrent, Emule, Edonkey... Plus de quatre millions d'individus dans le monde troquent ainsi, à toute heure de la journée, quantité de morceaux de musique en réseaux P2P et de plus en plus de films, qui sont pour la grande majorité des œuvres protégées par le droit d'auteur et les droits voisins.

L'industrie musicale crie au piratage et dénonce, sans doute à juste titre, les risques que cette musique gratuite fait peser sur son chiffre d'affaires et sur le respect des droits d'auteur. Ceci est d'autant plus vrai que la technologie numérique permet d'effectuer des copies d'œuvres sans aucune dégradation de qualité. L'échange de fichiers musicaux sur internet soulève donc de nombreux problèmes : contrefaçon et piraterie se développent et les réseaux P2P facilitent l'échange massif et illégal des œuvres reproduites dans un relatif anonymat. Face à cette situation, l'industrie musicale a réagi en faisant appel tantôt à la justice, tantôt au législateur.

La réponse judiciaire dans la lutte contre l'échange de fichiers contrefaisants

Dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon, l'industrie culturelle a souhaité saisir la justice de différentes actions. D'abord mené à l'encontre des logiciels d'échange de fichiers ou des intermédiaires techniques, l'ensemble des actions vise, depuis l'été 2003, les internautes qui s'échangent ou commercialisent ces fichiers.

Par une décision du 25 avril 2003, la *United States District Court – Central district of California* a rendu une décision rejetant les plaintes déposées par plusieurs majors du disque et de l'industrie cinématographique (Metro Goldwyn Mayer notamment) à l'encontre de la société australienne Streamcast Networks pour son logiciel Morpheus et de Grokster. S'éloignant des jurisprudences Napster, la décision américaine reprend une partie de l'argumentaire développé dans un arrêt du 17 janvier 1984 de la Cour suprême des États-Unis qui avait décidé que les infractions aux droits d'auteur commises par les utilisateurs d'enregistreurs vidéos ne pouvaient être imputées aux fabricants. Cette solution a trouvé un écho dans une décision de la Cour suprême néerlandaise du 19 décembre 2003. En l'espèce, la juridiction suprême a confirmé une décision de la cour d'appel d'Amsterdam opposant le créateur du logiciel KaZaa à Burna Stemra, organisme de gestion des droits d'auteur. Les juges considèrent que KaZaa ne saurait être tenu pour responsable des abus d'utilisation de son programme.

Parallèlement, l'industrie musicale s'est également retournée à l'encontre de certains intermédiaires, en particulier les cybercafés. En l'espèce et mettant un terme à une procédure de plus de dix-huit mois, la *High Court of Justice* a condamné le 28 janvier 2003, à la demande des représentants des majors de l'édition musicale, la chaîne de cybercafés EasyInternet Café pour avoir permis à ses clients de télécharger librement grâce aux systèmes *peer-to-peer* des œuvres protégées et de les graver sur des cédéroms.

À défaut de parvenir à obtenir la condamnation des créateurs de logiciels, l'industrie musicale a souhaité saisir directement la justice à l'encontre des principaux utilisateurs, que ces derniers en fassent une réexploitation commerciale ou non.

Ainsi, en France, le tribunal correctionnel de Paris a prononcé, le 26 mars 2003, une peine de 200 heures de travaux d'intérêt général à réaliser dans un délai de dix-huit mois et de 21 600 euros de dommages-intérêts au bénéfice de la Société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP) à l'encontre d'un internaute qui offrait gratuitement en téléchargement plusieurs fichiers musicaux sans avoir obtenu l'autorisation des ayants droit. En outre, plusieurs sanctions ont été prononcées à l'encontre d'internautes qui commercialisaient des fichiers téléchargés sur les réseaux P2P. Ainsi, en septembre 2003, un particulier qui proposait l'échange de compilations de CD audio gravées dans un *newsgroup* sur l'internet a été condamné par le tribunal correctionnel de Lille à trois mois de prison avec sursis et à verser des dommages et intérêts à la Société civile des producteurs phonographiques d'un montant de 3 000 euros. De même, l'éditeur d'un site FTP, qui proposait à la vente et à l'échange des milliers de fichiers musicaux pouvant être téléchargés grâce à un système de micropaiement téléphonique, a été condamné à cinq mois de prison avec sursis et à 13 500 euros de dommages et intérêts. Le 20 novembre 2003, la cour d'appel de Toulouse a confirmé la condamnation à trois mois de prison avec sursis et 12 200 euros de dommages et intérêts prononcée à l'encontre d'un internaute qui proposait en téléchargement sans autorisation des albums musicaux d'artistes français et étrangers. Celui-ci utilisait en particulier un logiciel appelé « *Bobdown* » facilitant le téléchargement d'albums complets sur internet. En décembre 2003, la gendarmerie a, en outre, interpellé trois personnes qui géraient un site de téléchargements illégaux de films utilisant le protocole « *Bitorrent* ».

En Espagne, le cabinet d'avocats Landwell a publié, le 17 juillet 2003, un communiqué indiquant qu'il allait entamer des poursuites judiciaires à l'encontre de 4 000 utilisateurs ibériques de la plate-forme d'échange de fichiers Kazaa. Premiers des 95 000 internautes dont l'adresse IP a été relevée, ces derniers sont suspectés d'avoir échangé des films, des fichiers musicaux et des logiciels protégés par le droit d'auteur.

Aux États-Unis, parallèlement aux actions en justice menées à l'encontre des réseaux P2P, les majors du disque ont décidé, au cours de l'année 2003, de poursuivre en justice les importants utilisateurs des réseaux P2P. L'industrie musicale américaine a saisi la justice afin d'obtenir d'un des principaux fournisseurs d'accès américain, Verizon, les coordonnées de deux utilisateurs accusés d'avoir mis à la disposition du public et téléchargé un nombre important de fichiers musicaux contrefaisants. S'appuyant sur les dispositions du *Digital Millenium Copyright Act* (1998), la RIAA demandait la communication des noms et prénoms des deux internautes afin d'agir en justice à leur encontre. Verizon refusait cela, estimant qu'une telle pratique portait atteinte au droit constitutionnel à la vie privée de l'internaute. Dans une décision du 24 avril 2003, la cour du district de Columbia a rejeté l'argument du prestataire technique et lui a ordonné de communiquer, sous quatorze jours, les informations demandées. Le 19 décembre 2003, la cour d'appel du district de Columbia a invalidé cette position et estimé que le DMCA ne pouvait être invoqué pour obliger les fournisseurs d'accès à communiquer les coordonnées des internautes accusés de piratage. Seule une ordonnance d'un juge peut permettre une telle communication.

Néanmoins, l'industrie musicale américaine lança, au début du mois de juillet 2003, une série d'actions en justice tendant à obtenir la communication des coordonnées

des gros utilisateurs des réseaux P2P. Ces demandes adressées aux principaux fournisseurs d'accès et universités tendaient à obtenir l'identité et les coordonnées postales des utilisateurs de réseaux d'échange afin d'engager à leur rencontre des actions destinées à obtenir des condamnations variant de 750 à 150 000 dollars par morceau mis en ligne. Lors des premières semaines, l'industrie musicale obtenait jusqu'à environ 300 injonctions par jour de la part des juridictions américaines visant toutes les couches de la population, de la jeune fille de 12 ans à qui la RIAA réclamait à 2 000 dollars à un sculpteur de 66 ans n'ayant téléchargé aucun fichier musical.

Quant aux millions d'utilisateurs non encore touchés par la mesure, la RIAA leur permet de bénéficier d'une immunité au travers de la signature d'un affidavit consacrant quatre conditions : l'élimination de tous les fichiers musicaux téléchargés illégalement, l'engagement de ne plus fréquenter les systèmes P2P, l'inexistence de procédure engagée à leur rencontre et le fait que les téléchargements n'avaient pas une vocation commerciale.

Pour autant, cette décision a fait l'objet de plusieurs réactions. Ainsi, le 8 août 2003, un juge de la cour du district du Massachusetts a invalidé deux injonctions obtenues par la RIAA à l'encontre du MIT ou du Boston College devant les juridictions du district de Columbia. Le juge précisait, en effet, que les demandes d'injonctions devaient être déposées devant les tribunaux dont dépendent les personnes morales attaquées (fournisseurs d'accès ou universités). D'autre part, certains internautes visés par les plaintes ont décidé de saisir la justice afin d'obtenir de leur fournisseur d'accès qu'il ne transmette pas leurs coordonnées à la RIAA. Parallèlement, d'autres condamnations sont prononcées par les juridictions américaines. Ainsi, un New-Yorkais a été condamné, le 9 octobre 2003, à six mois de prison pour avoir commercialisé des centaines de CD dont les morceaux avaient été enregistrés sur l'internet. En réaction à ces procédures, les universités américaines décidèrent de menacer de sanction les étudiants qui continueraient de télécharger illégalement des fichiers sur ces réseaux.

En Australie, trois étudiants ont été condamnés, le 18 novembre 2003, à des peines de prison avec sursis et à des heures de travail d'intérêt général pour avoir distribué sur l'internet pour 60 millions de dollars d'enregistrement sur leur site internet. Enfin, au Japon, les autorités judiciaires ont arrêté, au début du mois de décembre 2003, deux utilisateurs soupçonnés d'avoir échangé des fichiers musicaux *via* des réseaux P2P. Ces arrestations renforcent les mesures menées à l'encontre des utilisateurs asiatiques. En effet, à la fin de l'année 2003, plusieurs plaintes ont été déposées en Corée du Sud et à Taïwan à l'encontre d'internautes s'échangeant des fichiers musicaux.

Enfin, au Canada où l'industrie musicale envisage également d'engager des actions judiciaires, la Commission du droit d'auteur (CDA) a apporté une interprétation de la notion de « copie privée » favorable aux utilisateurs de ces réseaux. Dans une décision du 12 décembre 2003, elle a estimé que la loi canadienne sur le droit d'auteur « *n'exige pas* [en matière de copie privée] *que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la pièce copiée est une piste appartenant au copiste, au CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'internet* ». Ce téléchargement sera considéré comme bénéficiant de l'exception de

copie privée dès lors qu'il est réservé à l'usage privé du copiste et fixé sur un support audio, peu importe qu'une redevance soit perçue ou non sur celui-ci (cas de la fixation sur un disque dur par exemple).

La réponse politique dans la lutte contre l'échange de fichiers contrefaisants

En France

Inquiets du développement de « paradis » de propriété littéraire et artistique, plusieurs acteurs ont souhaité un renforcement des moyens légaux mis en œuvre afin de lutter contre le développement du piratage en ligne. Les pouvoirs publics ont inscrit cette volonté de lutte contre la contrefaçon dans les actions prioritaires pour 2003. Ainsi, le 6 juin 2003, le ministre de la Culture et la ministre déléguée à l'Industrie ont annoncé l'élaboration d'un projet de loi sur la contrefaçon. D'ici là, plusieurs textes souhaitent renforcer les outils existants en la matière.

Tout d'abord, les sénateurs ont adopté, le 1^{er} avril 2003, en première lecture, le projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Ce texte, qui modifie profondément les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ouvre la possibilité à certaines personnes morales de procéder à des traitements de données à caractère personnel relatives à des infractions, condamnations ou mesures de sûreté. Une telle disposition, qui existe dans plusieurs pays européens (Autriche, Danemark, Italie, Portugal et Pays-Bas), permettrait ainsi aux sociétés de gestion collective des droits d'auteur de mettre en place des outils collectant les adresses IP des utilisateurs des réseaux d'échanges *peer-to-peer*, en vue de l'engagement de poursuites judiciaires.

Ensuite, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, adopté en première lecture par le Sénat, un article qui vise à permettre aux juges des référés de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne (site internet, forum de discussion, réseau d'échange de fichiers, etc.). En particulier, la solution législative retenue prévoit la possibilité pour le juge des référés d'imposer aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs des mesures allant de la suppression du contenu jugé manifestement illicite au filtrage de l'accès à ces contenus. À l'aide de ce texte, le juge pourra notamment ordonner aux intermédiaires techniques de « *cesser de permettre l'accès* » à des contenus portant atteinte au droit d'auteur, comme par exemple imposer aux fournisseurs d'accès de filtrer les réseaux *peer-to-peer*.

Le Forum des droits sur l'internet a, dans son avis en date du 6 février 2003, invité les parlementaires à supprimer cette disposition. Le Forum ne souhaitait pas que cet article, du fait de son affichage, entraîne une surenchère en matière de demande de filtrage des contenus tant au niveau du fournisseur d'hébergement que du fournisseur d'accès. En effet, les techniques actuelles de filtrage ne présentent pas suffisamment de finesse

pour rendre ces dispositifs véritablement performants et sans risque par rapport aux contenus tout à fait légaux qui doivent continuer à pouvoir circuler sur le réseau.

En outre, le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, le 23 novembre 2003, prévoit de renforcer les peines existantes en matière de contrefaçon. Le texte souhaite en effet porter les peines, en cas de contrefaçon conformément aux articles 335-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, à trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende, voire cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende, lorsque ces faits sont commis en bande organisée.

Enfin, le ministre de la Culture et de la Communication a présenté, le 12 novembre 2003, en Conseil des ministres, un projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Ce texte, qui devrait être débattu à compter du printemps 2004, souhaite favoriser une diffusion plus large de la culture tout en préservant les droits des créateurs. Le titre premier du projet de loi est consacré exclusivement à la transposition de la directive du 22 mai 2001. Tout d'abord, deux nouvelles exceptions aux droits patrimoniaux des auteurs et des titulaires de droits voisins sont introduites. Ainsi, et conformément à l'article 5-1 de la directive, il est institué une exception aux droits de reproduction pour certains actes techniques de reproduction provisoire, qui ne sont donc pas soumis à autorisation des titulaires de droits ; il s'agit notamment de certaines catégories de « caches » des serveurs des fournisseurs d'accès et de certaines copies techniques effectuées par les utilisateurs d'ordinateurs en vue d'un accès plus rapide aux sites internet. La seconde nouvelle exception au droit d'auteur et aux droits voisins est par ailleurs introduite en droit français pour permettre un accès élargi aux œuvres par les personnes affectées d'un handicap consistant en une déficience importante psychique, auditive, visuelle ou motrice. Des formats adaptés pourront être réalisés et mis à la disposition des handicapés grâce au travail réalisé par des organismes divers, associations ou bibliothèques publiques, dans l'exercice de leurs activités non commerciales pour l'usage personnel des handicapés. Ces organismes s'assureront que les mises à disposition de ces formats adaptés sont liées au handicap de la personne qui en sollicite le bénéfice. « *La liste des organismes qui sera établie par le ministre chargé de la culture permettra de garantir une maîtrise de la portée de l'exception, le caractère désintéressé des activités ainsi que la qualité de l'offre et du service rendu aux handicapés* », précise l'exposé des motifs.

Ces articles transposent également en droit français le « test en trois étapes », principe du droit de la propriété littéraire et artistique européen et international énoncé à l'article 5-5 de la directive, et prévu au sein des traités de l'OMPI relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins et à l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Selon ce principe, les exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins doivent constituer des « *cas spéciaux* » et ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits.

Le chapitre III du projet de loi transpose les articles 6 et 7 de la directive qui visent à lutter contre la contrefaçon. Les articles 6 et 7 du projet de loi définissent les mesures

techniques de protection. Il s'agit des technologies, dispositifs, composants ou services efficaces qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement, ont pour fonction de prévenir ou limiter les utilisations non autorisées des œuvres protégées. Les titulaires de droits devront néanmoins prendre les mesures nécessaires pour que ces mesures techniques n'empêchent pas les utilisateurs de bénéficier de l'exception de copie privée ni de celle, introduite par la présente loi, au bénéfice des handicapés. Ils n'y sont en revanche pas tenus dans le cadre des services interactifs à la demande, notamment sur l'internet et auront, par ailleurs, la faculté de limiter le nombre de copies. Le montant de la rémunération pour copie privée tiendra compte de cette limitation.

En cas de conflit, l'article 9 institue un collège de médiateurs chargé du règlement des différends entre les titulaires de droits et les utilisateurs au cas où ceux-ci estimeraient qu'une mesure technique de protection les empêche de bénéficier de l'exception de copie privée ou de celle en faveur des handicapés. La mission des médiateurs sera double : un rôle de conciliation entre les parties intéressées et, en cas d'échec, une fonction décisionnelle permettant au collège d'émettre une injonction prescrivant les mesures appropriées pour permettre le bénéfice effectif des exceptions ; l'objectif étant de trouver une issue rapide du différend. Les décisions ainsi rendues seront rendues publiques et susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris.

Enfin, les articles 11 à 15 assimilent au délit de contrefaçon le fait de contourner ces mesures techniques ou de mettre à disposition des moyens permettant ce contournement.

Les mesures de protections techniques ont été critiquées. En effet, déjà en vigueur sur certains produits commercialisés, des systèmes de protection sont susceptibles de créer des problèmes de lecture sur des autoradios ou autres lecteurs traditionnels. Ces limites ont notamment incité deux associations de consommateurs (Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie et UFC Que Choisir) à saisir la justice pour tromperie. Le tribunal de grande instance de Nanterre leur a ainsi donné raison, le 24 juin 2003, en jugeant que « *la tromperie commise [par le producteur] justifie de lui imposer d'informer le consommateur de la possible inaptitude à l'emploi de certains CD* » et, dans une ordonnance du 2 septembre 2003, que « *le CD litigieux n'est pas audible sur tous ses supports, cette anomalie restreint son utilisation et constitue un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil* ».

En Europe

Plusieurs États ont d'ores et déjà réalisé ce travail de transposition de la directive du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information. Ainsi, le Parlement britannique a adopté, le 3 octobre 2003, le *Copyright and Related Rights Regulations*. Entré en vigueur le 31 octobre 2003, ce texte crée une nouvelle infraction visant spécifiquement les réseaux P2P. En effet, « *une personne qui enfreint le copyright sur une œuvre en la communiquant au public : (a) dans le cadre d'une activité commerciale, ou (b) dans le cadre d'une activité non commerciale, mais dans une mesure telle qu'elle puisse nuire aux intérêts du détenteur du copyright, commet un délit si elle sait ou a des raisons de croire, qu'en agissant ainsi, elle porte atteinte au copyright sur cette œuvre* ». Le texte prévoit également la possibilité de mettre en

œuvre des mesures de protection technique et condamne toutes les opérations de contournement.

L'Allemagne a, quant à elle, adopté le 12 septembre 2003 sa loi de transposition. En pratique, le texte sanctionne tout contournement des mesures de protection technique, sauf pour réaliser une copie privée de l'œuvre. La loi allemande interdit également la réalisation de copies, mêmes privées, réalisées à partir d'un support manifestement illégal. Enfin, le texte impose aux producteurs d'informer le consommateur des limitations impliquées par les mesures de protection technique.

Par ailleurs, souhaitant renforcer la lutte contre la piraterie au travers de l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, la Commission européenne a présenté, le 30 janvier 2003, une proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Cette proposition de directive tend à couvrir les infractions de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle et se concentre sur les infractions commises à des fins commerciales ou occasionnant des dommages considérables aux titulaires des droits. Les mesures que les États membres sont invités à prendre sont, notamment, des injonctions pour mettre un terme à la vente de marchandises contrefaites ou piratées ou des mesures provisoires, comme la saisie conservatoire des comptes bancaires des contrevenants supposés. Selon ce texte, les États membres devront également veiller à ce que toutes les atteintes graves aux droits de propriété intellectuelle (à la fois intentionnelles ou à des fins commerciales), ainsi que la tentative d'une telle atteinte, la complicité ou l'incitation à une telle atteinte, soient qualifiées d'infraction pénale pouvant faire l'objet de sanctions pénales, y compris l'emprisonnement. Transmise au Parlement européen, la proposition devrait être examinée au printemps 2004.

Le besoin d'établir un équilibre entre protection patrimoniale des œuvres et accès au savoir

Il apparaît que l'ensemble de ces mesures, répressives au nom de la lutte contre la contrefaçon, ou techniques, de protection de l'usage de l'œuvre, ne peuvent, à elles seules, traiter des problèmes structurels auxquels fait face aujourd'hui l'industrie du disque. Celle-ci doit en effet s'adapter à un changement d'usage en matière de consommation musicale, changement contre lequel la sanction pénale est nécessaire mais pas toujours suffisante.

Dans le cadre d'une étude¹ menée pendant près de cinq mois auprès des internautes, le Forum des droits sur l'internet a souhaité mieux cerner l'usage qu'avaient les internautes des réseaux d'échange de fichiers. Outre le fait que cette technologie permet d'améliorer le travail collaboratif, de développer des puissances de calcul, de partager les connaissances ou de créer des réseaux de proximité ou de secours, les utilisateurs de ces réseaux revendiquent un droit à la diversité et une volonté de non-alignement culturel.

¹ Le texte intégral de celle-ci est disponible dans la partie « Dossier ».

Les internautes contestent le coût élevé d'acquisition des œuvres musicales et cinématographiques dans les circuits actuels de vente, que ce soit dans les magasins spécialisés ou au travers de plates-formes de téléchargement payant de musiques ou de films. Par ailleurs, et confortant certaines études, les internautes continuent, dans leur grande majorité, à acquérir ces œuvres dans les circuits de vente traditionnels. Certains estiment que le téléchargement joue, pour eux, le rôle de préparateur de l'acte de consommation. D'autre part, les œuvres fournies dans des formats traditionnels (CD, DVD...) conservent de leur intérêt compte tenu de la qualité, quelques fois mauvaise, des fichiers proposés en téléchargement.

Les utilisateurs se déclarent donc plutôt favorables, non à une interdiction des réseaux d'échange, mais à la mise en place de dispositifs innovants permettant d'assurer une rémunération des droits d'auteurs et des droits voisins au travers, par exemple, de solutions de micropaiement ou par la mise en œuvre d'une redevance. Ils invitent l'industrie du disque à évoluer notamment en diminuant le prix de vente de leurs produits, y compris sur leurs plates-formes de vente en ligne. Enfin, ils attendent des maisons de disque qu'elles développent des produits interactifs à forte valeur ajoutée pouvant susciter un plus vif intérêt.

À l'occasion d'une rencontre ², organisée le 10 septembre 2003 à la FNAC Digitale, le Forum des droits sur l'internet a réuni autour du ministre de la Culture et de la Communication, des représentants des fournisseurs d'accès, des utilisateurs, des artistes et de l'industrie musicale.

Enfin, au niveau plus général, des voix se font entendre, venues notamment des pays du Sud, critiquant les dommages collatéraux que pourrait causer le renforcement de la protection des œuvres sur l'accès à la connaissance et aux techniques de façon la plus ouverte. Un équilibre doit donc être trouvé entre le besoin de protection patrimoniale de l'œuvre et l'accès au savoir. À ce jour, cet équilibre est discuté uniquement pays par pays, ou zone régionale par zone régionale. Le Sommet mondial sur la société de l'information, qui s'est tenu du 10 au 12 décembre 2003, a permis d'aborder la problématique mais sans que des discussions approfondies sur le sujet soient réellement menées.

La lutte contre le *spamming* et l'encadrement de la prospection commerciale par courrier électronique

Présentés comme un véritable fléau sur la toile mondiale, les courriers électroniques non sollicités sont en constante augmentation. Ainsi, treize milliards de pourriels circuleraient chaque jour sur la toile mondiale, dont 90 % seraient envoyés par 140 personnes. Aux États-Unis, leur pourcentage est passé de 8 % en 2000 à près de

² La vidéo de la rencontre est disponible sur : <http://www.foruminternet.org/rencontres>.

40 % en 2002, causant une perte de productivité de plus de dix milliards de dollars aux entreprises américaines. Selon une étude menée par une agence de l'Organisation des Nations unies, le spam aurait pour principales origines les États-Unis (58,4 %), la Chine (5,6 %), le Royaume-Uni (5,2 %), le Brésil (4,9 %) et le Canada (4,1 %).

Une prise de conscience politique au niveau national et international

Afin de lutter contre ce phénomène, de nombreux États ont choisi d'adopter des législations destinées sinon à lutter, du moins à diminuer le nombre de courriers électroniques non sollicités. En France, transposant la directive du 12 juillet 2002, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, en cours de débat devant le Parlement prévoit qu'est « *interdite la prospection directe, notamment la publicité, au moyen de courriers électroniques utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique ou morale non inscrite au registre du commerce et des sociétés qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir de tels courriers électroniques* ».

Par dérogation à ce principe, le projet souhaitait autoriser « *si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé* ». En première lecture, les sénateurs avaient supprimé une disposition prévoyant que cette exception ne visait que les courriers électroniques adressés pour faire la promotion de « *services analogues* ».

Le texte souhaite également interdire « *d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages [...] sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent* » et « *de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé* ».

Enfin, aux termes du projet de loi, ce nouveau dispositif entrerait en vigueur six mois après la publication de la loi. Néanmoins, les informations d'ores et déjà collectées ne pourraient, durant cette période, n'être utilisées qu'une seule fois « *afin d'offrir à ces derniers la faculté d'exprimer leur consentement à de futures opérations de prospection directe* ».

En Belgique, l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, complété par un arrêté royal du 4 avril 2003, dispose que « *l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages* ». Ce principe connaît quelques exceptions. Tout d'abord,

le texte ouvre la possibilité aux prestataires commerciaux d'adresser à leurs clients, personnes physiques ou morales, des publicités par le biais du courrier électronique sous réserve de respecter certaines conditions. Pour cela, l'expéditeur devra avoir obtenu directement de la personne ses coordonnées dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, et les utiliser uniquement à des fins de publicité en faveur de produits ou services analogues que lui-même fournit. Il devra également fournir à ses clients la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à l'envoi de tels courriers et ceci dès la collecte des adresses de courriers électroniques. Par ailleurs, l'arrêté royal autorise le démarchage des entreprises dès lors que celui-ci est pratiqué sur des adresses de courriers électroniques impersonnelles ou fonctionnelles et vise les personnes morales. En tout état de cause, l'expéditeur devra offrir, à la fois aux particuliers et aux personnes morales, une faculté de renonciation à recevoir de tels courriers électroniques et tenir un registre de l'ensemble des personnes ayant notifié leur désir de ne plus être destinataires de tels messages. En cas de non-respect de l'ensemble de ces principes, l'expéditeur s'exposera à une amende d'un montant variant de 250 à 25 000 euros.

L'Espagne a, quant à elle, fait évoluer en 2003 sa législation encadrant la prospection commerciale. La loi générale sur les télécommunications du 3 novembre 2003 a modifié la loi sur la société de l'information du 3 juillet 2002 en permettant aux entreprises d'adresser de la publicité à leurs clients, sans avoir obtenu leur consentement, dès lors qu'ils sont destinés à faire la promotion de « *services analogues* ». Auparavant, la loi imposait d'obtenir le consentement préalable des internautes pour l'envoi de tout courrier électronique de nature commerciale.

En Italie, le commissaire à la vie privée (*Garante per la protezione dei dati personali*) a publié, en juin 2003, des lignes de bonnes conduites en matière de prospection commerciale par voie électronique. Il rappelle que l'envoi de courriers électroniques sans avoir obtenu, au préalable, le consentement du destinataire est interdit. À défaut, les entreprises s'exposent à une peine d'amende de 90 000 euros, voire entre six mois et trois ans de prison, s'il est prouvé que ces pratiques leur ont permis d'en tirer un profit. Mettant en œuvre ce dispositif, l'autorité a dénoncé aux autorités judiciaires, au mois d'octobre 2003, une entreprise qui avait continué à envoyer des courriers électroniques publicitaires malgré une interdiction et une demande de communiquer l'origine des adresses utilisées. L'entreprise risque une amende totale de 15 000 euros.

Au Royaume-Uni, une loi (*Privacy and Electronic Communications Regulations 2003*), entrée en vigueur le 11 décembre 2003, permet au commissaire à la vie privée de sanctionner l'envoi de courriers électroniques publicitaires sans avoir obtenu au préalable l'accord du destinataire. Visant exclusivement les courriers adressés à des adresses électroniques personnelles, le texte prévoit une exception au bénéfice de la promotion en faveur « *de biens ou services analogues* ». Cette notion est interprétée comme visant à « *prévenir qu'un individu ne reçoive de la publicité à propos de biens ou de services pour lesquels il n'a pas raisonnablement souhaité en recevoir* ». Ainsi, prenant l'exemple d'un achat dans un supermarché en ligne, l'autorité de protection à la vie privée précise que les internautes ont accepté « *de recevoir des courriels faisant la promotion des différents produits disponibles dans le supermarché* ». Concernant les fichiers déjà constitués, le commissaire à la vie privée a précisé qu'ils pouvaient

encore être utilisés sous réserve de prévoir dans chaque message envoyé un moyen pour l'internaute de se désabonner. Les contrevenants s'exposent en effet à une amende de 5 000 livres, un montant supérieur pouvant être ordonné par un jury. De même, à défaut d'informer les internautes de l'existence de cookies, les créateurs de site s'exposent à des peines d'amende.

L'adoption de législations spécifiques n'est pas une tendance uniquement européenne. Ainsi, aux États-Unis, plusieurs États ont adopté des textes tendant à imposer certaines règles aux entreprises de marketing direct, notamment au travers de la labellisation de l'objet de chacun des messages. Tel est le cas par exemple du Michigan où une telle loi a été actée le 11 juillet 2003 et de la Californie qui a voté son texte le 25 septembre 2003. En outre, au niveau fédéral, le Congrès des États-Unis a adopté le *Can Spam Act*. Entré en vigueur le 17 décembre 2003, le texte impose le principe de l'opt-out consistant dans la possibilité pour le destinataire de courriers électroniques non sollicités de se désinscrire à tout moment. L'expéditeur devra, en outre, donner à son message un objet clair et explicite. À défaut, les contrevenants s'exposent à des sanctions pénales pouvant être portées, sous certaines conditions, à cinq ans d'emprisonnement.

En Australie, le *Spam Bill 2003* a été signé le 12 décembre 2003 et entrera en vigueur le 10 avril 2004. Selon ce texte, l'envoi de courriers électroniques non sollicités est interdit sauf à prévoir la possibilité pour le destinataire de se désabonner facilement. À défaut, les expéditeurs s'exposent à des sanctions pécuniaires de la part des juridictions australiennes et de l'*Australian Communications Authority (ACA)*.

Au Brésil, une proposition de loi a été déposée le 28 août 2003 par le sénateur Hélio Costa tendant à encadrer ces pratiques. Selon ce texte, les entreprises auront la possibilité d'adresser un seul message publicitaire sous réserve d'indiquer un objet précis et une adresse d'expédition valide. Suite à ce premier envoi, les entreprises ne pourront plus adresser de courriers promotionnels, sauf à avoir obtenu préalablement le consentement exprès du destinataire. Enfin, le texte souhaite également permettre aux internautes d'obtenir, sous 24 heures, de leur fournisseur d'accès le blocage de la réception de courriers électroniques non sollicités.

Néanmoins, ce patchwork législatif n'est pas suffisant dans la lutte contre le phénomène du *spamming*. Encadrant au niveau national les pratiques commerciales, ces législations doivent être complétées par un dispositif au niveau international. Dans cette optique, Erkki Liikanen, Commissaire européen chargé de la société de l'information a indiqué, le 15 juillet 2003, que l'Union européenne accueillerait un atelier de l'OCDE sur le spam, au début de 2004, auquel participeront des experts des différentes régions du monde. L'Union européenne a également demandé que la question de la coopération internationale dans la lutte contre le spam soit incluse dans le plan d'action adopté lors du Sommet mondial sur la société de l'information, qui s'est tenu à Genève du 10 au 12 décembre 2003.

Une importante volonté de répression du *spamming*

Parallèlement à la construction de ce dispositif législatif, plusieurs actions judiciaires ont été menées destinées à encadrer l'envoi de courriers électroniques non sollicités.

En France, par un jugement correctionnel en date du 7 novembre 2003, le tribunal de grande instance du Mans a condamné à dix mois de prison avec sursis un internaute accusé d'avoir « mail-bombé » les adresses de courrier électronique des salariés de son ancienne entreprise et d'avoir également envoyé de nombreux courriels à l'en-tête de cette société à destination de ses partenaires commerciaux ou d'organes de presse.

Après avoir été licencié pour faute grave d'un important groupe médical spécialisé dans les produits orthopédiques, un internaute décida de se venger en envoyant plusieurs milliers de messages électroniques aux salariés du groupe, bloquant ainsi les serveurs de messageries de l'entreprise, mais également des messages aux contenus diffamatoires au nom de salariés de la société à destination de partenaires commerciaux ou d'organes de presse. À la suite du dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) procéda à une enquête qui a permis d'identifier l'auteur des messages au travers, notamment, de la communication de ses coordonnées par son fournisseur d'accès.

Sur le fondement de l'article 323-2 du Code pénal qui punit « *le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données* », les juges correctionnels ont condamné cet internaute. Ils relèvent en effet que « *l'usage de fausses adresses électroniques d'expéditeur dont certaines ont été usurpées à leur détenteur, ainsi que l'envoi de tels messages sur les services de messageries électroniques de l'entreprise constituent de façon incontestable un moyen frauduleux d'accès dans un système de traitement automatisé gérant les services de messageries électroniques du groupe* ». Ils allouent, en outre, des dommages et intérêts à la société. En effet, « *s'agissant du préjudice subi de ce chef* », relèvent les juges, « *il convient effectivement de retenir que cette situation s'est pérennisée durant de longs mois, avec des périodes de crises [...], qu'elle a nécessité, non seulement un important investissement en moyens humains propres à ces entreprises, mais aussi un recours auprès d'ingénieurs informatiques externes chargés de la remise en état de fonctionnement de la messagerie électronique du groupe* ». Enfin, concluent les magistrats, « *il convient aussi de relever que le blocage de cette messagerie a, de fait, altéré l'image de sérieux desdites entreprises qui ne pouvaient lors de ces crises ni recevoir, ni adresser des courriers électroniques* ». Pour l'ensemble de ces raisons, le tribunal a accordé à la société plus de 30 000 euros de dommages et intérêts. Cette décision vient confirmer la jurisprudence existante en la matière. En effet, le 24 mai 2002, le tribunal de grande instance de Paris avait condamné un internaute à quatre mois de prison avec sursis et 20 000 euros de dommages et intérêts à verser au fournisseur d'accès Noos à la suite d'un « mail-bombing » ayant rendu inopérant les serveurs de messageries durant une dizaine d'heures.

En Allemagne, le tribunal de première instance de Leipzig a retenu, le 27 février 2003, la responsabilité du propriétaire d'un sous-domaine suite à l'envoi de courriers électroniques non sollicités par l'intermédiaire d'adresses électroniques provenant de ce sous-domaine. Les juges ont considéré que l'administrateur avait la possibilité de bloquer l'utilisation de telles adresses et se devait de réagir face à cet envoi contraire à la loi allemande.

Aux Pays-Bas, dans le cadre de l'affaire Xs4all sur laquelle la Cour suprême néerlandaise devrait statuer le 13 février 2004, l'avocat général auprès de la Cour a considéré que le fournisseur d'accès a la possibilité de ne pas délivrer à ses abonnés des spams s'il estime qu'il a de légitimes raisons de le faire, comme par exemple la protection de ses abonnés ou de son infrastructure. La cour d'appel d'Amsterdam avait estimé auparavant que le fournisseur d'accès Xs4all n'était pas en mesure de filtrer les messages de ses abonnés et donc de supprimer les spams reçus.

Enfin, aux États-Unis, plusieurs plaintes ont été déposées par des particuliers, des entreprises ou des fournisseurs d'accès à l'encontre de spammeurs. Ainsi, le 24 octobre 2003, un spammeur accusé d'avoir envoyé plusieurs millions de messages a été condamné à une peine d'amende de deux millions de dollars et à une interdiction d'exercer pendant dix ans une activité faisant de la publicité sur l'internet.

Face à cet encadrement de plus en plus poussé et au développement de logiciels de filtrage, de nouvelles techniques sont utilisées par les spammeurs pour inonder les messageries des internautes. Tel est le cas du *spoofing*. Le *spoofing* consiste à faire apparaître comme expéditeur d'un message, l'adresse électronique d'un internaute ou d'une grande société américaine et ceci sans leur autorisation. Ce système est également utilisé par certains virus se propageant par le biais des messageries électroniques. Souhaitant lutter contre une telle utilisation frauduleuse, la société *Amazon* a déposé, les 25 et 26 août 2003, plusieurs plaintes devant les juridictions fédérales américaines à l'encontre de onze sociétés spécialisées dans le web-marketing. Le géant américain invoque principalement une atteinte au droit des marques, l'utilisation du terme *amazon.com*, figurant dans l'adresse de courrier électronique, ayant été faite sans l'autorisation de l'entreprise et risquant de créer une confusion dans l'esprit du public. Au travers de ces plaintes, *Amazon* espère dissuader les autres entreprises de marketing direct d'utiliser ses adresses de courrier électronique pour adresser des messages publicitaires. Elle souhaite obtenir, à titre symbolique, plusieurs millions de dommages et intérêts de la part des tribunaux américains.

La protection de l'enfance

Avec plus de 260 millions de pages pornographiques – soit une augmentation de 1 800 % en cinq ans et 60 % des mineurs qui utilisent l'internet aux États-Unis, la protection de l'enfance a encore été un sujet au cœur de l'actualité de l'année 2003.

En France, par un arrêt du 10 juin 2003, la cour d'appel d'Angers a statué sur l'application des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal à l'internet. Aux termes de cet article, le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

En l'espèce, un internaute avait signalé à la brigade de gendarmerie de son domicile le fait qu'il recevait par courrier électronique différents messages contenant ou

renvoyant vers des sites proposant des photographies à caractère morbide. Saisi, le tribunal correctionnel du Mans condamna, le 25 novembre 2002, l'expéditeur des messages à 3 000 euros d'amende sur le fondement de l'article 227-24. Les juges relevaient que *« l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction est bien constituée dès lors qu'il est établi que l'expéditeur ne pouvait méconnaître le caractère violent des images du site incriminé, qu'il en a assuré la diffusion en envoyant un message permettant de faire le lien avec le dit site, et qu'il ne s'est pas assuré de l'exactitude des coordonnées de ses destinataires, de sorte que son message était ainsi susceptible d'être lu par des mineurs »*. Interjetant appel, le prévenu relevait que le courrier électronique est assimilable à une correspondance privée, protégée à ce titre par le secret des correspondances, et par conséquent non accessible par des mineurs. Le ministère public, quant à lui, requérait la confirmation du jugement au motif que l'envoi du lien qui permet d'accéder à un site comportant des messages violents ou pornographiques participe à leur diffusion en permettant la circulation des photographies litigieuses.

La cour d'appel rejette cet argument et prononce la relaxe de l'expéditeur du message. En effet, elle relève que le courrier électronique est assimilable à une correspondance privée. *« Il est protégé par mot de passe personnel et confidentiel qui est composé par l'utilisateur au moment de sa connexion à internet ou à sa boîte aux lettres électronique. Son titulaire est le seul à y avoir accès et il est responsable de son utilisation. Ce n'est que par sa volonté ou sa négligence qu'un mineur peut la consulter »*. Dans ces conditions, les juges estiment que l'élément moral de l'infraction n'existe pas et prononcent donc la relaxe du prévenu. Le ministère public a décidé de se pourvoir en cassation contre cette décision.

En Europe, le Parlement roumain a adopté, le 20 mai 2003, un texte imposant aux créateurs de sites pornographiques, d'une part, de protéger leur contenu par un système de code d'accès et, d'autre part, d'en permettre la consultation qu'au travers d'un système kiosque facturé en fonction de la durée de connexion. L'ensemble des revenus perçus devra, par ailleurs, faire l'objet d'une déclaration auprès des autorités fiscales. Selon ces mêmes dispositions, les sites pornographiques devront faire l'objet, au préalable, d'une autorisation accordée par une commission administrative placée auprès du ministère de la Culture et des Cultes. En outre, ils ne pourront, en aucun cas, proposer des contenus pédophiles, zoophiles ou nécrophiles. À défaut, les fournisseurs d'accès pourront être tenus d'opérer, dans les 48 heures, le blocage du site incriminé.

Le 19 novembre 2003, le ministère italien des Communications a, quant à lui, entériné un Code volontaire d'autorégulation pour l'usage de l'internet par les mineurs destiné aux professionnels du commerce électronique. L'objet de ce texte, rédigé sur le modèle de celui qui existe déjà pour la télévision, est de procurer aux enfants mineurs une protection contre les dangers de l'accès par l'internet à des sites pédophiles, pornographiques ou violents. Le Code vise également à renforcer la collaboration entre les fournisseurs d'accès et les autorités dans la lutte contre les activités illégales sur le web.

En outre, et mettant fin à de longs débats, la Cour suprême des États-Unis a jugé, le 23 juin 2003, que le *Children Internet Protection Act* (CIPA) qui impose aux

bibliothèques publiques de mettre en œuvre un filtrage des sites pornographiques ne violait pas les principes de la liberté d'expression protégés par le premier amendement à la Constitution américaine, même si ces systèmes étaient susceptibles de bloquer certains sites n'ayant aucun de ces contenus. Cette décision vient invalider une décision du 31 mai 2002 d'une cour de district de l'État de Pennsylvanie qui avait déchargé les bibliothèques de cette obligation en censurant une loi qui soumettait l'octroi de leurs subventions à la mise en œuvre de procédés techniques visant à filtrer les sites présentant des images à caractère obscène, de la pornographie infantile et des contenus préjudiciables aux mineurs.

Enfin, le 15 décembre 2003, le Pérou a adopté une loi destinée à interdire l'accès des mineurs à des pages internet contenant des informations ou des photographies de nature pornographique. En particulier, la loi impose aux administrations de points d'accès à l'internet à installer des logiciels de filtrage empêchant les mineurs de pouvoir accéder à ces contenus.

Poursuivant la réflexion entreprise à la suite d'une rencontre organisée avec le ministre délégué à la Famille, au mois de décembre 2002, le Forum des droits sur l'internet a constitué un groupe de travail relatif à la protection de l'enfance sur l'internet. Ses premières recommandations, relatives à l'exposition des mineurs aux contenus préjudiciables sur l'internet, ont été remises au ministre délégué à la Famille, Christian Jacob, le 11 février 2004.

Le développement de l'administration électronique et la mise en œuvre du vote électronique

Principal levier de la réforme et de la modernisation de l'État, l'introduction des nouvelles technologies de l'information permet d'offrir aux citoyens des services variés et simples d'emploi et de moderniser le fonctionnement de l'administration en permettant aux administrations et à leurs agents d'échanger des informations entre eux et avec les usagers dans de meilleures conditions (automaticité, rapidité, qualité, sécurité, moindres coûts). Exploitée avec succès par les pays qui se sont engagés dans cette démarche, l'administration électronique a été au cœur de la politique gouvernementale française au cours de l'année 2003. Tout d'abord, le gouvernement a mis en place, par décret du 21 février 2003, l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE) en lui assignant deux objectifs principaux : rapprocher et rendre interopérables les systèmes d'information des différentes administrations et développer les plates-formes interministérielles afin d'éviter que l'offre électronique ne reproduise la complexité institutionnelle ; impulser et conduire des projets interministériels concrets.

D'autre part, dans une communication lors du Conseil des ministres du 27 août 2003, Henri Plagnol a fait état des nombreux projets comme l'ouverture d'un service

commun de changement d'adresse accessible sur l'internet, la mise en place d'un point d'accès unique sur l'internet pour les demandes de subvention des associations, la création de « mon.service-public.fr », permettant à l'utilisateur de présélectionner les informations qui l'intéressent sur le portail de l'administration française, de gérer en ligne ses dossiers administratifs et de dématérialiser les échanges d'informations le concernant. À cette fin, la loi du 2 juillet 2003 portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification, constitue l'un des outils nécessaires à cette action en permettant de procéder à de multiples modifications par voie d'ordonnance.

La dématérialisation au sein des collectivités territoriales

Poursuivant cette volonté politique et venant compléter l'acte II de la décentralisation, amorcé au mois de mars 2003, le ministre de l'Intérieur a déposé, le 1^{er} octobre 2003, sur le bureau du président du Sénat, le projet de loi relatif aux responsabilités locales. Fort de 126 articles, ce texte réforme profondément le droit des collectivités territoriales en modifiant notamment les compétences des services déconcentrés et décentralisés et en introduisant progressivement les nouvelles technologies dans le mode de fonctionnement de ces organismes.

En premier lieu, le gouvernement a souhaité prévoir la dématérialisation de la procédure de convocation du conseil municipal par le maire de la commune. Ainsi, une modification du Code général des collectivités territoriales est prévue permettant une convocation par écrit « sous quelque forme que ce soit ». Cette réforme vise les communes, les conseils généraux et les conseils régionaux. En pratique, l'envoi des ordres du jour et des documents d'information relatifs aux affaires mises en délibéré (notes explicatives de synthèse ou rapports préalables) pourra être effectué valablement quelle que soit la forme utilisée, sur support papier ou par transmission numérique. Le texte souhaite maintenir l'obligation de délivrer les documents au domicile des élus afin de leur assurer l'information nécessaire avant les séances.

Par ailleurs, le projet de loi souhaite opérer une dématérialisation du contrôle de légalité. Afin d'être exécutoires, les actes des collectivités territoriales sont soumis à une obligation de transmission auprès du service du contrôle de légalité du représentant de l'État dans le département (préfet). Voulant intégrer les nouvelles technologies dans ces procédures, le projet de loi prévoit d'habiliter le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires pour « *permettre l'utilisation des technologies de l'information et adapter en conséquence les modalités juridiques de ce contrôle* ». L'objectif est de permettre aux préfetures de mettre en œuvre une télétransmission des actes permettant une amélioration de l'organisation des services en offrant aux préfetures un instrument de gestion et de suivi.

Le paiement en ligne des amendes routières

Introduit par la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, l'article L. 130-9 du Code de la route prévoit que les constatations relatives à la vitesse des véhicules, aux distances de sécurité entre véhicules, au franchissement par les véhicules d'une signalisation imposant leur arrêt, au non-paiement des péages

ou à la présence de véhicules sur certaines voies et chaussées, peuvent être effectuées par des appareils de contrôle automatique. Pris en application, un arrêté du 27 octobre 2003 prévoit la possibilité d'instaurer un système de télépaiement par internet des amendes et consignations. Ainsi, a été créé le site « Amendes.gouv.fr », qui permet d'acquitter, par carte bancaire, les amendes qui sont issues d'un système contrôle sanction automatisé. Pour les autres amendes, le contrevenant devra payer par chèque ou par timbre amende comme indiqué sur l'avis de contravention ou sur le formulaire de requête en consignation. De même, le service permet, en cas de contestation de l'infraction, de consigner préalablement un montant de 135 euros.

Le Forum des droits sur l'internet a publié, le 3 février 2003, ses recommandations relatives au développement de l'administration électronique. Elles ont pour objet d'accompagner les travaux que mène le secrétariat d'État à la Réforme de l'État sur ce sujet en portant à sa réflexion un plan d'action pour le développement de l'administration sur l'internet. Elles proposent des solutions concrètes à destination des praticiens pour mettre en œuvre l'administration électronique dans une perspective de service au citoyen.

La généralisation du vote électronique

Véritable moyen d'expression central d'une démocratie, la physionomie et le déroulement du vote évoluent avec le développement des technologies de l'information. Si le vote électronique existe depuis de nombreuses années sous la forme de machine à voter, le développement d'internet ouvre un nouveau champ d'expression du suffrage en permettant le vote à distance. À cet égard, l'organisation en Arizona, en mars 2000, d'un vote par internet pour désigner le candidat démocrate pour les élections présidentielles a été, pour certains, le début d'une nouvelle forme d'expression démocratique. De nombreux pays, comme les États-Unis, la Belgique, l'Allemagne, le Royaume-Uni ou encore l'Estonie expérimentent ou même légalisent le vote électronique. Aux avantages attendus de gestion liés à la mise en place d'un vote électronique (dépouillement immédiat, baisse des coûts...) s'ajoutent des arguments de simplicité et de confort pour les électeurs. De façon générale, un renouveau de la vie citoyenne est attendu grâce à l'introduction des technologies de l'information et de la communication et les nouvelles formes de débats, d'expressions et de consultations directes qu'elles permettent.

Dans cette optique et afin d'encourager la participation des Français résidant à l'étranger au choix de leurs représentants, le Parlement a adopté, le 27 mars 2003, une proposition de loi autorisant l'instauration du vote électronique pour l'élection des membres du Conseil supérieur des Français de l'étranger (CSFE). Institué en 1948, le CSFE est une représentation spécifique des Français résidant en dehors du territoire national. Présidé par le ministre des Affaires étrangères, il est composé de 150 membres élus au suffrage universel direct par les communautés françaises à l'étranger, de douze sénateurs représentant les Français établis hors de France, de

vingt personnalités désignés par le ministre des Affaires étrangères en raison de leurs compétences et d'un représentant des Français établis dans la principauté d'Andorre, également désigné par le ministre des Affaires étrangères. Le CSFE est chargé, selon l'article premier de la loi du 7 juin 1982, de « *donner au gouvernement des avis sur les questions et projets intéressant les Français établis hors de France et le développement de la présence française à l'étranger* ». Il peut ainsi être consulté sur des projets de textes législatifs ou réglementaires ou adopter des avis de sa propre initiative. Les 150 membres élus du CSFE élisent enfin les douze sénateurs appelés à siéger dans la Chambre haute du Parlement.

Ce texte a permis d'expérimenter cette technique de vote lors du renouvellement partiel du CSFE, le 1^{er} juin 2003, dans les circonscriptions des États-Unis d'Amérique. Il s'agit d'une procédure complémentaire au système actuel permettant aux électeurs de voter, soit dans les consulats, soit par correspondance sous pli fermé. Même si, comme le rappellent les parlementaires, cette procédure « *ne garantit pas de façon absolue le caractère personnel et secret du vote* », la spécificité des élections concernées et la nécessité de faire participer ces citoyens ont justifié qu'il y soit recouru.

Souhaitant développer ce nouvel outil, la loi du 2 juillet 2003 portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit a permis au gouvernement d'instaurer un système de vote électronique dans le cadre des élections aux chambres de commerce et d'industrie, aux chambres des métiers et aux chambres d'agriculture. Ainsi, l'ordonnance n° 2003-1067 du 12 novembre 2003 relative à l'élection des membres des chambres de commerce et d'industrie, à la prorogation des mandats des délégués consulaires et modifiant le Code de commerce a modifié le dernier alinéa de l'article L. 713-11 du Code de commerce en prévoyant que « *le droit de vote aux élections des membres des chambres de commerce et d'industrie est exercé par correspondance ou par voie électronique. En cas d'utilisation par un même électeur au titre de la même qualité des deux modes de vote, seul le vote par voie électronique est considéré comme valide* ».

À l'étranger, le vote électronique a été expérimenté, par exemple en 2002, pour les élections organisées dans l'État de Genève. De nombreuses réformes ont été adoptées par plusieurs États. Ainsi, le gouvernement roumain a adopté, le 9 octobre 2003, une ordonnance permettant la mise en place d'un système de vote électronique à l'occasion d'une modification constitutionnelle. Cette dématérialisation ne s'adresse qu'aux éléments des forces armées roumaines stationnées en Irak, Afghanistan, Bosnie-Herzégovine ou au Kosovo. En pratique, le système mis en place repose sur l'envoi à chaque militaire d'une enveloppe scellée contenant un nom d'utilisateur et un mot de passe permettant, au travers d'une connexion à un site internet, de voter en faveur ou en défaveur de l'amendement à la Constitution proposé.

D'autres expérimentations sont prévues, en particulier en Europe, à l'occasion des élections européennes de 2004. Néanmoins, certaines contestations sont émises comme par exemple par le *Labour Party* irlandais, quant à la fiabilité de cette modalité de vote.

Le Forum des droits sur l'internet a remis au ministre de l'Intérieur, le 26 septembre 2003, sa recommandation relative au vote électronique. À partir d'une analyse critique des expérimentations de vote électronique en France et à l'étranger, cette recommandation propose un plan de déploiement du vote électronique en France et détermine les modalités pratiques devant permettre un vote sécurisé et fiable. Par ailleurs, le 14 octobre 2003, le Forum a organisé une rencontre³ sur le thème « Internet, nouvel outil de démocratie participative » qui a réuni parlementaires, sociologues et acteurs de la société civile.

Le commerce électronique

Avec plus de vingt millions d'internautes, dont plus de la moitié qui achètent sur l'internet, le commerce électronique a connu, en 2003, une augmentation de plus de 60 %. Parallèlement, les premiers litiges sont apparus, notamment en matière de clauses figurant dans les conditions générales de vente. À l'étranger, certains pays comme l'Allemagne ou les États-Unis connaissent actuellement des modes de commercialisation novateurs comme le courtage en ligne. Cette mise en relation entre acheteurs et vendeurs s'accompagne d'une construction progressive des règles jurisprudentielles applicables à ces nouveaux acteurs.

L'encadrement des contrats d'accès à l'internet

Attendue à l'origine pour la fin de l'année 1999, la Commission des clauses abusives (CCA) a rendu public, le 31 janvier 2003, sa recommandation relative aux contrats de fourniture d'accès à l'internet, pointant vingt-huit clauses figurant dans ces offres qu'elles soient aussi bien gratuites que payantes. Parmi ses recommandations, la Commission invite tout d'abord les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) à faire disparaître de leurs conditions générales les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *d'obliger le consommateur, sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter un code de conduite ou des règles de comportement développées par la communauté des utilisateurs du réseau internet sans qu'il ait accepté le contenu de ces règles* ». Par ailleurs, la Commission estime que la clause permettant au fournisseur d'accès de modifier unilatéralement les conditions générales du contrat et ceci sans accord préalable, ne peut être considérée comme abusive.

En outre, elle considère comme abusives les clauses permettant au fournisseur d'accès de modifier, sans accord préalable du client, le coût de l'abonnement conclu pour une durée déterminée ou de le résilier en cas de refus. De même, la Commission critique les clauses imposant aux internautes de se connecter à partir d'un numéro de téléphone identifié au préalable. La Commission estime que « *cette stipulation limite significativement les droits du non-professionnel, qui, dès lors qu'il donne son identifiant et son mot de passe, doit pouvoir utiliser, où qu'il se trouve et quelle que*

³ La rencontre est disponible en ligne à l'adresse : <http://www.foruminternet.org/rencontres>.

soit la ligne téléphonique qu'il emploie, le service d'accès à l'internet auquel il a souscrit ».

S'éloignant de ces principes, le gouvernement a présenté en Conseil des ministres, le 31 juillet 2003, le projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. Ce texte prévoit d'insérer un nouvel article L. 121-90 au Code de la consommation qui souhaite définir précisément les clauses minimales qui devront figurer dans les contrats conclus entre les fournisseurs de services de communications électroniques et les consommateurs, et en encadrant les conditions dans lesquelles ces contrats peuvent être modifiés. Dans le domaine de l'internet, ce texte a vocation à s'appliquer principalement aux fournisseurs d'accès. En pratique, le projet d'article L. 121-90 prévoit que tout contrat souscrit par un consommateur avec un tel opérateur devra comporter au moins six clauses portant : 1 - sur l'identité et l'adresse du fournisseur ; 2 - sur les services offerts, leur niveau de qualité et le délai nécessaire pour en assurer l'installation ; 3 - sur le détail des tarifs pratiqués et les moyens par lesquels d'autres informations les concernant peuvent être obtenues ; 4 - sur les compensations et les formules de remboursement applicables si le niveau de qualité des services prévu n'est pas atteint ; 5 - sur la durée du contrat, les conditions de renouvellement et d'interruption des services et du contrat ; et enfin, 6 - sur les modes de règlement amiable des différends qui pourraient naître de l'exécution de ce contrat.

En outre, le projet de loi, en discussion au Parlement, propose d'ajouter un article L. 121-91 au Code de la consommation prévoyant que *« tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques doit être communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, s'il n'accepte pas les modifications proposées, résilier le contrat sans frais »*. À défaut de contestation des modifications par le consommateur dans un délai d'un mois, celles-ci seraient réputées avoir été acceptées implicitement. Ainsi, le texte s'éloigne de la position de la Commission des clauses abusives qui recommandait de ne pas permettre au professionnel, en cours d'exécution du contrat, de modifier unilatéralement le service et ceci sans l'accord explicite de l'abonné.

Le retour de l'erreur sur le prix

Constituant l'un des grands débats doctrinaux en matière contractuelle, l'erreur sur le prix semble retrouver une nouvelle jeunesse grâce à l'internet. En effet, avec l'internet se pose irrémédiablement la même question : un cybercommerçant est-il tenu d'honorer le prix de vente d'un produit figurant sur son site internet si ce prix est erroné ? À cette question, les juges français ont eu l'occasion d'apporter une première réponse.

En France, des messages reçus par la « hotline » de DroitDuNet.fr montrent que l'erreur sur le prix existe dans le domaine du commerce électronique. Ainsi, un site a pu proposer un composant informatique au prix de 209 euros contre les 289 euros normalement pratiqués et a annulé les commandes passées en raison de l'erreur sur le prix. Les juges français ont eu à se prononcer. Dans un jugement du 24 juillet 2002, le tribunal d'instance de Strasbourg a annulé la vente d'un rétroprojecteur au prix de 5 290 francs au lieu de 54 903 francs. Ils considèrent que le prix proposé *« résulte*

d'une erreur purement matérielle d'étiquetage informatique [...] qui n'a pas exprimé le consentement de la société de vendre cet appareil à ce prix ». Cette décision confirme la jurisprudence constante qui refuse d'annuler la vente en cas de simple erreur sur la valeur d'un produit. Les tribunaux estiment, en effet, de manière constante, qu'une telle nullité ne peut être retenue que si l'erreur d'affichage fait apparaître un prix dérisoire tel que le consommateur ne peut prétendre avoir pris ce prix pour la valeur réelle du bien.

Aux États-Unis, la situation est différente. En effet, dans un jugement du 28 janvier 2003, la *King County District Court* de l'État de Washington a rejeté le recours intenté par un internaute qui a souhaité acquérir un téléviseur à un prix dix fois inférieur à son prix de vente. Dans cette décision, la magistrate Eileen Kato a pu préciser que le contrat n'était pas applicable étant donné, d'une part, qu'il s'agissait d'un pré-ordre d'achat en faveur de produits non encore mis en vente et, d'autre part, que la carte de crédit n'avait pas été débitée de ce montant. Le juge rappelait, en particulier, les conditions générales de vente applicables du site qui précisait que si le prix de vente d'un produit est supérieur à celui proposé, la société peut, soit contacter l'acheteur, soit annuler la commande en notifiant ceci à l'internaute.

L'encadrement des pratiques commerciales

En matière d'encadrement des pratiques commerciales, un décret du 18 février 2003 a institué de nouvelles dispositions, modifiant le Code de la consommation, destinées à protéger le consommateur lors de ses achats à distance. En pratique, le nouvel article R. 121-1 du Code de la consommation sanctionne d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, soit 1 500 euros, ou 3 000 euros en cas de récidive, toute violation de l'article L. 121-18 du même Code. Ce texte impose que l'offre proposée au consommateur, et donc en pratique le site internet du cybermarchand, indique clairement le nom du vendeur, son numéro de téléphone, l'adresse de son siège social et de l'établissement responsable de l'offre commercialisée si elle diffère. Par ailleurs, le vendeur devra également indiquer le montant des frais de livraison, les modalités de paiement et de livraison ainsi que l'existence d'un droit de rétractation.

En outre, le décret du 18 février 2003 punit de la même peine, le non-respect de l'article L. 121-19 qui impose notamment au vendeur de communiquer à l'internaute, au plus tard au moment de la livraison, une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation, les coordonnées de l'établissement habilité à recevoir les réclamations ou une information sur les garanties commerciales. Sera également puni des mêmes sanctions, l'absence de remboursement dans les trente jours du produit retourné par l'internaute lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation dans les sept jours qui suivent la réception de l'objet commandé. Le décret prévoit enfin que les personnes morales pourront, également, être déclarées responsables de ces infractions. Elles s'exposent notamment à une amende de 7 500 euros, voire 15 000 euros en cas de récidive.

Parallèlement à cette mesure, les juges français ont eu l'occasion de statuer sur les clauses des contrats de vente à distance, voire sanctionner certains marchands accusés d'escroquerie. Ainsi, et parallèlement aux actions judiciaires engagées par de nombreux particuliers devant le tribunal d'instance de Saint-Étienne, l'association

Familles de France a assigné, en 2002, le commerçant en ligne à raison des dispositions contractuelles pratiquées. Le 4 février 2003, le tribunal de grande instance de Paris a fait droit, partiellement, aux demandes de l'association et a enjoint Pere-Noel.fr de procéder, sous trente jours, à la suppression de certaines clauses jugées abusives au regard du droit de la consommation. Cette décision constitue une première étape dans la clarification des obligations imposées aux internautes.

Parmi les clauses examinées par les magistrats, plusieurs concernent directement la vente à distance. Ainsi, concernant l'obligation de conformité de la chose livrée, Pere-Noel.fr se réservait la possibilité de livrer un produit qui n'était pas tout à fait identique à celui présenté sur le site, notamment au travers de « *variations minimales* ». L'association contestait cette possibilité au motif qu'elle permettait au professionnel de se libérer de son obligation de conformité. Les juges ont refusé une telle interprétation en estimant que la limitation de l'exonération aux « *variations minimales* » ne créait pas un déséquilibre significatif susceptible de constituer une clause abusive.

À l'inverse, le tribunal a sanctionné plusieurs clauses du commerçant en ligne concernant le droit de rétractation ou le devoir d'information. En particulier, le juge rappelle qu'en matière de vente à distance, l'acheteur ne pouvant ni examiner matériellement le produit, ni prendre conseil auprès du vendeur en raison du mode de conclusion du contrat, le produit doit donc être « *décrit de manière aussi précise que possible dans l'ensemble de ses éléments qualitatifs et quantitatifs, la description devant porter sur les caractéristiques et les composantes de l'article* ». Ainsi, les magistrats estiment que le vendeur en ligne ne peut prévoir contractuellement que l'information sur le produit aura lieu au plus tard lors de la livraison du produit, différant ainsi à cette date le respect de l'obligation précontractuelle.

De même, le tribunal déclare non écrite une clause limitant l'exercice du droit de rétractation. L'article L. 121-20 du Code de la consommation offre à chaque consommateur un délai de sept jours francs pour renvoyer le produit commandé sans avoir à justifier de cette décision. Le professionnel est alors tenu de rembourser le consommateur dans un délai de trente jours. En l'espèce, Pere-Noel.fr prévoyait que ce droit ne pouvait être exercé dès lors qu'il apparaît que « *les produits ont manifestement fait l'objet d'un usage durable* ». Or, le juge rappelle que la loi fixe limitativement des exceptions à l'exercice du droit de rétraction et que « *le consommateur du produit commandé (n'y) figure pas* ». Ainsi, il reconnaît que « *le droit de rétraction est absolu et discrétionnaire et permet au consommateur d'essayer l'objet commandé et d'en faire usage* ».

En outre, les magistrats déclarent abusive une clause obligeant le consommateur à vérifier immédiatement la conformité du produit à la commande, « *ce qu'il ne peut faire dans des délais aussi brefs [...] la vérification immédiate ne pouvant, en tout état de cause, porter que sur les défauts apparents* ». Une telle disposition aurait pu, dans les faits, limiter l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation dès lors que ce dernier se serait fondé sur la non-conformité du bien livré. Elle porterait également atteinte au principe de l'article L. 133-3 du Code de commerce qui autorise les destinataires de toute commande à adresser des protestations au transporteur et à l'expéditeur dans un délai de trois jours. Le juge la sanctionne donc naturellement.

Enfin, et de manière novatrice, le tribunal affirme que « *le délai de livraison est un élément essentiel du contrat* ». En conséquence, Pere-Noel.fr ne pouvait prévoir que les délais donnés n'étaient qu'indicatifs et ainsi limiter le droit à réparation de l'acheteur qui ne serait pas livré dans les délais convenus. Rappelant les dispositions centrales protectrices du consommateur, ce jugement du tribunal de grande instance de Paris constitue, sans nul doute, l'un des socles au développement du commerce électronique dans un environnement sécurisé pour le grand public.

Par ailleurs, par un jugement du 19 novembre 2003, le tribunal correctionnel de Saint-Étienne a condamné le responsable du site Pere-Noel.fr à dix-huit mois d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende pour publicité mensongère et tromperie. En effet les juges relèvent que « *s'agissant de vente par correspondance, l'annonce d'un délai de livraison particulièrement court constituait pour les consommateurs un des attraits majeurs de la société Pere-Noel.fr ; qu'en garantissant un délai de 48 heures qu'il savait ne pouvoir respecter et en proposant un service commercial que les structures mises en place ne pouvaient assurer, Alexandre F. a permis le succès fugitif d'une entreprise vouée à l'échec et dont il a tiré profit dès lors que de très nombreux consommateurs n'ont jamais été remboursés des sommes débitées à la commande* ». Pour le juge, « *un tel comportement a causé un trouble exceptionnel à l'ordre public tant en raison du nombre important des victimes que par la suspicion qu'il a pu jeter sur l'ensemble d'un secteur de distribution en développement* ».

Les réseaux de distribution sélective

Relativement présente lors des premiers débats autour du commerce électronique, la question des réseaux de distribution sélective face au développement du commerce électronique vient de rejaillir dans une affaire opposant une société de vente à distance à un fabricant de matériels hi-fi/vidéo.

La distribution sélective constitue à ce jour une des rares exceptions au droit de la concurrence. En effet, elle correspond à un accord entre un fournisseur et une série de revendeurs sélectionnés qui sont choisis pour distribuer les produits. Afin d'être conformes au droit de la concurrence national et communautaire, les réseaux de distribution sélective doivent néanmoins répondre à quatre critères cumulatifs. Comme le précisait Yann Dietrich et Alexandre Menais, « *une telle forme de commercialisation doit être nécessaire, eu égard à la nature des produits concernés, afin de préserver leur qualité et pour en assurer le bon usage, puis le choix des revendeurs s'opérera en fonction de critères objectifs et de caractères qualitatifs fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Le système en cause doit atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer les effets restrictifs inhérents aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix. Enfin, les critères de sélection utilisés ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la commercialisation, dans des conditions optimales, des produits en cause* ».

La première application à l'internet de la problématique des réseaux de distribution sélective date des affaires Fabre de 1999. En l'espèce, le litige opposait les laboratoires Fabre à un de ses distributeurs agréés qui commercialisait également les produits au travers de son site internet. Dans un arrêt du 2 décembre 1999, la cour

d'appel de Versailles avait estimé qu'une telle commercialisation par l'internet « nuit à l'ensemble du réseau et déprécie l'image de marque des produits de dermo-cosmétiques en général ». Le juge avait donc demandé la suspension de la commercialisation des produits.

Dans la présente affaire, le litige était différent. RueDuCommerce commercialisait sur son site, à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les revendeurs traditionnels, des produits de haute fidélité des marques Onkyo et Jamo. Estimant que cette pratique portait atteinte à son réseau de distribution sélective dès lors que RueDuCommerce n'était pas un vendeur agréé, la société Jamo décida de saisir la justice commerciale en référé.

Le tribunal de commerce de Bobigny fit droit à ses demandes dans une ordonnance de référé en date du 30 janvier 2003. Celle-ci ordonnait à RueDuCommerce de procéder à la suppression sur l'ensemble de ses sites internet de toute référence aux produits Onkyo et Jamo et cela, sous astreinte de 750 euros par jour de retard. Amenée à statuer sur ce litige, la cour d'appel de Paris confirma dans un arrêt du 5 septembre 2003 cette décision. Elle relève que le fait que la société propose « sur son site internet (des produits) qui figurent au catalogue des produits que la société Jamo France réserve à son réseau de distribution sélective, cause à cette société et à ses affiliés un trouble manifestement illicite au sens de l'article 873 du NCPC, en ce que la société RueDuCommerce ne répond pas aux exigences du réseau et porte donc atteinte à l'unité et à l'intégrité de celui-ci, tout en pratiquant des prix nettement plus bas et en se livrant ainsi à une concurrence déloyale ». Au surplus, le fait que RueDuCommerce se soit approvisionné auprès d'un revendeur agréé « importe peu ».

Cette situation ne s'était jusqu'alors jamais présentée sur le réseau mondial mais la solution se rapproche des principes adoptés par le juge judiciaire. En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que « le seul fait pour un distributeur non agréé d'avoir commercialisé des produits faisant l'objet d'un réseau de distribution sélective ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, dès lors que l'irrégularité de leur acquisition n'est pas établie ». L'acte de concurrence déloyale ne sera constaté que si le distributeur non agréé commet une faute ou si l'irrégularité de leur acquisition est établie. Ainsi, les juges ont sanctionné le fait pour un distributeur de commercialiser des produits portant la mention « ne peut être vendu que par des distributeurs agréés » ou dès lors qu'il s'était approvisionné auprès de distributeurs agréés ayant enfreint leur obligation résultant du réseau de distribution sélective. Il semblerait que ce soit cette dernière approche qu'ait adoptée la cour d'appel de Paris même si cela ne ressort pas explicitement des termes de la décision.

En matière de commerce électronique, et afin d'orienter ses travaux en la matière, le Forum des droits sur l'internet a lancé, au mois de septembre 2003, la création d'un observatoire permanent de la cyberconsommation : Cyberconso. Cet observatoire est destiné à procéder à des auditions et préparer la constitution de groupes de travail sur les questions juridiques qui mériteront un examen plus approfondi.

L'encadrement des jeux d'argent en ligne

Avec plus de 1 400 sites actuellement disponibles, les casinos en ligne représentent un marché international en pleine explosion, leur chiffre d'affaires devant passer de 6,6 milliards de dollars en 2001 à plus de 20 milliards en 2005. Ces sites sont basés, pour la plupart, dans des États où les législations acceptent librement l'implantation de maisons de jeux, comme cela peut être le cas de certains paradis juridiques comme Antigua, le Belize ou les îles de Saint-Kitts et Nevis, le Costa Rica ou d'autres pays comme le Canada et l'Australie.

Contestant le fait que ces sites soient accessibles sur le territoire néerlandais, la société Lotto, entreprise publique en charge de l'organisation de l'ensemble des jeux d'argent aux Pays-Bas, déposa plainte à l'encontre de vingt et une sociétés étrangères, situées dans dix États différents. Dans leur décision du 1^{er} juillet 2003, les juges de la cour d'Arnhem ont condamné les maisons de jeux virtuelles à bloquer l'accès de leurs services aux internautes néerlandais. Pour justifier leur décision, les magistrats relèvent que la législation néerlandaise sur les jeux soumet à autorisation une telle activité et que, dès lors que les sites sont accessibles depuis le territoire des Pays-Bas, ces derniers sont soumis aux règles existantes. La solution est identique en France où les casinos virtuels sont considérés comme illicites même si leur activité est exercée à partir d'un pays où ils sont légaux.

Cette interprétation pourrait être remise en cause par la Cour de justice des communautés européennes au nom de la liberté de prestation de services. En effet, la CJCE a été amenée à apprécier la compatibilité de la loi italienne sur les paris sportifs avec les dispositions de l'article 49 du Traité garantissant un libre exercice des prestations de services au sein de l'Union européenne.

Plus précisément, les autorités italiennes ont engagé des poursuites à l'encontre de plus d'une centaine de personnes qui recueillaient des paris sur des rencontres sportives pour ensuite les envoyer, *via* l'internet, auprès d'un bookmaker britannique. Celui-ci confirmait alors, toujours *via* l'internet, et immédiatement, l'acceptation du pari entraînant ainsi le paiement des sommes dues. Les autorités italiennes ont estimé que ces agissements étaient contraires à la législation relative aux paris sportifs, qui confie un monopole au CONI.

S'interrogeant sur la compatibilité de cette législation avec les principes de l'article 49 du traité CE qui interdit toute restriction à la libre prestation de service au sein de l'Union européenne, les magistrats italiens ont saisi pour avis la CJCE. Au cours d'une audience qui s'est tenue le 13 mars 2003, l'avocat général avait proposé à la Cour d'estimer que *« les articles 49 et suivants du traité CE concernant la libre prestation des services doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale [...] qui interdit au moyen de sanctions pénales l'exercice d'activités, par quiconque et en tout lieu, de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, lui est contraire, lorsque ces activités sont exercées par, auprès ou pour un organisateur de paris ayant son siège dans un autre État membre et qui y exerce ses activités de manière licite et dans le respect de la réglementation en vigueur dans cet État »*.

Dans son arrêt du 6 novembre 2003, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé ce principe. Elle a estimé qu'une telle réglementation

nationale qui interdit, sous peine de sanctions pénales, l'exercice d'activités portant sur des paris sportifs en l'absence d'autorisation délivrée par l'État constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services prévues aux articles 43 et 49 du traité CE. Pour autant, la Cour ne statue pas sur le fond. En effet, elle indique « *qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si une telle réglementation, au regard de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs* ». Une appréciation devra donc avoir lieu afin de déterminer si les dispositions adoptées par les différents États nationaux sont justifiées. En particulier, dans une précédente affaire en date du 11 septembre 2003, la Cour avait jugé qu'une réglementation analogue n'était pas incompatible avec l'article 49 du traité CE « *compte tenu des préoccupations de politique sociale et de prévention de la fraude sur lesquelles elle est fondée* ».

Parallèlement à ce contrôle opéré par les autorités européennes, les États qui ont pu légaliser les activités de paris sportifs en ligne cherchent à introduire des limitations notamment dans le but de protéger le jeune public.

Ainsi, au Royaume-Uni, le ministre de la Culture a annoncé, le 15 juillet 2003, la préparation d'un nouveau texte de loi destiné à traiter de toutes les formes de jeux et de paris, y compris sur internet. Ce projet de loi est destiné notamment à assurer la protection des personnes vulnérables, et en particulier des mineurs. Plus précisément, le texte devrait créer un nouvel organe de régulation, la Gambling Commission, destiné à « *prévenir le fait que le secteur du jeu devienne la source de délits et de troubles à l'ordre public, s'assurer que les industries du jeu sont menées de manière claire et transparente et, de protéger le jeune public et les autres personnes vulnérables* ». Cet organisme sera chargé de délivrer des autorisations d'exercice à l'ensemble de ces activités, et en particulier, aux opérateurs internet gérant de tels sites ou services. Parmi les mesures que souhaite mettre en œuvre le ministre de la Culture, figure l'obligation pour les sites internet d'opérer un contrôle strict afin d'interdire l'accès de ces contenus aux mineurs.

En Australie, les « *betting exchange* » sont, quant à eux, montrés du doigt. Contrairement aux sites de paris en ligne où tout internaute peut miser sur une rencontre sportive ou une course en fonction d'une cote déterminée par un bookmaker, les sites de *betting exchange* (pour échanges de paris) fonctionnent sur une double intervention : l'internaute peut choisir d'être lui-même le bookmaker et, dans ce cas, détermine la cote et la mise maximale du pari offert aux autres parieurs (il espère alors que l'équipe sur laquelle il porte sa cote perdra) ou, il peut continuer à parier en sélectionnant les cotes proposées par les autres internautes. Ce système de paris s'est fortement développé avec l'internet dès lors que cette technologie permet d'atteindre une audience importante en temps réel et de faciliter les transactions entre les différentes parties prenantes. Alors que seule la Grande-Bretagne connaissait cette activité, cette dernière s'est installée, en février 2003, sur le sol australien au travers du site Betfair.com, offrant l'accès à des contenus destinés à un public australien et dont les transactions peuvent se réaliser en dollars australiens. Même si ces activités ne visent pas un large public en Australie, un groupe de travail a été créé, destiné à rendre plusieurs recommandations concernant ces pratiques. Dans un

rapport rendu public le 10 juillet 2003, la « *betting exchange task force* » a invité les autorités à ne pas accorder de licences aux activités de *betting exchange* portant sur les courses de chevaux ou les rencontres sportives. Les auteurs de l'étude mettent en avant notamment le risque de porter atteinte à l'intégrité des événements sportifs, les internautes étant invité à miser non plus sur l'équipe gagnante mais sur le perdant. D'autre part, le rapport soulève le risque pour certains clubs de course d'être privés d'une partie de leurs revenus. Afin de conforter leur choix, l'étude relève que plusieurs États (France, Hong Kong, Japon, Pays-Bas, Danemark, États-Unis) ont interdit de tels échanges de paris voire, pour certains, les sites de paris en ligne établis à l'étranger.

De même, plusieurs États américains ont adopté des dispositions prohibant les services de jeux et paris offerts à partir d'un lieu situé à l'extérieur des États-Unis. En particulier, certaines législations interdisent à des exploitants étrangers d'obtenir une autorisation de fournir des services de jeux et paris à partir d'un lieu situé à l'extérieur des États-Unis. Ces mesures ont été contestées par le gouvernement d'Antigua-et-Barbuda qui a saisi, dès le 13 mars 2003, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) afin de régler ce différend.

Les responsabilités autour du lien hypertexte

La question du lien hypertexte a été, au cours de l'année 2003, au cœur de plusieurs affaires tant en France qu'à l'étranger.

Le statut du lien au regard de la propriété intellectuelle

En matière de droits de la propriété intellectuelle et de droit des marques, dans une décision du 17 juillet 2003, la Cour fédérale allemande de Karlsruhe a rejeté les plaintes déposées à l'encontre de Paperboy, un moteur de recherche spécialisé dans l'indexation d'articles de presse disponibles sur la toile mondiale. L'action en justice avait été engagée par le groupe de presse Handelsblatt qui estimait que les liens directs ainsi créés, ne faisant plus naviguer l'internaute par la page d'accueil des sites, constituaient une violation de la loi allemande sur les droits d'auteur. Le plaignant invoquait l'article 87b de la loi allemande de 1965, transposant la directive communautaire du 11 mars 1996 sur le droit des bases de données. Dans cette affaire, la question de droit principale était la suivante : dans quelle mesure l'établissement de liens hypertextes profonds, permettant à l'internaute d'accéder directement à la page web de l'article désiré sans passer par la page d'accueil du site du journal en ligne, constitue-t-il une extraction d'une partie « non substantielle » d'une base de données, seule autorisée par la directive ?

Dans sa décision du 17 juillet 2003, la Cour suprême fédérale allemande a légalisé les pratiques de Paperboy. Se basant sur l'importance des liens hypertextes, qui fondent la navigation sur les sites internet, elle a estimé que c'était aux créateurs de sites de mettre en œuvre des outils techniques permettant de limiter l'accès direct aux pages. En effet, les juges relèvent que « *même sans les liens hypertextes, un utilisateur peut directement accéder à un fichier accessible publiquement sur l'internet, si son URL (Uniform resource locator) lui est indiqué [...]. Le lien hypertexte représente quant à lui une facilité technique. Il remplace la saisie de l'URL dans la zone d'adresse du*

navigateur et l'utilisation de la touche entrée ». Dans ces conditions, et en matière de droit d'auteur, « un lien profond [...] peut être réalisé dès lors que le plaignant n'a pas établi qu'il utilisait des mesures techniques contre la réalisation de liens directs ». De même, les juges rejettent les arguments fondés sur le droit de la concurrence au motif que PaperBoy permet d'accéder à des articles de presse, publiquement accessibles sur les sites respectifs du groupe Handelsblatt, ce qui ne constitue pas un acte déloyal. En effet, la cour relève que le service proposé par PaperBoy constitue un outil à forte valeur ajoutée dès lors qu'il permet d'accéder à une multiplicité de sources d'informations. Par ailleurs, les juges notent que l'origine des articles liés n'est, en aucune manière, voilée ou absente. Au final, la cour estime que « l'activité des services de recherche et l'emploi d'hyperliens doivent être acceptés par principe si ceux-ci facilitent seulement l'accès à des informations publiquement accessibles sans contourner des mesures techniques préventives ».

Dans une décision du 31 mars 2003, la United States District Court for the Northern District of Georgia est venue apprécier la possible atteinte à l'image de la marque à la suite de la découverte d'un lien hypertexte pointant vers un site pornographique depuis un site où figurait ladite marque. Cette action se base sur les dispositions du *Federal Trademark Dilution Act* adopté en 1995. Contrairement à l'action en contrefaçon de marque qui se base traditionnellement sur l'existence d'une confusion dans l'esprit du public, la *Dilution claim* est une action introduite par le détenteur d'une marque alors même qu'aucune confusion n'existe. Cette action permet, notamment, de faire condamner l'utilisation de la marque par un non titulaire pour des produits de mauvaise qualité, une telle utilisation négative rejaillissant sur les produits de la marque.

En l'espèce, le litige opposait la société Voice-Tel à l'un de ses franchisés appelé Voice-Tel of South Florida (VTSF). Ce dernier avait créé un site présentant les produits mis en vente et incluant des liens hypertextes vers des sites extérieurs et, notamment, vers le site de Exchange-O-Matic. À la suite de la cessation d'activité de Exchange-O-Matic, son nom de domaine fut utilisé par un site pornographique, le lien créé par VTSF renvoyant vers ce contenu. Découvrant un tel lien pornographique sur le site d'un de ses franchisés, Voice-Tel saisit la justice pour violation des dispositions contractuelles et atteinte à la marque. Le franchiseur estimait que la marque était « salie » par l'association entre le franchisé et le site pornographique. Néanmoins, le juge a rejeté cet argument. Se fondant sur la jurisprudence *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*, le juge a rejeté la demande estimant que la protection assurée par le *Dilution Act* ne pouvait se prolonger aux sites liés, car cela « étendrait la protection au-delà de son objectif initial [...] La cour estime qu'étendre la protection aux faits de l'affaire donnerait au propriétaire de la marque une protection plus large que celle prévue par les textes ».

Le Forum des droits sur l'internet a publié, le 3 mars 2003, une recommandation relative au statut juridique des hyperliens. Elle analyse le degré de liberté dont l'acte de lier peut bénéficier suivant les circonstances dans lesquelles il s'inscrit. Elle fournit des conseils pratiques à l'éditeur de liens.

La responsabilité du lien hypertexte pointant vers un contenu illicite

Dans une ordonnance du 7 mars 2003, un juge d'instruction espagnol a rejeté la plainte déposée par plusieurs chaînes de télévision à l'encontre du responsable d'un site qui réalisait de nombreux liens hypertextes vers des contenus permettant de détourner les signaux satellitaires, offrant ainsi la possibilité de visualiser gratuitement des émissions de télévision payante. Cette décision se fonde notamment sur l'article 17 de la loi espagnole du 11 juillet 2002 relative à la société de l'information et au commerce électronique. Cette disposition, qui vise explicitement la question de l'établissement des liens hypertextes, prévoit que l'éditeur du site ne peut être tenu pour responsable du contenu vers lequel il pointe dès lors qu'il n'a pas la connaissance effective que l'activité ou l'information vers lesquelles il pointe sont illicites. Le second alinéa de cet article précise, en outre, que le responsable du site sera considéré comme ayant eu cette connaissance effective dès lors, notamment, qu'un organisme compétent a déclaré l'illicéité des informations, ordonné le retrait ou la suspension de l'accès à celles-ci et que l'éditeur du site est au courant d'une telle mesure. Appliquant pour la première fois ce texte, le juge d'instruction barcelonais a rejeté la plainte. Il estime, d'une part, qu'aucune autorité n'a apprécié le caractère illégal des pages contestées. D'autre part, et appliquant littéralement les dispositions de la LSSI, le juge relève qu'aucun élément n'est apporté permettant de déterminer si le responsable du site était au courant de la nature illégale des pages liées.

En Suisse, la cour d'appel de Zurich a statué, le 30 septembre 2003, sur la réalisation de liens hypertextes vers une page renvoyant à des contenus de nature raciste. Plus exactement, un professeur d'informatique était accusé de racisme pour avoir réalisé un lien vers le site stop-the-hate.org. Ce site, créé en 1992, contient un certain nombre de liens hypertextes commentés menés sur des sites ayant des contenus racistes et antisémites. Pour le ministère public, en réalisant un lien vers le site stop-the-hate.org, le professeur avait fait sien le contenu disponible sur les sites liés. Néanmoins, la cour d'appel de Zurich n'a pas suivi ce raisonnement et a relaxé le créateur du lien.

Le Forum des droits sur l'internet a publié, le 23 octobre 2003, ses recommandations en matière de responsabilité du créateur d'hyperliens vers des contenus illicites. Elles abordent la problématique de la création manuelle ou automatique de liens hypertextes.

La problématique du lien sponsorisé

Enfin, la fin de l'année 2003 a été marquée par un contentieux portant sur une pratique des moteurs de recherche : le lien sponsorisé. En particulier, en France, le tribunal de grande instance de Nanterre a eu à statuer sur cette problématique le 13 octobre 2003. En l'espèce, la société Luteciel, titulaire des marques « la bourse des voyages », « la bourse des vols », a découvert que, parmi les résultats proposés

par *Google* à une requête formulée avec l'expression « bourse des voyages » ou « bourse des vols », apparaissent des liens vers les sites qu'elle exploite, mais aussi des « liens sponsorisés », c'est-à-dire des publicités pour d'autres sites concurrents.

Saisie, la justice a procédé à la condamnation du moteur de recherche sur le fondement de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle. Les juges ont en effet considéré que l'utilisation de ces liens sponsorisés était de nature commerciale, faisait suite à une vente par *Google* d'expression correspondant aux marques et ceci, peu importe si la vente ait eu lieu sur les expressions exactes ou certains des termes. Indiquant, en outre, que le moteur de recherche avait la possibilité d'intervenir pour faire cesser le trouble, les juges ont condamné le moteur de recherche pour contrefaçon à 70 000 euros de dommages et intérêts.

Une solution identique a été prise par la cour régionale de Hambourg dans un jugement du 14 novembre 2003. En l'espèce, plagiant le site *Preispiraten.de*, le créateur du site *Preisserven.de* acheta le mot clé « *Preispiraten* » afin de faire apparaître, parmi les résultats de la requête, un lien vers son site contestataire. Attaqué *Google.de* a été enjoint de supprimer les liens contestés.

Les relations du travail et internet

Les juges français ont eu l'occasion, au cours de l'année 2003, d'apporter des précisions complémentaires quant à l'utilisation de l'internet au sein de l'entreprise aussi bien par les salariés que par les représentants syndicaux. Par ailleurs, et pour la première fois, les juges administratifs français ont également fixé les premières règles applicables à l'utilisation du réseau mondial par les agents publics.

L'action des syndicats

Un syndicat peut-il se servir d'une liste, élaborée par la société, répertoriant l'ensemble des adresses électroniques des salariés pour leur envoyer des tracts ? À cette question, le tribunal de grande instance de Paris a apporté une première réponse dans un jugement du 25 avril 2003. Comme de nombreuses sociétés, la *Sonacotra* a réalisé un annuaire des adresses électroniques de l'ensemble de ses salariés qui n'est pas diffusé à l'extérieur. Les salariés ne peuvent faire usage de la liste de diffusion qu'après avoir obtenu une autorisation d'un supérieur hiérarchique, conformément à une charte interne à la société en date du 16 mai 2001. Constatant que le syndicat *SUD* utilisait cet annuaire pour adresser des tracts au travers de l'envoi massif de courriels, la *Sonacotra* a décidé d'assigner le syndicat en justice au motif de l'existence d'actes de contrefaçon.

Le principal moyen concernait l'atteinte aux droits du producteur de la base de données. En effet, les juges relevaient que l'annuaire considéré est un recueil de données d'adresses de messagerie, hébergé sur un serveur de messageries, et qu'il est « *ni contestable ni d'ailleurs contesté que cet outil regroupe des données nominatives disposées de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques* ». En conséquence, l'annuaire correspond à la définition d'une base de données telle que précisée par la directive du 11 mars 1996 transposée en droit interne par la loi du 1^{er} juillet 1998.

Ainsi, dès lors que « *le syndicat n'a pas sollicité l'autorisation d'utiliser la base de données d'adresses, alors que la charte relative à l'utilisation des moyens informatiques de l'entreprise n'autorise pas les syndicats à utiliser les données de cette base pour leurs propres besoins* », il a commis des actes de contrefaçon. Au surplus, ajoutaient les juges, « *l'accès des salariés à l'annuaire de la messagerie ne les autorise pas tous à utiliser des listes de diffusion sans autorisation préalable* ». En conséquence, même si le syndicat est autorisé à adresser des tracts syndicaux au travers d'un accord d'entreprise, il ne pourra utiliser l'annuaire conçu par la société qu'à la condition d'en avoir obtenu expressément l'autorisation. Dans une telle hypothèse, l'entreprise devra alors mentionner lors de la déclaration de cette base à la CNIL, le potentiel usage syndical des adresses de courriels qui y seront stockées afin d'éviter tout détournement de finalité du fichier ainsi constitué.

Quelques mois plus tard, les juges ont également dû préciser l'ampleur du contrôle que peuvent opérer les employeurs sur les courriers électroniques que s'adressent les délégués syndicaux. En effet, le conseil de prud'hommes d'Evry a condamné, le 22 septembre 2003, un employeur ayant réalisé cet espionnage considérant qu'il était contraire aux dispositions des articles L. 412-1 et 120-2 du Code du travail. En effet, les juges ont estimé qu'il « *s'avère que la lecture des emails a été faite sous la responsabilité d'une seule personne ; en l'occurrence d'une hiérarchie qui a sans doute fait un excès de zèle* ».

La responsabilité de l'employeur vis-à-vis de l'usage réalisé par son salarié

Par un jugement du 11 juin 2003, le tribunal de grande instance de Marseille a renforcé la responsabilité, et donc les obligations, pesant sur un employeur dans le cadre de l'utilisation d'internet, sur le lieu du travail, par ses salariés. En effet, mécontent du prix des péages des sociétés d'autoroute, un particulier avait créé sur les serveurs de pages personnelles offerts par Multimania, un site critiquant la politique pratiquée par Escota, filiale de la Société des autoroutes du sud de la France. Outre l'utilisation de l'expression « *escroca* » pour désigner ses pages personnelles, le site procédait à des détournements de marque et faisait apparaître plusieurs messages diffamatoires.

Après avoir obtenu par une ordonnance de référé du 4 octobre 2000 la suspension du site internet, Escota obtint de Multimania les données de connexion permettant d'identifier le créateur des pages contestées. Or, l'analyse de ces informations montra que l'internaute avait réalisé son site depuis son lieu de travail, à savoir les locaux de Lucent Technologies. La société d'autoroute décida de saisir la justice à la fois à l'encontre de l'auteur du site mais également de la société l'employant dès lors qu'il apparaissait que celle-ci avait fourni des moyens matériels pour réaliser l'infraction. Appelé à statuer sur le fond, le tribunal de grande instance de Marseille a retenu la responsabilité de l'employeur sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Ce texte précise, en effet, que les employeurs sont responsables « *du dommage causé par leurs [salariés] dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».

En pratique, le juge relève, pour retenir la responsabilité de l'employeur, qu'une note du directeur des ressources humaines de Lucent Technologies autorisait les salariés à

utiliser les équipements informatiques mis à leur disposition et les accès réseau existants pour consulter d'autres sites que ceux présentant un intérêt en relation directe avec leur activité au sein de la société et ceci dès lors que ces utilisations demeurent raisonnables, s'effectuent en dehors des heures de travail et respectent les dispositions légales applicables. Cette note a été interprétée par le tribunal comme autorisant la libre consultation des sites internet mais également comme n'imposant « aucune interdiction spécifique [...] quant à l'éventuelle réalisation de sites internet ou de fourniture d'informations sur des pages personnelles ». En conséquence, le juge en déduit que la faute du salarié « a été commise dans le cadre des fonctions auxquelles il était employé » et, dans ces conditions, il y a lieu de retenir la responsabilité de l'employeur sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

Même si Lucent Technologies n'est condamné, en pratique, qu'à prendre en charge une partie des frais de procédure, cette décision – qui doit encore être confirmée par d'autres instances – vient faire peser un risque juridique supplémentaire sur les sociétés. En effet, le Forum des droits sur l'internet avait souligné, dans sa recommandation de septembre 2002, que « l'entreprise peut voir sa responsabilité engagée pour une utilisation illicite ou fautive d'internet sur le lieu de travail. En effet, civilement, l'employeur est responsable, en tant que commettant de ses salariés, des fautes commises par ceux-ci dans leur utilisation d'internet pendant le temps de travail, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil ». Ce principe était néanmoins tempéré par la possibilité pour ce dernier de « s'exonérer de sa responsabilité si son préposé agit hors des fonctions auxquelles il est employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ». Au final, le Forum des droits sur l'internet recommandait une certaine vigilance aux sociétés dès lors que leur responsabilité pouvait être recherchée.

En l'espèce, le juge semble estimer, dès lors que l'employeur n'a pas interdit explicitement la réalisation de pages personnelles, que les employés agissent dans le cadre de leur activité professionnelle et donc que la responsabilité de la société peut être recherchée. Cette décision si elle venait à être confirmée, imposerait ainsi aux employeurs de prévoir explicitement toutes les interdictions en matière d'utilisation de l'internet sur le lieu du travail sous peine de voir leur responsabilité être engagée devant les tribunaux.

L'utilisation d'internet par un agent public

Par une décision du 15 octobre 2003, le Conseil d'État a, pour la première fois, dû statuer sur l'utilisation par un agent public de l'adresse de courrier électronique mise à sa disposition par son service. Les faits de l'affaire étaient relativement simples. Un adjoint technique de recherche et de formation de l'École nationale supérieure des arts et métiers (ENSAM) avait été sanctionné par le ministre de l'Éducation nationale à la suite de la découverte, par les services de l'école, d'une utilisation de l'adresse de courrier électronique dans un but non professionnel. Mécontent de la suspension de six mois assortie d'un sursis partiel de trois mois, l'agent déposa un recours devant le juge administratif. Par un jugement en date du 3 juin 1999, le tribunal administratif rejeta sa demande, décision confirmée par la cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt du 24 janvier 2002 et par le Conseil d'État en cassation.

Cette sanction se fondait sur deux faits différents. Tout d'abord, les autorités sanctionnaient l'utilisation par l'agent de la boîte aux lettres électroniques d'un autre agent et ceci à son insu et sans son autorisation. Ensuite, l'agent public avait fait figurer son adresse électronique de l'ENSAM sur le site internet de l'Association pour l'unification du christianisme mondial dont il était membre et, en outre, l'utilisait dans le cadre de ses activités associatives.

Pour justifier la condamnation de l'agent sur ce point, le juge administratif relève que *« le fait d'utiliser des moyens de communication du service au profit de l'Association pour l'unification du christianisme mondial et, d'autre part, le fait d'apparaître sur le site de cette organisation en qualité de membre de celle-ci, constituent un manquement au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité qui s'impose à tout agent public »*.

C'est donc principalement sur le fondement des obligations propres aux fonctionnaires que le juge sanctionne l'agent public. Il estime, en effet, que la simple apparition du terme « Ensam » figurant dans le corps de l'adresse de courrier électronique porte atteinte à la neutralité du service public et que les agents publics se doivent de respecter.

Cette décision pourrait avoir d'autres prolongements compte tenu de l'importante utilisation qu'est faite d'internet par les agents des services de l'État qu'ils soient centralisés (ministères, préfectures) ou décentralisés (collectivités locales...). Ainsi, dès lors que les propos peuvent porter atteinte à l'obligation de neutralité ou même à leur devoir de réserve, la participation des agents publics à des listes de discussion, à des forums, à des sites internet serait proscrite à partir leur adresse de service public.

Ce principe a été confirmé par une ordonnance du tribunal administratif de Dijon du 17 novembre 2003. En l'espèce, un agent communal avait été suspendu de ses fonctions par le maire de la ville d'Auxerre à la suite de la publication sur l'internet de propos critiquant la politique municipale. Saisie en référé, la justice administrative suspend l'arrêté du maire en estimant que *« les critiques d'ordre très général exprimées par l'agent public dans les articles incriminés, publiés hors de son service sur le site internet de l'association ATTAC, sous un pseudonyme, ne constituent pas des actes de défiance envers la commune »*.

Poursuivant les réflexions entreprises en 2002, le Forum des droits sur l'internet a été mandaté, fin juillet 2003, par le ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité pour constituer un groupe de travail dans le but d'analyser les différentes formes de « e-travail », de mesurer leurs impacts tant au regard du cadre juridique et fiscal que des usages et de faire des propositions au gouvernement.

La responsabilité des acteurs de l'internet

La responsabilité des sociétés de courtage en ligne

La Superior Court of California a rejeté, le 28 avril 2003, une plainte déposée à l'encontre de la société eBay à la suite de la publication de messages diffamatoires par des utilisateurs du service. Le juge a fait bénéficier la société de courtage en ligne du régime protecteur du *Communication Decency Act* jusqu'alors réservé aux fournisseurs d'accès à l'internet.

En décembre 2002, Roger Grace achète à Tim Neely, au travers de eBay, six objets ayant appartenu à des stars hollywoodiennes. eBay encourageant ses utilisateurs à laisser des avis sur les échanges opérés, Roger Grace, déçu par trois des objets reçus, dépose en marge des transactions des avis négatifs sur le vendeur. Mécontent, Tim Neely répond en publiant à la suite des avis négatifs des propos diffamatoires, estimant que Roger Grace n'est pas honnête et devrait être banni d'eBay. Roger Grace, également avocat californien, décide d'attaquer en justice aussi bien Tim Neely que eBay pour avoir permis la publication de tel propos et avoir refusé leur suppression.

Pour sa défense, eBay invoquait les dispositions de la section 230 du *Communication Decency Act* de 1996. Ce texte précise que « *n° provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* ». Ce texte évite ainsi qu'un intermédiaire technique ne soit poursuivi pour des contenus auquel il permet d'accéder et dont il n'est pas l'auteur.

Le plaignant contestait cette application estimant que le Congrès américain avait souhaité, par cette disposition, protéger uniquement les fournisseurs d'accès qui permettent d'accéder aux sites internet où se situent les propos diffamatoires. Il estimait également que les sites internet où sont mis en ligne les textes incriminés sont les éditeurs (« *publisher* ») de ces contenus et ne peuvent donc bénéficier de l'immunité prévue par le texte.

Le juge rejette cet argument. Il relève que « *eBay offre à ses utilisateurs la possibilité d'acheter et de vendre des produits au travers de son site, ainsi que de poster des commentaires concernant les transactions et les autres utilisateurs* ». eBay est donc un « *interactive computer service* » bénéficiant des dispositions favorables du DCA. Il le déclare donc non responsable des propos. Cette décision confirme une précédente affaire (*Gentry v. eBay Inc. 2002*) dans laquelle la société de courtage en ligne avait obtenu la même qualification.

Cette affaire se rapproche également d'une décision du 29 octobre 2002 du tribunal de première instance de Dusseldorf dans une affaire opposant eBay à la société Rolex. En l'espèce, la société Rolex SA et la Manufacture des montres Rolex SA avaient agi en contrefaçon de marques et concurrence déloyale contre les sociétés eBay GmbH et eBay International AG pour la mise en vente aux enchères, sur le site « *eBay.de* », de montres sous la dénomination « *Rolex* » et sous le nom d'autres marques appartenant aux demandereses. Le tribunal avait conclu, dans cette

affaire, que eBay tenait le rôle d'intermédiaire technique ou, plus précisément, d'hébergeur et pouvait donc bénéficier, à ce titre, des dispositions spéciales organisant sa responsabilité.

Dans le domaine du courtage matrimonial, par une décision du 13 août 2003, la cour d'appel des États-Unis du 9^e circuit a appliqué le régime de la section 230 du DCA à un site d'une agence matrimoniale virtuelle Matchmaker.com, aujourd'hui propriété de Lycos. Moyennant le paiement d'un prix, un internaute peut s'inscrire sur le site et créer son profil en indiquant plusieurs informations le concernant : âge, apparence physique, intérêt, photographie, etc. Pour aider à la création de ce profil, le site pose plus d'une cinquantaine de questions à l'internaute évoquant aussi bien sa personnalité que les raisons pour lesquelles il a décidé de rejoindre le service. Néanmoins, le site interdit formellement aux internautes d'indiquer leur nom de famille, leur adresse postale, leur numéro de téléphone ou leur adresse email dans les parties visibles du profil. Enfin, le site vérifie chacune des photographies avant leur publication sur le site.

Au cours du mois d'octobre 1999, un internaute berlinois s'est connecté sur Matchmaker.com et a inscrit, à l'aide d'une formule à l'essai, l'actrice Christianne Carafano sous le pseudonyme Chase529. Cet internaute utilisa les photographies de l'actrice disponibles sur la toile mondiale pour illustrer le profil, indiqua plusieurs titres des films auxquels elle avait participé, donna l'adresse de la résidence de l'actrice ainsi qu'une adresse de courrier électronique équipée d'un répondeur qui communiquait automatiquement le numéro de téléphone de celle-ci. Cette dernière décida de saisir la justice à l'encontre du site sur le fondement, notamment, d'atteinte à la vie privée. Rejetant ce recours, les juges américains ont considéré que « *le questionnaire facilitait l'indication des informations par les utilisateurs individuels [...] la sélection des réponses étant laissée exclusivement à la discrétion de ces derniers. [...] Matchmaker ne peut être tenu responsable, même partiellement, de l'association de certaines réponses à choix multiples avec un ensemble de caractéristiques physiques et une photographie* ». Dans ces conditions, la cour d'appel estime que « *Matchmaker ne peut être considéré comme un fournisseur de contenus au sens de la loi dès lors qu'un profil ne contient aucun contenu jusqu'à ce qu'un utilisateur procède à son activation* ».

La responsabilité de l'administrateur d'une liste de discussion

Dans une décision du 24 juin 2003, la cour d'appel des États-Unis du 9^e circuit a rejeté le recours déposé à l'encontre de l'administrateur d'une liste de discussion qui avait diffusé un message diffamatoire adressé par un abonné à cette liste. Dans la présente décision, les faits étaient relativement intéressants. Robert Smith, travailleur saisonnier, réalisa au cours de l'été 1999 des travaux de rénovation dans la maison d'Ellen Batzel. À cette occasion, Ellen Batzel lui indique qu'elle est en fait la petite-fille d'un des bras droits d'Adolphe Hitler et que les peintures qui se trouvent sur les murs proviennent de saisies effectuées par Heinrich Himmler. Souhaitant dénoncer cette situation, Robert Smith envoie un message au site Museum Security Network

administré par Ton Cremers, alors directeur de la sécurité du Rijksmuseum d'Amsterdam. Ce dernier décide de transférer ce message, d'une part, aux abonnés de la liste de discussion et, d'autre part, le publie directement sur le site.

Contestant les propos qui lui sont attribués, Ellen Batzel décida d'attaquer en justice Ron Cremers pour diffamation. Après un premier rejet de la plainte, la cour d'appel des États-Unis du 9^e circuit fut saisie du litige et dû tout d'abord apprécier le statut de Ton Cremers et vérifier si celui-ci ne pouvait bénéficier du régime protecteur de la section 230. Les juges estiment que Ron Cremers ne peut être regardé comme l'auteur du message dès lors que « *son rôle s'est réduit à sélectionner le message et à réaliser des modifications mineures du courrier électronique* ». Dans ces conditions, les juges lui font bénéficier du régime protecteur applicable aux intermédiaires techniques.

Une question supplémentaire se posait dans cette affaire. En effet, Robert Smith, lors de l'envoi de son message, n'avait pas l'intention que celui-ci soit ensuite rendu public sur un site internet ou dans la liste de discussion. Les juges ont donc dû apprécier si Ron Cremers avait, dans ces conditions, agit en tant qu'intermédiaire. Les juges relèvent qu'un tel acteur doit être considéré comme auteur des propos dès lors « *qu'il sait ou a des raisons de savoir que l'information fournie n'était pas destinée à être publiée sur un site internet* ». Selon les juges, tel pourrait être le cas d'un courrier postal adressé par un ancien ami. À l'inverse, « *quand la personne qui a créé le document en question, l'a fourni à un intermédiaire dans des conditions où une personne lambda jouant ce rôle en aurait conclu que le document était destiné à une publication sur l'internet* », l'intermédiaire est en droit de bénéficier du régime de la section 230 du CDA.

Le Forum des droits sur l'internet a publié, le 8 juillet 2003, une recommandation relative à la responsabilité des organisateurs de forums de discussion sur le web. Le Forum y fait valoir que l'activité consistant à organiser des forums de discussion recouvre des réalités parfois très différentes, ce qui rend inopportun l'application d'un régime de responsabilité unique.

Première partie

Recommandations
2003
du Forum des droits
sur l'internet

Le développement de l'administration électronique

Recommandation adoptée le 3 février 2003

Introduction

À l'instar d'autres pays européens, la France a décidé de permettre à ses citoyens, d'ici à 2005, d'effectuer l'ensemble de leurs démarches administratives en ligne. Cette offre de services rencontre une forte demande puisque la moitié des Français déclarent avoir déjà effectué ou être prêts à effectuer des démarches administratives par internet (sondage Taylor Nelson Sofres pour le Forum des droits sur l'internet, septembre 2002), la proportion montant jusqu'à 81 % pour les internautes.

Pour favoriser le développement de l'administration électronique, qui apparaît aujourd'hui comme l'un des usages majeurs de l'internet, le Forum des droits sur l'internet a souhaité, depuis plus d'un an, engager un travail de réflexion sur le cadre juridique de l'administration en ligne, en direction à la fois du grand public et des acteurs professionnels publics et privés.

Ces travaux se sont d'abord articulés autour d'un groupe de travail (*cf.* annexe 1) qui, regroupant des experts d'origine publique ou privée, a rendu public un premier rapport intermédiaire le 9 avril 2002. Ils ont ensuite conduit à la rédaction de guides pratiques à destination des professionnels et des particuliers, lesquels sont disponibles sur le site du Forum. Ils se sont enfin nourris des conclusions du sondage sur « *les attentes des Français en matière d'administration électronique* » commandé par le Forum (*cf. supra*). Par ailleurs, le gouvernement a demandé au Forum des droits sur l'internet, de poursuivre les réflexions de la mission Truche et d'organiser le débat public autour des principaux points identifiés par le Livre blanc « *administration électronique et protection des données personnelles* ». Ce débat public s'est tenu tout d'abord en ligne sur le site du Forum de mars à mai 2002, puis sous la forme d'un débat « itinérant » concrétisé par l'organisation de six manifestations publiques en province. La synthèse de ce débat a été rendue aux pouvoirs publics le 16 décembre 2002 (www.foruminternet.org).

La présente recommandation du Forum des droits sur l'internet est le fruit de l'ensemble de ces apports et témoigne de ce processus complet de concertation.

S'inscrivant dans un contexte de mobilisation politique forte en faveur de la e-administration, illustré notamment par le rapport confié à Pierre de la Coste – *L'hyper-République. Bâtir l'administration en réseau autour du citoyen* –, elle a pour objet d'accompagner les travaux des pouvoirs publics en portant à leur réflexion **un plan d'action pour le développement de l'administration sur l'internet** dans une perspective de service au citoyen.

Ce plan d'action se décline en recommandations qui visent à consolider le cadre juridique de l'administration en ligne et à souligner les nouveaux besoins qu'il convient de satisfaire en termes de développement de services en ligne. Il porte également sur les conditions juridiques et techniques de mise en place d'un portail administratif personnalisé.

* *
*

L'administration en ligne est en marche : sûrement moins rapidement que les annonces médiatiques peuvent le laisser entendre mais de façon continue depuis quelques années : 4 500 sites publics référencés qui offrent au citoyen des informations variées sur les services publics, plus de 1 200 formulaires téléchargeables, quelques téléprocédures comme le paiement de l'impôt en ligne, offrant un service administratif complet en ligne. C'est encore insuffisant mais cela est loin d'être négligeable car cette évolution illustre un changement de fond dans le fonctionnement de l'administration, passant d'une logique de souveraineté à une logique de services au citoyen. Un tel changement prend du temps, c'est **une évolution silencieuse** au sein de la sphère publique, délicate dans un pays comme la France où la tradition régaliennne est si forte.

Il faut donc analyser le développement de l'administration électronique avec un certain recul. Les propositions qui sont faites dans ce rapport privilégient le pragmatisme et la mise en œuvre opérationnelle compte tenu du développement actuel de l'administration électronique.

• Réactions

Le Forum des droits sur l'internet vous invite à lui faire connaître vos remarques et propositions sur ce document à l'adresse suivante : reagir@foruminternet.org

Consolider le cadre juridique de l'administration électronique

Les questions juridiques que pose le développement de l'administration électronique constituent le premier volet de la présente recommandation du Forum des droits sur l'internet. Les propositions principales ont été esquissées dans le cadre d'un rapport sur la prévention et le règlement des litiges rendu public en avril 2002.

Ces questions juridiques nouvelles ne doivent pas être surestimées : l'utilisation de l'internet pour rendre des services administratifs n'est pas en soi une nouveauté radicale qui risquerait de confronter le juriste à un quelconque vide juridique. En revanche, le droit a trop souvent pu apparaître comme un facteur de blocage dans le développement des téléservices, ce qui donne toute son importance à une analyse précise des enjeux juridiques de l'administration électronique.

En réalité, la création et le fonctionnement des téléservices ne posent généralement pas vraiment de difficulté juridique de fond. Les principes qui s'appliquent classiquement en matière d'égalité de traitement entre les administrés, de responsabilité de l'administration ou encore de partage des tâches entre le secteur

public et le secteur privé semblent se transposer sans difficulté majeure dans le monde en ligne.

Il est en revanche assez fréquent que la création d'un téléservice nécessite une adaptation des textes régissant le fonctionnement de l'administration dans le domaine concerné. Ainsi, les textes qui sont rédigés exclusivement dans la perspective des procédures papier doivent-ils être adaptés, par exemple lorsqu'ils prescrivent la production ou la conservation de pièces justificatives papier qui sont supprimées dans le cadre de la dématérialisation. En ce qui concerne les déclarations des entreprises, la loi « Madelin » du 11 février 1994 a prévu que l'administration devait prévoir la possibilité de les souscrire par voie électronique, dans des conditions à définir par voie contractuelle. De manière plus générale, l'ensemble de l'administration électronique trouverait profit à ce que se développe une logique de l'expérimentation, pour identifier les moyens de satisfaire, dans le monde numérique, les exigences auxquelles répondaient les procédures papier.

Au-delà de ces questions d'adaptation des textes, qui se posent dans des termes différents pour chaque téléservice, les recommandations qui suivent apportent des réponses aux questions juridiques transversales que pose l'administration électronique.

Elles s'adressent aux praticiens et leur offrent des solutions concrètes pour faciliter le développement de l'administration électronique, à tous les stades de sa mise en œuvre, dans une logique de service au citoyen.

Profiter de l'administration électronique pour consacrer une véritable démarche de service aux usagers

Le déploiement de l'administration électronique ne consiste pas exclusivement à rendre possible en ligne les démarches administratives que l'on fait traditionnellement auprès des guichets. Le média internet n'est pas complètement neutre et, par les attentes qu'il suscite auprès de ses utilisateurs, il impose aussi une mutation de l'administration. L'administration électronique constitue de ce fait une forme nouvelle de relation avec le public, marquée moins par la relation de commandement, la pesanteur bureaucratique et le cloisonnement des administrations et davantage par la sensibilité aux attentes des usagers, la rapidité de réaction et le fonctionnement en réseau.

Pour mener à bien cette mutation, le Forum des droits sur l'internet recommande au gouvernement et aux collectivités publiques qui mettent en place des téléservices de se fixer les orientations suivantes :

- **La mise en place de services administratifs par l'internet doit s'intégrer dans une rénovation d'ensemble de l'interface de l'administration avec ses usagers.** Loin de se substituer aux autres canaux d'accès à l'administration, les services en ligne doivent s'accompagner d'une rénovation de l'accueil au guichet et de l'amélioration de l'accueil téléphonique par la mise en place de véritables centres d'appels administratifs.
- **Les modes de fonctionnement des services en ligne doivent être très précisément articulés avec les services de guichet.** Ainsi, il est indispensable que

l'accomplissement en ligne des obligations auxquelles doit satisfaire un usager soit immédiatement connu de l'administration locale dont il dépend. Le point d'entrée que constitue pour les usagers le téléservice n'a le plus souvent pas vocation à traiter lui-même les déclarations qui lui sont faites ou les demandes qui lui sont adressées, et qui doivent au contraire être traitées de manière décentralisée. Cela nécessite une adaptation des systèmes d'information pour permettre cette circulation d'information.

- **La participation des usagers à la définition du service, qui est trop souvent négligée, est un préalable absolu à la mise en place des téléservices et une condition indispensable de leur bon fonctionnement.** Cette participation des usagers doit porter à la fois sur la définition du service en ligne et sur ses modalités de mise en œuvre. Il s'agit ainsi de hiérarchiser les attentes des usagers et d'anticiper les modes de fonctionnement. Après la mise en place du téléservice, la consultation des usagers doit se prolonger pour assurer le bon fonctionnement du service et son adaptation aux attentes. Les outils de cette concertation commencent à être mis en œuvre dans les administrations les plus en pointe : sondages grand public, panels d'usagers testeurs, comité consultatif des usagers... Ils devraient être systématisés pour toute création de téléservice.

- **L'administration doit pouvoir offrir aux usagers une formation afin qu'ils s'approprient l'usage des services administratifs par l'internet.** Cet accompagnement à l'usage de la e-administration pourrait être assuré par le réseau des espaces publics numériques.

- **L'enrichissement des services rendus est également une nécessité dans le monde électronique,** où, davantage encore que dans l'environnement classique des guichets administratifs, on ne peut pas en rester à une administration de commandement et de contrôle. La mise en place des sites web a permis de répondre à des besoins d'information jusqu'alors non satisfaits. Cependant, pour mieux répondre aux attentes des citoyens, les administrations doivent aller plus loin et proposer en ligne de nouveaux services qui doivent viser une plus grande personnalisation de la relation avec l'utilisateur : simulation de calcul de prestations et de contributions, stockage et accès aux données administratives en ligne, prises de rendez-vous et réservations de place dans les équipements publics...

- **L'administration électronique doit être un facteur de réduction des contraintes *a priori* imposées aux usagers, et notamment des pièces justificatives à produire.** Ainsi, le remplacement de l'obligation de pièces justificatives par un mécanisme de déclaration sur l'honneur assortie de contrôles *a posteriori*, comme cela a été fait, en 2002, pour les attestations de dons aux œuvres et de cotisations syndicales traditionnellement jointes aux déclarations de revenus, constitue un véritable pari sur la confiance. Cette logique de confiance doit être généralisée à tous les usagers, même non internautes, et étendue à d'autres exemples. D'une manière générale, il est important que ce type de logique, qui peut se décrire du côté des administrations comme une politique de gestion du risque, soit à chaque fois autorisé et défini par le niveau compétent, par une modification des textes applicables (lois, règlements, circulaires).

- **L'interactivité des procédures en ligne doit être maximale, en ne se bornant pas à une simple mise en ligne des formulaires papier.** Parmi les Français prêts à

effectuer des démarches administratives en ligne, 89 % préfèrent des services qui leur permettent de remplir les formulaires sur leur ordinateur et de les renvoyer en ligne plutôt que le simple téléchargement de formulaires à renvoyer par courrier (sondage Taylor Nelson Sofres pour le Forum des droits sur l'internet). Plus encore, il est nécessaire de tirer tout le profit des possibilités de l'internet en matière de personnalisation du service, ce qui implique par exemple de simplifier les formulaires proposés en ligne en les adaptant en fonction des réponses aux questions posées précédemment. Il faut aussi, par cette interactivité maximale, remédier à l'absence de contact humain propre aux démarches par l'internet, en prévoyant les réponses aux questions que poserait l'utilisateur s'il se trouvait face à un agent de guichet. Les modalités d'organisation de cette interactivité sont multiples : formulaires dynamiques qui s'adaptent en fonction des réponses aux questions antérieures, messages d'alerte en présence de réponses incohérentes, aides contextuelles, voire articulation du service en ligne avec une ligne d'appel téléphonique...

• **Il faut compléter l'offre d'information publique en ligne en allant vers une obligation de publicité des actes administratifs en ligne** chaque fois qu'une telle obligation existe sous forme papier. Il faut rapidement mettre en œuvre le rapport du Conseil d'État, du 27 septembre 2001, sur la publicité et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, qui proposait notamment de consacrer dans la loi la publication du *Journal officiel* sous forme électronique le même jour que sous forme papier, de rendre obligatoire dès leur publication les actes qui n'ont pas la nature d'actes individuels et de définir par décret des catégories d'actes administratifs pour lesquelles, eu égard à leur nature, à leur portée et au public qu'ils concernent, la publication sous forme électronique serait suffisante. La logique de ce rapport, qui donne une portée juridique à la publication en ligne, peut être étendue à d'autres actes, notamment ceux publiés aux bulletins officiels des ministères et aux recueils des actes administratifs des préfectures. Quant aux collectivités locales, qui sont régies par le principe de libre administration, elles doivent être incitées à systématiser la mise en ligne, qui est bien souvent un mode de publicité plus pertinent que l'affichage.

Généraliser les meilleures pratiques pour assurer la confiance des usagers

Bien connu dans le domaine du commerce électronique, le besoin de confiance est une problématique récurrente des échanges sur l'internet, où l'on n'a pas d'interlocuteur physique et où l'on peut toujours craindre qu'un message se perde. Ce besoin est peut-être encore plus pressant dans le domaine de l'administration électronique. Du côté des responsables de services publics, il s'agit d'être certain que toutes les règles et toutes les garanties qui entourent l'accomplissement de leurs fonctions peuvent trouver leur équivalent dans une procédure dématérialisée. Cette problématique de la confiance est également déterminante pour les usagers, puisque les échanges réalisés en ligne se substituent, pour eux, à des démarches lourdes d'enjeux juridiques et financiers, qu'il s'agisse de solliciter une prestation, de s'acquitter d'une obligation, voire de payer un impôt. Les choix effectués dans la mise en place de l'administration électronique doivent s'attacher à combler ce besoin de confiance.

- **Des règles claires de validation et de confirmation** des démarches effectuées en ligne doivent être posées. Les services d'administration électronique doivent s'attacher à préciser à partir de quel moment de la téléprocédure l'internaute est engagé par sa déclaration en ligne. Ils doivent récapituler les informations transmises par l'internaute pour lui permettre une vérification avant validation.

De même, il est important que les démarches effectuées en ligne se traduisent par des accusés de réception de l'administration qui assurent aux citoyens que la démarche effectuée en ligne a bien été prise en compte.

À cet égard, il convient de distinguer deux types d'accusés de réception. Le premier type est un accusé de réception électronique traduisant uniquement le fait que la demande est bien parvenue à l'administration. Le deuxième type, prévu par l'article 19 de la loi du 12 avril 2000, doit indiquer à l'utilisateur que l'administration possède tous les éléments pour traiter la demande et la date à laquelle celle-ci est réputée acceptée ou rejetée ainsi que la désignation, l'adresse et le numéro de téléphone du service chargé du dossier. Dans certains cas, l'administration sera en mesure d'adresser un accusé de réception unique. Dans d'autres cas, deux accusés de réception distincts seront envoyés successivement à l'utilisateur. Ces accusés de réception seront souvent générés par le serveur, à partir d'une récapitulation des données fournies. Parfois, le deuxième accusé de réception ne pourra être transmis qu'après vérification par un agent de l'administration. Quelles que soient les modalités retenues, ces accusés de réception constituent une demande importante des usagers de l'administration électronique.

- **Des droits d'accès en ligne aux informations saisies ainsi que de modification de celles-ci doivent être reconnus**, notamment dans le cas des déclarations soumises à une date limite. Il s'agit d'éviter que l'usage d'une téléprocédure puisse se retourner contre l'utilisateur, puisque celui-ci peut, dans le cas des démarches auprès des guichets, modifier les déclarations ou les demandes qu'il adresse à l'administration ; il est important que les mêmes possibilités lui soient offertes en ligne. Cela implique, par exemple, que dans les procédures d'inscription en ligne à des concours administratifs, il soit possible de changer le choix d'options jusqu'à la date limite d'inscription.

- **L'ergonomie du service proposé en ligne doit rendre le remplissage d'un formulaire électronique aussi souple que celui d'un formulaire papier.** À titre d'exemple, il faut permettre aux usagers d'interrompre leur remplissage du formulaire à tout moment. Le serveur de l'administration doit donc stocker les formulaires en cours de traitement par les usagers pour leur permettre d'interrompre à tout moment leur démarche et de la reprendre facilement sans recommencer à partir de zéro. Les circulaires et textes réglementaires relatifs aux sites internet publics et aux téléprocédures doivent le cas échéant être adaptés pour permettre cette meilleure ergonomie.

- **Les administrations publiques doivent définir et afficher clairement une politique bienveillante en cas d'incidents techniques** dus à l'indisponibilité d'un serveur ou encore à l'utilisation, pour présenter une demande, de formulaires obsolètes maintenus en ligne par erreur sur un site public. Dans de tels cas, les principes juridiques classiques ne conduisent à la reconnaissance d'une

responsabilité de l'administration que dans des cas restreints. Or, devant de tels incidents, qui sont finalement assez rares, l'administration est généralement assez bienveillante, acceptant de prendre en compte les incidents techniques au-delà de ce que les stricts principes de la responsabilité administrative impliqueraient. Il est important que cette politique bienveillante soit à la fois précisée et clairement affichée pour renforcer la confiance dans l'administration en ligne.

- **L'emploi des logiciels libres peut être une voie pour renforcer la confiance dans l'administration électronique.** L'accès aux codes sources ne peut en effet que rassurer les internautes sur les traitements informatiques qui sont faits à partir des données administratives. Il permet à la fois une meilleure transparence sur l'activité de l'administration mais favorise également la pérennisation de l'information en facilitant la récupération des données administratives en cas d'évolution technologique.

Apprendre à gérer le courrier électronique des usagers de l'administration

Même si c'est d'abord à usage interne que les administrations se sont dotées de courrier électronique, elles commencent à les utiliser dans leurs relations avec les usagers. Pourtant, un certain flou persiste sur le statut juridique des courriers électroniques adressés aux collectivités publiques. Très souvent, un message électronique n'est pas regardé comme une façon valable de saisir l'administration d'une demande, avec toutes les conséquences que cela implique, par exemple en matière de naissance d'une décision implicite d'acceptation ou de rejet.

Or, il n'y a pas en droit de raison valable de refuser de regarder un courrier électronique comme un véritable courrier, d'autant que l'apparition de la signature électronique et des formules de lettres recommandées électroniques pourront donner toutes les garanties nécessaires à la validité des messages électroniques envoyés aux administrations. Il est donc temps de dissiper le flou qui entoure l'usage du courrier électronique dans les échanges avec les administrations.

- **Il faut systématiser l'équipement des administrations en adresses de courrier électronique.** Le courrier électronique n'est pas un gadget et les Français peuvent légitimement demander aux administrations d'être capables de lire les messages qu'ils leur adressent par voie électronique et de leur répondre par ce biais. C'est pourquoi les adresses de courrier électronique des services qui gèrent leurs demandes et leurs dossiers doivent leur être communiquées. Les sites internet des administrations doivent à cette fin préciser les adresses de mël des principaux services administratifs, sans se contenter de la simple adresse du webmestre.

- **Les administrations doivent définir et afficher des politiques de traitement des courriers administratifs qui leur sont adressés.** L'important est qu'une demande adressée à une administration ne reste sans réponse du seul fait qu'elle est parvenue par voie électronique. C'est une logique d'assimilation qui doit être retenue interdisant la discrimination dans le traitement du courrier selon le mode de réception, mais reconnaissant en l'état des techniques couramment utilisées certaines spécificités aux courriers papier (signature manuscrite, envoi en recommandé).

- **La gestion des boîtes aux lettres électroniques des sites publics** est un enjeu important dans cette entrée du courrier électronique dans les usages administratifs. Il est important que ces boîtes aux lettres ne se limitent pas à la simple indication de l'adresse du webmestre, mais soient structurées de manière à inviter l'administré à préciser l'objet de son courrier ainsi que les renseignements, par exemple le domicile, qui permettront de trouver le service compétent pour gérer sa demande. Un tel effort de structuration de la demande adressée aux administrations est nécessaire pour permettre une gestion efficace des courriers reçus par le biais des sites internet.
- **Les courriers électroniques envoyés par l'administration doivent mentionner le nom d'un agent**, même s'ils sont envoyés à partir d'une adresse qui correspond au nom d'un service et non à celui d'une personne. Ils doivent en effet permettre l'identification de l'agent chargé de l'instruction d'un dossier, comme l'impose la loi du 12 avril 2000 sur les droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.
- **Les administrations doivent se mettre en état de recevoir des « lettres recommandées » électroniques qui commencent à apparaître**, qu'il s'agisse du service lancé par La Poste, qui permettra au cours de l'année 2003 d'envoyer en lettre recommandée des courriers électroniques, ou des offres des opérateurs privés, qui agissent comme des tiers d'archivage. Les collectivités publiques doivent se préparer à recevoir de tels envois, dont les avantages en termes de gain de temps pour les administrés sont évidents. Elles peuvent également, dans bien des cas, envisager avec profit de recourir à ces services, lorsqu'elles écrivent à des administrés qui se sont fait connaître d'elles par voie électronique. Ces services jouent une fonction utile d'horodatage et d'archivage des messages, même si, en l'absence de jurisprudence, il n'est pas certain que leur usage puisse être regardé comme une véritable lettre recommandée, lorsque des prescriptions législatives ou réglementaires imposent une telle formalité. Il convient donc d'étudier l'intérêt de modifier les textes applicables afin de permettre à l'utilisateur d'utiliser des procédés électroniques offrant les garanties suffisantes en terme d'authentification de son identité et de certification de la date de réception.

Introduire progressivement la signature électronique sans en faire un préalable au déploiement des téléservices

Longtemps attendue comme une condition préalable à la consolidation des relations juridiques en ligne, la signature électronique existe enfin en droit français, et les prestataires commencent à diffuser leurs offres fondées sur le principe de la cryptographie asymétrique, qui repose sur un couple entre une clé publique et une clé privée. Dans le domaine administratif comme dans le domaine commercial, cette offre de signature électronique est de nature à renforcer la sécurité juridique des échanges en ligne. Cependant, dans un marché très loin de la maturité, les administrations sont fortement sollicitées pour créer une demande, en soumettant les téléprocédures à l'exigence d'un certificat de signature électronique, que les usagers devraient se procurer auprès des prestataires privés. Or, il importe de ne pas réduire les choix en matière d'administration électronique à cette dimension de politique industrielle. Il faut garder à l'esprit les exigences propres aux services publics, qui se doivent d'être largement ouverts aux citoyens, sans surestimer les contraintes de sécurité, et de ne

pas s'illusionner sur la volonté des usagers d'investir dans un certificat pour effectuer des démarches ou payer des impôts en ligne. Les opérateurs de signature électronique peuvent d'ailleurs trouver un modèle économique aussi pertinent dans la fourniture de certificats pour le compte d'administrations que dans la vente au public de certificats. Compte tenu de ces éléments, et de l'intérêt évidemment réel qu'apporte la signature électronique dans l'administration électronique, le Forum des droits sur l'internet recommande une introduction progressive et raisonnée de l'exigence de signature électronique.

- **Il ne faut pas faire de l'usage de la signature électronique un préalable systématique au déploiement des services en ligne.** Il est de nombreux services, comme la simulation d'impôts, dont l'usage doit pouvoir rester anonyme. Même quand l'identification ou l'authentification des usagers est nécessaire, elle peut très souvent fonctionner sur la base de simples identifiants et mots de passe. Quant au besoin de signature à proprement parler, il ne doit pas être surestimé : ce n'est pas parce que les formulaires papier comportent une case destinée à la signature du demandeur que leur équivalent électronique devrait être revêtu d'une signature électronique, car bien souvent la signature est demandée sur le formulaire papier sans avoir de réelle portée juridique. Le principe à retenir est que les téléprocédures fonctionnent sur une base déclarative, sans être subordonnées à l'emploi des technologies de la signature électronique.

- **Les administrations doivent engager une réflexion approfondie sur les considérations qui peuvent imposer le recours à la signature électronique.** De manière générale, et en l'état actuel des techniques, le recours aux technologies de la signature électronique ne paraît véritablement indispensable qu'au nom de deux considérations. Les premières tiennent à l'engagement juridique de la personne signataire, lorsqu'une demande a pour effet d'engendrer des droits, et qu'il est important de s'assurer que la déclaration faite en ligne ne pourra pas être répudiée par l'utilisateur, par exemple pour prouver la mauvaise foi en cas de déclaration frauduleuse. Les secondes tiennent à la confidentialité des données auxquelles le service donne accès, par exemple en matière médicale ou fiscale, notamment quand le secret est imposé par la loi. En revanche, il serait excessif d'étendre l'exigence de signature électronique à tous les services qui donnent accès à des données nominatives, la pratique actuelle acceptant pour de nombreuses données nominatives traitées par divers téléservices de s'en tenir à des techniques d'identifiants et de mots de passe. Il importe donc, dans ce domaine, d'adopter une approche pragmatique afin d'étudier au cas par cas l'intérêt d'une signature électronique afin de ne pas empêcher le développement de l'administration électronique.

- **Des toilettes de textes réglementaires et de circulaires peuvent se révéler nécessaires** lorsque, rédigés pour une démarche papier, leur application littérale au monde numérique entraînerait une exigence de signature électronique qui paraîtrait excessive. Les techniques d'identifiants et de mots de passe doivent pouvoir être utilisées lorsqu'il n'y a pas de raison de fond imposant une signature électronique, soit pour éviter que la déclaration ne soit répudiée par le demandeur, soit pour protéger la confidentialité des informations auxquelles il est donné accès.

- **Les administrations ne doivent pas *a priori* s'interdire de fournir elles-mêmes aux usagers les outils de la signature électronique** lorsque celle-ci apparaît nécessaire compte tenu des caractéristiques du téléservice en cause. Le pragmatisme du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie l'a ainsi amené à distribuer près de 150 000 certificats de signature électronique aux contribuables lors de la campagne de télédéclaration des revenus en 2002. Des pratiques similaires de distribution gratuite de certificats ont été également retenues dans d'autres pays. Pour des raisons de simplicité, de coût, et d'imaturité du marché de la signature électronique, de telles pratiques de distribution gratuite paraissent s'imposer lorsque les administrations entendent subordonner à une exigence de signature électronique l'accès du grand public à un téléservice.

- **Les choix en matière de signature électronique dépendront aussi des décisions à venir du gouvernement sur le projet de portail personnalisé www.monservicepublic.fr et sur la carte d'identité électronique** (cf. la troisième section p. 71 de la présente recommandation). Parmi les principaux bénéfices attendus d'un portail personnalisé, figure en effet la mise en place d'un service mutualisé d'identification des usagers qui pourrait reposer sur les technologies de la signature électronique, et qui économiserait des fonds publics et simplifierait la vie des usagers. De même, une éventuelle carte d'identité électronique pourrait être le support matériel d'un ou plusieurs certificats de signature.

Permettre la gestion des incidents et des recours administratifs et contentieux en ligne

Les modes de règlement des litiges avec l'administration, qu'il s'agisse des recours administratifs (gracieux ou hiérarchiques), des recours contentieux ou même des modalités alternatives de règlement des litiges (Médiateur de la République, médiateurs mis en place dans divers ministères), sont conçus dans le cadre d'une administration « papier ». Avec la généralisation prévue des téléservices publics personnalisés, ces modes traditionnels de règlement des litiges sont l'objet de nouvelles attentes : la perspective d'un recours en ligne paraît naturelle. Mais au-delà de cette attente, une réflexion de fond doit être menée sur la résolution des incidents et des litiges dans le monde de l'administration électronique.

- **Les administrations doivent permettre la formation de réclamations et de recours administratifs en ligne.** Elles doivent à cette fin prévoir des boîtes à lettres qui permettent au demandeur de préciser l'objet de son courrier et d'être orienté vers le service compétent. Pour établir que le recours administratif a été formé dans le délai du recours contentieux, il peut être utile soit que l'utilisateur puisse recourir à des formules d'accusé de réception en ligne soit, plutôt, que l'administration accuse réception des réclamations dont elle est saisie par courrier électronique.

- **Les autorités administratives indépendantes doivent permettre leur saisine en ligne.** C'est déjà le cas pour certaines d'entre elles, qui ont mis en place des formulaires de saisine en ligne (Commission de sécurité des consommateurs à partir du site internet du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie : www.minefi.gouv.fr). Le mouvement doit être généralisé, notamment pour les

autorités administratives qui contribuent à la transparence de l'administration comme la Commission d'accès aux documents administratifs. Les exceptions à la saisine par courrier électronique ne peuvent être justifiées que par une considération forte tenant au mode de saisine, par exemple le filtre obligatoire d'un parlementaire dans le cas du Médiateur de la République.

• **Les recours contentieux en ligne doivent être rendus possibles par l'équipement des greffes de juridictions en adresses de courrier électronique et de service d'horodatage des messages reçus.** Il est reconnu par la jurisprudence, depuis un arrêt du Conseil d'État du 28 décembre 2001 qui donne au recours par courrier électronique le même régime juridique qu'au recours par télécopie, c'est-à-dire qu'ils interrompent le délai de recours contentieux mais ne satisfont pas à l'obligation de signature de la requête, ce qui nécessite un envoi papier ultérieur. L'utilisation du courrier électronique pour former des recours contentieux ne pourra être véritablement développée que si les juridictions administratives s'équipent d'adresses de courrier électronique au nom de leurs greffes.

• **Les possibilités de médiation en ligne en cas d'incidents ou de litiges doivent être encouragées.** Il faut en particulier insister sur la saisine en ligne des médiateurs qu'ont créée récemment différents ministères. Ces médiations en ligne peuvent être particulièrement utiles en cas d'incidents liés au fonctionnement technique des téléprocédures.

Satisfaire de nouveaux besoins en matière de services publics en ligne

Dépassant le strict cadre juridique, les recommandations qui suivent ont pour objet d'énoncer les demandes prioritaires en termes de services pour le développement de l'administration électronique. Ces propositions procèdent d'une analyse des services existant actuellement en France ainsi que des lacunes que révèle cette offre de services en ligne. Elles se sont dégagées au fil des auditions et de la consultation des acteurs locaux dans le cadre de la mission Truche.

Il apparaît en effet que si l'on veut passer à une autre échelle et véritablement déployer l'administration en ligne auprès du grand public, un changement de démarche est nécessaire : alors que les administrations s'en sont essentiellement tenues jusqu'ici à la mise en ligne de formulaires papiers, éventuellement sous forme interactive, il faut passer à de véritables services administratifs en ligne, apportant une réelle valeur ajoutée aux citoyens.

Or, certains services en ligne peuvent être, de ce point de vue, exemplaires : ils peuvent éviter aux citoyens les demandes et déclarations identiques auprès de plusieurs services, leur permettre de gérer leurs besoins les plus courants, fussent-ils les moins avouables, comme le paiement de contraventions, ou plus simplement payer leurs contributions publiques à l'aide d'une carte bancaire ; ils peuvent, enfin, conduire à inventer de nouveaux accès à la justice et à la police.

Réduire les formalités liées à certains événements de la vie : pour des « grappes de services » à la française

Outre les gains de temps et de déplacement qu'elle offre à l'utilisateur, l'administration électronique peut réduire le nombre de formalités qui s'imposent à lui. À cet égard, limiter les doubles ou triples déclarations auprès des services administratifs à l'occasion de certains événements de la vie (changement d'adresses, changement dans la situation vis-à-vis de l'emploi, mariage, naissance d'enfant) paraît particulièrement indiqué pour simplifier la vie quotidienne des citoyens : c'est ce que les Québécois ont appelé les « grappes de services », lorsqu'ils ont décidé d'organiser l'information sur les services administratifs et la prestation de ces services autour de ces événements de la vie. D'autres pays ont adopté une même démarche. C'est par exemple le cas de l'Italie qui propose, sur le portail www.italia.gov.it, l'accès aux services administratifs autour des principaux événements de la vie (« *eventi della vita* »). C'est également ce que souhaitent appliquer les Irlandais dont le modèle de « *Public Services Broker* » propose, notamment, une offre de services organisée par thématiques et présentée sous la forme d'événements de la vie du citoyen (voir annexe 3).

Pour tirer tout le bénéfice de l'administration électronique, la France doit, elle aussi, faire l'effort de partir des demandes des usagers, et donc organiser les circulations d'informations entre administrations pour leur épargner les doubles ou triples déclarations ou demandes ayant trait à un même objet.

Dans cette démarche de grappes de services, le Forum des droits sur l'internet recommande les priorités suivantes :

- **Le changement d'adresse** est probablement le plus courant de ces événements qui engendrent des démarches répétitives auprès de diverses administrations. Le gouvernement a annoncé une action spécifique pour aider les Français à gérer ces changements d'adresse. Les outils et les méthodes, qu'il présentera sur ce sujet, pourront être utilisés pour d'autres « grappes de service ».
- **Les changements de la situation familiale** (naissance, mariage, décès) sont également un domaine où la circulation d'informations entre les administrations pourrait être organisée. Les administrations concernées sont ici, outre l'état civil, l'administration fiscale et les administrations sociales (assurance maladie et, selon les cas, allocations familiales et assurance vieillesse).
- **Le changement dans la situation au regard de l'emploi** (perte d'emploi, nouvel emploi...) intéresse également plusieurs administrations. Outre le service public de l'emploi (Agence nationale pour l'emploi et Assedic), il concerne également au moins l'assurance maladie.
- **La mise en place des « grappes de service » sera facilitée par la création d'un portail administratif personnalisé : www.mon-service-public.fr.** Même si les deux chantiers sont distincts, une avancée concrète dans le domaine des services en ligne personnalisés stimulera la réflexion des administrations en matière de circulation des informations

Permettre de gérer les besoins courants

La gestion des besoins courants est un des apports essentiels de l'administration électronique. C'est en effet pour mieux gérer ce type de besoins, qui sont souvent répétitifs, que les citoyens peuvent véritablement trouver un intérêt à se familiariser avec le service en ligne et à entrer dans leurs ordinateurs les informations qu'ils souhaitent transmettre à l'administration. Le service de déclarations sociales en ligne www.net-entreprises.fr est un bon exemple de réponse à de tels besoins : il est intéressant pour tous, aussi bien l'administration que les entreprises, d'automatiser la saisie et le traitement de déclarations sociales qui doivent être répétées à intervalles réguliers. À l'inverse, pour des démarches exceptionnelles, comme par exemple une demande de permis de construire, il y a moins de bénéfice pour l'utilisateur à former sa demande en ligne (même s'il peut y avoir un vrai intérêt à pouvoir suivre cette demande en ligne).

C'est pourquoi il convient de donner une priorité au développement des téléservices qui correspondent à de tels besoins courants. C'est ce qui est fait par exemple en matière fiscale par la mise en place d'une possibilité de déclarer ses revenus en ligne.

Le Forum des droits sur l'internet recommande que soit systématiquement exploré ce type de besoins des usagers, qu'il s'agisse d'une démarche à laquelle ils sont tous astreints, ou de démarches qui intéressent plus particulièrement certains secteurs de la population. Quatre domaines semblent particulièrement intéressants :

- **Le suivi en ligne par l'utilisateur d'une demande adressée à l'administration est une attente forte des usagers.** Cette possibilité existe déjà dans certains services pilotes. Mais cette fonctionnalité devrait être répandue dans l'ensemble des administrations en permettant la consultation en ligne de l'état d'avancement du dossier.
- **Les demandes en ligne d'extraits d'acte d'état civil sont également un domaine où les attentes sont fortes.** Ce domaine devrait constituer une priorité de l'administration électronique.
- **La déclaration de perte ou de vol de papiers d'identité** devrait également constituer un domaine privilégié. Il faudrait ainsi permettre d'effectuer en ligne la déclaration de perte ou de vol.
- De manière plus particulière, **il serait également opportun que soit mise en place une possibilité de paiement en ligne des procès-verbaux de stationnement.** Un tel service offrirait un gain de temps évident pour les usagers, par rapport à l'obligation dans laquelle ils sont aujourd'hui de se procurer un timbre fiscal et d'envoyer une carte réponse. Un paiement de ces contraventions pourrait également être envisagé par téléphone portable.

Mettre en place le paiement par carte bancaire

Alors que l'utilisation de la carte bancaire constitue à l'évidence le moyen le plus simple de paiement par internet, son utilisation sur les sites publics reste encore très peu développée. Les sites publics s'en tiennent généralement pour le paiement,

notamment en matière fiscale, à des formules d'inscription préalable puis de prélèvement bancaire qui engendrent une lourdeur certaine pour l'utilisateur. Les usagers se voient ainsi privés d'une fonctionnalité qu'ils peuvent légitimement attendre des services publics en ligne. Les opérateurs de téléprocédures, notamment les collectivités locales et les établissements publics, se voient aussi entravés dans les projets qu'ils pourraient avoir pour le développement des services en ligne.

L'urgence qu'il y a à permettre le paiement par carte bancaire auprès des administrations est depuis longtemps identifiée, puisqu'un comité interministériel pour la réforme de l'État, du 26 février 1998, dépassant le simple cas des sites internet, avait déjà décidé la généralisation de l'utilisation de la carte bancaire. Un autre comité interministériel, en date du 12 octobre 2000, avait renouvelé cet objectif en décidant le développement des paiements par carte bancaire sur les sites internet publics.

Puisque l'objectif a été tracé de longue date, il est temps d'offrir aux usagers des services publics cette possibilité de paiement par carte bancaire.

Développer les services de justice en ligne

La justice est probablement en France aujourd'hui le domaine d'intervention publique qui demeure le plus en retard dans son offre de services en ligne. La sphère judiciaire ne s'est pas engagée au même titre que le fisc, ou même les administrations sociales, dans une politique de fond pour proposer à moyen terme aux internautes l'accès à l'ensemble de ses services. À l'exception notable de la procédure de demande d'extrait du casier judiciaire en ligne et de la procédure de signalement des sites à caractère pédophile, aucun service en ligne n'est proposé au public au plan national. Cette inertie contraste avec le volontarisme de certaines juridictions, comme le greffe du tribunal de commerce de Paris, dont les réalisations montrent toutes les possibilités des services en ligne.

Certes, des raisons de fond peuvent expliquer cette situation : les enjeux juridiques évidemment lourds qui sont propres au monde de la justice, la nécessité pour un certain nombre de procédures d'adapter les textes applicables qui décrivent de manière détaillée des procédures papier, des réformes successives et ambitieuses dans d'autres domaines...

Cependant, il faut surtout lever les freins culturels de ce secteur pour qu'il prenne la pleine mesure des apports de la e-administration. La justice est en effet, à n'en pas douter, l'un des grands domaines où les citoyens attendent un État plus proche d'eux. Tirer parti des nouvelles technologies pour leur offrir de nouveaux moyens plus simples et plus rapides d'accéder à la justice est l'une des promesses de l'administration électronique.

Pour donner une traduction concrète à la justice en ligne, **le Forum des droits sur l'internet recommande d'agir à la fois par la création de services en ligne et par l'adaptation des textes applicables :**

- **Des services en ligne pourraient être créés en priorité pour les relations directes des justiciables avec les juridictions**, notamment pour le règlement des

litiges pécuniaires. En matière civile, il faudrait que puissent être effectuées en ligne la déclaration au greffe pour saisine directe du tribunal d'instance (articles 847-1 à 847-3 du Nouveau Code de procédure civile) ou encore la demande d'injonction de payer (articles 1405 à 1425 du même Code). De tels services existent à l'étranger. Ainsi, les Britanniques ont créé, en février 2002, un service « *money claims on line* » qui permet de saisir en ligne les tribunaux pour les demandes pécuniaires lorsqu'elles n'excèdent pas 100 000 livres (www.courtservice.gov.uk/mcol).

- **Les juridictions rendent également des services quasi administratifs qui devraient être offerts en ligne.** Il s'agit des missions des juridictions qui ne se rattachent ni à la répression des infractions pénales, ni à la résolution des litiges entre particuliers. On peut penser aux missions des greffes en matière d'état civil, de nationalité ou d'inscription sur les listes électorales.

- **À plus long terme, la dématérialisation des procédures pourrait également toucher les procédures qui font intervenir des auxiliaires de justice.** S'il est probablement assez lourd en termes d'adaptation des textes, un tel mouvement doit être lancé sans retard. Les professions concernées ont déjà commencé à s'y préparer, notamment en matière de signature électronique. En matière civile, le législateur a également déjà posé les jalons de cette évolution, en prévoyant que la signature électronique trouverait également à s'appliquer en matière d'actes authentiques dans des conditions à définir par un décret en Conseil d'État. Par ailleurs, en Autriche, le ministère de la Justice a mis en place, notamment avec l'Association des avocats autrichiens, une application électronique nommée GERVA (*Gesicherter Elektronischer RechtsVerkehr mit Attributen* appelée également « *Secure Electronic Legal Communication with Attributes* » ou système ELC). Le système ELC permet aux tribunaux l'envoi de documents par l'internet aux parties en cause avec la même valeur juridique qu'un envoi papier (www.datakom.at/erv). D'abord limitée à une certaine catégorie d'acteurs (avocats, notaires, banques, compagnies d'assurances...), cette procédure d'envoi dématérialisée est, depuis 2000, élargie.

Au-delà, de ces propositions, il ne semble pas opportun de proposer la mise en place d'un véritable service de dépôt de plainte en ligne car les risques liés à ce service ne peuvent pas être clairement appréhendés et maîtrisés : risques d'abus, difficultés quant à la vérification de l'identité et de la véracité des faits.

Définir les conditions de mise en place d'un portail administratif personnalisé

Le contexte : le projet monservicepublic.fr, le Livre blanc de la mission Truche et le débat public organisé par le Forum des droits sur l'internet

- **Le projet de portail administratif personnalisé**, présenté au comité interministériel pour la réforme de l'État, du 15 novembre 2001, sous le nom de www.monservicepublic.fr, avait pour objet d'offrir aux usagers, sur une seule page web, un accès à l'ensemble des informations sur leurs démarches administratives en

cours. La meilleure illustration de ce projet est une maquette de page web où l'on voit s'afficher des informations à la fois sur les remboursements médicaux à venir, sur la date limite du prochain paiement d'impôts, sur la procédure d'instruction d'une demande de permis de construire ou encore sur la date d'échéance prochaine du passeport.

Ce projet part d'une analyse à la fois optimiste et ambitieuse du développement des services administratifs en ligne :

- une analyse optimiste, car elle postule que les services administratifs en ligne aux particuliers sont en phase de décollage et qu'ils vont bientôt foisonner, rendant intéressante la création d'une interface unique pour les usagers de l'administration électronique ;
- une analyse ambitieuse, car elle prétend tirer parti des nouvelles technologies pour offrir un guichet administratif polyvalent qui n'existe pas dans la réalité des guichets administratifs, et qui peut apporter une véritable valeur ajoutée à l'usager.

Les questions que posait un tel projet en matière de protection des données personnelles ont incité le gouvernement de l'époque à confier à une mission composée de MM. Pierre Truche, Jean-Paul Faugère et Patrice Flichy la rédaction d'un Livre blanc.

• **Le Livre blanc remis le 26 février 2002** au ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'État par cette mission a exprimé la conviction que la mise en place d'un portail personnalisé www.monservicepublic.fr pouvait se faire sans remise en cause profonde des règles de protection des données personnelles.

Le rapport a conclu qu'il n'était pas nécessaire de délivrer aux Français un identifiant unique pour leurs relations avec l'administration, ni d'organiser une circulation généralisée des informations administratives pour tirer tous les bénéfices de l'administration électronique. Pour autant, le Livre blanc indiquait également que de nombreuses questions restaient posées pour qu'un tel service puisse être mis en place, qu'il s'agisse notamment des solutions d'identification des usagers à retenir, des possibilités limitées d'échanges d'informations à prévoir entre administrations ou encore du partage entre ce qui doit être mutualisé pour être géré par le portail et ce qui continuerait à relever de chaque administration.

• **Un débat public a été organisé par le Forum des droits sur l'internet** à la demande du gouvernement, et une synthèse en a été remise, le 16 décembre 2002, au ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de l'Aménagement du territoire et au secrétaire d'État à la Réforme de l'État (voir annexe 2).

Ce débat a montré que le projet de portail administratif personnalisé suscite un réel intérêt de principe mais reste encore mal appréhendé par le public. L'adhésion à un guichet administratif polyvalent administratif en ligne est assez forte, puisqu'elle est partagée par 76 % des Français sondés sur le sujet (sondage Sofres – Forum des droits sur l'internet, septembre 2002), qui sont sensibles à une possibilité de simplification de l'accès à l'administration. Dans la minorité de réticents se trouve une frange non négligeable d'opposants qui craignent les communications d'informations entre administrations.

Au-delà de ce partage de l'opinion, les réunions publiques organisées montrent que les enjeux de protection des données personnelles suscitent une large perplexité, qui s'explique par une large méconnaissance du cadre législatif actuel et par la complexité des problématiques techniques de l'identification en ligne et de la signature. Il a également été souligné qu'un guichet polyvalent des services publics ne devait pas être centré exclusivement sur l'État, qui est loin d'être le seul prestataire de services publics, et qu'il pouvait même peut-être être construit autour des mairies, lorsque celles-ci ont une politique réelle de développement des services en ligne.

Le Premier ministre a, dans son discours du 12 novembre 2002, renouvelé l'intérêt du gouvernement pour le projet de portail administratif personnalisé www.monservice-public.fr, qu'il a placé parmi les projets prioritaires de l'administration électronique.

Tirant les leçons de son travail de plusieurs mois sur le sujet, le Forum des droits sur l'internet souhaite, par les recommandations qui suivent, livrer sa vision d'un tel service www.monservice-public.fr, en analysant les besoins auxquels il doit répondre, la philosophie de protection des données personnelles dans laquelle il s'intègre et les choix techniques qu'il implique.

À quels besoins doit répondre un portail administratif personnalisé ?

Les préconisations pour la création d'un portail administratif personnalisé doivent partir d'une analyse des besoins. Ces besoins sont ceux des usagers dans leurs attentes vis-à-vis de l'administration électronique. Ce sont également les besoins que peuvent exprimer les administrations pour accélérer le développement des téléservices.

• **Le premier besoin auquel devra répondre www.monservice-public.fr est d'offrir en ligne un point d'entrée polyvalent vers les services publics administratifs.** Le portail devra être un guichet polyvalent, sans que l'utilisateur ait à se soucier de savoir si le service qu'il recherche relève de l'État, de la commune, d'une autre collectivité territoriale, d'un organisme d'assurance sociale ou d'un établissement public administratif. Le portail ne pourra en effet faciliter l'accès aux administrations que s'il offre aux usagers le moyen de trouver son chemin dans un monde administratif où les partages de compétences lui restent souvent opaques. Cela ne veut pas dire que le portail se substituerait aux différentes administrations dans le traitement des demandes mais qu'il doit pouvoir orienter l'utilisateur vers elles.

Si ce premier besoin était le seul à se faire jour, www.monservice-public.fr pourrait être un simple portail d'orientation des demandes et ne poserait pas de difficultés en matière de gestion des données personnelles puisqu'il ne traiterait pas de données personnelles. Mais un deuxième besoin est essentiel dans la définition du service.

• **Le deuxième besoin auquel devra répondre le portail est de permettre aux administrés d'accéder directement aux informations qui les concernent et qui sont détenues par les différentes administrations.**

Une fois que l'utilisateur se sera identifié auprès du portail, il pourra accéder à l'ensemble des administrations sans avoir à s'identifier à nouveau, par un identifiant et un code d'accès ou un certificat de signature électronique auprès de chacune des administrations avec lesquelles il est en contact. Il pourra naviguer, à partir du portail, vers les différentes administrations sans avoir à nouveau à décliner son identité. Le portail sera le point d'accès qui gère l'identification et l'authentification de l'utilisateur. Il fournira aux administrations l'assurance que l'internaute est bien celui qu'il prétend être, que celles-ci peuvent lui offrir leurs services en ligne et lui donner accès aux informations qu'elles détiennent sur lui. Il permet ainsi la mutualisation de la fonction d'identification des usagers.

Les exemples étrangers confirment l'intérêt qu'il y a à mettre en place un portail des services rendus aux usagers et montrent que la fonctionnalité la plus attendue est la gestion mutualisée de l'identification des usagers :

- la logique du portail des services est au cœur des réflexions, par exemple au Royaume-Uni avec la mise en place du Government Gateway (www.gateway.gov.uk) ;
- la mutualisation des solutions d'identification et de signature est présentée dans certains pays comme un objectif prioritaire. C'est le cas en Irlande avec le service Reach (www.reachservices.ie) qui a pour fonction de stocker certaines données personnelles d'identification de l'administré pour assurer son identification auprès des services administratifs en ligne et préremplir les formulaires interactifs auxquels il a accès par le biais du service.

Ainsi analysé, le portail administratif personnalisé www.mon-service-public.fr se présente comme un service léger d'interface entre l'utilisateur et les administrations. Il n'a pas vocation à détenir de données personnelles sur ses usagers au-delà de ce qui est nécessaire pour leur identification. Il ne constitue en aucune façon une mégabase de données administratives qui renfermerait toutes les informations administratives relatives aux usagers. En particulier, il n'a pas connaissance ni, *a fortiori*, ne garde trace, de toutes les informations échangées entre les administrations et l'utilisateur, par exemple pour une déclaration de revenu ou une demande de prestation sociale.

À la suite des « idées directrices » définies par le Livre blanc de la « mission Truche » (notion de « coffre-fort électronique » qui renvoie à une grande diversité de dispositifs et d'architectures et aboutit à la constitution de zones sécurisées de stockage des données ; ces « zones » peuvent aller d'un contrôle direct des données par le biais d'une clé unique à l'attribution, à chaque utilisateur, d'un « trousseau de clés électroniques »...), le service proposé se caractérise par sa simplicité de mise en œuvre compte tenu de la complexité des systèmes d'information existants dans l'administration.

Un tel positionnement qui écarte tout risque d'interconnexions et qui fait de www.mon-service-public.fr une interface souple qui serait à la fois un guichet d'accès aux services en ligne et une passerelle d'identification, apporte une valeur ajoutée bien identifiée aux usagers et aux administrations.

Comment assurer le respect des principes essentiels en matière de protection des données personnelles administratives ?

Les principes fondateurs de la protection des données doivent être affirmés et précisés dans le nouvel univers de l'administration électronique. La formulation de ces principes devient cruciale au moment où toutes les informations administratives sont appelées à circuler sur des réseaux informatiques. Or, face à la législation existante, il faut se garder de deux écueils symétriques :

- on ne peut pas balayer l'administration électronique comme un simple phénomène de mode, et en rester purement et simplement à la législation existante. Celle-ci reste tributaire de l'univers dans lequel elle a été élaborée il y a un quart de siècle, celui des grands fichiers publics, et elle n'envisage pas un instant que les particuliers puissent interagir directement à ces fichiers sous une forme autre qu'un droit d'accès, resté dans la pratique assez théorique ;
- on ne doit pas non plus céder à la fascination de la nouveauté et croire qu'il faille aujourd'hui tout réinventer, alors que les principes de la loi de 1978 restent fondamentalement valables et que la CNIL a su, en plus de deux décennies, les traduire en une doctrine précise et cohérente.

Les choix proposés par le Forum des droits sur l'internet pour la création d'un portail administratif personnalisé se placent dans le cadre d'une philosophie exigeante en matière de protection des données personnelles.

- La formule du portail personnalisé doit être conçue comme une simple passerelle entre les usagers et les administrations **afin d'écartier tout risque d'interconnexion généralisée entre les fichiers administratifs.** En effet, la mutualisation de la fonction d'identification va de pair avec le maintien de relations cloisonnées entre l'utilisateur et les différentes administrations auxquelles il a affaire. Le portail administratif personnalisé est dans son esprit complètement opposé à toute idée de centralisation des fichiers administratifs, puisqu'il constitue un simple moyen pour l'utilisateur d'accéder à des services avec lequel il conserverait une pluralité de relations. Le portail administratif personnalisé ne sera pas un fichier unique contenant toutes les données concernant un usager. Il ne sera donc pas possible, à partir du portail, d'interroger les différentes bases de données administratives afin de constituer un profil de l'individu. En définitive, le portail personnalisé ne constitue pas un compte administratif rassemblant l'ensemble des données sur un individu mais une passerelle vers les différents comptes de celui-ci.

- **Le fonctionnement du portail administratif personnalisé doit reposer sur un principe de volontariat et de réversibilité.** L'utilisateur doit être libre de souscrire ou non au portail administratif personnalisé. De même, il doit pouvoir garder une complète liberté dans le choix des services qu'il souhaite obtenir au travers du portail. Enfin, il doit pouvoir choisir à tout moment de ne plus utiliser le portail administratif personnalisé.

Respectueux des grands principes de protection des données personnelles, le portail personnalisé présente toutefois, eu égard aux principes de la loi de 1978,

des originalités qui justifieraient qu'il fasse l'objet d'une consécration législative. Cette inscription dans la loi ne devrait avoir lieu qu'au terme d'une période d'expérimentation qui aurait prouvé l'utilité de www.monservice-public.fr.

Une inscription dans la loi se justifie en effet car il existera un échange d'informations entre le portail et les différents téléservices publics. Il n'y aura pas d'interconnexion des fichiers administratifs car le portail ne centralisera pas les données concernant l'utilisateur contenues dans les différents fichiers. Mais le portail contrôlera l'identification de l'utilisateur et transmettra cette information aux différents téléservices. Cet échange d'informations au contenu limité, du portail vers des téléservices qui resteront cloisonnés, pourrait être prévu dans son principe par la loi.

Si des fonctions complémentaires devaient être confiées au service de portail, faisant de lui davantage qu'un opérateur d'identification, une inscription législative pourrait également se révéler utile. Ce serait le cas notamment s'il était décidé que le service portail puisse assurer un stockage dématérialisé de pièces justificatives (certificat de scolarité, certificat d'imposition...) ou si le service portail intervenait dans la gestion de « grappes de services » en assurant le transfert d'une déclaration ou d'une demande à plusieurs administrations. À cet égard, le portail pourrait comprendre, à un stade plus avancé, certaines informations relatives à l'utilisateur comme son adresse ou sa situation familiale qui seraient communiquées aux différentes administrations. Mais l'utilisation de cette potentialité devrait rester au choix de l'utilisateur.

En outre, **dans le contexte du développement de l'administration électronique, les principes de la législation sur la protection des données personnelles doivent être complétés** pour rendre plus effectifs les droits reconnus aux usagers de l'administration. À cet égard, le Forum considère qu'il **faut tenir compte de la demande croissante de la société en faveur d'une plus grande maîtrise par les individus de l'utilisation qui est faite de leurs données personnelles.**

Cette aspiration n'est que peu prise en compte aujourd'hui par la loi du 6 janvier 1978. Cette loi est conçue essentiellement dans une optique de réglementation *a priori* et de contrôle par une autorité administrative, laissant dans la pratique aux droits des administrés (droits d'accès, de communication, de rectification et d'opposition) un rôle plus secondaire. Or, on voit se dessiner une aspiration croissante des personnes à maîtriser l'usage qui est fait de leurs données, que ce soit pour en interdire le traitement ou pour en permettre au contraire la communication entre deux entités.

Le Forum considère que cette volonté de maîtrise ne peut devenir la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes sur les données publiques les concernant. Si cette exigence apparaît de plus en plus clairement dans certains discours, elle ne peut être considérée comme légitime. En effet, un individu ne peut pas toujours choisir d'être inscrit dans un fichier public (par exemple, il est impossible de refuser d'être inscrit dans le fichier des impôts). De même, il ne peut modifier à sa guise les données le concernant qui sont souvent fixées par la loi. On sait d'ailleurs que le principe du consentement de la personne, principe déterminant du traitement de données, est écarté aussi bien par l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 que par la directive communautaire du 24 octobre 1995 qui prévoit qu'un traitement est légitime s'il est nécessaire au « *respect d'une obligation légale à*

laquelle le responsable du traitement est soumis » ou encore à « l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique ».

Mais, au-delà, il semble dangereux de faire entrer dans le champ du droit de propriété les données personnelles au risque de diminuer la protection des individus. À cet égard, le débat n'est pas si éloigné de celui concernant la commercialisation du corps humain.

Dès lors, comment cette aspiration à la maîtrise des données personnelles peut-elle être mieux prise en compte ?

Tout d'abord, au lieu de se borner à respecter les prescriptions réglementaires propres aux différents fichiers publics, les administrations pourraient élaborer et rendre publiques des chartes de traitement des données personnelles qui rendraient plus transparentes leurs pratiques. La réforme de la loi du 6 janvier 1978 pourrait être mise à profit pour inscrire dans la loi la possibilité de telles chartes, en précisant que ces chartes doivent être conformes aux dispositions réglementaires propres aux fichiers concernés.

Plus essentiellement, le Forum estime que cette aspiration à la maîtrise des données personnelles doit s'engager dans deux directions complémentaires.

• **Les droits d'accès et de rectification prévus par la loi du 6 janvier 1978 pourraient être complétés de manière à prévoir que leur exercice puisse se faire en ligne.** La condition selon laquelle il faut « justifier de son identité » pour exercer ces droits pourrait être remplie dans le cadre de la mise en œuvre de www.monservice-public.fr. L'exercice en ligne rendrait plus effectifs des droits reconnus par la loi mais qui restent aujourd'hui très théoriques car conçus dans une simple perspective de surveillance des fichiers. Il pourrait même donner une nouvelle portée à ces droits en permettant un contrôle accru, car direct et permanent, des citoyens sur leur situation administrative. Permettre ainsi au citoyen de s'informer en ligne sur sa situation administrative, de suivre l'état d'avancement de sa demande, voire d'obtenir en ligne des justificatifs dématérialisés (en matière fiscale, scolaire...), peut également être l'occasion d'**augmenter la transparence dans le fonctionnement de l'administration et de mieux servir le citoyen**. Cependant, compte tenu de l'importante adaptation des systèmes d'information que suppose l'exercice en ligne des droits d'accès et de rectification, la loi ne pourrait en prévoir que la possibilité, et non pas l'obligation pour les administrations.

• **La réforme en cours de la loi de 1978 pourrait également être mise à profit pour créer un dispositif juridique rendant possible, à la demande de l'usager, des dialogues entre des fichiers administratifs.** De tels échanges d'informations réalisés sur autorisation d'un usager devraient être distingués des interconnexions de fichiers réalisés à l'initiative de l'administration. Grâce à un tel dispositif, un usager pourrait, au lieu de joindre une pièce justificative issue d'une administration A à une demande faite à une administration B, faire plutôt une déclaration sur l'honneur et autoriser l'administration B à en contrôler l'exactitude par un dialogue avec l'administration A. Cette réduction des contraintes imposées à l'usager permettrait également d'**augmenter la confiance** dans les rapports qu'il entretient avec l'administration.

Quelles sont les modalités pratiques de fonctionnement du portail administratif personnalisé ?

C'est seulement une fois analysés les besoins en termes de service et la philosophie de protection des données personnelles que doivent être faits les choix concernant les modalités techniques de fonctionnement.

Concernant ces choix, qui portent aussi bien sur les modalités de fonctionnement, par exemple les techniques d'identification, que sur les modalités de mise en place du portail, le Forum des droits sur l'internet formule les recommandations suivantes :

- **Le premier de ces choix est en cohérence avec la philosophie de protection des données exposée plus haut : pas de compte administratif centralisant l'ensemble des données concernant l'utilisateur mais une passerelle lui permettant d'accéder aux différents services de l'administration.** Un compte administratif, réalisé à l'aide d'un identifiant administratif unique, qui pourrait être par exemple le numéro de sécurité sociale, serait à la fois irréaliste, par la refonte que cela suppose de tous les fichiers d'utilisateurs des services publics administratifs, et peu souhaitable du point de vue de la protection des données, car la pluralité des relations de l'administré avec les services administratifs garantit le cloisonnement des fichiers. Le portail administratif personnalisé fonctionnerait sur un système de liens vers les différents services administratifs en permettant à l'utilisateur de consulter auprès de ces services les données qui les concernent.

- **La solution technique d'identification utilisée par le portail doit permettre un niveau de sécurité adapté pour l'utilisateur.** À cet égard, différents systèmes sont envisageables :

- on peut imaginer **l'utilisation d'une carte à puce délivrée aux usagers à cet effet.** C'est vers cette formule de carte à puce que s'orientent plusieurs de nos partenaires pour l'identification des usagers auprès de l'administration électronique (Finlande, Belgique, Italie, ville de Brême...). Cette carte à puce pourrait être la carte de vie quotidienne que le gouvernement envisage de développer pour améliorer l'accès des citoyens à l'administration. Ce pourrait être également une version électronique de la carte d'identité, à développer dans le cadre des réflexions menées au ministère de l'Intérieur sur ce sujet. Le sondage organisé, en septembre 2002, par le Forum des droits sur l'internet avec Taylos Nelson Sofres a montré que les trois quarts des Français étaient favorables à une carte d'identité électronique qui permettrait, notamment, d'effectuer ses démarches administratives par l'internet. Mais la nécessité de l'équipement du grand public en lecteurs de cartes à puce reste naturellement un inconvénient majeur ;
- mais on peut également imaginer **d'autres supports d'identification des usagers, et notamment les certificats logiciels.** C'est cette formule de certificats logiciels qu'a choisie la Grande-Bretagne pour l'identification auprès de son *Government Gateway*, laissant les utilisateurs libres de se fournir en certificats auprès du marché. En France, il serait particulièrement intéressant de mettre à profit le « parc » de 150 000 certificats fournis gratuitement par l'État aux contribuables. Une saine gestion des deniers publics inciterait à prévoir la reconnaissance de ces certificats par www.monservice-public.fr dans une logique d'interopérabilité.

- **Les collectivités locales doivent trouver leur place sur le portail www.monservice-public.fr.** Le portail doit permettre l'accès aux services non seulement de l'État, mais aussi des collectivités locales et des autres prestataires de services publics administratifs. C'est pourquoi sa démarche de mise en place doit être non seulement interministérielle mais aussi inter-services publics. Cela milite naturellement pour un service d'interface qui soit à la fois léger et à la valeur ajoutée bien définie.

Mais cela nécessite, à l'évidence, un véritable pilotage politique du projet. Cela implique notamment que l'utilisateur indique, lors de l'inscription à www.monservice-public.fr, sa commune de résidence afin de pouvoir accéder aux services offerts sur le site de sa commune. De manière symétrique, on peut imaginer un comarquage permettant, à partir des sites locaux, d'accéder au portail administratif personnalisé.

- **Les écrans suivants montrent le fonctionnement concret du portail administratif www.monservice-public.fr.** L'utilisateur devra d'abord s'inscrire auprès du portail en choisissant un mot de passe (schéma 1). Il lui est alors donné un numéro identifiant. À partir du portail, il pourra directement accéder aux différents services disponibles en ligne. Il doit initialiser son inscription auprès de chaque service administratif lors d'une première connexion.

Schéma 1 : L'inscription auprès du portail

The screenshot shows the registration page on www.monservice-public.fr. The browser title is "Monservice-public.fr - Microsoft Internet Explorer". The page header includes the "Service-Public.fr" logo and a "[Aide]" link. Below the header, there is a navigation breadcrumb "Accueil > Monservice-public.fr" and a main heading "M'INSCRIRE A MONSERVICE-PUBLIC.FR".

The registration form is titled "Pour vous inscrire à monservice-public.fr, indiquez les coordonnées suivantes :". It is divided into two sections: "Coordonnées obligatoires :" and "Données facultatives :".


Coordonnées obligatoires :

Nom	MARTIN	Prénoms	Pascal Jean
Nationalité	Française	Adresse	8, Place de la Mairie
Code Postal	97256	Ville	Maisons-sur-Mame
Date de naissance	18/10/1949	Lieu de naissance	Paris
Adresse mail	pascal@monemail.com	Votre Mot de passe	<input type="password"/>

Données facultatives :

Situation familiale	<input type="text"/>	Numéro de téléphone	<input type="text"/>
Nombre d'enfants	<input type="text"/>	Nombre d'enfants mineurs	<input type="text"/>

Schéma 2 : Inscription auprès de chaque service administratif lors d'une première connexion

 ACCEDER A MES SERVICES PUBLICS EN LIGNE

Saisir votre nom, votre identifiant et votre mot de passe

Votre nom :

Votre mot de passe :

Votre numéro identifiant :

 **Service-Public** [Aide]

Bienvenue à La Service-Public.fr de M. Pascal MARTIN

 MES SERVICES PUBLICS EN LIGNE

Les Services publics auxquels je suis inscrit

Vous n'êtes inscrit à aucun service en ligne

Les autres Services publics disponibles

- Inscription à des services communs
Sur le site de France.com-Mon.com
- Déclarer et payer mes impôts
Sur le site du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
- Suivi de mes remboursements de Sécurité sociale
Sur le site de la Sécurité sociale
- Gestion des allocations familiales
Sur le site de la Caisse d'Allocations Familiales
- Contrat de travail judiciaire
Sur le site du Ministère de l'Emploi

Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

au Trésor Public sur le site de paiement de l'impôt

Vous pouvez consulter le guide de paiement de l'impôt et les documents utiles

Un site utile pour communication automatisée (en français) 0800 000000, Service Client Local, service de PAI, service de confidentialité et la possibilité de télécharger les documents téléchargés par l'utilisateur enregistré.

Établissez votre numéro fiscal qui figure dans le cadre "renseignements de la déclaration de l'impôt" de votre site d'impôts :

Numéro fiscal :

Configuration de l'écran :

- Choisir le ou les sites de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
- Choisir le ou les sites de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
- Choisir le ou les sites de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

De site support d'information plus rapide qui permet de gérer une relation avec votre point de contact. Le service est disponible 24 heures sur 24.

Si vous êtes inscrit, vous pouvez télécharger le certificat de situation de ce site auprès de l'Agence de Certification des Administrations et des Professions de Services.

Informations de dernière minute ?



Schéma 3 : Après cette première inscription, l'utilisateur a directement accès, par simple lien hypertexte, aux données le concernant auprès du service auquel il s'est inscrit



Dans l'exemple choisi dans le schéma 2, il devra ainsi fournir à l'administration fiscale des données permettant de l'identifier avec certitude (schéma 2). Cette opération aura pour conséquence de faire ainsi correspondre l'identifiant initial et un identifiant sectoriel, celui des finances. Lors de la prochaine connexion, l'utilisateur, après s'être identifié auprès du portail, aura directement accès, par simple lien hypertexte, aux données le concernant auprès du service auquel il s'est inscrit (schéma 3). Une telle initialisation peut être répétée autant de fois qu'il y a des services administratifs auxquels le citoyen veut avoir directement accès par le portail.

Conclusion

Le lancement d'un portail administratif personnalisé constitue une étape décisive de l'administration électronique. La personnalisation et le guichet polyvalent constituent une amélioration considérable du service rendu au citoyen et les sondages (Sofres, BVA) montrent que celui-ci y est prêt. En outre, un tel service illustre un besoin croissant des usagers : celui d'une maîtrise de leur situation personnelle. À cet égard, **les nouvelles technologies offrent la possibilité de redonner aux citoyens la capacité de pilotage, et peut-être même de contrôle, de leurs relations avec la sphère publique.**

Néanmoins, les éléments exposés plus haut montrent qu'un tel service est délicat à mettre en place, à la fois en termes d'architecture et d'usages. En outre, l'articulation entre un portail national et les portails de ville doit être étudiée.

Dès lors, **la mise en place d'un portail administratif personnalisé réclame une phase d'expérimentation permettant de tester le système et d'affiner son fonctionnement. Un tel objectif pourrait constituer un chantier prioritaire pour l'Agence de l'administration électronique récemment annoncée.** Comme le suggère le rapport confié à Pierre de la Coste, on peut penser que des volontaires motivés, tels que ceux qui ont participé au forum de l'administration électronique, soient les premiers à expérimenter un service de ce type.

En outre, et afin de prendre en compte la dimension locale, on peut envisager qu'autour d'une collectivité locale fortement impliquée soient rassemblés sur un site portail les services de l'État et les établissements publics qui proposent les services en ligne les plus importants. Plusieurs expérimentations dans diverses collectivités (villes, structures intercommunales, voire départements ou régions) pourraient être menées parallèlement pour tester les différentes solutions d'identification possibles : délivrance de cartes à puce de vie quotidienne ou utilisation mutualisée du certificat de signature électronique délivré par l'État pour les déclarations de revenus.

L'administration électronique ne doit pas être vue comme une simple affaire des services de l'État mais aussi comme une façon de rénover l'accès des citoyens aux différents services publics administratifs.

Synthèse des recommandations

Consolider le cadre juridique de l'administration électronique

- **L'administration électronique doit être l'occasion de consacrer une véritable démarche de services aux usagers, pour cela le Forum recommande que :**

- la mise en place de services administratifs par l'internet s'intègre dans une rénovation d'ensemble de l'interface de l'administration avec ses usagers ;
- les modes de fonctionnement des services en ligne soient très précisément articulés avec les services de guichet ;
- la participation des usagers à la définition du service soit un préalable absolu à la mise en place des téléservices et une condition indispensable de leur bon fonctionnement ;
- l'administration électronique soit un véritable facteur de réduction des contraintes *a priori* imposées aux usagers, notamment en remplaçant l'obligation de pièces justificatives par un mécanisme de déclaration sur l'honneur ;
- l'interactivité des procédures en ligne soit maximale, en ne se bornant pas à une simple mise en ligne des formulaires papier ;
- l'offre d'information publique en ligne soit complétée par une obligation de publicité des actes administratifs en ligne.

- **C'est notamment par la généralisation de meilleures pratiques que la confiance des usagers sera assurée, pour cela le Forum recommande que :**

- des règles claires de validation et de confirmation des démarches effectuées en ligne soient posées, notamment en généralisant les accusés de réception de l'administration ;
- des droits d'accès et de modification en ligne aux informations saisies soient reconnus ;
- l'ergonomie du service proposé en ligne rende le remplissage d'un formulaire électronique aussi souple que celui d'un formulaire papier (à titre d'exemple, il faut que les usagers puissent interrompre leur remplissage du formulaire à tout moment) ;
- les administrations publiques définissent et affichent clairement une politique bienveillante en cas d'incidents techniques.

- **Il convient d'introduire une véritable gestion du courrier électronique des usagers de l'administration, pour cela le Forum recommande que :**

- soit systématisé l'équipement des administrations en adresses de courrier électronique ;
- les administrations définissent et affichent des politiques de traitement des courriers administratifs qui leur sont adressés ;
- les courriers électroniques envoyés par l'administration mentionnent le nom d'un agent ;
- les administrations se mettent en état de recevoir les « lettres recommandées » électroniques qui commencent à apparaître.

- **Il convient d'introduire progressivement et de manière raisonnée l'exigence de la signature électronique, pour cela le Forum recommande que :**
 - l'usage de la signature électronique ne soit pas un préalable systématique au déploiement des services en ligne ;
 - les administrations engagent une réflexion approfondie sur les considérations qui peuvent imposer le recours à la signature électronique ;
 - les administrations puissent envisager de fournir elles-mêmes aux usagers les outils de la signature électronique.
- **La gestion des incidents et des recours administratifs et contentieux doit pouvoir être exercée en ligne, pour cela le Forum recommande que :**
 - les administrations permettent la formation de réclamations et de recours administratifs en ligne ;
 - les autorités administratives indépendantes puissent être saisies en ligne ;
 - les recours contentieux en ligne soient rendus possibles par l'équipement des greffes de juridictions en adresses de courrier électronique et de service d'horodatage des messages reçus ;
 - les possibilités de médiation en ligne en cas d'incidents ou de litiges soient encouragées.

Satisfaire de nouveaux besoins en matière de services publics en ligne

- **La circulation des informations entre administrations doit être organisée afin de réduire les formalités pour les usagers lorsqu'un événement de la vie nécessite d'informer différentes administrations. Dans cette démarche de grappes de services, le Forum recommande que cette circulation d'informations entre administrations se mette en place pour les événements suivants :**
 - le changement d'adresse ;
 - les modifications de la situation familiale (naissance, mariage, décès) ;
 - le changement dans la situation au regard de l'emploi (perte d'emploi, nouvel emploi).
- **Les téléservices correspondant aux besoins les plus courants des usagers doivent être développés. Quatre domaines apparaissent prioritaires pour le Forum :**
 - le suivi en ligne par l'utilisateur d'une demande adressée à l'administration ;
 - les demandes en ligne d'extraits d'acte d'état civil ;
 - la déclaration de perte ou de vol de papiers d'identité ;
 - la mise en place d'une possibilité de paiement en ligne des procès-verbaux de stationnement.
- **Le Forum recommande que la possibilité de paiement par carte bancaire en ligne soit offerte aux usagers des services publics.**
- **Le Forum recommande de développer les services de justice en ligne qui répondent aux besoins de proximité et de rapidité exprimés par les usagers. Le Forum recommande que :**
 - des services en ligne soient créés en priorité pour les relations directes des justiciables avec les juridictions notamment pour le règlement des litiges pécuniaires ;

- les services quasi administratifs des juridictions soient offerts en ligne (inscription sur les listes électorales...);
- les procédures juridictionnelles faisant intervenir des auxiliaires de justice soient dématérialisées.

Le Forum ne souhaite pas la mise en place d'un véritable service de dépôt de plainte en ligne car les risques liés à ce service ne peuvent pas être clairement appréhendés et maîtrisés : risques d'abus, difficultés quant à la vérification de l'identité et de la véracité des faits.

Définir les conditions de mise en place d'un portail administratif personnalisé

• **Le Forum recommande la mise en place du portail administratif personnalisé, www.monservice-public.fr, afin de permettre aux administrés d'accéder directement aux informations qui les concernent et qui sont détenues par les différentes administrations.**

• **Le Forum souhaite que les principes essentiels en matière de protection des données personnelles soient affirmés et précisés dans l'optique du portail administratif personnalisé. À cet égard, le Forum recommande que :**

- la formule du portail administratif personnalisé soit conçue comme une simple passerelle permettant à l'utilisateur, à l'aide de liens hypertexte, d'accéder aux différents services de l'administration, et non comme un compte administratif centralisant l'ensemble des données administratives de l'utilisateur ;
- le fonctionnement du portail administratif personnalisé repose sur un principe de volontariat et de réversibilité ;
- le projet de portail personnalisé soit prévu dans son principe par la loi ;
- les droits d'accès et de rectification prévus par la loi du 6 janvier 1978 soient complétés de manière à prévoir que leur exercice puisse se faire en ligne ;
- la réforme en cours de la loi de 1978 soit également mise à profit pour créer un dispositif juridique rendant possibles, à la demande de l'utilisateur, des dialogues entre des fichiers administratifs ;
- l'aspiration des individus à maîtriser davantage leurs données personnelles ne se traduit pas par la reconnaissance d'un droit de propriété sur celles-ci.

• **Concernant les modalités pratiques de fonctionnement du portail administratif personnalisé, le Forum recommande que :**

- les solutions techniques d'identification utilisées par le portail permettent un niveau de sécurité adapté pour l'utilisateur. À cet égard, il peut être envisagé l'utilisation d'une carte à puce délivrée aux usagers, mais également d'autres supports d'identification comme les certificats logiciels ;
- les collectivités locales trouvent leur place sur le portail www.monservice-public.fr. À cet effet, on peut imaginer un comarquage permettant, à partir des sites locaux, d'accéder au portail administratif personnalisé.

Annexe 1

Composition du groupe de travail

Georges CHATILLON, université Paris I

Nicolas CONSO, Caisse des dépôts et consignations

Annie HENRION, délégation interministérielle à la Réforme de l'État

Laurent JACQUES, ministère de la Justice

Marie-Françoise LEMAITRE, Commission pour la simplification des formalités administratives

Laurence LOMME, Commission pour la simplification des formalités administratives

Bertrand DU MARAIS, Conseil d'État

Françoise REGNIER-BIRSTER, Médiateur de la République

Isabelle ROUX-TRESCASES, ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie

Jacques SAURET, Net-entreprise

Alain SOURISSEAU, société Berger-Levrault

Benoît TABAKA, Association des internautes médiateurs

Michel VALDIGUIE, mairie de Toulouse

Isabelle FALQUE-PIERROTIN, Forum des droits sur l'internet

Rapporteurs du groupe : **Jean GONIÉ**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet, **Mathieu HERONDART**, auditeur au Conseil d'État et **Jean-Philippe MOCHON**, maître des requêtes au Conseil d'État.

Annexe 2

Administration électronique et protection des données personnelles⁴

À la suite de la remise, le 26 février 2002, par Pierre Truche, Jean-Paul Faugère et Patrice Flichy au ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'État du Livre blanc *Administration électronique et protection des données personnelles*, le Forum des droits sur l'internet a été chargé par le gouvernement (voir annexes) d'organiser un débat public sur les principaux points identifiés par le Livre Blanc. Il s'est acquitté de cette mission, d'une part, en tenant un débat en ligne sur son site de février à mai (voir annexes), d'autre part, en organisant six manifestations publiques en province auxquelles ont participé de nombreux acteurs locaux (voir annexes). Si les contributions en ligne ont été plutôt spécialisées et assez techniques, le débat public « itinérant » a constitué une expérience unique et originale de consultation directe des citoyens, entreprises, responsables politiques, administratifs ou associatifs. La continuité avec la mission Truche a été assurée à travers Patrice Flichy qui a participé aux débats en province. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a également été associée aux débats, par l'un de ses commissaires, Marcel Pinet.

Le présent document a pour objet de faire la synthèse de contributions exprimées lors de ce débat public.

Il veut éclairer le gouvernement sur les principales interrogations qui se font jour à l'égard du développement de l'administration électronique et, notamment, du projet de service administratif personnalisé, sorte de « portail personnalisé » permettant à tout citoyen de gérer en ligne l'ensemble de ses relations avec l'administration. Les six étapes du débat public ont permis de mieux connaître les attentes et les besoins des Français dans ce domaine et les moyens de définir un équilibre entre des aspirations souvent contradictoires. Leurs enseignements complètent et enrichissent la perception que l'on pouvait avoir à la suite des conclusions du sondage commandé par le Forum des droits sur l'internet en septembre dernier à la Sofres.

Cette présente synthèse sera suivie, début 2003, de la publication de la recommandation du Forum des droits sur l'internet sur « le cadre juridique de l'administration électronique » dont une partie aborde le traitement des données personnelles.

• Rappel des conclusions du Livre blanc

Sans se livrer à une présentation complète du Livre blanc, dont on trouvera une synthèse en annexe, on peut rappeler qu'il présentait à la fois des points de consensus et des interrogations.

⁴ Synthèse du débat public organisé par le Forum des droits sur l'internet, juin 2002-novembre 2002.

Les points de consensus étaient les suivants :

- l'administration électronique doit d'abord répondre à un besoin de simplification pour l'utilisateur ;
- l'administration électronique ne doit pas se traduire par une augmentation du niveau de contrôle sur les individus ;
- il convient d'établir un nouveau pacte de confiance entre l'administration et les usagers de telle sorte que la dématérialisation croissante des dossiers administratifs soit équilibrée par un contrôle plus important de l'utilisateur sur ses données personnelles ;
- l'administration électronique ne doit pas être la seule voie d'accès aux services de l'administration ;
- il ne faut pas augmenter, à l'occasion de la mise en place de services administratifs en ligne, la demande d'identification faite aux individus.

Les interrogations étaient les suivantes :

- les solutions techniques peuvent-elles aider à une protection effective de la vie privée ?
- comment segmenter les téléservices selon une logique qui satisfasse le citoyen ?
- comment l'individu peut-il s'authentifier ?
- ne faut-il pas envisager un bilan des droits et devoirs du citoyen en matière de vie privée ?

• Les principaux enseignements du débat public.

En réponse à ces grandes questions, le débat public organisé par le Forum des droits sur l'internet a apporté les sept enseignements qui suivent :

- 1 - La mise en place de l'administration électronique est accueillie favorablement même si le projet de « portail personnalisé » reste encore mal appréhendé par les citoyens.
- 2 - Les inégalités d'accès et d'utilisation de l'internet, ainsi que les besoins en formation à l'outil internet sont au centre des préoccupations.
- 3 - Un véritable pacte de confiance doit s'instaurer entre l'administration et les citoyens pour que l'utilisation par ceux-ci d'un service administratif personnalisé soit effective. Un tel pacte peut être à l'origine d'un certain nombre de réformes de l'administration.
- 4 - Les citoyens attendent de l'administration en ligne et particulièrement d'un portail personnalisé qu'il leur offre des prestations dont la qualité doit soutenir la comparaison avec celles des grandes entreprises.
- 5 - Les collectivités locales doivent trouver leur place dans la mise en œuvre d'un portail personnalisé d'accès à l'administration.
- 6 - La perspective d'un portail personnalisé en ligne incite à une relecture des principes classiques de protection des données personnelles.
- 7 - Les solutions techniques d'identification et de sécurisation possibles restent floues aux yeux du public, à l'exception de la carte à puce dont il est plus familier.

1 - La mise en place de l'administration électronique est accueillie favorablement même si le projet de « portail personnalisé » reste encore mal appréhendé par les citoyens

1.1. - La perspective de faire leurs démarches administratives en ligne a été bien accueillie par les citoyens, comme porteur de gain de temps et de simplification dans les relations administratives.

- Ceci confirme les résultats d'un sondage que le Forum des droits sur l'internet a commandé à la Sofres en septembre 2002 (« *Les attentes des Français en matière de démarches administratives sur internet* » – www.foruminternet.org). Il en ressort que 48 % des Français sont favorables aux démarches administratives en ligne. Pour eux, internet est synonyme de gain de temps et de déplacement, de rapidité dans le traitement de leur dossier et de services nouveaux. Internet doit simplifier la vie. En outre, ils souhaitent de réels services interactifs entièrement en ligne et pas un simple téléchargement de formulaires. Ils sont même ouverts aux services en ligne les plus avancés que sont la carte d'identité électronique (73 % des Français) ou le compte administratif personnalisé (79 %) qui permettrait de faire l'ensemble de leurs démarches sur internet et de suivre l'évolution de leur dossier administratif.

- D'autres sondages témoignent également du fait que l'acceptabilité des technologies de l'information et de la communication croît. Le sondage Cap Gemini Ernst & Young/Sofres de juin 2002 précise que l'administration en ligne fait déjà partie de l'univers des internautes (74 % d'entre eux ont déjà consulté un site internet administratif) et qu'il est considéré comme étant un outil de simplification des démarches et de proximité entre l'administration et les usagers. De même, un récent sondage Taylor Nelson Sofres (novembre 2002) qui dresse un panorama du « e-gouvernement » dans le monde, montre que les internautes français fréquentent de plus en plus les sites des services publics, au point de devancer leurs homologues espagnols, allemands, italiens et britanniques.

1.2. – Cependant, même si l'administration électronique bénéficie d'un *a priori* favorable, le débat public a également montré que, **pour beaucoup, la mise en place d'un portail personnalisé sur l'internet reste difficile à appréhender.**

- De nombreux intervenants ont considéré que la mise en place d'un portail personnalisé relevait d'un projet lointain et un peu obscur. Alors qu'une partie de la population a déjà des difficultés pour gérer ses démarches administratives sous forme traditionnelle, que la grande majorité des Français n'utilisent pas l'internet ou n'en a même pas l'accès (moins de dix millions de Français disposent d'un compte individuel d'accès à l'internet) et qu'ils sont peu, voire pas du tout, au courant des démarches administratives déjà proposées en ligne, un tel débat reste, dans l'opinion, du ressort des spécialistes.

- En tout état de cause, beaucoup se sont exprimés en faveur d'un portail accessible sur la base du **volontariat**, laissant à chacun la possibilité d'y faire figurer les informations en provenance de tel ou tel service et de s'en retirer à tout moment. Ce souci de volontariat et de **réversibilité** va de pair avec celui de rappeler que cette nouvelle forme d'accès à l'administration ne doit pas supprimer les canaux d'accès traditionnels (guichet, téléphone...).

1.3. – De façon générale, il a clairement été montré qu'il **existe une diversité dans les attentes par rapport à un portail personnalisé et que celles-ci renvoient à un débat de fond sur les besoins des citoyens dans la société.**

- Certains souhaitent gérer eux-mêmes leurs données personnelles. À ce titre, ils estiment que la mise en place d'un portail unique n'est envisageable que si elle s'accompagne d'une possibilité individuelle de contrôle absolu sur les données

personnelles. Ces individus préfèrent souvent segmenter leurs différentes identités et ne souhaitent pas profiter de l'informatique pour les unifier. Ce groupe d'individus est prêt à investir du temps, voire de l'argent, pour exercer lui-même le contrôle. À la limite, une telle attitude pourrait rejoindre celle des « *cyberlibertariens* » américains qui souhaitent construire un monde où tout est secret et codé.

- À l'inverse, beaucoup d'utilisateurs ont *a priori* confiance à l'État pour gérer leurs données personnelles et préfèrent bénéficier d'un service rendu sous réserve, bien sûr, que l'État n'en profite pas pour s'ériger en « Big Brother ». De façon générale, ils ne souhaitent pas assumer toute la tâche de contrôle et, au nom du confort de leur vie quotidienne, s'en remettent à un tiers, en l'occurrence l'État, pour assurer celle-ci.

2 – Les inégalités d'accès et d'utilisation de l'internet, ainsi que les besoins en formation à l'outil internet sont au centre des préoccupations

Une des préoccupations qui a été constamment exprimée par les participants aux débats est que cette nouvelle administration électronique ne profite qu'à certains : les « branchés éduqués ». Pour beaucoup, un facteur déterminant de succès du portail personnalisé est de s'assurer que les citoyens, dans leur ensemble, pourront en avoir effectivement l'accès. **Cet accès doit être assuré tant au niveau des infrastructures qu'au niveau de la maîtrise des usages de l'internet.**

Le sondage Forum des droits sur l'internet/Sofres, de septembre 2002, confirme cette préoccupation puisqu'il y apparaît que les Français qui utilisent le plus souvent l'internet font partie de la tranche d'âge 18-34 ans, sont urbains et sont pour la plupart des cadres ou des classes moyennes salariées. Le sondage montre également que les principaux obstacles relèvent du rapport global à l'internet – manque général d'un accès à l'internet (40 %), ou méconnaissance de son fonctionnement (28 %) – plus que de réticences spécifiques par rapport aux services administratifs en ligne.

2.1. – En matière d'équipement, si tous les usagers qui le souhaitent peuvent se raccorder à internet, il existe néanmoins des inégalités dans l'accès au réseau haut débit. Ainsi, moins de 10 % des communes de plus de 800 habitants bénéficient du haut débit (câble, ADSL) alors que 100 % des villes de plus de 100 000 habitants et près de 80 % de celles de plus de 30 000 habitants ont accès à l'internet de cette façon⁵.

2.2. – L'internet est un nouvel espace de société qui dispose de règles et d'usages qu'il est nécessaire de connaître. Cette appropriation d'une « culture internet » passe par une **sensibilisation aux enjeux et aux usages** de cet outil et donc par un effort de formation tant vis-à-vis des usagers eux-mêmes que des décideurs publics, notamment locaux. Lors des débats, il est apparu que ces derniers sont souvent trop

⁵ Étude menée, en 2001, par Dexia-Crédit local sur le niveau d'équipement des collectivités locales en TIC.

peu formés ou même sensibilisés à la problématique de l'internet ce qui rend plus difficile pour eux de répondre aux attentes des usagers ⁶.

2.3. – Le rôle des espaces publics numériques ou des points d'accès publics dans la formation et la sensibilisation des citoyens a également été souligné. Pour beaucoup, ces lieux jouent un rôle clé pour une appropriation citoyenne de l'outil internet car ce sont souvent les seuls endroits où l'utilisateur peut avoir un accès à ce média. Certains ont souhaité que les points d'accès publics, actuellement en crise du fait de la problématique des emplois-jeunes, soient pérennisés et étendus à tous les quartiers.

De façon générale, beaucoup se sont exprimés en faveur de la multiplication de lieux ou de fonctions « d'accompagnement à l'usage des téléprocédures », lesquels pourraient être assurés par la puissance publique ou par des associations, voire des individus sur le modèle des « écrivains publics ».

3 – Un véritable pacte de confiance doit s'instaurer entre l'administration et les citoyens pour que l'utilisation par ceux-ci d'un service administratif personnalisé soit effective. Un tel pacte peut être à l'origine d'un certain nombre de réformes de l'administration

3.1. – Il semble que le manque de confiance des citoyens vis-à-vis de l'internet soit un des obstacles à un développement harmonieux de l'administration électronique.

Ce constat émane tout autant du débat public itinérant que du sondage que le Forum des droits sur l'internet a commandé à la Sofres en septembre 2002. Même s'il ressort de ce sondage que 48 % des Français sont favorables aux démarches administratives en ligne, il apparaît que 11 % des usagers n'ont pas confiance quant à la sécurisation de la démarche.

3.2. – À l'issue du débat public, il peut être affirmé que ces réticences pourraient être levées et que l'on pourrait passer d'une **logique de défiance à une logique de confiance** si l'administration électronique favorise l'apparition de certains changements dans les relations administration-usager :

- Tout d'abord, les services proposés doivent effectivement représenter un réel bénéfice pour l'utilisateur, une réelle simplification dans les rapports qu'il peut avoir avec l'administration ainsi qu'une meilleure efficacité dans le traitement de ses dossiers (gain de temps, de déplacement, suivi...)⁷. Cette amélioration de « la

⁶ À cet effet, le Forum des droits sur l'internet, dont l'une des missions est d'informer le public sur les questions de droit et de société liées à l'internet, a publié un guide destiné aux décideurs publics chargés de mettre en place des téléprocédures. Ce guide pratique a pour objectif de les éclairer sur les enjeux juridiques et opérationnels liés à la mise en place d'une téléprocédure en leur fournissant un « kit juridique » (guide disponible sur le site www.foruminternet.org).

⁷ Ceci confirme d'ailleurs les résultats du sondage que le Forum des droits sur l'internet a commandé à la Sofres en septembre 2002 : pour les Français, l'intérêt des démarches administratives en ligne réside dans le fait qu'elles procurent un gain de temps et de déplacement (76 %) et permettent de suivre l'état d'avancement d'un dossier (33 %) ou encore permettent de traiter plus rapidement un dossier (29 %).

qualité de service » devrait également se manifester sur les canaux plus traditionnels de relation entre l'administration et les usagers (guichet, téléphone).

- Les services proposés doivent être totalement sécurisés et prévoir le risque de dysfonctionnements. **L'administration doit être prête à traiter rapidement et avec bienveillance les réclamations individuelles liées à des incidents techniques** dus à l'indisponibilité du serveur ou encore à l'utilisation de formulaires obsolètes maintenus en ligne par erreur sur un site public.

- **De nouveaux services doivent être proposés aux citoyens afin d'augmenter la transparence** dans le fonctionnement de l'administration :

- service de suivi de l'état d'avancement des demandes auprès de l'administration ;
- accès permanent des usagers à leur dossier administratif ;
- possibilité de maîtriser ses données personnelles (*cf. infra*).

De façon générale, il a été exprimé au cours des débats l'idée que l'administration devait désormais afficher clairement ce qu'elle faisait, quand et comment.

- Enfin, pour beaucoup, ce pacte de confiance doit aller de pair avec une réduction des contraintes imposées à l'usager. À cet égard, une des suggestions qui a été faite est de diminuer les exigences en termes de pièces justificatives à fournir. L'instauration de la confiance pourrait passer par une **généralisation des déclarations sur l'honneur**. À l'instar de ce qui est déjà admis pour les pièces justificatives ouvrant droit à certaines réductions d'impôts⁸, le citoyen serait ainsi dispensé de les fournir systématiquement mais serait tenu de les garder en cas de contrôle ultérieur.

4 – Les citoyens attendent de l'administration en ligne et particulièrement d'un portail personnalisé qu'il leur offre des prestations dont la qualité doit soutenir la comparaison avec celles des grandes entreprises

La mise en place d'un portail personnalisé doit, selon la majorité de ceux qui se sont exprimés lors du débat public, répondre à la logique des besoins des usagers et non de ceux de l'administration.

4.1. – En effet, les citoyens, dans leur majorité, aspirent à recevoir, grâce à l'internet, de meilleurs services de la part de l'administration et des collectivités. Ils sont sensibles à différents critères (délais, simplification des démarches, suivi des dossiers, connaissance des interlocuteurs, personnalisation, transparence...) et ont certaines exigences (paiement simplifié et totalement sécurisé...).

⁸ La loi de finances pour 2002 a dispensé les internautes qui télédéclarent leurs revenus de produire des justificatifs de dons aux œuvres et de cotisations syndicales. Il convient de noter que le Conseil constitutionnel (DC n° 2001-456 du 27 décembre 2001), se prononçant sur cette disposition de la loi de finances, a estimé que dans le cadre de la transmission de déclaration de revenus par voie électronique, le fait de ne pas avoir à joindre de pièces justificatives ouvrant droit à une réduction d'impôts n'est pas de nature à entacher la procédure car elle a « *pour simple objet de favoriser la déclaration des revenus par voie électronique* » et n'est, de plus, pas contraire au principe d'égalité car elle « *ne dispense pas de la production de ces pièces lors d'un contrôle fiscal ultérieur* ».

- En définitive, ils ont une approche pragmatique et attendent de l'administration un véritable service rendu. Ce faisant, **ils se placent en tant qu'« usagers-clients »** et avancent des exigences de services et de niveau de satisfaction que les administrations ou les collectivités n'ont pas l'habitude de connaître et ne sont pas toujours en mesure de traiter. Il est d'ailleurs intéressant de noter que certaines administrations ont déjà « sauté le pas » et, comme l'Irlande avec les services du *Public Services Broker*, elles emploient le terme de « *customer* » et non plus de « *citizen* » pour décrire les nouvelles relations administration-usagers.

- Une des conséquences de ce changement d'approche est que les usagers semblent souhaiter que les téléservices soient organisés par thématiques (emploi, naissance, déménagement, etc.) plutôt que par secteurs administratifs (impôts, sécurité sociale, allocations familiales...) comme c'est largement le cas aujourd'hui. On passerait ainsi d'une logique de l'offre à une logique de la demande. Beaucoup d'intervenants considèrent que ces deux logiques doivent coexister et, donc, que des sites sectoriels par administration et un portail généraliste organisé par nature de besoins, doivent s'articuler.

4.2. – Certains ont exprimé la crainte que l'administration ne soit pas capable de développer une offre compétitive aussi vite que le plan de généralisation des téléservices d'ici 2005 ne le prévoit et que les délais de déploiement ne favorisent la diffusion de services issus du secteur privé. De grandes sociétés informatiques ou de services proposent en effet déjà des solutions permettant à un individu de gérer ses données personnelles en ligne pour l'ensemble de ses achats. **Il y a donc urgence à ce que la sphère publique détermine assez vite sa stratégie et ses priorités en matière d'administration électronique** au risque de voir des pans entiers de ce secteur pilotés par le secteur privé.

4.3. – De façon générale, le partage des tâches entre le secteur public et le secteur privé dans la construction de l'administration en ligne a suscité de nombreuses interrogations : beaucoup redoutent une privatisation « rampante » de l'État et une remise en cause consécutive des exigences de service public. Cependant, il a été noté que, même s'il est possible pour l'administration de recourir à des prestataires privés, cela ne signifie pas pour autant, compte tenu des règles du droit administratif, que la prestation du service public lui-même serait déléguée, à la différence du modèle irlandais⁹. Cette situation semble convenir au citoyen puisqu'il a été constamment affirmé au cours des débats que l'administration en ligne devait effectivement rester le fait de la puissance publique.

⁹ Il est intéressant de noter que dans un pays comme l'Irlande les services du *Public Services Broker* emploient le terme de « *customer* » et non plus de « *citizen* » pour décrire les nouvelles relations administration-usagers qu'ils veulent mettre en place. Leur perception est que l'usager a des besoins de clients et qu'à ce titre les services proposés mettent le client au centre du dispositif (« *customer-centric* »). Il convient dès lors d'assurer un niveau de confiance maximum tant dans la sécurité des transactions que dans la protection des données personnelles (pour ce faire, le « *customer* » détient notamment une clé privée).

5 – Les collectivités locales doivent trouver leur place dans la mise en œuvre d'un portail personnalisé d'accès à l'administration

La question concerne l'articulation entre les services en ligne nationaux et locaux de façon générale et, en particulier, le dispositif à mettre en place pour le portail personnalisé.

5.1. – En premier lieu, il a été remarqué que l'offre des services administratifs en ligne provient principalement des grands services d'envergure nationale et que les collectivités locales sont encore peu présentes en ligne : seulement 5 % des communes ont un site internet lequel n'est, la plupart du temps, qu'un site vitrine statique et elles ne sont, de fait, que 1 % à utiliser l'internet de manière interactive ¹⁰.

Dans un tel contexte, les collectivités locales ont une perception assez imprécise et plutôt négative de ce que pourrait être un portail personnalisé : comme certains citoyens, elles imaginent des bases de données centralisées en un point unique ce qui leur fait peur.

5.2. – Il a été reconnu au cours des débats qu'un **portail national ne saurait se substituer aux portails locaux et donc qu'une articulation était à prévoir entre eux, pour au moins trois raisons** :

- tout d'abord, offrir une offre globale (services nationaux et services locaux – les seconds renvoyant par des liens hypertextes aux premiers) et assurer ainsi un **continuum de service** dans toute la sphère publique ;
- ensuite, répondre au **besoin de proximité** des individus, le local étant considéré comme le niveau privilégié de dialogue et d'intervention, celui que l'on connaît et qui inspire la confiance : dans beaucoup de petites communes, les mairies sont les véritables maisons du service public ; pour bonne partie de la population, elles sont, en fait, le point d'accès à toutes les administrations ;
- enfin, pour certains, cette **offre de proximité est politiquement justifiée**, un guichet unique et exclusif de l'administration électronique ne permettant pas de maintenir les différents leviers et niveaux de la démocratie.

5.3. – Des responsables locaux ont émis **un certain nombre de suggestions pour que des portails locaux se mettent en place** :

- tout d'abord, un tel portail ne sera accepté que si subsistent parallèlement d'autres formes d'accès avec leurs administrés (contact personnel, courrier postal...);
- ensuite, un véritable effort de formation, tant des élus locaux que des agents, doit être assuré afin de leur apprendre la maîtrise de ce nouvel outil, assurer une évolution de la nature même de leurs responsabilités ;
- l'insertion des téléservices locaux dans l'offre de l'administration en ligne doit faire l'objet d'**expérimentations** dans quelques collectivités locales pilotes. Les bonnes pratiques qui émergeront devront être mutualisées entre collectivités locales ;
- enfin, il a été suggéré un changement de culture au sein des collectivités locales : tant que ces dernières n'auront pas adopté une politique volontariste en matière

¹⁰ Ces données sont issues d'un audit, réalisé en 2001, sur l'ensemble des sites internet municipaux par la société Troover.

d'investissement dans les NTIC, en décidant de donner la priorité à leur équipement informatique par rapport à d'autres investissements, la mise en place d'un portail local posera un problème de financement. À ce titre, il a été suggéré que les collectivités locales puissent bénéficier, dans ce domaine, **d'aides de l'État ou que se mette en place une forme de péréquation entre collectivités locales.**

6 – La perspective d'un portail personnalisé en ligne incite à une relecture des principes classiques de protection des données personnelles

6.1. – Une grande partie du débat public itinérant témoigne de la coexistence d'aspirations contradictoires au sein du public : la recherche de simplification de l'administration, d'une part, qui incite à la mise en place de services intégrés pour la gestion des démarches en ligne, et la demande de protection de la vie privée, d'autre part, qui s'accommode fort bien de systèmes d'information administratifs éclatés, même au prix d'un éparpillement des services et d'une multiplication des identifiants administratifs.

6.2. – De façon générale, et même si des bénéfices d'un service personnalisé en ligne sont attendus, il a tout d'abord été remarqué que **les inquiétudes vis-à-vis de la protection de la vie privée dans l'administration électronique doivent être replacées dans une perspective globale de protection des données personnelles sur l'internet.** L'administration électronique, en tant que telle, ne fait pas plus peur qu'une entreprise et les craintes qui s'expriment illustrent davantage une réticence générale à l'égard d'internet qu'une peur particulière à l'égard d'une administration modernisée et tentaculaire.

6.3. – Il a été noté que **la mise en place d'un portail personnalisé ne doit pas être l'occasion d'instaurer un identifiant unique.**

L'identifiant unique reste un « tabou » aux yeux des citoyens et beaucoup y voit l'occasion qu'apparaisse une sorte de « Big Brother ». Dès lors, un portail administratif personnalisé ne peut être envisagé que comme une passerelle vers des systèmes d'information qui resteraient cloisonnés. Selon une telle approche, chaque usager conserverait une pluralité de relations avec les administrations et donc d'identifiants administratifs (*cf.* le septième enseignement de la présente synthèse qui traite de l'identification sur le portail).

6.4. – Cependant, et même si les grands principes de la loi « informatique et liberté » ont été rappelés, il a été remarqué que **ces principes devaient être relus à l'aune d'une réalité nouvelle et prendre ainsi en compte les notions de dialogue entre administrations et de maîtrise des données personnelles.**

- Pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), les choix à faire dans ce domaine reposent sur le principe de finalité qui veut que les données personnelles d'un particulier ne puissent être collectées par une administration que pour une finalité précise. Ce principe limite strictement les circulations d'information entre fichiers administratifs en veillant à ce qu'il n'y ait pas d'interconnexions illégales ou injustifiées de fichiers. On ne peut déroger à ce principe que de manière exceptionnelle. Ainsi, une administration ne peut communiquer des informations à

une autre que si le transfert est prévu et encadré par la loi et dans le cadre d'objectifs limitativement définis. Ces dérogations sont soumises au contrôle de la CNIL.

- La plupart des intervenants constatent cependant qu'une évolution commence à se dessiner par rapport au contexte des années soixante-dix marqué par la défiance réciproque entre l'État et le citoyen : la menace sur la vie privée ne semble plus venir prioritairement des grands fichiers publics, lesquels sont strictement encadrés par la loi de 1978, mais de la multiplicité des fichiers privés dont le contrôle est inégal. En outre, de nombreux droits ont été reconnus au citoyen dans ses relations avec l'administration (droit des malades...) qui visent à un rééquilibrage de leur relation. Dans ces conditions, **ils souhaitent une évolution des principes traditionnels qui entourent la protection de la vie privée vers plus de souplesse et de personnalisation.**
- Concernant le **principe du dialogue entre administrations.**
Certains intervenants ont prôné un changement radical de politique pour la CNIL à l'instar des autorités belges ou irlandaises qui souhaitent autoriser les interconnexions afin d'offrir un meilleur service à l'utilisateur en évitant, notamment, que ce dernier ne doive s'adresser à de multiples interlocuteurs.
Cependant, cette position reste minoritaire.
Pour répondre à cette préoccupation, lors des débats, certains se sont exprimés en faveur d'une possibilité de « **dialogue** » **entre les administrations**, souhaitant qu'elles puissent communiquer entre elles pour rechercher ponctuellement et de façon encadrée des informations sur un individu et qu'une telle pratique ne pas constitue pas une interconnexion de fichier.
- Concernant la **reconnaissance d'un véritable droit de propriété sur les données personnelles.**
Pour quelques-uns, **il faudrait affirmer, au titre des droits numériques, l'existence d'un droit à la propriété de ses données personnelles.** Cette approche est fort controversée car elle se heurte à la réalité qui fait qu'un individu ne peut, par exemple, s'opposer à son inscription dans un fichier public le concernant.
- Concernant la **maîtrise de ses données personnelles.**
De façon générale, le débat public a permis de voir se dessiner une aspiration croissante des personnes à maîtriser l'usage qui est fait de leurs données, que ce soit pour en interdire le traitement ou pour en permettre au contraire la communication entre deux entités. Plutôt que de parler de protection des données, les individus revendiquent la notion de maîtrise de leurs données et ceci comme droit au respect de leur dignité. Il a été suggéré que cette aspiration nouvelle puisse être réellement intégrée par l'administration en ligne à travers, par exemple, une meilleure prise en compte du droit d'accès et du droit de rectification (simplification, rapidité, engagements dans les délais de réponses...). Certains revendiquent même la signature d'un « **contrat** » **de vie privée** avec l'État fixant les obligations et devoirs réciproques de chacun.

7 – Les solutions techniques d'identification et de sécurisation possibles restent floues aux yeux du public, à l'exception de la carte à puce dont il est plus familier

7.1. – Il a été souvent noté que l'éventuel usage d'une carte électronique (utilisant la carte à puce), comme moyen d'identification serait ce qui conviendrait le mieux car les usagers sont déjà familiers de ce type d'outil (carte de paiement, carte Vitale...). Certains pays européens ont d'ailleurs choisi la carte électronique sécurisée comme mode d'identification auprès de l'administration (Belgique, Finlande, Italie...).

Cette carte à puce pourrait être la carte de vie quotidienne que le gouvernement envisage de développer pour améliorer l'accès des citoyens à l'administration ou être également une version électronique de la carte d'identité (projet du ministère de l'Intérieur). Le sondage Forum des droits sur l'internet/Sofres a d'ailleurs montré que 73 % des Français étaient favorables à ce que l'État leur délivre une carte électronique qui leur permettrait notamment d'effectuer leurs démarches administratives par l'internet (identification, signature, paiement en ligne).

7.2. – Dans cette optique, il a notamment été proposé que l'identification de l'utilisateur par le biais de la carte électronique se fasse en deux temps. Tout d'abord, il disposerait d'un seul numéro pour accéder au portail et s'identifier ainsi en amont de ses démarches, ensuite il disposerait d'un identifiant et d'un mot de passe différent pour chaque sphère administrative.

Il a également été proposé, puisque la réussite de l'administration électronique passe par une fiabilité maximale, que les usagers puissent signer électroniquement. Ces cartes pourraient donc être des cartes de signature électronique.

7.3. – En ce qui concerne la distribution de la carte, il a été avancé que les collectivités locales ont un rôle important à jouer. Pour certains, elles sont les seuls acteurs qui aient à la fois les garanties professionnelles et la proximité avec la population pour distribuer des cartes électroniques à la population.

Il a cependant été souligné :

- que l'administration électronique ne devait en aucun cas conduire à augmenter les besoins d'authentification de l'individu par rapport à la vie réelle. La plupart du temps, l'emploi de procédure sécurisée (carte d'identité électronique, signature électronique) n'est que peu nécessaire. Lorsque l'administration s'adresse à des utilisateurs identifiés préalablement, il peut être plus simple de recourir, pour donner une valeur juridique aux échanges, à un mécanisme de convention de preuve plutôt qu'à un dispositif de signature électronique au moyen de la technologie PKI (cryptographie asymétrique). C'est le choix retenu pour la mise en place du dépôt en ligne des brevets auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) ;
- que l'instauration d'une carte d'identité électronique engendrera un coût pour la collectivité ainsi que des problèmes d'accès et d'équipement (lecteurs de cartes) pour l'utilisateur pour lequel s'ajoute la complexité de gérer une nouvelle carte. À cet égard, il convient de prévoir des solutions alternatives d'identification en cas de perte ou de vol de la carte ;
- qu'il faut prendre en compte la rapidité du changement technologique dans les décisions qui seront prises. Certains ont fait remarquer que si l'on privilégie des

solutions utilisant la technologie de carte à puce, on peut craindre qu'un tel choix n'isole la France de ceux qui utilisent la bande magnétique.

Dans le même temps, on peut se demander s'il n'y a pas un risque pour la puissance publique de se laisser imposer des solutions technologiques par le marché.

Enfin, il a été noté qu'une carte à puce pour l'accès aux services publics ne devrait pas être réservée qu'aux citoyens français ; une telle carte ne pourrait donc pas être exclusivement une carte d'identité électronique, mais devrait être plutôt une carte d'accès aux services de l'administration.

Annexe 3

Comparaison internationale en matière de services administratifs personnalisés en ligne : Irlande, Royaume-Uni, Canada

L'Irlande

L'offre de services publics en ligne

Le gouvernement irlandais a confié à Reach (<http://www.reach.ie>) (agence interministérielle qui travaille sous l'égide du ministère des Affaires sociales, communautaires et familiales), la mission de développer un cadre pour la mise en place de l'administration électronique et pour la fourniture des services publics. Pour ce faire, Reach a mis en place un point d'entrée pour les services gouvernementaux en ligne (*reachservices* – www.reachservices.ie) et est responsable de la mise en œuvre du courtier électronique ou « courtier de services publics » (*Public Services Broker*)¹¹ qui agira pour le compte du client pour optimiser l'offre de services publics (réduire le délai, accroître la transparence, simplifier les démarches...).

À travers Reach, le gouvernement irlandais souhaite réformer le fonctionnement des services publics. Les usagers pourront accéder à plusieurs services en ligne à partir d'un point d'accès unique, les services seront organisés par thématiques (présentés sous la forme d'« événements » de la vie) et orientés en fonction des besoins des usagers. On passerait d'une logique de l'offre à une logique de la demande.

Dans cette optique, la problématique des données personnelles évolue : afin de faciliter la vie de l'utilisateur-client, il convient de lui éviter d'avoir à constamment prouver son identité en confiant la gestion de ces informations au « courtier » qui répercute toutes les demandes auprès des autres administrations. De même, pour donner une vue d'ensemble de l'état de ses relations avec l'administration, toutes les relations seraient conduites depuis le même endroit. À ce titre, l'utilisateur pourrait confier ses données personnelles au courtier de services publics (*cf.* note de bas de page) mais en garderait la maîtrise. Toutes les informations communiquées au courtier resteraient sous le contrôle et la propriété du client.

Actuellement *reachservices* est un point d'entrée vers tous les services administratifs et propose de remplir en ligne des formulaires ou encore d'effectuer des téléprocédures.

¹¹ Le courtier de services publics aidera l'utilisateur en regroupant les services autour d'événements prédéfinis de la vie ou des affaires. Il fournira des moyens par lesquels les usagers pourront prouver leur identité pour les transactions : ces derniers pourront stocker dans une « chambre forte » leurs données personnelles dont le courtier pourra se servir pour les relations de l'utilisateur avec l'administration.

Les fonctionnalités communes apportées par le *Public Services Broker* sont :

- un service d'authentification et un contrôle d'accès ;
- un espace de stockage sécurisé (« coffre-fort ») et une possibilité de réutilisation des données personnelles.

L'objectif immédiat de *reachservices* est d'améliorer le service rendu à l'utilisateur en lui évitant de devoir fournir à une administration des données déjà transmises à une autre : en s'enregistrant à *reachservices* l'utilisateur ne communique ses données personnelles qu'une seule fois (nom, adresse, numéro de sécurité sociale...), celles-ci étant automatiquement transmises aux autres services disponibles en ligne. À chaque nouvelle démarche auprès d'une l'administration, *reachservices* présente les informations déjà fournies.

De plus, l'utilisateur peut voir l'historique de toutes ses transactions à jour avec *reachservices*, changer les informations le concernant ou les retirer définitivement de la base de données.

Reach propose également des liens avec les services administratifs d'information (Oasis, (www.oasis.gov.ie) site d'information sur les services publics et qui comprend des informations sur des « événements de la vie » et Basis (www.basis.ie) site d'information sur les services publics pour les entreprises).

Les procédures d'identification des usagers

Pour s'inscrire à *reachservices* les usagers s'identifient en communiquant un certain nombre de données personnelles (l'inscription est facultative : les usagers peuvent voir l'information et télécharger les formulaires sans s'inscrire mais ne bénéficieront pas des services proposés sur le site). Cette procédure n'a lieu qu'une fois au moment de l'inscription. Après, l'utilisateur se contente de rentrer uniquement son mot de passe et son code d'activation de compte.

Les données à communiquer sont :

- les nom, prénom, date et lieu de naissance, nom de jeune fille de la mère ;
- le mot de passe choisi par l'utilisateur ;
- le « *Personal Public Service Number* » (PPSN). Défini en tant que tel depuis 1998 par le *Social Welfare Act*, le PPSN est le numéro unique de référence, ou numéro d'identification commun pour tous les contacts avec les services publics.

Les informations fournies sont ensuite vérifiées et certifiées par le service identité client (*Client Identity Services*) CIS du ministère des Affaires sociales et familiales qui compare les éléments fournis à ceux contenus dans les bases de données des administrations concernées. *Reachservices* assigne ensuite à l'utilisateur un code d'activation de compte (*Account Activation Code*), code à quatre chiffres envoyé par la poste.

Les moyens dont l'administration procède pour assurer l'offre de services

Reachservices se contente de faciliter le transfert du formulaire de l'utilisateur inscrit à l'administration. Les formulaires seront préremplis avec les informations données lors de l'inscription ; ces informations seront conservées le temps que de l'inscription.

Lors du processus d'inscription, les données sont comparées avec les bases de données de l'administration correspondante. Le service identité client du ministère des Affaires sociales et familiales, chargé du contrôle des données personnelles enregistrées, a ainsi un accès permanent aux données des administrations.

Pour veiller à ce que cette vérification ne porte atteinte aux principes de protection de la vie privée tels que posés par le *Data Protection Act* de 1988, un contrôleur de données ¹², enregistré auprès de la Commission de la protection des données, a été institué auprès de Reach.

De plus, il est prévu que les usagers inscrits aient un accès direct à l'ensemble des données enregistrées les concernant, le droit de savoir à qui ces informations sont divulguées et le droit de les modifier.

Le Royaume-Uni

À partir d'un seul point d'entrée (le site *Government Gateway*), le gouvernement britannique propose aux entreprises et aux particuliers un certain nombre de services en ligne ¹³. Pour en bénéficier les usagers doivent s'inscrire auprès de www.gateway.gov.uk.

L'offre de services publics en ligne

S'inscrire à *Government Gateway* permet de bénéficier de tous les services administratifs disponibles sur internet. Une fois inscrit comme utilisateur du portail de l'administration (voir *infra*), l'utilisateur peut notamment :

- remplir des formulaires en ligne et les envoyer aux administrations pour les services pour lesquels l'utilisateur s'est inscrit ;
- charger un intermédiaire (comme un comptable, un conseiller financier, un représentant du personnel...) pour agir en son nom pour les services pour lesquels il est inscrit ;
- une personne morale peut aussi ajouter d'autres gens de son organisme en tant qu'utilisateurs du portail de l'administration. Ils pourront utiliser les services auxquels la personne morale est inscrite et aussi s'inscrire pour de nouveaux services.

Les procédures d'identification des usagers

L'utilisateur a deux moyens de s'identifier sur le portail : soit il utilise le numéro d'identification usager (*ID Number*) et un mot de passe, soit un certificat numérique.

• Le numéro d'identification usager

Lors de l'inscription à un service, il est demandé d'entrer un certain nombre de faits connus uniquement de l'utilisateur et ne concernant qu'un service spécifique. Cette combinaison d'informations ne sert qu'à identifier l'utilisateur comme individu ou comme organisation. Par exemple, pour s'inscrire à une évaluation du taux d'imposition, ces faits seront la référence fiscale et le numéro d'assurance sociale (*Social Insurance Number*).

¹² Le terme de contrôleur des données (*Data Controller*) est défini dans le *Data Protection Act* de 1988. Un *Data Controller* est une personne qui, soit seule ou avec d'autres, contrôle le contenu et l'utilisation des données personnelles.

¹³ Il convient de noter que le gouvernement a également mis en place le site www.ukonline.gov.uk/. Ce portail, conçu pour être informatif et facile d'utilisation, est un point d'accès qui renvoie vers les services administratifs disponibles en ligne, donne des informations générales sur la e-administration, fait état de publications, etc.

Une fois la vérification de l'identité faite (*cf. infra*), *Government Gateway* envoie à l'utilisateur un code personnel d'accès aux services : le numéro d'identification usager (*ID Number*).

L'utilisateur pourra alors bénéficier des services proposés sur *Government Gateway*, et qui ne demandent pas un niveau sécurité fourni par les certificats, en s'identifiant à chaque entrée par le numéro d'identification usager et un mot de passe qu'il aura choisi.

- **Le certificat numérique**

L'utilisateur peut aussi s'identifier par le biais d'un certificat numérique. Dans certaines opérations « sensibles », cette identification est même la seule acceptée (comme le remboursement électronique de la TVA par exemple) puisqu'elle permet d'utiliser la technologie du système de clé publique (PKI – *Public Key Infrastructure*) et donc de signer numériquement la transaction.

Le certificat contient un certain nombre de données personnelles (nom, adresse email, la date d'édition du certificat et le nom de l'autorité de certification qui l'a émis). Le certificat contient aussi la clé publique. La clé privée est stockée sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur.

Ce certificat doit être référencé dans la liste des certificats reconnus dignes de confiance par les services du *Government Gateway*.

L'achat de certificat se fait auprès d'un prestataire de service de certification. Seuls les certificats délivrés par ces organismes seront acceptés dans le cadre de transaction entre les usagers et le *Government Gateway*.

Les moyens dont l'administration procède pour assurer l'offre de services

Lorsque l'utilisateur s'inscrit sur le portail, il entre son nom et son adresse électronique uniquement. À ce stade, il ne donne presque aucune donnée personnelle.

Ces informations sont conservées dans une base de données d'inscriptions. Elles ne sont pas envoyées à d'autres services du gouvernement ni à des tiers. L'adresse e-mail peut être utilisée par *Government Gateway* pour communiquer avec l'utilisateur et transférer des messages des services administratifs. Si une administration a besoin de communiquer avec l'utilisateur, elle pourra le joindre par e-mail à travers le portail.

Les informations nominatives qui sont transférées entre le portail *Government Gateway* et les autres services administratifs sont les « faits connus » transmis par l'utilisateur. Pour vérifier l'identité lors d'une inscription, *Government Gateway* a un accès à une base de données extraite d'informations nominatives des autres services gouvernementaux qui gèrent des services en ligne. Cette base de données contient les « faits connus » de tous les individus ou organisations en droit de bénéficier de ce service.

Si les informations correspondent, le portail demande à l'administration concernée de lui fournir l'adresse postale de l'individu identifié. Le portail utilise cette adresse postale pour envoyer à l'utilisateur un code personnel d'accès aux services. Cette adresse est ensuite effacée du portail.

Le contenu de la base de données de *Gateway* ne fait pas l'objet de transfert auprès d'autres services gouvernementaux. En revanche, les informations données font l'objet d'un transfert pour des fins de vérification auprès des services administratifs concernés.

Il est possible de consulter les informations détenues par le portail et de procéder à des modifications (sauf en cas d'attribution d'un certificat). Il est également possible de résilier une inscription au portail. Les informations d'inscription fournies sont cependant conservées mais inscrites comme « inactives ».

Le Canada

Les offres de services publics en ligne

Le gouvernement fédéral canadien propose un certain nombre de services en ligne tant pour les particuliers que pour les entreprises (<http://www.canada.gc.ca>).

Les services proposés vont du changement d'adresse à l'inscription universitaire, en passant par le domaine fiscal (transmission de la déclaration de revenu, suivi fiscal, calcul de son imposition...).

Le portail du Québec renvoie le plus souvent vers le portail fédéral mais présente également une offre de services en fonction des événements de la vie : c'est la notion de « services en grappe » (<http://www.gouv.qc.ca/>). L'objectif de la présentation des informations et des démarches sous forme de grappe de services est de simplifier l'approche des services administratifs en lui évitant de multiplier ses démarches. L'un des exemples types de cet objectif est la procédure de changement d'adresse.

À l'heure actuelle, le citoyen peut, certes, notifier son changement d'adresse par l'internet mais il doit prévenir chaque administration de ce nouvel état, ou sinon en autoriser expressément une à communiquer ces nouveaux renseignements.

À terme, l'objectif est que lorsqu'un citoyen signale son changement d'adresse à l'administration, il trouve sur internet un seul service intégré qui se charge après de répercuter l'information auprès des autres services.

Le gouvernement québécois envisage de développer ces grappes de services pour les étapes qui rythment la vie des citoyens (naissance, mariage, emploi, changement d'adresse, décès) ou des entreprises (démarrage, fusion, acquisition, faillite, changement d'adresse...). Des grappes de services similaires seront également constituées pour chacune des opérations impliquant l'interaction de plusieurs ministères.

Les procédures d'identification des usagers

Les procédures d'identification varient en fonction du service offert.

- Pour accéder à des services « sensibles », l'utilisateur doit fournir certains identifiants personnels. C'est le cas, par exemple, pour la déclaration de revenu (le service *Impôtnet*) où il est demandé de fournir trois identifiants personnels (le numéro d'assurance sociale, la date de naissance et le code d'accès imprimé sur la déclaration de revenus). Ces trois identifiants personnels constituent une

« signature numérique » (qui est considérée comme tout aussi valable que la signature manuscrite). Une fois la déclaration reçue, l'administration effectue un examen préliminaire. Si celui-ci est satisfaisant, l'utilisateur reçoit par l'internet un numéro confirmant que la déclaration a été acceptée pour le traitement. Il est à noter qu'aucun document justificatif n'est demandé mais que l'utilisateur doit toutefois les garder en cas de contrôle.

- Le service du changement d'adresse utilise les mêmes identifiants que ceux du service *Impôtnet* mais nécessite également l'obtention d'un « epass » par le gouvernement. Pour s'inscrire l'utilisateur doit donc, en plus de la communication de son numéro d'assurance sociale, de sa date de naissance et du code d'accès indiqué sur la déclaration de revenus, créer un nom d'utilisateur et un mot de passe.

Actuellement, l'utilisateur ne peut utiliser un « epass » que pour vérifier ou modifier en ligne son adresse à l'Agence des douanes et du revenu du Canada. Cependant, il est prévu qu'à terme « epass Canada » permette d'accéder à tous les services gouvernementaux et soit utilisé comme preuve d'identité électronique. Cette preuve d'identité électronique unique permettrait d'accéder en ligne à des services gouvernementaux qui exigent des mesures de sécurité accrues.

De plus, un choix sera proposé à l'utilisateur : soit il n'utilise qu'un seul « epass » pour avoir accès à de multiples services, soit il utilise un « epass » différent pour chaque service.

Les moyens dont l'administration procède pour assurer l'offre de services

Les données personnelles communiquées à l'administration ne sont transmises à une autre administration que dans les cas où la requête s'adresse à elle. C'est, par exemple, le cas pour le changement d'adresse : sauf si d'autres administrations sont explicitement concernées, celle auprès de qui est demandé le changement ne pourra transmettre cette information à d'autres administrations : c'est à l'utilisateur de contacter chaque administration.

Les renseignements fournis ne sont ainsi transmis à une autre administration que si la demande concerne cette administration.

Tous les renseignements personnels divulgués sont protégés aux termes de la loi sur la protection des renseignements personnels du Canada. Par conséquent, au point de collecte des données personnelles, l'utilisateur est avisé des raisons d'une collecte de ses données et de son droit de consulter ces renseignements.

Le gouvernement a, de plus, souhaité qu'une approche multicanal demeure : les modes d'accès diversifiés à l'administration (guichet, téléphone, internet) et la diffusion de renseignements cohérents sur tous ces canaux doivent être assurés.

Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique

Recommandation adoptée le 6 février 2003

Introduction

Le Forum des droits sur l'internet intervenant sur les enjeux de droit et de société liés à l'internet porte un regard attentif au projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique présenté par le gouvernement au Conseil des ministres du 15 janvier 2003. Il souhaite apporter ses observations et ses recommandations sur ce texte.

Le Forum a travaillé sur des points essentiels de ce document qui concernent, tout d'abord, la définition de la communication publique en ligne, ensuite, la question de la responsabilité des intermédiaires techniques avec, en particulier, le régime juridique des hébergeurs et, enfin, la question du filtrage des contenus illicites.

Les positions exprimées ci-dessous résultent du processus de concertation interne au Forum prenant en compte les observations de ses membres et ont été validées par son Conseil d'orientation, le 4 février 2003.

Le Forum des droits sur l'internet vous invite à lui faire connaître vos remarques et propositions sur ce document à l'adresse suivante : reagir@foruminternet.org

La définition de la communication publique en ligne (article 1^{er} du projet de loi)

Le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, tout comme le projet de loi sur la société de l'information (LSI), dispose que la communication publique en ligne est un sous-ensemble de la communication audiovisuelle.

Sur cette question qui a un impact sur la régulation du réseau, le Forum reconnaît la volonté gouvernementale de donner une définition à ces services. Il apparaît, en effet, important au Forum d'offrir aux acteurs de l'internet un cadre juridique clair et sécurisé permettant aux acteurs marchands de développer une économie solide et durable et aux acteurs non marchands de connaître leurs droits ainsi que le champ de leur liberté d'expression. C'est en ce sens que les moyens d'une confiance réciproque doivent être trouvés.

Or, l'ambiguïté prévaut depuis plusieurs années sur la nature juridique des services de l'internet (pages web, *streaming*...) au regard de l'ensemble des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication. Cependant, selon le Forum, la définition de la communication publique en ligne posée à l'article premier du projet de loi n'apparaît pas apporter toute la clarté nécessaire à une bonne

compréhension du cadre juridique de l'internet et, notamment, du type de régulation afférente.

En effet, si la loi de 1986 est un texte approprié pour fixer un cadre juridique aux services de communication publique en ligne, car il a pour objet la liberté de communication entendue au sens large, la référence à la notion de communication audiovisuelle peut, elle, être source de confusion. En effet, le sens commun conduit à intégrer dans la notion de communication audiovisuelle les services de radio et de télévision. Ces services qui n'ont jamais été définis par les textes juridiques répondent à un dispositif légal *ad hoc* qui constitue un droit spécial, le droit de l'audiovisuel avec une régulation opérée par un organisme dédié à cette tâche, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

La pratique quotidienne du réseau conduit à constater très clairement, d'une part, que bon nombre des règles de ce droit ne sont pas adaptées à l'internet et, d'autre part, que son autorité de régulation n'est pas dotée de l'ensemble des compétences juridiques et de la légitimité nécessaires pour assurer un tel rôle. Le CSA ne s'est d'ailleurs pas éloigné de cette interprétation au cours des dernières années.

Il convient, par ailleurs, de rappeler que les services de communication publique en ligne ne sont pas soumis aux mêmes contraintes techniques, notamment au regard de la rareté de la ressource, que les services de radio et de télévision diffusés sur support traditionnel.

Prenant en compte l'ensemble de ces éléments, le Forum estime opportun de définir, de manière légale ou réglementaire, les services de radio et de télévision indépendamment de leur support afin de permettre au régulateur d'exercer ses missions en toute sécurité juridique et aux différents acteurs de connaître les règles qui leur sont applicables. Dans cette hypothèse, la confusion actuelle sur l'application aux services de l'internet de certaines des règles relatives aux services de radiodiffusion sonore et de télévision serait levée.

Il serait, par ailleurs, nécessaire de corrélérer ces définitions nationales avec les définitions communautaires, et, en particulier, avec la définition des services de la société de l'information visés à l'article premier de la directive 98/48/CE.

En outre, il apparaît essentiel au Forum des droits sur l'internet (FDI) de mettre en œuvre une régulation originale de ces services sans pour autant que celle-ci conduise à la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit. Ce type de régulation, expérimentée depuis mai 2001 au sein du Forum, est conforme à la confiance dans l'économie numérique réclamée tant par les citoyens, les acteurs économiques que les pouvoirs publics.

La responsabilité des fournisseurs d'hébergement (article 2 du projet de loi)

La question de la responsabilité des intermédiaires techniques est au centre des débats juridiques de l'internet depuis plusieurs années. Elle a aujourd'hui une actualité particulière au regard de la responsabilité des organisateurs de forums de discussion. Sur ce sujet, le Forum, à la demande de ses membres, a constitué un

groupe de travail en septembre 2002. Les remarques, ci-dessous exposées, reprennent un certain nombre de thèmes discutés au sein de ce groupe.

Si le Forum approuve l'économie générale du régime de responsabilité des hébergeurs, décrit à l'article 43-8 et suivants du projet, deux points appellent toutefois des observations. Il s'agit, d'une part, d'une définition plus claire de la fonction d'hébergeur et, d'autre part, d'un dispositif complémentaire relatif aux modes d'acquisition de la connaissance du fait ou de l'activité illicite.

Éclaircissement de la qualification d'hébergeur

Au titre du nouvel article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, les personnes pouvant bénéficier du régime de responsabilité adapté à l'activité d'hébergement sont celles « *qui assurent, même à titre gratuit, 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 communication publique en ligne* ».

Il convient de s'assurer que cette définition puisse englober l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes exerçant une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple certains fournisseurs et exploitants de forums de discussion ou certaines activités de courtage en ligne.

Le fait que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relatif à la responsabilité éditoriale risque de s'appliquer aux gestionnaires de forums de discussion conduit à un effet pervers : ceux qui exercent une modération *a priori* risquent de se voir imputer une responsabilité de type éditoriale, alors que ceux qui n'exercent aucun contrôle échapperaient à celle-ci. Ainsi, vouloir faire échapper les gestionnaires de forums de discussion au régime de responsabilité des hébergeurs les inciterait à ne plus exercer de contrôle sur leurs contenus par une modération *a priori*.

Le Forum des droits sur l'internet souhaite donc que le régime de responsabilité spécifique, défini aux nouveaux articles 43-8 et 43-9 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, puisse bénéficier à tous ceux qui assurent un service d'intermédiation au sein de la société de l'information consistant à stocker – au sens large du terme – tout contenu délivré à la demande d'un destinataire de ce service, cette activité se distinguant du simple transport d'information et de l'édition de contenu.

Or, la rédaction retenue par le projet de loi qui fait référence au « *stockage direct et permanent* », rédigée à une époque où le législateur visait les hébergeurs au sens strict du terme – c'est-à-dire ceux assurant le stockage physique des données – semble trop restrictive et ne pas prendre en compte de façon claire les nouvelles fonctions d'intermédiation mentionnées ci-dessus.

Le Forum souhaite que le législateur définisse les fonctions de l'intermédiation comme l'article 14 de la directive « commerce électronique » le prévoyait, c'est-à-dire comme la fourniture d'un « *service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* ». Cette définition présente l'avantage de ne pas limiter l'activité d'hébergement à sa prestation purement « technique » et identifie plus précisément l'ensemble des fonctions d'intermédiation.

Le Forum précise que la personne physique ou morale qui, tout en gérant un service d'intermédiation, exerce une fonction éditoriale, doit bien entendu se voir imputer la responsabilité propre à cette dernière fonction. Le groupe de travail du Forum portant sur les « Responsabilités liées à l'activité des forums de discussion » réfléchit actuellement sur les critères permettant de qualifier une action d'édition qui, par ailleurs, ne reçoit aucune définition précise au sein des textes législatifs ou réglementaires français.

Mise en œuvre de la responsabilité des hébergeurs

Le Forum se félicite du fait que le gouvernement a écarté la voie de la déresponsabilisation totale des acteurs et celle visant à imposer une responsabilité lourde annihilant toute activité dans ce secteur. Il a en effet été retenu un régime de responsabilité proche du droit commun mais néanmoins délimité.

Le texte gouvernemental recèle toutefois quelques zones d'ombre pouvant nuire, lors de sa mise en œuvre par les acteurs privés, à certains principes fondamentaux. Il doit donc être complété par un dispositif permettant d'éclairer la manière dont s'acquiert la connaissance des faits ou des activités illicites.

Description du nouveau dispositif

Sur le plan civil, l'article 43-8 nouveau envisage que la responsabilité des hébergeurs ne puisse être engagée du fait de la diffusion des informations ou des activités qu'ils stockent que si, *« dès le moment où ils ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, ils n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible »*.

Le dispositif du texte semble se rapprocher du droit commun de la responsabilité civile, à ceci près qu'il en définit plus précisément les contours, écartant ainsi le risque de la mise en œuvre d'une responsabilité sans faute ainsi que l'obligation de surveillance générale (article 43-11).

Certains termes employés au sein de l'article 43-8 risquent néanmoins de recevoir de nombreuses interprétations et de ne pas être uniformément appliqués par les juridictions. Pour sa part, le Forum comprend que la connaissance effective du caractère illicite d'une information ou d'une activité ne peut être acquise par l'hébergeur que sur saisine d'une autorité judiciaire. Concernant l'analyse des faits et des circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, il reviendra au prestataire d'apprécier celui-ci, notamment en fonction de son degré de spécialisation, du contenu des codes de conduite reconnus par la profession ou encore des éléments de preuve apportés par des agents assermentés.

Sur le plan pénal, l'article 43-9 envisage que la responsabilité des hébergeurs ne puisse être engagée que si *« en connaissance de cause, ils n'ont pas agi avec promptitude pour faire cesser la diffusion d'une information ou d'une activité dont ils ne pouvaient ignorer le caractère illicite »*.

La responsabilité pénale de l'hébergeur ne sera donc mise en œuvre que si celui-ci connaissait l'existence d'une information ou d'une activité manifestement illicite et qu'il n'a rien fait pour en empêcher la diffusion ou la continuation.

Dans tous les cas, tant au civil qu'au pénal, la connaissance du caractère illicite de l'information ou de l'activité constitue la pierre angulaire du régime juridique retenu. Cependant le texte ne dit rien sur la manière dont l'existence même de l'information ou de l'activité illicite peut, ou doit, être portée à la connaissance du prestataire. Cette lacune rend incertaine l'application du texte par les acteurs privés.

En effet, il apparaît essentiel que les victimes sachent comment saisir les prestataires d'une demande visant à éliminer une information ou à interrompre une activité. À défaut, l'hébergeur risque de ne pas pouvoir y faire droit dans de brefs délais.

De même, les hébergeurs doivent-ils pouvoir obtenir des indications leur permettant d'évaluer plus facilement le caractère illicite d'une information : dispositions légales invoquées et justifications de faits. À défaut, ils pourraient ne pas faire droit à une demande pourtant légitime ou, au contraire, procéder systématiquement à la coupure d'une information licite ou l'interruption d'une activité licite afin de ne pas risquer d'engager leur responsabilité civile ou pénale devant une juridiction.

Certains principes essentiels peuvent ainsi être menacés : le droit au juge et à un procès équitable, le respect de la liberté d'expression et la possibilité pour les victimes de voir les informations illicites qui les concernent rapidement retirées.

Proposition de mise en place d'une procédure de notification

Dans ces conditions, le Forum estime nécessaire que le législateur prenne les mesures qui s'imposent pour organiser la manière dont l'hébergeur acquiert la connaissance de l'existence des faits ou activités illicites.

En ce sens, le Forum souhaite que soit instaurée une procédure de notification à laquelle pourraient uniquement recourir, d'une part, les personnes physiques ou morales ayant un intérêt à agir et s'étant identifiées ou, d'autre part, le parquet. Cette procédure se distingue de celle du « *notice and take down* » car elle vise, non à mettre en place un mécanisme automatique de retrait du contenu par l'hébergeur, mais à faire en sorte que ce dernier acquiert la connaissance d'un contenu illicite au terme d'un processus suffisamment informatif et précis. Selon le Forum, une telle disposition limitera les contestations non fondées auprès de l'hébergeur et donne à celui-ci les éléments pour prendre clairement ses responsabilités.

Cette notification devra respecter un certain formalisme :

- identification de l'auteur de la notification ;
- description des faits litigieux ;
- emplacement exact du contenu litigieux ;
- motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- copie du courrier électronique envoyé simultanément à l'auteur/éditeur du contenu objet du différent, pour l'informer de la notification ou justification de ce que l'auteur n'a pu être contacté.

Le non-respect de certaines de ces conditions de forme devrait être cause de nullité (exemples : identification de l'auteur de la notification, description de l'emplacement exact du contenu litigieux).

Le Forum propose donc que le texte intègre une disposition complémentaire posant le principe d'une notification permettant aux prestataires mentionnés à l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée d'acquiescer la connaissance de l'existence des activités et des contenus illicites. Le texte renverrait à un décret d'application le soin d'organiser les modalités selon lesquelles s'exerce cette notification.

Parallèlement, il conviendra d'étendre l'incrimination pénale de dénonciation calomnieuse (article 226-10 du Code pénal) à la notification abusive.

Le Forum tient à s'exprimer sur les réserves qu'il émet vis-à-vis d'une procédure dite « de notification et de retrait » :

- cette procédure peut porter gravement atteinte à la liberté d'expression. En effet, peu importe que le contenu visé par la notification soit ou non illicite : le prestataire procédera au retrait de l'information dès lors que les conditions de forme auront été remplies ;
- le formalisme visant à préserver au minimum la liberté d'expression s'avère lourd et complexe et entraîne, de ce fait, une juridiciarisation excessive de la procédure ;
- si la procédure peut trouver une certaine pertinence au regard de la propriété intellectuelle, il n'en va pas nécessairement de même pour les matières régies par le droit commun. L'expérience américaine, qui se limite à la propriété littéraire et artistique, est encore trop récente pour que l'on puisse évaluer ses aspects positifs.

Il convient néanmoins de noter que les acteurs professionnels demeurent libres d'élaborer entre eux des accords visant à établir ce type de procédure pour certains contenus adaptés (exemple : contenus contrefaisants ou présumés comme tels).

La lutte contre les contenus illicites (articles 2 et 3 du projet de loi)

Le projet de loi comporte un article (article 43-12 nouveau de la loi de 1986 – article 2 du projet de loi) qui couvre un champ d'application très large. En effet, cette disposition vise à permettre à l'autorité judiciaire de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne. Il s'agit ici de viser tout type de contenu qui pourrait être jugé illicite par le juge. L'attention du Forum se porte, en particulier, sur l'impact d'une telle disposition sur les réseaux d'échange de fichiers.

En effet, ces réseaux permettent à de nombreux internautes de se transmettre des fichiers protégés (fichiers musicaux, vidéos, etc.). Le Forum vient d'ailleurs d'ouvrir un forum de discussion sur les usages des technologies *peer-to-peer*¹⁴. On constate aujourd'hui que celles-ci peuvent entraîner un piratage des œuvres dommageable au secteur de l'édition notamment phonographique. Toutefois, outre ce type d'échange, d'autres applications existent et offrent la possibilité d'opérer des avancées en matière de recherche scientifique en agrégeant la capacité de calcul de chaque micro-ordinateur individuel.

¹⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/descr.php?f=13>

Le premier constat de bon sens revient à dire que, s'il convient de mettre fin à des comportements illégaux, il n'apparaît pas pour autant opportun de supprimer la technologie qui peut susciter ce type de comportement.

Par ailleurs, le Forum des droits sur l'internet comprend et soutient les professionnels pour lesquels l'échange illégal d'œuvres peut mettre en péril leur économie.

La solution législative retenue dans le projet de loi passe par la rédaction d'un article 2 insérant un article 43-12 dans la loi du 30 septembre 1986 modifiée prévoyant la possibilité pour le juge des référés d'imposer aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs des mesures allant de la suppression du contenu jugé manifestement illicite au filtrage de l'accès à ces contenus.

Le Forum se montre soucieux du règlement rapide des affaires mais constate en pur droit que le projet d'article 43-12 n'apporte aucun pouvoir supplémentaire au juge au regard de ceux qui lui sont conférés par les articles 808 et 809 du Nouveau Code de procédure civile. Ces articles permettent déjà au juge d'agir dans l'urgence et de prendre toutes les mesures utiles pour faire cesser le trouble.

En outre, le Forum ne souhaite pas que cet article, du fait de son affichage, entraîne une surenchère en matière de demande de filtrage des contenus tant au niveau du fournisseur d'hébergement que du fournisseur d'accès. En effet, les techniques actuelles de filtrage ne présentent pas suffisamment de finesse pour rendre ces dispositifs véritablement performants et sans risque par rapport aux contenus tout à fait légaux qui doivent continuer à pouvoir circuler sur le réseau.

En conséquence, le Forum demande la suppression de l'article 43-12.

Par ailleurs, Le Forum ne s'oppose pas *a priori* aux dispositions insérées après le cinquième alinéa de l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle visant à obtenir par ordonnance sur requête du président du tribunal de grande instance la suspension de contenus portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, celui-ci semblant répondre aux intérêts légitimes de l'auteur ou de ses ayants droit. Il convient toutefois de mentionner que l'ordonnance devra veiller à avoir pour effet la suspension des seuls contenus décrits comme illicites. Il ne peut s'agir, bien évidemment, que d'une simple obligation de moyens mise à la charge du prestataire.

Les positions minoritaires

Conformément à la possibilité ouverte par le règlement intérieur du Forum des droits sur l'internet, les positions minoritaires suivantes se sont exprimées (SACEM, SNEP, GESTE et ISOC) :

SACEM et SNEP

« Nous ne sommes pas d'accord avec les commentaires du Forum sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique principalement sur les points suivants :

– **la définition de la communication publique en ligne**, qui renvoie à la notion de communication audiovisuelle, correspond à ce qui figurait déjà dans la loi du

30 septembre 1986 ; en outre, la compétence du CSA concernant la communication audiovisuelle ne doit pas être remise en cause ;

– **la définition de la responsabilité des intermédiaires** ne reprend pas les termes de la directive : le projet de loi fixe un principe de non-responsabilité des intermédiaires, alors que la directive se fonde sur un principe de responsabilité avec des exonérations conditionnelles ;

– **l'action sur requête ou en référé à l'encontre des intermédiaires** est définie en termes de subsidiarité pour ce qui concerne les fournisseurs d'accès, ce qui n'est pas conforme à la directive ;

– **la définition des fournisseurs d'hébergement** contenue dans le projet de loi est conforme au texte de la directive, qui utilise la notion de stockage intermédiaire et temporaire pour définir les opérateurs de « cache », et implique donc que les hébergeurs assurent un stockage direct et permanent ; en outre, la notion d'« activité d'intermédiation » n'a aucun fondement juridique ;

– **la responsabilité des fournisseurs d'hébergement** n'est pas susceptible d'être engagée uniquement suite à l'intervention d'un juge ; au contraire, la connaissance d'un contenu illicite, ou de son caractère apparent, suffit à l'engagement de cette responsabilité ; la formalisation d'une procédure de notification, notamment par la négociation professionnelle, peut s'avérer utile, mais cela implique que la notification entraîne la responsabilité, et donc le retrait du contenu. »

GESTE

« Le GESTE a pris connaissance de la position finale du Forum des droits sur l'internet sur le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, telle qu'adoptée le 4 février dernier par son Conseil d'orientation.

Les éditeurs de services en ligne font part de leur désaccord sur les deux points suivants :

– **la responsabilité des exploitants de forums de discussion** : l'activité d'exploitants de forums de discussion ne rentre pas dans la définition de l'hébergement. Le GESTE ne souhaite pas que le régime de « responsabilité aménagée » soit étendu à d'autres fonctions également exercées par les fournisseurs d'hébergement. Le régime juridique applicable doit dépendre de la fonction exercée et non de la catégorie à laquelle l'acteur appartient ;

– **la procédure de notification** : la procédure proposée par le Forum des droits sur l'internet nous semble inefficace car elle n'aboutira pas à retirer le contenu ou à en rendre l'accès impossible comme l'exigent le projet de loi et la directive. Suivant les recommandations de la directive, le GESTE est plutôt favorable à la mise en place d'une procédure de notification et de retrait qui est un moyen efficace d'acquisition de la « connaissance effective ». »

ISOC

« S'agissant de **la responsabilité des prestataires d'hébergement** : il est souhaitable, lorsque le prestataire décide de retirer le contenu suite à notification, que l'auteur des informations litigieuses puisse les faire remettre en ligne en suivant une procédure d'identification analogue à celle suivie par l'auteur de la demande de retrait. Cette procédure de notification aurait pour conséquence juridique de faire peser l'entière responsabilité sur l'auteur de la demande, tout en déchargeant corrélativement l'hébergeur de toute responsabilité. La demande de l'auteur ne doit être soumise qu'à un formalisme similaire à celui de la demande de retrait. Toute exigence supplémentaire, telle que la consignation d'une somme d'argent, doit être exclue. »

Hyperliens : statut juridique

Recommandation adoptée le 3 mars 2003

Introduction

La création d'un groupe de travail sur les hyperliens a été décidée au mois d'octobre 2001 à la suite de la première consultation publique que le Forum des droits sur l'internet avait organisée sur son site, en juin et juillet 2001. Ce sujet avait alors soulevé un vif intérêt de la part des internautes tant sur le principe de la liberté d'établir des liens que sur celui de la responsabilité qui peut en découler.

Réunissant des représentants des secteurs marchands et non marchands de l'internet, de l'administration et des personnalités qualifiées du monde de l'université et du milieu judiciaire, le groupe de travail a tenu dix-neuf réunions et procédé à dix-sept auditions (voir en annexe la présentation du groupe et la liste des personnes auditionnées).

Objectifs

Ce rapport sur le statut juridique des hyperliens s'efforce d'identifier les problèmes soulevés en droit par l'acte même consistant à établir un ou plusieurs liens vers des contenus licites appartenant à des tiers et de définir un cadre juridique susceptible d'en permettre l'exercice. Plus concrètement, il s'agit d'étudier le degré de liberté dont l'acte de lier peut bénéficier suivant les circonstances dans lesquelles il s'inscrit.

Ce document concerne tous les professionnels et utilisateurs de l'internet intéressés par l'une des questions les plus difficiles, parce que sans doute la plus novatrice juridiquement, que pose le web : celle du statut juridique de l'hyperlien.

Un second rapport sur la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens établis vers des contenus illicites, dont le sujet a, d'ores et déjà, fait l'objet de nombreuses auditions, viendra compléter celui-ci.

Les conclusions de ces travaux enrichiront ceux de la Commission européenne qui envisage d'amender la directive 2000/31/CE « Commerce électronique » par la remise d'un rapport en juin 2003.

Méthodologie suivie

La question de l'hyperlien a souvent été abordée par les juristes sous l'angle de la propriété littéraire et artistique. Cela tient au fait que l'internet nous projette naturellement dans le domaine de l'immatériel et que la « PLA » a semblé la branche du droit la plus adéquate pour qualifier les phénomènes d'appropriation – précisément immatériels – dus aux hyperliens ¹⁵.

Pour autant, le droit civil n'ignore pas non plus l'immatériel ¹⁶ et l'on peut constater que la majorité des affaires judiciaires ayant eu à traiter du statut de l'hyperlien ont évité de recourir aux notions de la propriété littéraire et artistique *stricto sensu* pour le qualifier ¹⁷, lorsqu'elles n'ont pas explicitement refusé leur mise en œuvre ¹⁸.

Le groupe de travail est donc parti du principe que l'hyperlien devait être examiné de façon générale, sans donner l'exclusivité à telle ou telle branche du droit.

Toutefois, dans un souci de méthode, il a décidé de réfléchir à l'hyperlien d'abord sous l'angle de la propriété intellectuelle, ensuite dans ses rapports avec le droit de la concurrence puis, enfin, sous l'angle de la responsabilité de droit commun et de la concurrence déloyale.

Des points de vue sensiblement différents ont été exprimés au sujet de la mise en œuvre des principes posés par la propriété littéraire et artistique. Pour clarifier les positions et afin que chacun puisse faire valoir complètement ses idées, une note intermédiaire a été produite sur ce sujet en juin 2002 ¹⁹. Cette note a ensuite été soumise à discussion au sein d'un forum de discussion qui a recueilli près d'une cinquantaine de réactions et de propositions de la part des internautes et des membres du groupe de travail. Une synthèse de ces débats, dont le présent rapport tient évidemment compte, a été mise en ligne le 18 octobre 2002 ²⁰.

¹⁵ Les juridictions françaises ont cependant traité peu d'affaires sous l'angle exclusif de la propriété littéraire et artistique. Elles n'ont généralement eu à le faire que pour des liens pointant vers des contenus eux-mêmes contrefaisants, voir par exemple : TGI Saint-Étienne, jug. corr., 6 décembre 1999, *SACEM et autres c/Roche* et Battie et TGI Épinal, jug. corr., 24 octobre 2000, *SCPP et autres c/X* (décisions disponibles sur le site du Forum des droits sur l'internet, <http://www.foruminternet.org>). Les jurisprudences étrangères ne sont pas non plus légions et présentent généralement des circonstances particulières. Par exemple, l'affaire *Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corporation*, n° 00-55521, 280 F 3d 934 (9 th Cir., February 6, 2002) qui concernait un cas d'inclusion d'images par hyperliens (voir définitions des techniques de liaisons au paragraphe « Les techniques de liaisons » du présent rapport).

¹⁶ Audition du professeur François Terré au Forum des droits sur l'internet, 7 juin 2002.

¹⁷ Voir notamment : CA Paris, 25 mai 2001, *SA Keljob c/SA Cadremploi* ; TGI Paris, 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c/SA Keljob* ; TC Rouen, référé, 23 avril 2001, *SARL CAP et Société Le Monde Interactif contre Monsieur M. et Société Clara Net* (décisions disponibles sur le site du Forum des droits sur l'internet, <http://www.foruminternet.org>). Pour un exemple étranger récent, voir l'affaire *Newsbooster* au Danemark où une cour de première instance de Copenhague a prononcé, le 5 juillet 2002, une injonction contre la société *Newsbooster* lui interdisant d'effectuer des liens hypertextes vers les articles de plusieurs quotidiens en ligne. *Newsbooster* a ainsi été condamnée sur le fondement de la section 71 de la loi danoise sur les droits d'auteur qui protège les bases de données et de la première section de la loi danoise sur le commerce relative aux « bonnes pratiques commerciales ». Voir : « Danemark : la société *Newsbooster* ne pourra plus tisser de liens profonds », *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=346>.

¹⁸ TC Paris, référé, 26 décembre 2000, *SNC Havas Numérique et SA Cadres on line c/SA Keljob* ; TC Nanterre, référé, 8 novembre 2000, *SARL Stepstone France c/SARL Ofir France*.

¹⁹ « Le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique », note intermédiaire du Forum des droits sur l'internet, 17 juin 2002, <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=367>.

²⁰ Synthèse générale du forum de discussion « Liens hypertextes » : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=64&t=64>.

Plan du rapport

Les instruments permettant de naviguer sur le web sont nombreux et la notion d'hyperlien concerne des techniques très diversifiées. Il convient donc, tout d'abord, de prendre la mesure du phénomène sur la toile avant de le confronter au monopole d'exploitation de la propriété intellectuelle. Le présent rapport se propose ensuite d'analyser l'établissement de l'hyperlien sous l'angle du droit de la concurrence et de la concurrence déloyale.

L'hyperlien ou l'essence du web

Vaste espace interactif de communication, le web (*World Wide Web* ou « toile d'araignée mondiale ») est constitué par une myriade de sites, chacun situé au confluent d'hyperliens.

Instruments de navigation sur le web, les hyperliens peuvent être tissés de différentes manières. On distingue classiquement :

- les liens simples (liens pointant vers la page de présentation d'un site tiers) des liens profonds (liens tissés vers les pages secondaires d'un site tiers) ;
- les liens activables, nécessitant le clic d'une souris pour ouvrir la ressource visée, des liens automatiques qui permettent d'ouvrir directement le contenu de la ressource liée sur l'écran de l'internaute sans nécessiter une action de sa part.

L'internaute entreprendra ses recherches sur le web en remontant le long de ces fils qui composent la toile quelles que soient les techniques de liaisons auxquelles le tisseur a pu recourir.

Le lien, instrument d'une communication multidirectionnelle

Si les sites internet peuvent « exister » indépendamment des liens qui pointent vers eux, leur fréquentation n'en demeure pas moins dépendante de cette technique²¹. Le web, espace public par excellence sur l'internet, a été conçu pour que l'ensemble de ses ressources soit potentiellement accessible à partir de chacune d'entre elle²².

Après un bref aperçu historique relatif au concept de l'hypertexte, il est nécessaire d'évoquer l'existence des outils de recherche, principaux compilateurs de liens sur l'internet, avant de s'attarder sur la fonction technique des hyperliens et leur utilité sociale.

²¹ Un site internet n'est cependant pas relié du seul fait de sa mise en ligne. Il faut tout d'abord que l'auteur du site le référence sur un moteur de recherche ou demande à d'autres sites d'effectuer des liens vers le sien. Ce n'est théoriquement que lorsque les premiers liens seront tissés que le site sera « visible » sur le web et existera pleinement sur la « toile d'araignée mondiale ». Certains moteurs de recherche parviennent toutefois à retrouver l'existence de ressources qui n'auraient pas encore été reliées.

²² Tim Berners-Lee, l'un des pères du *World Wide Web*, nous confie : « *The vision I have for the Web is about anything being potentially connected with anything* » ; Tim-Berners-Lee et Mark Fischetti, « *Weaving the Web – The original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor* », *HarperBusiness*, 1999.

Aperçu historique

Les travaux conduits par le programme « Numérisation pour l'éducation et la recherche » (PNER) rappellent que l'origine du lien hypertexte remonte aux bibliothèques qui sont, d'une certaine façon, d'immenses bases de données dans lesquelles peuvent « naviguer » les lecteurs ²³. Aussi, peut-on considérer la note de bas de page, qui renvoie le lecteur vers la consultation d'autres documents, comme l'un des avatars primitifs du lien hypertexte ²⁴. L'analogie peut encore être faite avec les grandes encyclopédies du XVIII^e siècle que l'on concevait, en France et en Angleterre, comme un découpage du savoir en unités auxquelles le lecteur pouvait accéder dans n'importe quel ordre. Dans le prolongement de cette idée, H.G. Wells proposait, en 1936, une encyclopédie qu'il imaginait sous la forme d'un réseau nerveux tissant des liens entre les travailleurs intellectuels du monde grâce à un média d'expression commun ²⁵.

Dans leur conception originelle, les liens étaient un moyen d'indexer et d'organiser l'information. Leur nature a changé quand on a pu les mécaniser. La première tentative de mécanisation du lien remonte à l'année 1945 avec le projet *Memex* (*Memory Extender*) de Vannevar Bush, alors conseiller scientifique du président américain Roosevelt. L'objectif de ce projet était de permettre aux chercheurs d'accéder plus facilement à une documentation scientifique surabondante. Il s'agit, selon les termes de son auteur, d'un « *dispositif dans lequel un individu stocke ses livres, ses archives et ses communications, et qui est mécanisé pour être consulté d'une façon rapide et souple.* » ²⁶ Le support de stockage imaginé par Vannevar Bush était le microfilm. Bien que le projet n'ait jamais été mené à son terme, il présentait de nombreuses fonctionnalités proches de celles de l'hypertexte moderne. Il permettait les opérations suivantes :

- projeter plusieurs documents simultanément pour les comparer ;
- scanner de nouveaux documents ou se les procurer sous forme de microfilms ;
- ajouter ses propres notes et commentaires ;
- établir des liens entre divers documents au moyen de références codées.

Le principe premier de l'hypertextualisation est donc de **relier un document à un autre**.

Encore fallait-il inventer le mot « hypertexte ». En voulant réaliser le projet de Vannevar Bush sur ordinateur, Ted Nelson formalise, en 1965, un mode « d'écriture non séquentielle » qu'il désigne sous le terme « hypertexte », ce qui lui a d'ailleurs valu l'appellation de « père de l'hypertexte ». Ted Nelson poursuit aujourd'hui l'élaboration du système *Xanadu*, un projet de bibliothèque hypertextuelle universelle fondé sur les

²³ Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », étude 2000-2001 du programme « Numérisation pour l'enseignement et la recherche », http://www1.msh-paris.fr :8099/html/activduprog/ZeEtudes/Etudes_Sommaire.asp?id=231.

²⁴ L'analogie est partagée par de nombreux auteurs, dont Ted Nelson et Jean-Pierre Balpe. Elle est également évoquée, au soutien d'une analyse juridique, par Cyril Rojinsky : « Un clic de trop – Le droit menace-t-il les hyperliens ? », *Expertises des systèmes d'information*, 233, janvier 2001, p. 430.

²⁵ Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », *op. cit.*

²⁶ Vannevar Bush, « As we may think », *Atlantic Monthly*, 176, juillet 1945, p. 101-108 ; disponible sur le site du département hypermédias de l'université Paris VIII : http://hypermedia.univ-paris8.fr/jean/fiction/bush/as_we_may.htm.

concepts de « transclusion » et de « transcopyright » permettant de relier toute la littérature du monde entier dans un « *réseau de publication hypertextué universel et instantané* ». Il mène également une recherche sur la « philosophie de l'hypertexte » à l'université de Keio (Japon) ²⁷.

Ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt, avec le développement de l'informatique, que l'hypertextualisation peut véritablement s'automatiser. Celle-ci ne connaît alors plus de limites. Douglas Engelbart a fourni les premiers outils de l'hypertexte en proposant des environnements facilitant le travail en collaboration au sein desquels tous les intervenants étaient reliés en réseau à l'ordinateur de travail collaboratif ²⁸.

L'hypertexte a ensuite été utilisé dans le système *hypercard* du *Macintosh*, inventé par Bill Atkinson, pour atteindre l'information « directement là où elle est produite » et, donc, éviter de rapatrier et recopier des documents d'une machine à l'autre ²⁹.

Les réseaux informatiques exploitent aujourd'hui le plein potentiel de l'hypertexte. Appliqué à l'internet et à ses interfaces, il permet de créer des liens entre différents éléments situés sur un même document ou sur des documents séparés. L'utilisateur peut ainsi « naviguer » entre les pages web et les fichiers disponibles sur le réseau en cliquant simplement sur un mot, un groupe de mots ou certains objets ³⁰.

Les outils de recherche

Face à l'afflux d'informations, des moteurs de recherche se sont développés sur l'internet afin de permettre aux internautes de les retrouver facilement. Plusieurs stratégies ont été élaborées au cours de ces dernières années :

- les **annuaires** référant les sites « manuellement » (exemples : l'annuaire de *Yahoo !* ou celui de *Voilà*) : ils ne s'intéressent qu'à une partie du contenu présent sur l'internet. Il s'agit d'une technologie rudimentaire sur le plan du volume. Les sites référencés passent notamment par des systèmes de déclaration volontaire. On assiste alors à une complicité objective entre l'annuaire et celui qui a un document à référencer ;
- les **moteurs** « automatiques » : *Altavista* figure parmi les premiers moteurs de recherche. Cet outil parcourt l'ensemble de la toile, scanne les documents et crée des liens à partir des éléments mémorisés. Ces liens sont établis automatiquement sans que le gestionnaire d'un document à référencer en soit informé ;
- les **méta-moteurs** : ceux-ci recherchent dans les bases de données des moteurs primaires et affinent leurs résultats selon différentes techniques dont l'indice de popularité et d'audience ;

²⁷ Audition de Ted Nelson au Forum des droits sur l'internet, 15 février 2002.

²⁸ Douglas Engelbart, « Authorship provisions in Augment », *Ieee Comp-Con Proceedings*, été 1984.

²⁹ Audition d'Alain Caristan au Forum des droits sur l'internet, 1^{er} février 2002.

³⁰ Le terme hypertexte désigne précisément, selon Georges Vignaux, « un texte électronique composé de blocs de textes liés entre eux de manière non séquentielle ». L'auteur ajoute : « *Le web en est un exemple. Ce type de présentation d'un ensemble de textes constitue une rupture avec les présentations textuelles traditionnelles de l'information. Elle permet à l'utilisateur de choisir un "parcours" dans un ensemble de données (texte, image ou son). On pourrait aussi parler de "méta-texte", dans le sens où une nouvelle dimension est ajoutée au texte imprimé.* ». Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », *op. cit.*

- les **moteurs spécialisés** sur un thème précis commencent également à apparaître : ils permettent de rechercher une information spécifique très rapidement ;
- d'**autres outils** sont également en phase de tests, tels que *hyWebMap*, un système développé dans le cadre d'un projet de recherche à l'université Paris VIII qui permettra de créer, à partir d'un site web, un ou plusieurs réseaux hypertextuels, chacun étant organisé suivant un contexte sémantique défini par l'auteur ou par l'utilisateur selon son centre d'intérêt ³¹.

Aujourd'hui, seule l'indexation des textes fonctionne réellement, mais le travail sur l'image a déjà commencé. Ainsi la norme MPEG-7 offre un langage sophistiqué de marquage d'image qui permet d'indexer une image ou une séquence vidéo dans un document plus volumineux. L'hypertextualisation de l'image apparaît donc automatisable à terme ³².

Fonction technique et utilité sociale des hyperliens

Selon Jean-Pierre Balpe, créateur du département hypermédia de l'université Paris VIII, tous les documents seront à l'avenir liés entre eux, de manière visible ou non pour chaque utilisateur.

Aujourd'hui, certains auteurs représentent l'internet comme un papillon : le corps du papillon (le cœur de l'internet) est constitué par l'ensemble des sites web fortement interconnectés entre eux (environ 10 % des sites). À droite, une aile « entrante » contient les sites servant de portes d'entrée au web, pointant globalement vers le corps, mais très peu liés sur le web. Il s'agit principalement de sites personnels ou familiaux. À gauche, une aile « sortante » contient les sites qui n'ont pas de liens sortants, donc ne conduisent nulle part. Mais ces sites sont largement liés depuis le cœur. Dans le même ordre d'idée, il existe des « tunnels » entre les deux ailes : ce sont des liens directs entre des sites « entrants » et des sites « sortants » sans passer par le cœur ³³.

Les liens ont ainsi permis de développer de véritables réseaux virtuels au sein des réseaux physiques et ont contribué à donner à l'internet toute son originalité, sa richesse et sa supériorité par rapport aux autres systèmes d'information.

En reliant entre elles les ressources disponibles sur l'internet, les liens constituent donc les **fils de la toile** . Ce sont eux qui permettent aux internautes de « sauter » d'un site à l'autre et, de la sorte, d'effectuer leurs recherches de manière non linéaire. Chaque lien rencontré peut conduire l'internaute vers une ressource inattendue, dans une direction de recherche tout à fait différente de celle qu'il avait originellement initiée. Grâce aux liens, les chemins d'accès vers l'information convoitée sont multiples et variés ³⁴.

³¹ Voir le site suivant : <http://www.labart.univ-paris8.fr/~nasser/aide.html>.

³² Audition de Jean-Pierre Balpe au Forum des droits sur l'internet, 12 décembre 2001.

³³ *Idem*.

³⁴ La technologie de l'hypertexte doit être vue, selon l'analyse du PNER, comme une aubaine : « La connaissance de cette technologie doit également permettre de comprendre ce qu'il y a de révolutionnaire dans l'hypertexte et d'élargir nos référents (le livre notamment) pour entrevoir les potentialités de ce nouveau médium de diffusion de l'information. L'hypertexte doit être vu comme un élément intégrateur des outils d'accès à l'information numérisée [...] ». Georges Vignaux, « Qu'est-ce que l'hypertexte, origine et histoire », *op. cit.*

Le lien contribue ainsi à la **diffusion de l'information** et **facilite la recherche** de celle-ci. Référencés par les moteurs, compilés dans les annuaires, affichés sur les sites, les liens sont le support privilégié de la navigation. Christian Vandendorpe considère ainsi le lien hypertexte comme un « fil de mémoire » qui permet « de retrouver rapidement une information et de l'enrichir par des données nouvelles rencontrées au passage »³⁵.

Les liens n'appartiennent à personne³⁶ **mais sont utiles à tous**. Du côté utilisateurs, ils sont indispensables aux prospections du particulier, du chercheur, du documentaliste, du journaliste et à bien d'autres professions. Du côté des propriétaires de sites, ils sont autant de chemins d'accès vers leurs ressources et chaque lien tissé accroît leur visibilité.

Les hyperliens **participent donc au fonctionnement même du web**. On le comprend, si, sur la toile, les sites n'étaient pas reliés entre eux par les liens hypertextes, il ne serait possible de passer de l'un à l'autre que par une saisie manuelle de l'adresse de chacun d'eux. L'internet n'aurait alors guère plus d'originalité que le Minitel.

En outre, derrière le lien, il y a une culture du **partage** et de la **gratuité**, celle-là même qui a présidé aux premières utilisations de l'internet et qui perdure aujourd'hui au-delà des cercles utopistes³⁷. Le partage des ressources fut naturellement facilité par la technologie elle-même, l'internet ayant été conçu par la *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA), à la fin des années soixante, comme un réseau expérimental de partage de données situées sur des ordinateurs distants. Les « pionniers » de l'internet et les premières communautés virtuelles qui s'y sont « installées » ont, par ailleurs, adopté un principe d'échange d'idées et de savoir-faire par la mise en commun de leurs ressources et de leurs productions, notamment dans le but de faire évoluer le réseau³⁸.

Pour de nombreux auteurs, il en résulte que la possibilité d'effectuer des liens doit demeurer la plus **libre** possible. Solveig Godeluck, journaliste indépendante et auteur de l'ouvrage *La géopolitique d'internet*, prévient ainsi que « [si] l'on ne peut plus faire de liens, le Réseau risque de disparaître, parce qu'on ne pourra plus faire de

³⁵ Christian Vandendorpe, « L'hypertexte et l'avenir de la mémoire », *Le Débat*, n° 115, mai-août 2001, p. 149.

³⁶ La société British Telecom a revendiqué un temps la paternité des liens hypertextes et, conséquemment, un droit de propriété sur ceux-ci. Les prétentions de l'opérateur britannique ont cependant été rejetées par la cour fédérale de l'État de New York, le 26 août 2002. Voir « British Telecom ne détient pas les liens », *Foruminternet.org*, 26 août 2002, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=388>.

³⁷ Une culture largement soutenue par le discours apologétique des concepteurs des nouvelles technologies de l'information pour lesquels, selon Philippe Rigaut, « les "autoroutes de l'information" préparent l'avènement d'un univers social entièrement renouvelé, plus souple, plus participatif, duquel nombre des limites actuelles – qu'elles soient techniques ou sociales – seront abolies ». Philippe Rigaut, *Au-delà du virtuel*, L'Harmattan, 2001, p. 64-65 ; voir également Philippe Breton, *Le culte de l'internet – Une menace pour le lien social ?*, La Découverte, coll. « Sur le vif », 2000.

³⁸ John Leslie King, Rebecca E. Grinter, Jeanne M. Pickering, « Grandeur et décadence d'Arpanet – La saga de Netville, cité champignon du cyberspace », *Réseaux*, n° 77, 1996.

recherche »³⁹. Ted Nelson insiste également sur le fait que la capacité d'établir des liens doit rester libre : il ne lui apparaît pas pertinent d'imaginer que le propriétaire d'un site puisse s'opposer, sur l'internet, à l'élaboration d'un lien pointerait vers lui⁴⁰.

Cependant, tous les hyperliens ne répondent pas forcément à cette culture du partage et de la gratuité. Alain Caristan constate, en effet, que certaines techniques de liaison, telles que celles permettant l'inclusion de ressources extérieures dans une page web (*framing* ou *in line linking*) ont pour effet de « rapatrier » une information plutôt que de pointer vers elle. On assiste ainsi à un phénomène d'**appropriation** des contenus qui détourne le lien de sa fonction primordiale sur le web. Il faudra donc identifier, estime-t-il, les usages du lien qui servent effectivement à l'échange et à satisfaire la communauté⁴¹.

Tim Berners-Lee regrette également que le web n'ait pas évolué comme il le souhaitait, c'est-à-dire comme un instrument pour écrire et collaborer plus encore que pour consommer des informations. Mais il se félicite de voir qu'il a su préserver la variété des choix. Il note qu'il existe bien quelques gros portails, mais il relève également l'existence d'une « *énorme quantité de sites minuscules et tout ce qu'on peut imaginer entre le plus gros moteur de recherche et le site personnel* »⁴².

Qu'est-ce donc finalement que le web dont l'existence tient au lien hypertexte ? Cette myriade de ressources reliées entre elles autour du globe a suscité des analyses et des réflexions, notamment d'ordre philosophique, d'où émerge la notion d'« **intelligence collective** » qui ne peut se concevoir sans liens ni réseaux. « *L'évolution cosmique et culturelle culmine aujourd'hui dans une culture de l'intelligence collective* » estime ainsi Pierre Lévy⁴³. Cette déclaration se fait l'écho, d'une certaine manière, des propos tenus par Friedrich Nietzsche pour lequel « *la conscience n'est en somme qu'un réseau de liens entre les hommes, – et ce n'est qu'en tant que telle qu'elle a dû se développer : à vivre isolé, telle une bête féroce, l'homme aurait pu fort bien s'en passer.* »⁴⁴

De l'intelligence collective au « **cerveau global** », concept reposant sur l'analogie entre le cerveau humain constitué d'un nombre infini de neurones interconnectés et l'internet, il n'y a qu'un pas. Celui-ci a été franchi au milieu des années quatre-vingt-dix par Joël de Rosnay, cybernéticien et président de la Cité des sciences à Paris : « *aujourd'hui, face à un développement de plus en plus complexe et évolutif, le développement d'un cerveau global et de sociétés capables de l'utiliser permettra-t-il à l'humanité, non seulement de survivre mais de continuer à évoluer dans des conditions améliorant ses chances à long ou très long terme ?... Le web représente*

³⁹ Solveig Godeluck, « Les libertés doivent être défendues sur tous les nouveaux territoires, y compris internet », propos recueillis par Camille Le Gall, *Le Monde Interactif*, 8 octobre 2002.

⁴⁰ Audition de Ted Nelson au Forum des droits sur l'internet, 15 février 2002.

⁴¹ Audition d'Alain Caristan au Forum des droits sur l'internet, 1^{er} février 2002.

⁴² Dan Gillmor, « Web pioneer looks at ground covered, future », *The Mercury News*, 12 mai 2002, disponible sur [Siliconvalley.com](http://www.siliconvalley.com) : <http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/3245274.htm>.

⁴³ Pierre Lévy, cité par Stéphane Mandard, « À la recherche de l'intelligence collective issue d'internet », *Le Monde*, 30 octobre 2002, p. 25 ; disponible sur [Lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) : <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3244-296107-,00.html>.

⁴⁴ Friedrich Nietzsche, *Le Gai Savoir*, aphorisme 354.

un premier pas dans cette direction ». Joël de Rosnay ajoute : « *la pensée systémique/matricielle générée et transmise au sein des réseaux se développe d'autant mieux que les informations et savoirs sont accessibles par tous. Outre la question récurrente de l'accès de tous à l'internet, ceci pose celle de la mise en compatibilité formelle des contenus s'ajoutant à l'interconnectivité des infrastructures.* »⁴⁵

Ces réflexions philosophiques et sociales sont généralement accompagnées d'un discours élogieux sur l'utilisation des nouvelles technologies de communication. Que le lien en soit la principale source d'inspiration démontre l'importance conceptuelle et culturelle qu'il tient au sein de notre société. Son utilité et ses particularités nous invitent donc à la plus grande sagesse pour traiter de son encadrement juridique.

Définitions et techniques de liaison

Définitions de l'hyperlien

Le lien hypertexte peut être entendu plus ou moins prosaïquement comme « *un saut dans l'espace et dans le temps* », une « *accélération pour parcourir les distances* », un « *système de référencement qui permet une satisfaction immédiate de l'envie de connaître* »⁴⁶ ou encore « *un raccourci technologique permettant d'accomplir plus facilement ce que tout le monde fait depuis que la notion d'information existe : parler à certaines personnes de ce que font d'autres personnes.* »⁴⁷

Parmi les définitions « techniques », on relève des acceptions restreintes : « *un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot* » (Le Petit Robert) ou extensives : « *connexion activable à la demande dans le web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans internet* » (L'Office de la langue française du Québec). La jurisprudence française définit également le lien hypertexte comme étant « *un simple mécanisme permettant à l'utilisateur en cliquant sur un mot ou un bouton de passer d'un site à un autre.* »⁴⁸

Ces définitions ne sont cependant pas satisfaisantes dans la mesure où elles limitent leur portée au lien activable à la demande ou restreignent la diversité des pointeurs aux seuls textes et images.

Quelques précisions techniques

Sur une page web, le lien sera mis en place par l'écriture d'un code informatique localisant la ressource et destiné à être lu par le navigateur de l'internaute.

⁴⁵ Joël de Rosnay, *L'homme symbiotique – Regards sur le 3^e millénaire*, Éditions du Seuil, Paris 1995.

⁴⁶ Définitions rapportées par Alain Caristan, directeur technique du CNED, ancien ingénieur de recherche de l'INRIA. Audition au Forum des droits sur l'internet, 1^{er} février 2002.

⁴⁷ Voir sur le forum de discussion, « Hyperliens et droit d'auteur » l'intervention suivante : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=10&t=1>.

⁴⁸ CA Paris, 19 septembre 2001, *SA NRJ et Monsieur J. B. c/Sté Europe 2 Communication* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=217>.

Lorsqu'il n'est pas activé automatiquement, le lien hypertexte est présenté pour l'utilisateur par un pointeur (du texte, une image ou tout autre fichier interactif) activable par un simple clic.

Un lien hypertexte peut être très simplement créé en langage HTML par l'instruction : ``. Par exemple, un lien pourra être établi vers la page de présentation du site *Legifrance* de la manière suivante :

```
<a href="http://www.legifrance.gouv.fr">Lien vers le site Legifrance</a>
```

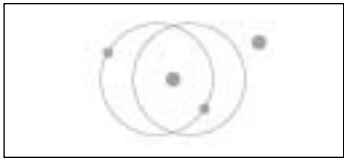
Le lien apparaîtra ainsi aux yeux de l'utilisateur sous la forme du pointeur suivant :



Il suffira de cliquer sur celui-ci pour être immédiatement renvoyé de la page consultée vers le site Legifrance.

De même il est possible de placer une image à la place du pointeur textuel. Par exemple, pour effectuer un lien vers le site du Forum des droits sur l'internet à partir de son logo, il faudra utiliser l'instruction suivante :

```
<a href="http://www.foruminternet.org">
```



Lorsque le lien est **activé automatiquement**, il affiche directement à l'écran le document ou le fichier vers lequel il pointe sans que l'utilisateur n'ait eu besoin de cliquer sur un texte ou une image.

Le lien automatique peut ainsi servir à intégrer dans une page HTML ou appeler, à partir de celle-ci, des images, des vidéos ou des fichiers musicaux appartenant à un site tiers.

Par exemple, l'instruction :

```

```

permettra d'effectuer un lien automatique vers une illustration située sur le site du Forum des droits sur l'internet. Celle-ci peut ainsi se retrouver se retrouver directement intégrée sur la page HTML nouvellement créée :



Notons que le **terme** « lien hypertexte » peut s'avérer **trop étroit** – au regard du sens commun – pour couvrir les techniques de liaisons visant à afficher un élément graphique ou vidéo en guise de pointeur ou à lier automatiquement un élément multimédia. Certains parleront alors de « lien hypermédia ». Le présent rapport préfère recourir au terme d'« **hyperlien** » ou, plus simplement, à celui de « lien ».

Définition proposée par le Forum des droits sur l'internet

Pour tenir compte de ces précisions et éviter de limiter la définition du lien à un certain état de la technique, le Forum des droits sur l'internet propose une définition extensive.

Hyperlien ou lien : connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple le réseau internet). Il est composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée ⁴⁹.

La définition du lien doit par ailleurs être distinguée de celle de l'adresse qui lui sert de référence.

Adresse : chaîne de caractères désignant les coordonnées d'une ressource sur un réseau de communication (par exemple : adresse URL d'un site web).

Les techniques de liaisons

Différentes techniques de liaison existent aujourd'hui. Chacune d'entre elle étant susceptible d'emporter des conséquences juridiques particulières, il convient de les identifier et de les définir.

Lien activable : lien nécessitant une action de l'utilisateur en ce sens (exemple : un « clic »).

Lien automatique : lien activé sans action spécifique de l'utilisateur (exemple : liens déclenchés automatiquement à l'affichage d'une page web, etc.). L'activation du lien dépend donc du concepteur de la page et non de l'internaute. Les liens automatiques sont souvent utilisés dans les cas de transclusions (*framing* et *inline linking*).

Lien simple : lien vers l'un des points d'entrée désigné d'une collection de ressources et accessible par un réseau de communication (par exemple : page d'accueil d'un site web).

Lien profond : lien vers toute ressource autre que l'un des points d'entrée désigné de la collection de ressources à laquelle il appartient.

Lien interne : lien vers une ressource appartenant à la même collection de ressources.

Lien externe : lien vers une ressource appartenant à une autre collection de ressources (exemple : un site appartenant à un tiers).

⁴⁹ Voir *infra* « Les méthodes de présentation d'une ressource liée » pour l'analyse des différentes présentations de la ressource liée.

À ces définitions il faut ajouter celle de **collection de ressources** : ensemble de contenus de nature variée (image, son, texte, vidéo, logiciel, etc.) ayant une cohérence entre eux et gérés par une même entité. Par exemple, un site web ou un site FTP peuvent être une collection de ressources.

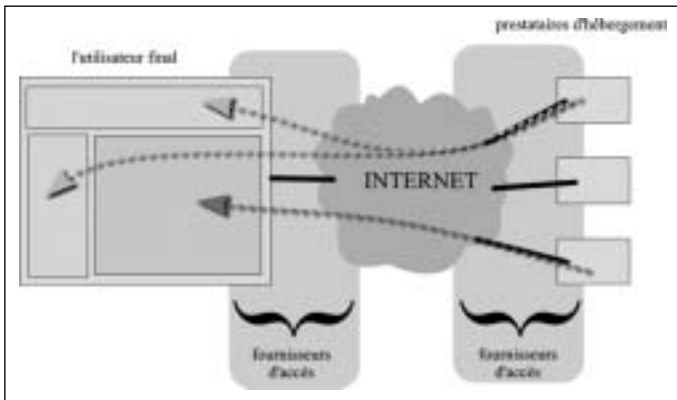
En outre, il existe différents **modes de présentation** d'une ressource liée. À ce jour, trois méthodes de présentation d'une ressource pointée par un lien sont pratiquées :

- classique ou « par défaut » : présentation de la ressource liée en **remplacement** de la ressource liante ;
- apparition dans une nouvelle fenêtre : présentation de la ressource liée dans une nouvelle fenêtre de l'outil de navigation ;
- transclusion : présentation de la ressource liée dans un cadre visible ou non (cas du « *framing* »), un emplacement spécifique au sein de la ressource liante (cas du « *in line linking* ») ou en diffusion simultanée (écoute de musique par exemple).

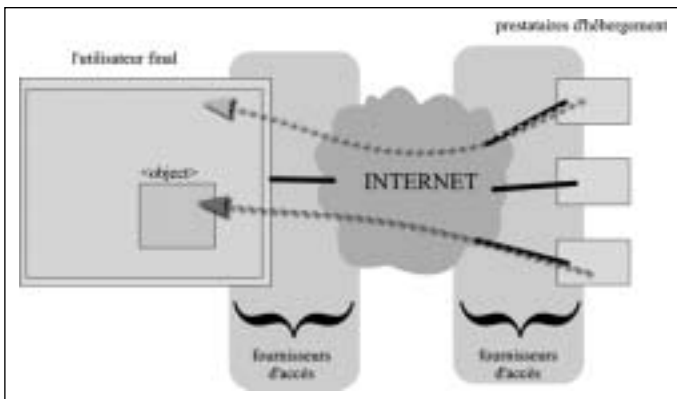
N.B. : la technique du lien profond sera souvent utilisée pour les transclusions dans un cadre et systématiquement utilisée pour les transclusions dans un emplacement spécifique (il s'agira alors d'un lien profond effectué vers un fichier spécifique).

Illustrations : **Cas d'inclusions par hyperlien**

Cadrage (*framing*)



L'inclusion d'objet (*in line linking*)



Conclusion intermédiaire

Quelques caractéristiques du lien peuvent être dégagées.

- L'hyperlien constitue **l'essence même du web**. Qu'il soit défini comme un renvoi, une référence, un point de connexion ou encore un chemin d'accès, chaque lien participe au principe même de communication universelle et multidirectionnelle inhérent au fonctionnement de la toile.
- Les usages qui se sont développés sur l'internet – à savoir une **culture de partage** fondée sur un média universel permettant à tous les internautes connectés de s'échanger non seulement des contenus mais aussi une « visibilité » – amènent à considérer que l'hyperlien ne doit pas relever d'un cadre juridique risquant d'en contrarier les effets positifs : la créativité des internautes, la circulation de l'information à moindres coûts, la notion de partage.
- Il existe **différentes manières de lier** et de **présenter** des ressources sur l'internet : les liens peuvent être « simples », tel est le cas lorsqu'ils sont établis pour accéder directement à la page d'accueil d'un site, ou « profonds », lorsqu'ils pointent vers l'une des autres pages (ou ressources) contenues dans un site. Un lien peut aussi permettre d'intégrer un contenu ou des éléments appartenant à un site tiers sur la ou les pages du site liant. On parle alors d'inclusion par hyperlien ou de « **transclusion** »⁵⁰. Or, il semble que l'appréhension juridique de l'hyperlien dépende en grande partie de la nature des liens répertoriés au sein des définitions et des méthodes de présentation adoptées par le lieur⁵¹.

La conception que l'on doit se faire du web, entre la liberté ou l'autorisation de lier, doit tenir compte de ce que nombre de propriétaires de sites sont réticents à l'idée que leurs contenus puissent être liés sans aucune réserve. Cela vaut en particulier lorsque le site liant recourt à des techniques donnant l'illusion qu'il est lui-même l'éditeur des contenus.

- En outre, le web pose des **questions de société**, d'un ordre presque philosophique, et auxquelles les chercheurs sont encore loin d'avoir répondu. Dans ce contexte, le juriste doit redoubler de modestie et de prudence.
- L'analyse juridique des hyperliens nous a conduit à constater que **certaines branches du droit sont plus particulièrement concernées** par cette matière. Parmi celles-ci, et sans être exhaustif, on peut citer : le droit de la propriété littéraire et artistique, le droit *sui generis* sur les bases de données, la concurrence déloyale et le droit de la concurrence.

⁵⁰ Audition de Ted Nelson au Forum des droits sur l'internet, 15 février 2002.

⁵¹ Notons qu'il existe également les hyperliens « invisibles », de plus en plus répandus sur le web, qui entraînent l'utilisateur, sans qu'il le sache, vers une galaxie de sites qui ont des liens commerciaux ou non entre eux. Ce type de lien est abordé dans la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 sous l'expression « transfert automatique d'appel ». La société DoubleClick qui assure la gestion des bandeaux publicitaires de très nombreux sites commerciaux est à l'initiative de cette pratique. Le visiteur est rarement conscient qu'en se connectant sur une page donnée, il active des liens qui vont chaîner cette page avec les serveurs de DoubleClick, lesquels pourront envoyer des publicités adaptées à son profil. Jusqu'à présent, ces pratiques n'étaient réglementées que pour la téléphonie. Désormais, les sites de publicité en ligne seront également visés par la directive.

L'hyperlien confronté au monopole d'exploitation de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle se divise en deux branches : la propriété littéraire et artistique, couvrant les droits d'auteur et les droits voisins, et la propriété industrielle, comprenant notamment le droit des marques et des brevets. Ces droits confèrent un monopole d'exploitation au titulaire des droits sur une œuvre, une base de données ou une marque ; cela signifie notamment qu'il est le seul à pouvoir autoriser ou interdire l'utilisation de l'objet protégé.

Si l'hyperlien venait à être considéré comme mettant en œuvre un ou plusieurs droits intellectuels, ceci impliquerait notamment que le lieur ait à demander, préalablement à l'établissement de tout hyperlien vers une œuvre ⁵², une autorisation au propriétaire de la ressource vers laquelle il désire pointer.

S'agissant des droits d'auteur, cette autorisation doit être expresse pour ce qui concerne l'obtention des droits de représentation et de reproduction attachés à une œuvre ; elle ne peut donc être implicite et doit être constatée par écrit ⁵³.

Dans ce cas de figure, la liberté de lier pratiquée le plus généralement serait remise en cause, d'où l'importance de la discussion relative à la mise en œuvre des principes de la propriété intellectuelle pour l'établissement d'un hyperlien.

Il est nécessaire de résumer ici le débat ayant lieu sur la mise en œuvre des droits de reproduction et de représentation avant d'analyser l'application du droit moral aux hyperliens, puis du droit spécifique des bases de données et, enfin, du droit des marques.

Débat sur la mise en œuvre des droits patrimoniaux

L'hyperlien ne peut évidemment pas faire l'économie d'une analyse sous l'angle de la propriété littéraire et artistique. Nul n'a jamais contesté que l'internaute, tout comme l'auditeur d'une radio ou le téléspectateur devant son poste de télévision, bénéficiait d'un acte de représentation au sens juridique du terme, dès lors qu'il avait accès à des œuvres protégées (dessins, musique, écrits, etc.).

L'hypothèse retenue ici est celle des ressources internet ayant un caractère licite, c'est-à-dire ne posant pas de problème de contrefaçon ressortissant au droit pénal.

Les études approfondies qui ont eu lieu au sein du groupe de réflexion du Forum sur l'application du droit de la propriété littéraire et artistique aux hyperliens – à

⁵² Article L. 122-4 du Code la propriété intellectuelle : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque. »

⁵³ Cette condition de preuve découle de l'article L. 131-2 : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil sont applicables. » Aussi les cessions doivent-elles respecter un cadre précis (article L. 131-3).

commencer par les liens simples – ont conduit à constater des divergences d’analyse. La question centrale est de savoir si l’établissement d’un lien nécessite, au regard du droit de la propriété intellectuelle, une autorisation de représentation, voire de reproduction. Les positions des uns et des autres ont été exprimées en particulier à l’occasion du forum de discussion qui a été ouvert sur la note intermédiaire publiée le 17 juin 2002 ⁵⁴.

Elles peuvent être regroupées autour de deux axes : le premier qui considère qu’une autorisation est nécessaire pour établir des hyperliens, même simples, et la seconde qui privilégie le principe d’une liberté de lier. L’analyse que propose le Forum s’efforce de dépasser ces oppositions.

Interprétation selon laquelle une autorisation préalable est toujours nécessaire pour établir un hyperlien

Cette interprétation s’organise autour de trois idées : en premier lieu, le web est devenu un espace marchand, ensuite, la notion de public spécifique milite en faveur d’une autorisation et, enfin, l’hyperlien ne constitue pas une référence ou un renvoi.

Arguments économiques

Les tenants de cette thèse estiment que le web « *tendra de plus en plus à être un lieu d’exploitation (commerciale) des œuvres de l’esprit* » et que, dans de nombreux cas, « *le site liant ne se contente pas d’informer les internautes de l’existence d’un autre site, mais tire un bénéfice direct ou indirect du contenu des sites et des œuvres qui y sont reproduites* » ⁵⁵.

On peut déduire de cette assertion que les tenants de la liberté de lier se référerait à une image de la toile dépassée, celle, si on peut faire la comparaison, que se faisaient de la bande FM (modulation de fréquence) les partisans des radios libres au début des années quatre-vingt.

Cette position, qui se situe sur le terrain du droit patrimonial de l’auteur, donc sans préjudice de l’exercice du droit moral, va dans le sens d’une défense des intérêts pécuniaires des auteurs et des titulaires de droits voisins qui désirent contrôler l’utilisation qui est faite de l’œuvre à la création de laquelle ils ont concouru. Il s’agit de percevoir des droits sur l’exploitation autonome, effectuée par le biais d’hyperliens, de l’œuvre diffusée sur l’internet ou, le cas échéant, d’interdire ce type d’exploitation. Ainsi en est-il, par exemple, d’un portail établissant des liens simples ou profonds vers des webradios : ces liens seraient installés pour permettre une exploitation économique.

Aussi les intérêts pécuniaires en jeu ne sont pas seulement ceux des auteurs mais également ceux qui exploitent les œuvres en ligne qui auront préalablement obtenu

⁵⁴ Forum de discussion « Hyperliens et droit d’auteur », ouvert du 17 juin 2002 au 18 octobre 2002 sur le site du Forum des droits sur l’internet : <http://www.foruminternet.org/forums/descr.php?f=8>.

⁵⁵ Position de la SACEM, du 2 septembre 2002, soutenue à l’occasion du forum de discussion « Hyperliens et droits d’auteur » ouvert sur le site du Forum des droits sur l’internet : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=56&t=56>.

les autorisations nécessaires. Ce sont donc des intérêts économiques considérables qui sont concernés et le droit de la propriété intellectuelle est ici invoqué pour jouer le rôle de régulateur et empêcher un développement anarchique du réseau. Il en résulte que le droit des auteurs d'autoriser ou d'interdire l'établissement de liens, sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle, ne peut pas leur être dénié parce qu'il est le seul dont ils peuvent disposer. En effet, les auteurs ne peuvent pas recourir au droit des marques, ni à celui de la concurrence ou à celui des bases de données qui sont réservés aux acteurs commerciaux et aux investisseurs.

Pour ces raisons, le responsable d'un site qui voudrait établir un lien vers une ressource contenue dans un autre site doit solliciter une autorisation auprès des ayants droit sur le fondement des articles L. 122-2 (droit de représentation) ⁵⁶ ou L. 122-3 ⁵⁷ (droit de reproduction) du Code de la propriété intellectuelle et, pour ce qui concerne les droits voisins, les articles 213-1 (droit du producteur de phonogramme), 215-1 (droit du producteur de vidéogramme) et 216-1 (droit de l'entreprise de communication audiovisuelle) du même Code.

Arguments juridiques

■ Dans le cas de la représentation

Selon le Code de la propriété intellectuelle, la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque ⁵⁸. Les illustrations de cette définition (récitation publique, télédiffusion...), sont susceptibles d'interprétations et d'applications diverses. On peut donc considérer que l'utilisation de l'internet peut donner lieu à des actes de représentation.

Si représentation il y a, encore faut-il, à l'occasion de la consultation de tel ou tel site grâce à l'hyperlien, que l'on soit en présence d'un nouveau public, ou encore d'un public spécifique. À l'appui de la thèse selon laquelle le lien est, ou permet, un acte de représentation et nécessite donc une autorisation, il est rappelé une jurisprudence relative au droit de la communication audiovisuelle. Selon celle-ci, l'hôtelier qui met à la disposition de ses clients, dans les chambres d'hôtel occupées à titre privé, des récepteurs de télévision reliés par câble aux programmes diffusés par satellite, procède à une communication des œuvres télédiffusées à un public spécifique, celui des chambres d'hôtel. Ce public est différent de celui des téléspectateurs qui reçoivent chez eux le même programme. Il s'agit donc, dans l'arrêt *Novotel*, d'un acte d'exploitation relevant du droit d'auteur et nécessitant ainsi l'autorisation du titulaire des droits :

⁵⁶ Article L. 122-2 : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. »

⁵⁷ Article L. 122-3 : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte [...] ».

⁵⁸ Article L. 122-3 (voir *infra*).

« [...] l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision, dans l'exercice et pour les besoins de son commerce, cette communication constituant une représentation des œuvres télévisuelles au sens du texte susvisé [...] »⁵⁹.

Par ailleurs, la cour d'appel de renvoi a disposé que « le seul fait de procurer (aux) clients la possibilité de recevoir [ces programmes] constitue la communication donnant lieu à la perception du droit de représentation »⁶⁰.

Par analogie avec cette jurisprudence, les tenants de la thèse de l'autorisation soutiennent qu'un site web qui permet à ses visiteurs – fussent-ils connectés à partir de leur domicile privé – d'accéder à des contenus en ligne grâce à des hyperliens, procède, de la même manière que l'hôtelier, à un acte de communication au public. C'est une représentation au sens de l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle et une communication au public au sens des articles du code relatifs aux droits voisins du droit d'auteur qui nécessitent une autorisation.

■ Dans le cas de la reproduction

À l'appui de la thèse de l'application de la législation sur la propriété littéraire et artistique à l'hyperlien, le raisonnement a été avancé que l'autorisation de reproduction serait requise de la part des ayants droit pour la raison suivante : celui qui établit un hyperlien vers un autre site donne à ses visiteurs les moyens d'en reproduire le contenu.

Dans ces conditions, celui qui clique sur un hyperlien est amené à déclencher, à partir du site liant, un mécanisme qui aboutit à provoquer la reproduction sur le disque dur de son ordinateur du contenu du site vers lequel il a été dirigé. Il s'agit donc de savoir si le site qui établit le lien fournit les moyens de reproduction, le cas échéant en tirant un bénéfice dans des conditions comparables à une officine de photocopie⁶¹.

En effet, La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 mars 1984, *Rannou-Graphie*, avait caractérisé l'opération de reprographie en relevant que l'officine de photocopie assurait le bon fonctionnement des machines placées dans son local sous sa direction et sous son contrôle et en en tirant un bénéfice. Les copies réalisées par l'officine n'étaient pas destinées à un usage privé, mais il s'agissait bien, pour ladite officine, d'une opération commerciale donnant prise au droit de reproduction :

« [...] il n'y a pas lieu de distinguer "entre le cas où la mise en place des pages à photocopier et la manœuvre du bouton marche-arrêt ont été effectuées par le client,

⁵⁹ Cass., 1^{re} civ., 6 avril 1994, *Société Cable New Network et a. c/Société Novotel Paris-Les Halles* : D. 1994, jur., p. 450, note Pierre-Yves Gautier ; arrêt disponible sur *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/general/lire.phtml?id=254>.

⁶⁰ CA Paris, 20 septembre 1995, RIDA, avril 1996, p. 277 et 193, obs. André Kéréver.

⁶¹ Il convient par ailleurs de rappeler l'existence d'un droit corollaire au droit de reproduction : le droit de destination (droit de contrôler les usages de l'œuvre notamment du point de vue de la distribution ou de l'utilisation). Les tenants de la thèse de l'autorisation estiment, dans ce cadre, qu'il faut aussi tenir compte du fait qu'un auteur ayant autorisé un site à offrir ses œuvres au téléchargement ne saurait être présumé avoir autorisé d'autres sites à offrir le téléchargement des œuvres concernées par l'établissement d'hyperliens.

conformément au principe du libre service, et celui ou ces manipulations ont été effectuées, exceptionnellement ou non, par l'entrepreneur lui-même ou par l'un de ses préposés" ;

D'où il suit que, relevant que les copies obtenues n'étaient pas destinées à un usage privé et que l'entrepreneur en copie " a tiré un bénéfice analogue à celui d'un éditeur et ne peut en définitive se prévaloir de l'exception apportée par l'article précité au monopole d'exploitation accordé par la loi à l'auteur et, par suite, à l'éditeur régulièrement cessionnaire des droits de celui-ci" [...] »⁶².

Arguments complémentaires

À ces arguments concernant directement le droit de représentation et le droit de reproduction, les tenants de la thèse de l'autorisation en ajoutent un certain nombre d'autres.

■ L'hyperlien n'est pas un simple renvoi

L'idée selon laquelle l'hyperlien serait un simple renvoi ou une référence ou même une courte citation⁶³ paraît contestable. En effet, dans la mesure où le lien permet d'accéder directement et immédiatement à l'œuvre citée, on ne peut considérer l'hyperlien comme un moyen de faire référence à un autre document, une référence ne donnant pas à proprement parler accès à une œuvre, ou une facilité technique permettant au lecteur de retrouver ledit document, puisque l'utilisateur en vient, en fait, à le consulter directement.

■ La possibilité de prévoir un accès conditionnel est inopérante

Un argument technique est également avancé : c'est à tort qu'il est soutenu que l'autorisation préalable ne se justifierait que dans l'hypothèse de services nécessitant la délivrance d'une clé d'accès. En effet, ces services sont précisément ceux pour lesquels l'autorisation n'est pas nécessaire puisqu'il est impossible, par la volonté du créateur du site, d'établir des liens vers eux.

■ Les règles de la propriété intellectuelle sont soutenues par la déontologie

Les tenants de la thèse de l'autorisation avancent également une disposition d'une version de la Netiquette (le paragraphe 4.2.1 des *Netiquette Guidelines* – RFC 1855 du W3C d'octobre 1995) suivant laquelle il est conseillé de « demander » avant de « pointer » vers un autre site⁶⁴. L'application des règles de propriété intellectuelle correspond ainsi aux usages préconisés au sein de cette Netiquette.

Interprétation refusant le principe de l'autorisation préalable

Cette interprétation conteste l'exercice d'un monopole d'exploitation au profit des ayants droit pour l'établissement des hyperliens. Elle considère que doit prévaloir la liberté de lier, c'est-à-dire qu'une autorisation préalable n'est pas nécessairement requise – sauf à constater une exploitation abusive de l'hyperlien – pour l'établissement d'hyperliens.

⁶² Cass., 1^{re} civ., 7 mars 1984, *Rannou-Graphie* : JCP 1985, n° 20351, note R. Plaisant.

⁶³ Article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁴ « Don't point to other sites without asking first », <http://www.faqs.org/rfcs/rfc1855.html>.

L'idée que se font du web les tenants de cette interprétation est évidemment à l'opposé de celle qui vient d'être exposée. Mais l'analyse diverge également sur le plan juridique et, notamment, sur la notion de public nouveau et sur celle qui tendrait à ne pas assimiler le lien à une référence.

Arguments techniques et sociaux

La plupart des arguments techniques et sociaux avancés au soutien de la liberté de lier découlent en partie des idées développées au premier chapitre du présent rapport.

■ L'hyperlien participe nécessairement à la communication sur le web

Étant donné le mode de fonctionnement de l'internet, la personne qui met en ligne des contenus sur le web sans prévoir un dispositif technique particulier pour y accéder (clé d'accès) doit s'attendre, non seulement à ce qu'un public indéterminé les visite, mais aussi, puisque tels sont l'intérêt et l'essence du web, que des liens soient établis vers ceux-ci.

L'internet – réseau ouvert par excellence – et l'interface web ont justement été conçus pour que chacune des ressources mises en ligne puisse être connectée avec d'autres, le but du jeu étant qu'aucune information mise en ligne ne soit isolée des autres. Ainsi la création potentielle et spontanée de chemins d'accès (les liens) fait-elle partie du principe de communication sur le web et prolonge la volonté initiale de l'auteur du contenu de mettre celui-ci à la disposition de tout internaute, peu important l'itinéraire que ce dernier aurait emprunté pour parvenir jusqu'à lui.

Le même raisonnement ne peut, bien sûr, pas être tenu pour les sites intranet ou extranet qui sont réservés à une catégorie de public bien identifiée (par exemple les salariés d'une entreprise).

■ La maîtrise technique des hyperliens

Des mesures techniques permettent aux responsables de sites de maîtriser l'établissement des hyperliens effectués vers leurs ressources ou de gérer l'accès à celles-ci.

En premier lieu, il est possible de contrôler l'indexation par les moteurs de recherche d'une ou plusieurs pages web. À cette fin, les webmestres peuvent ajouter dans le répertoire principal de leur site un fichier texte nommé « robot.txt » indiquant aux robots indexeurs les pages ou fichiers à exclure du référencement⁶⁵. Ceci étant, seuls les robots qui sont conformes à la norme d'exclusion « *Robots Exclusion Standard* » liront et obéiront aux commandes dans le fichier.

Il est également possible de protéger l'accès à un site, à certaines de ses pages ou de ses fichiers, par une clé d'entrée (comprenant généralement un nom d'utilisateur et un mot de passe). Cette technique est couramment utilisée par les sites qui possèdent une partie réservée à leurs abonnés. Elle n'empêche pas, à proprement

⁶⁵ Il est également possible d'empêcher l'indexation de pages sur la plupart des moteurs en incluant le code suivant dans la partie HEAD des pages à exclure : <META NAME="robot" CONTENT="noindex">.

parler, l'établissement de liens vers les pages d'un site, mais seules les personnes ayant obtenu une clé pourront consulter le contenu référencé. Il appartiendra donc à ceux qui, acheminés vers les pages protégées mais ne disposant pas d'une telle clé, de s'en procurer une auprès du contact désigné sur la page bloquée. La délivrance d'une clé peut cependant être soumise à des conditions particulières.

Ce qui vient d'être rappelé ne contredit pas le principe selon lequel la faculté d'utiliser les hyperliens devrait être la plus libérale possible. La mise en place d'une clé d'entrée interdit simplement la consultation des pages protégées par un public indéterminé. Le responsable d'un site conserve ainsi la faculté de déterminer le périmètre de visibilité de ses pages.

Certains liens pourraient néanmoins être assortis d'une technologie destinée à contourner les mesures de protection. Cette situation, que le présent rapport n'envisagera pas, renvoie à la protection juridique des mesures techniques traitée par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

■ **Considérations tenant à l'« esprit du web »**

Au cours du débat que le Forum a ouvert sur la nature du lien hypertexte, beaucoup de participants se sont référés à ce qui doit être l'esprit du web. Pour eux, l'internet est d'abord un comportement : « [oser] *imaginer l'obligation d'une autorisation pour faire pointer un lien vers un autre site est une prétention arrogante qui va à l'encontre de l'esprit du net* »⁶⁶. Le lien est l'essence même du web et grâce à lui, à sa souplesse d'utilisation, à la navigation qu'il permet jusqu'à l'infini sur l'internet, peuvent s'exprimer le dynamisme et la créativité des internautes.

■ **La déontologie n'interdit pas l'établissement des hyperliens**

La Netiquette peut être définie comme « [...] *un ensemble de principes [souvent flous] destinés à assurer un certain ordre dans internet* »⁶⁷. De nombreux documents ont tendu à formaliser ces principes et à définir des règles générales communément acceptées. Parmi celles-ci, une version de la Netiquette souvent citée indique que l'on ne doit pas obligatoirement : « *demander la permission d'établir un lien vers le site d'un autre* ». Elle indique en revanche que « *dans le respect de l'individu et de ses efforts, un simple message électronique établissant que vous avez effectué un lien vers son site serait approprié* »⁶⁸. Les tenants de la liberté de navigation sur le web s'accordent pleinement avec cette déontologie.

Neutralité du lien vis-à-vis des droits patrimoniaux

Les arguments qui suivent prennent le contre-pied de ceux avancés par les tenants de la thèse de l'autorisation sur le terrain du droit de représentation et du droit de reproduction.

⁶⁶ Voir sur le forum de discussion « Hyperliens et droit d'auteur » l'intervention suivante : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=9&t=1>.

⁶⁷ Pierre Trudel (dir.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 3-62.

⁶⁸ Voir Arlene Rinaldi, « The Net : User Guidelines and Netiquette », <http://www.fau.edu/netiquette/net/web.html>.

■ L'hyperlien ne consiste pas en soi en un acte de représentation

Pour les tenants de la liberté de lier, la représentation de l'œuvre doit consister strictement dans la communication de l'œuvre au public, c'est-à-dire dans la mise à la disposition du contenu même de l'œuvre. Or, **un hyperlien ne met pas l'œuvre elle-même à la disposition des internautes**, il permet seulement d'y accéder plus facilement. Le lien n'est qu'un outil de cheminement qui conduit l'internaute vers l'œuvre et non le contraire (à savoir l'œuvre vers l'internaute)⁶⁹. En d'autres termes, la mise en ligne du contenu d'un site est décidée par le propriétaire de celui-ci et la création de tout hyperlien ne fait que prolonger l'acte initial de la mise à disposition du public.

En tout état de cause, une autorisation ne serait requise que dans le cas où l'œuvre serait communiquée à un nouveau public. Or, les tenants de l'autorisation ne peuvent pas, à l'appui de leur thèse, invoquer l'arrêt *Novotel* de 1994 précité. En effet, si, selon celui-ci, la diffusion d'une chaîne de télévision à péage dans des chambres d'hôtel constitue une communication d'une œuvre à un nouveau public, dans le cas de l'internet, c'est toujours le même public, la communauté des internautes, qui est amené à faire usage des hyperliens. Il n'est donc pas nécessaire d'obtenir une nouvelle autorisation⁷⁰.

Aussi apparaît-il « abusif », pour les tenants de cette thèse, de comparer le fournisseur de liens à l'hôtelier visé dans l'arrêt *Novotel*. L'analogie pourrait tout au plus s'appliquer aux acteurs fournissant une réelle infrastructure – des terminaux

⁶⁹ Cette position est notamment défendue par Me Arnaud Diméglio pour lequel : « *Le lien est un moyen d'accès à une communication, il facilite même son accès, mais en lui-même, mis à part l'expression de la référence, il n'est ni un moyen de communication, ni une communication. [...] L'information, et l'accès à l'information sont donc deux éléments essentiels mais distincts de la notion de communication. [...] En bref, renvoyer n'est pas communiquer mais faciliter l'accès à une communication. Le référencement ne peut donc se définir comme un acte de communication et, par voie de conséquence, de représentation* » ; Arnaud Diméglio, « Le droit du référencement dans l'internet », thèse de doctorat sous la direction de Christian Le Stanc, université de Montpellier I, 2002, p. 178-179.

⁷⁰ À l'appui de cette thèse, Alain Strowel et Nicolas Ide soutiennent également que la fourniture d'un hyperlien n'équivaut pas à une communication au public, dans le sens des traités de l'OMPI du 20 décembre 1996. Selon eux « *l'œuvre étant déjà disponible à l'adresse web du site relié au bénéfice de l'ensemble de la communauté des internautes, il ne peut être question d'une nouvelle mise à disposition du public. En effet, le lien n'élargit pas le public de l'œuvre : ceux qui vont avoir accès à l'œuvre suite à l'activation du lien pouvaient aussi directement consulter cette page (à condition d'en connaître l'URL). Juger qu'il y a une nouvelle communication au public ne paraît pas justifié (et causerait des difficultés importantes en terme de gestion de ce droit)* » ; Alain Strowel et Nicolas Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur internet : la question des hyperliens », *RIDA*, octobre 2000, n° 186 ; également disponible sur *Droit-technologie.org* : http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=41. Citons encore Vincent Varet qui estime que la création d'un hyperlien vers une ressource accessible en ligne, sans restriction manifestée par le titulaire du droit précise-t-il toutefois, « *n'est pas un nouveau mode d'exploitation touchant un nouveau public et, ne devrait pas, si l'on revient à l'essence des droits patrimoniaux, être soumise à autorisation* » ; Vincent Varet, « Les risques juridiques en matière de liens hypertextes », *Légipresse*, novembre 2002, n° 196, II, p. 143. Enfin, la Commission canadienne du droit d'auteur a retenu une conception similaire dans une décision « sur le droit d'auteur à propos de la protection des œuvres musicales sur internet » rendue le 27 octobre 1999. La commission indique que « *en soit, la création d'hyperliens n'implique pas la communication au public de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens* » ; décision disponible sur *Juriscanet* : <http://www.juriscanet.net/txt/juriscanet/da/cda19991027.htm>.

connectés – en un lieu déterminé à partir duquel il sera possible d'identifier un public particulier ou « nouveau ».

Il a d'ailleurs été proposé de substituer à l'analogie qui a été faite entre le créateur d'un site et l'hôtelier de l'arrêt *Novotel* une autre selon laquelle l'hyperlien ou, plus exactement, les collections d'hyperliens pourraient être comparées à la « télécommande » d'un poste de télévision permettant après quelques clics d'être destinataire du contenu ⁷¹. À l'instar de la télécommande, le lien devrait ainsi être juridiquement neutre au regard des droits d'auteur.

Les tenants de la thèse de la liberté de lier en déduisent que le régime de la représentation ne peut pas s'appliquer directement au concepteur de l'hyperlien.

■ L'hyperlien ne consiste pas en un acte de reproduction

L'analogie que tentent d'établir les tenants de l'autorisation de reproduction avec la jurisprudence relative à la reprographie est également difficilement soutenable. Ce n'est pas l'hyperlien qui donne les moyens de reproduire les contenus pointés mais, tout au plus, l'ordinateur de l'utilisateur ou son disque dur. En effet, aucune infrastructure permettant la reproduction des contenus n'est fournie par le créateur d'hyperlien.

Aussi, on ne voit pas comment, en droit, on pourrait considérer que l'internaute participe à un acte de contrefaçon lorsqu'il consulte simplement une ressource licite pour la raison que la reproduction dans la mémoire cache de l'ordinateur de celui-ci est liée à la consultation des contenus disponibles sur l'internet. La reproduction se fait sur le disque dur de l'internaute qui vient chercher l'information sur le disque dur du site lié. Le site liant n'agit donc que comme une passerelle permettant la fixation des contenus ⁷².

Le raisonnement consistant à assimiler le site liant à un appareil permettant un acte de reprographie au sens de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle ⁷³ est donc erroné. Le moyen de faire une copie est dans un cas la photocopieuse et, dans l'autre cas, le disque dur mais jamais l'hyperlien.

Ainsi, dès lors qu'aucune reproduction ou représentation n'est mise en œuvre par l'hyperlien, on ne peut envisager que l'auteur d'un site ou de son contenu puisse s'opposer *a priori* ou *a posteriori* à l'établissement d'hyperliens.

⁷¹ Voir sur le forum de discussion « Hyperliens et droit d'auteur » l'intervention suivante : <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=4&t=4>.

⁷² Il faut également rappeler que l'article 5.1. de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information envisage une exception au droit de reproduction pour les reproductions « *transitoires ou accessoires* » et qui constituent « *une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :*

a) *une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou*

b) *une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante* ».

⁷³ Loi n° 95-4 du 3 janvier 1995.

Pour une application raisonnable du droit de la propriété littéraire et artistique à l'hyperlien

Il n'est pas surprenant que s'expriment à propos du web des conceptions aussi divergentes, étant donné la diversité des développements qu'il a connus en quelques années. D'un côté, on revendique une liberté d'expression la plus large possible et les restrictions à cette liberté sont ressenties comme intolérables. De l'autre côté, on insiste sur la nature économique du web et on ne cache pas qu'on y voit une source de profit.

Mutatis mutandis, on retrouve la situation qui a été celle de la bande FM (modulation de fréquence) au début des années quatre-vingt où se sont opposées radios libres et radios commerciales. La différence entre la bande FM et le web est que ce dernier permet des possibilités illimitées de création de sites alors que sur la bande FM, entre 87,5 MgZ et 107,5 MgZ, on ne peut pas placer plus d'une cinquantaine de radios.

L'opposition entre les deux visions du web s'est cristallisée autour de la propriété littéraire et artistique. Celle-ci est devenue l'enjeu de ce débat. On se demande même si elle n'en est pas l'otage. Il est vrai que pour les tenants de l'autorisation, elle offre un outil bien pratique : un ayant droit, étant donné le sens très extensif qui est donné aux notions de représentation et de reproduction, peut s'en prévaloir dans à peu près à toutes les situations. Il est alors facile d'affirmer que tout hyperlien donne lieu à représentation et peut-être même à reproduction. Les deux positions demeurent néanmoins critiquables et il s'agit de faire émerger une solution raisonnable capable d'emporter le consensus.

Critiques des deux interprétations

L'interprétation des tenants d'une liberté sans restriction est excessive parce qu'elle ne tient pas compte de ce que certains types de liens, qui ont été recensés dans la première partie, font plus que permettre de naviguer de site en site, ils donnent la possibilité de s'approprier la création et le travail d'autrui. Ainsi peut-il en être de certains liens profonds pointant directement vers un fichier précis (cas des liens vers des fichiers téléchargeables de type PDF, Word, MPEG, MP3, fichiers exécutables et autres...) ou des liens qui permettent d'inclure une œuvre au sein d'une page web (techniques des transclusions de type *framing* ou *in-line linking*) qui s'approprient un contenu et/ou, par le résultat qu'ils cherchent à atteindre, **détournent le mode d'exploitation de l'œuvre** initialement prévu par le titulaire des droits. Dans ces cas, on comprend bien qu'il n'est pas possible de considérer que l'hyperlien n'est rien d'autre qu'un chemin d'accès et qu'il peut être installé en toute impunité.

De même, la thèse consistant à soutenir que le droit de l'auteur d'autoriser ou d'interdire la représentation ou la reproduction de son œuvre est systématiquement sollicité par les hyperliens y compris lors de l'établissement d'un lien simple qui ne donne accès qu'à la page d'accueil, notamment parce qu'il s'agit du seul droit dont il peut disposer, n'est pas acceptable non plus. L'application abrupte du droit de la propriété intellectuelle aux hyperliens est excessive, en particulier pour le web non marchand, et risque même, à terme, d'être **contre-productive** pour les ayants droit dont les œuvres pourraient à terme être moins référencées.

L'exploitation économique d'une œuvre ne peut pas être qualifiée *de plano* de reproduction ou de représentation et on ne doit pas vouloir l'imposer simplement pour protéger des intérêts patrimoniaux, ne serait-ce qu'en raison de la **discrimination** que cela produirait à l'égard du web non marchand. Celui-ci se trouverait en effet, en raison d'une interprétation juridique tendant à protéger des intérêts pécuniaires, dans l'obligation de solliciter lui aussi une autorisation de la part du propriétaire du site et des ayants droit que ces derniers pourront monnayer à loisir.

Position consensuelle adoptée par les membres du groupe de travail

Après étude des arguments avancés par les tenants de chacune des deux thèses et compte tenu de la consultation des internautes, il semble possible de s'entendre sur une position consensuelle et réaliste qui puisse trouver une justification cohérente d'un point de vue juridique. Le Forum recommande ainsi, au regard de la mise en œuvre des droits patrimoniaux, que cette position soit **celle de la liberté de lier dans le respect du droit des tiers**.

Cette position est en accord avec la nature profonde du web et son mode de fonctionnement, tout en préservant les intérêts des acteurs dans le cas d'une utilisation abusive du lien. En effet, dans certains cas, le lien est détourné de sa fonction initiale, laquelle est : le service rendu à la communauté des internautes, le partage et la circulation de l'information, et certaines techniques d'hyperliens et méthodes de présentation employées servent davantage à rapatrier l'information plutôt qu'à pointer vers elle. On peut considérer ici que le lien détourne les conditions d'exploitation normales auxquelles le titulaire des droits sur l'œuvre doit s'attendre en la mettant en ligne et que, par conséquent, il doit être autorisé.

Compte tenu du principe de liberté de lier retenu par le groupe de travail, et eu égard aux droits patrimoniaux des auteurs et ayants droit, le Forum recommande de n'envisager la nécessité d'obtenir une autorisation que dans les cas suivants :

- **pour les liens exploités de façon autonome par le gestionnaire du site lieur**. Tel est le cas lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaires à l'occasion de l'établissement des liens, notamment par la facturation de la consultation des œuvres auxquelles il renvoie ;
- **pour certains liens profonds qui pointent directement vers un fichier téléchargeable ou exécutable** (fichier Word, PDF, image, sonore, vidéo ou logiciel...) et non une page web. On peut en effet considérer que, en permettant aux internautes de télécharger directement ces ressources sur leur disque dur, sans passer par la consultation de la page au sein de laquelle elles sont originellement représentées ou accessibles, le lieur procède à un acte de représentation ;
- **pour les transclusions de page web (*framing*) et de fichiers (*in line linking*)** dans la mesure où, en permettant de représenter dans une page du « site lieur » les ressources (pages ou fichiers) appartenant à un autre site, l'utilisation de cette technique peut consister en une appropriation du contenu d'autrui et, par voie de conséquence, de son public.

Dans tous les cas, le Forum recommande aux titulaires de sites d'afficher clairement la politique qu'ils entendent soutenir en matière d'hyperliens : quelles

techniques de liaisons et méthodes de présentation sont acceptées ou recommandées par eux et, éventuellement, quels types de préjudices ils voudraient éviter en refusant des liaisons *a priori* non abusives (liens simples et liens profonds vers une page). **Ainsi, dans l'hypothèse où un site web signale avec précision, de façon explicite et affichée son refus de l'établissement de certains liens, le Forum conseille de respecter celui-ci.**

Application du droit moral

Le droit moral relève d'une conception personnaliste du droit d'auteur. Il vise davantage à protéger la personne du créateur que son patrimoine. Au terme de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit moral de l'auteur est « *attaché à la personne [...], perpétuel, inaliénable et imprescriptible* »⁷⁴.

Du caractère inaliénable, il faut tirer quatre conséquences fondamentales⁷⁵ :

- l'auteur ne peut transmettre ses prérogatives intellectuelles entre vifs ;
- le cessionnaire des droits patrimoniaux n'est pas investi du droit moral du ou des créateurs ;
- l'auteur ne peut y renoncer définitivement ;
- toute convention contraire est nulle.

Ainsi le créateur d'une œuvre peut-il toujours revenir sur l'autorisation qu'il aurait consentie vis-à-vis des droits suivants qui lui sont reconnus :

- droit de divulgation et des conditions et modalités de la communication de l'œuvre au public (article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- droit à la paternité, qui couvre le droit au respect de son nom et de sa qualité (article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- droit au respect de l'intégrité de l'œuvre : le créateur peut imposer à toute personne de respecter la forme ou l'esprit de son œuvre (article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- droit de repentir ou de retrait dont l'auteur jouit « *même postérieurement à la publication de son œuvre* » (article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle).

La mise en œuvre du droit moral de l'auteur et de ses démembrements demeure subtile et complexe. Le présent rapport s'attache simplement à prendre en compte leur existence dans l'analyse générale des droits encadrant la liberté de lier.

L'établissement d'hyperliens doit tout particulièrement veiller à ne point enfreindre le droit à la paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

⁷⁴ Les caractéristiques du droit moral sont cependant plus larges dès lors qu'elles empruntent certains de leurs traits aux droits de la personnalité ; voir Pierre-Yves Gautier, « Précis de propriété littéraire et artistique », *Droit fondamental*, PUF, 3^e ed., 1999, n° 119. Pour une vision plus réservée, voir André et Henri-Jacques Lucas, « Traité de la propriété littéraire et artistique », *Litec*, 2001, n° 367 et s.

⁷⁵ Pierre Sirinelli (dir.), *Lamy droit des médias et de la communication*, Éditions Lamy, février 2000, n° 124-9.

Concernant le droit moral de l'auteur, le Forum des droits sur l'internet recommande ainsi :

- **Dans le cadre du droit à la paternité de l'œuvre, de veiller à ce que l'établissement d'un hyperlien ne masque point – ou ne conduise à masquer – le nom et la qualité de l'auteur de l'œuvre liée.**

Nonobstant le fait d'obtenir une autorisation pour l'exploitation des droits patrimoniaux, il est particulièrement conseillé, dans le cas des transclusions (*framing, in line linking*) ou des liens profonds effectués vers des pages ou des fichiers ne faisant aucune référence à la paternité de l'auteur, d'accompagner le pointeur des mentions permettant de l'identifier clairement ou, à défaut, d'accompagner le lien profond d'un lien simple, c'est-à-dire d'un lien pointant vers la page de présentation du site.

- **Dans le cadre du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, de veiller :**
 - à ce que la présentation du lien ne tende pas à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération entre le site liant et la ressource liée, particulièrement lorsque la nature du site liant, de la page liante ou du commentaire accompagnant le pointeur risque de porter atteinte à l'image de l'œuvre liée ;
 - à ne pas effectuer de lien profond vers un site dont l'auteur exigerait un mode de consultation particulier, étant entendu que cette hypothèse ne s'applique qu'à des sites constituant des œuvres artistiques à part entière ;
 - à éviter, sauf autorisation, toute transclusion de ressource au sein d'une page, cette modalité d'affichage modifiant la présentation de l'œuvre originale.

Le droit des bases de données

Les sites compilant diverses ressources protégées ou non par le droit d'auteur classique sont susceptibles de recevoir la qualification de bases de données protégée par la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 transposée en droit français par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998.

Celles-ci sont définies par la directive comme « un recueil d'œuvres, de données, ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière » (article 1.2.). Cette définition est reprise par l'article 112-3 du Code de la propriété intellectuelle ⁷⁶.

La personne qui bénéficie de la protection est le producteur de la base de données, c'est-à-dire « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants ». sous réserve que « la constitution, la vérification ou la présentation [du contenu de la base de données] attestent d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel. » ⁷⁷

⁷⁶ À la nuance près que les derniers mots « d'une autre manière » ont été remplacés par l'expression « tout autre moyen ».

⁷⁷ Article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle.

De l'interprétation de ces termes découle une certaine indétermination sur le caractère protégeable de telle ou telle base de données. Par exemple, le tribunal de commerce de Lyon a pu refuser, dans une décision du 30 juillet 1993, la protection d'une base de données ne faisant que restituer, dans une présentation propre à beaucoup d'annuaires professionnels, des informations objectives sur des entreprises répertoriées de façon strictement signalétique ou descriptive et provenant d'une recherche non spécifique ⁷⁸.

En revanche, nombre de sites web ont déjà pu recevoir la qualification de bases de données et bénéficier de la protection. Le tribunal de commerce de Nanterre a ainsi admis la protection d'une compilation de données reproduites sur un site internet au motif que : « *l'ouvrage en question résulte d'une recherche de données présentées de manière synthétique et ordonnée, permettant au lecteur une comparaison assistée des produits existants sur le marché, que cet ouvrage utilitaire révèle un effort de recherche, de sélection, de synthèse et de classement dans l'agencement des données.* » ⁷⁹

Aux termes de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, les prérogatives du producteur de bases de données consistent à pouvoir interdire :

- l'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;
- la réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme.

Il est précisé que ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence.

Les droits dont bénéficie le producteur de la base de données emportent deux séries de remarques :

- cette protection n'implique pas nécessairement, pour l'utilisateur de cette base, de demander une autorisation préalablement à l'utilisation des données, à moins que le producteur n'ait posé une interdiction *a priori*. En tout état de cause, l'interdiction qui interviendrait *a posteriori* devrait être respectée ;

⁷⁸ TC Lyon, 30 juillet 1993, *Computer Intelligence Europe c/Comm'Back : Petites Affiches*, 26 avril 1995, p. 14, note Antoine Latreille.

⁷⁹ TC Nanterre, 27 janvier 1998, *Edirom c/Global Market Network (GMN) : Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tcnanterre19980127.htm>. Voir également les décisions suivantes, acceptant l'application des dispositions relatives à la protection des bases de données pour des sites web : TGI Paris, 3^e ch., 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c/SA Keljob : Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=220> ; TGI de Paris, 3^e ch., 14 novembre 2001, *SA Édition Neressis c/SA France Telecom Multimedia Services : Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=336> et CA Versailles, 12^e ch., 11 avril 2002, *SARL News Invest c/SA PR Line : Légipresse*, novembre 2002, n° 196, III, p. 190 et s., commentaire de Laurence Tellier Loniewski ; également disponible sur *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=328> (cette décision conclut néanmoins que la société défenderesse a eu licitement accès aux données).

– la principale question qui se pose s’agissant des hyperliens consiste à savoir si l’un des deux droits reconnus au producteur de la base de données, relatif à l’extraction et la réutilisation, leur est applicable.

En guise de réponse, la jurisprudence française et étrangère a ; d’ores et déjà ; mis en cause des collections de liens effectuées vers des articles de presse ainsi que des méta-moteurs de recherche spécialisés en annonces d’emplois et publicités, sans pour autant délivrer de solutions véritablement satisfaisantes.

Au Danemark, une cour de première instance de Copenhague a ainsi prononcé une injonction contre la société *Newsbooster*, une entreprise spécialisée dans la diffusion de lettres d’informations personnalisées, pour lui interdire, notamment sur le fondement des dispositions relatives à la protection des bases de données, d’effectuer des liens hypertextes vers les articles de plusieurs quotidiens en ligne⁸⁰.

Plusieurs affaires portant sur des faits similaires ont également eu lieu en Allemagne. Deux décisions ont ainsi été prononcées en défaveur de la mise en œuvre du droit d’extraction⁸¹. Mais un récent jugement rendu par la cour régionale de Munich, au mois de juillet 2002, s’est prononcé à l’encontre du moteur de recherche *NewsClub* sur le fondement de la violation du droit d’extraction d’une partie non substantielle d’une base de données⁸².

En France, enfin, la cour d’appel de Paris a refusé de considérer – dans le cadre d’un référé – qu’il y avait eu extraction illicite de la base de données de la société *Cadremploi* en raison des téléchargements effectués par *Keljob*, une société exploitant un moteur de recherche d’offres d’emploi effectuant des liens hypertextes vers des sites d’annonces d’emploi :

« Considérant que Cadremploi allègue vainement que l’extraction pratiquée par Keljob sur sa base de données lui causerait un trouble manifestement illicite et porterait atteinte à ses droits d’auteur [...] alors que cette extraction qui s’opère à l’occasion d’une consultation de la base telle qu’elle est offerte au public, se limite à quelques critères de sélection des offres d’emploi et ne prive en rien Cadremploi de la visite de son site par les internautes intéressés que Keljob dirige nécessairement vers elle s’ils sont désireux de connaître plus en détail une offre référencée Cadremploi et sélectionnée par le moteur de recherche de Keljob à partir des critères choisis par l’internaute lui-même. »⁸³

⁸⁰ TPI Copenhague, 5 juillet 2002, *DNPA c/Newsbooster*. *Newsbooster* a ainsi été condamnée sur le fondement de la section 71 de la loi danoise sur les droits d’auteur qui protège les bases de données et de la première section de la loi danoise sur le commerce relative aux « bonnes pratiques commerciales ». Voir l’article : « Danemark : la société *Newsbooster* ne pourra plus tisser de liens profonds », *Foruminternet.org*, 5 juillet 2002, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=346>.

⁸¹ Affaires *Baumark* et *Paperboy*.

⁸² Voir l’article : « Allemagne : recherche interdite pour les moteurs spécialisés », *Foruminternet.org*, 5 septembre 2002, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=389>.

⁸³ CA Paris, 14^e ch., 25 mai 2001, *SA Cadremploi c/SA Keljob* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=218>.

En revanche, statuant sur le fond de l'affaire, le tribunal de grande instance de Paris a estimé pour sa part que la société *Keljob* s'appropriait indûment le travail et les efforts de la demanderesse en réutilisant à son profit une partie substantielle de cette base au motif que :

« [...] que si le contenu de l'offre lui-même n'est pas reproduit, de sorte que le volume d'informations extrait par la société *Keljob* est évalué par l'expert dont elle a sollicité l'avis à moins de 12 % du volume représenté par les offres, il demeure que les éléments extraits sont qualitativement substantiels ; [...] Attendu qu'il résulte de ces éléments que la société *Keljob* extrait et réutilise quotidiennement une partie qualitativement substantielle de la base de données de la société *Cadremploi*, sans l'autorisation de cette dernière ; [...] »⁸⁴.

L'ensemble de ces affaires, dont il n'est pas encore possible de dégager une jurisprudence constante, porte sur des moteurs de recherche qui, pour présenter des résultats pertinents à l'utilisateur, doivent effectivement procéder à une extraction et au traitement de données de manière à pouvoir satisfaire, par la suite, les requêtes des utilisateurs. L'application de la législation sur les bases de données est donc véritablement problématique pour le fonctionnement des moteurs de recherche.

Vincent Varet observe à ce propos que « si ces solutions sont conformes à l'objectif premier de la directive européenne de 1996, qui était de protéger l'investissement des producteurs de bases de données, on est néanmoins en droit de penser qu'elles font la part un peu trop belle à la réservation au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie »⁸⁵.

En revanche, nul tribunal ne s'est encore prononcé, en France, sur l'application du droit des bases de données à une collection de liens – simples ou profonds – présentée sur un site web.

Aussi est-il difficile d'affirmer qu'une petite collection d'hyperliens puisse constituer une extraction ou une réutilisation d'une partie qualitativement ou qualitativement substantielle d'une base de données. Ce sont davantage les textes qui accompagnent le pointeur qui peuvent être contestés au regard de l'application du droit des bases de données : par exemple, le fait de reproduire les résumés ou textes descriptifs des données liées (des fiches d'annonces d'emploi, le descriptif précis d'un produit, etc.) ou le fait de reproduire en grand nombre des titres d'articles de presse.

Concernant le droit des bases de données, le Forum des droits sur l'internet recommande aux personnes établissant des hyperliens, lorsqu'une interdiction d'extraction ou de réutilisation des données est formulée par le producteur de la base :

– d'éviter de reproduire, pour accompagner ou illustrer le pointeur d'un ou

⁸⁴ TGI Paris, 3^e ch., 5 septembre 2001, *SA Cadremploi c/SA Keljob* : *Forminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=220>.

⁸⁵ Vincent Varet, « Les risques juridiques en matière de liens hypertextes », *Légipresse*, novembre 2002, n° 196, II, p. 144.

- plusieurs hyperliens vers les ressources d'un même site, une partie significative du contenu de ces ressources ou plusieurs de leurs titres ;
- de veiller à ne pas multiplier les liens profonds vers les pages ou ressources d'un même site.

Le droit des marques

Aux termes de l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.* »

La marque remplit ainsi deux fonctions :

- une fonction de distinction par rapport aux autres produits ;
- une fonction de désignation vis-à-vis des consommateurs.

Les droits du titulaire d'une marque régulièrement enregistrée sont :

- un droit de propriété sur celle-ci pour les produits et services qu'il a désignés (article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- l'interdiction, sauf autorisation du propriétaire, de reproduire, d'user ou d'apposer sa marque ou encore d'user d'une reproduction de sa marque pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement (article L. 713-2) ;
- la suppression ou la modification de sa marque régulièrement apposée (article L. 713-2) ;
- l'interdiction, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public (article L. 713-3) : de reproduire, d'user ou d'apposer sa marque ou encore d'user d'une reproduction de sa marque pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ; d'imiter sa marque et d'user de sa marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

Selon une approche « puriste », il importe de préciser que la marque n'est protégée que relativement aux produits ou aux services.

L'hypothèse de la mise en œuvre du droit des marques dans le cadre des hyperliens est celle d'un pointeur reproduisant ou comprenant la marque appartenant à l'éditeur du site cible.

Si l'on s'en tient à la lettre du Code de la propriété intellectuelle, nulle contrefaçon ne pourrait être réalisée de cette manière lorsque la marque n'est pas reproduite ou apposée pour commercialiser des produits ou services identiques⁸⁶. Le pointeur et le lien sur lequel il s'appose doivent être considérés comme une simple référence vers le site cible et, par là même, comme neutres vis-à-vis du droit des marques⁸⁷.

⁸⁶ Ce raisonnement est notamment soutenu par Vincent Varet, *op. cit.*, p. 140.

⁸⁷ À l'appui de cette remarque, l'article 2 de la directive 2000/31/CE « Commerce électronique » du 8 juin 2000 exclu de la définition des communications commerciales « *les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique* ».

Cédric Manara identifie toutefois trois hypothèses dans lesquelles le lien perdrait sa neutralité⁸⁸ :

- l'hypothèse du label cliquable : c'est celle d'un site de commerce électronique qui affiche sur ses pages une marque figurative correspondant à un label cliquable (exemple : *Trust-e, Fianet*), indiquant par là même ainsi qu'il respecte une certaine déontologie commerciale. Assimilable au service lui-même, le lien devient ici l'expression de l'activité de celui qui a créé la marque : le service de certification du commerce électronique ;
- l'hypothèse des moteurs de recherche faisant des liens vers d'autres outils de recherche : le principe d'un moteur de recherche est d'offrir un service sous forme de liens. Le moteur peut proposer à l'utilisateur de poursuivre la recherche sur d'autres outils dans les cas où il trouve très peu de résultats. Il présentera alors un lien vers un service identique (moteur de recherche) ou similaire (annuaire de recherche). Mais l'hypothèse est purement spéculative pour la mise en œuvre du droit des marques étant donné que les plus gros dispensateurs de liens sont souvent les plus ouverts vers leurs concurrents ;
- l'hypothèse du « *mouse trapping* » : une même personne achète une série de noms de domaine (*mouse trapping*) qu'elle utilise pour rediriger ses visiteurs vers un site dont l'adresse consiste en l'utilisation frauduleuse d'une marque.

En dehors de ces hypothèses, le lien et son pointeur ne devraient pas avoir à répondre du droit des marques. Il faudra néanmoins tenir compte de la conception extensive que la jurisprudence se fait de la contrefaçon par usage de la marque⁸⁹.

Concernant le droit des marques, le Forum recommande simplement de ne pas reproduire sur le pointeur d'un lien, sans l'accord des propriétaires de marques concernés :

- une marque désignant des produits ou services identiques à ceux du titulaire du site lié, ou similaires à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public ;
- une marque désignant des produits ou services identiques à ceux proposés par le site liant, ou similaires à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public.

Hyperliens et concurrence

L'hyperlien peut donc se voir appliquer, dans certains cas, le droit de la propriété intellectuelle. Il confère alors aux ayants droit la possibilité d'exercer sur le web un droit exclusif. Mais le droit d'autoriser ou d'interdire la représentation d'une œuvre ne confère pas, à son titulaire, la jouissance systématique d'un monopole vis-à-vis des hyperliens. D'autant que d'autres législations sont susceptibles de limiter, voire de

⁸⁸ Audition du rapporteur du professeur Cédric Manara au Forum des droits sur l'internet, 17 décembre 2002.

⁸⁹ Voir Frédéric Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », n° 1375 et s., 1999.

faire obstacle, à l'exercice de ce droit. C'est ce qu'on appelle le principe de l'indépendance des législations. Au nombre de celles-ci, le droit de la concurrence et, bien sûr, la responsabilité de droit commun, c'est-à-dire la concurrence déloyale sont tout particulièrement concernés.

L'apport du droit de la concurrence à l'analyse juridique de l'hyperlien

La question se pose ainsi : dans quelle mesure le droit de la concurrence pourra-t-il être opposé à l'exercice du droit exclusif qu'un ayant droit tient du Code de la propriété intellectuelle ? Cette question ne s'étant pas encore posée directement devant le Conseil de la concurrence, il est nécessaire d'en exposer les termes à travers l'analyse succincte de ce droit spécifique, des contentieux du Conseil de la concurrence relatifs à l'internet et de sa jurisprudence à propos des moteurs de recherche. Il conviendra alors de confronter les principes du droit de la concurrence à l'exercice du droit de la propriété intellectuelle.

Le droit de la concurrence : un droit spécifique

Le droit de la concurrence est régi par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 codifiée le 18 septembre 2000 au livre IV du Code de commerce.

Au regard du droit de la concurrence, essentiellement deux infractions peuvent être commises : l'entente et l'abus de position dominante ou de dépendance économique. Ces infractions relèvent des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et des articles 81 et 82 du traité des Communautés européennes.

Dans le cas de l'**entente**, il doit exister une volonté commune d'adopter un comportement qui a pour objet et/ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. La volonté peut s'exprimer de façon plus ou moins explicite.

Dans le cas de l'**abus de position dominante**, il faut que l'entreprise en cause détienne une position dominante sur le marché de référence et que son comportement puisse être qualifié d'abusif.

Pour pouvoir qualifier une pratique de contraire au droit de la concurrence, il faut qu'elle ait un effet avéré ou seulement potentiel sur le marché.

Ces infractions répondent donc à un régime particulier. Elles doivent être distinguées de la concurrence déloyale caractérisée par un comportement fautif au regard de la légitime compétition entre concurrents (voir *infra*). Jusqu'à présent, il apparaît que la concurrence déloyale a été le moyen privilégié pour sanctionner les abus de liens.

Contentieux du Conseil de la concurrence relatifs à l'internet

Dans son rapport d'activité pour l'année 2000, le Conseil de la concurrence note que : « *depuis que le développement d'internet a commencé à jouer un rôle de premier plan, les autorités de concurrence se sont interrogées sur l'attitude qu'elles devraient avoir vis-à-vis de ce phénomène. Leurs interrogations sont en bonne partie théoriques, le nombre de cas soumis étant réduit* ».

Cette prudence étant bien compréhensible, on peut tout de même tenter d'apprécier la démarche du Conseil de la concurrence en matière d'internet à partir de quelques exemples.

En premier lieu, une décision dite « ADSL »⁹⁰ rendue par l'Autorité de régulation des télécommunications, concerne les rapports entre le développement d'internet et les différents marchés des télécommunications. À cette occasion, l'Autorité de régulation des télécommunications s'est intéressée au risque que faisait courir à la concurrence entre les fournisseurs d'accès à l'internet le fait que l'un d'eux, *France Telecom interactive* (aujourd'hui *Wanadoo*) puisse bénéficier d'un avantage décisif du fait de ses liens avec sa maison mère.

Une autre affaire, examinée cette fois par le Conseil de la concurrence⁹¹, concerne le différend qui a opposé la société *9 Télécom* à *France Telecom* à propos de l'accès au « circuit virtuel », technique qui permet à l'abonné d'être le client du nouvel opérateur pour un service de transmission de données à haut débit tout en restant client de *France Telecom* pour le service de téléphonie vocale. Le Conseil de la concurrence a constaté que la possibilité pour un opérateur de proposer une offre ADSL était subordonnée à un accès à la boucle locale sur laquelle *France Telecom* détient un quasi-monopole. Il a également relevé que si d'autres technologies, notamment le câble, permettaient de transmettre des données à haut débit, ces technologies n'offraient pas aujourd'hui les mêmes possibilités que le développement de la technologie ADSL. Enfin, il a noté que les perspectives de développement de ce dernier marché étaient particulièrement rapides et importantes. Le Conseil de la concurrence en a déduit que le refus de *France Telecom* de permettre aux opérateurs tiers de développer une offre d'accès à l'internet à haut débit qui leur soit propre et de les cantonner dans une fonction de revente de sa propre offre commerciale pouvait constituer une pratique anticoncurrentielle.

Le Conseil a eu également à approfondir les relations entre les opérateurs téléphoniques et les opérateurs de portail. Il a considéré qu'il existait un marché de la fourniture d'accès à l'internet mobile sur lequel la concurrence s'exerce entre les opérateurs de téléphonie mobile qui disposent de leur propre fournisseur d'accès, et les fournisseurs d'accès indépendants. Par ailleurs, il existe un marché de la fourniture de contenu sur lequel la concurrence s'exerce également entre des prestataires indépendants des opérateurs de téléphonie et ces mêmes opérateurs, qui disposent de leurs propres portails et de leurs propres sites.

Au vu de ces exemples, il apparaît que le Conseil de la concurrence a eu à connaître de contentieux relatifs à l'internet, mais que ceux-ci n'intéressent pas directement l'hyperlien. La jurisprudence concernant les moteurs de recherche est toutefois plus proche de ce sujet.

⁹⁰ Décision de l'Autorité de régulation des télécommunications, n° 2001-253 du 2 mars 2001 : *Adminet.com*, <http://www.adminet.com/jo/20010424/ARTT0100168S.html>.

⁹¹ Conseil de la concurrence, décision n° 2000-MC-01 du 18 février 2000 : *Rajf.org*, <http://www.rajf.org/concurrence/2000/2000mc01.php>.

La jurisprudence du Conseil de la concurrence sur les moteurs de recherche

À cet égard, quelques orientations peuvent être dégagées sur la façon dont pourrait être abordée la question d'une pratique anticoncurrentielle du fait de la création ou du refus de création d'un ou plusieurs hyperliens. Les principes suivants, ressortant de la décision du Conseil de la concurrence du 9 juin 2000 ⁹², peuvent être retenus :

- la fonction d'annuaire ou de moteur de recherche ne peut être tenue pour indispensable à la rencontre de la demande du consommateur et de l'offre de produits et services rendus sur internet ;
- l'exercice de la fonction de guide de recherche sur internet n'implique pas d'obligation de référencement exhaustif (à supposer que cela soit possible), ni d'adoption particulière de méthode de classement.

Dans ces conditions, **les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des annuaires et moteurs de recherche ne constituent pas, en eux-mêmes, des atteintes au droit de la concurrence.**

Le Conseil de la concurrence a également été amené à connaître des *meta-tags* et de ce que les résultats des recherches auraient été falsifiés ou orientés dans le but de favoriser tel ou tel opérateur. Si dans l'espèce qui lui était soumise, le Conseil a rejeté la demande, il a tout de même considéré qu'il pourrait y avoir discrimination et atteinte à un marché du fait de l'ordre dans lequel les opérateurs apparaissent ou même dans l'accès ou non au moteur. Il n'a pas non plus exclu que des ententes soient possibles, c'est-à-dire qu'il y ait l'expression d'une volonté commune (existence de documents, de contrats, etc.) et qu'il en résulte des effets sur le marché concerné.

D'autres illustrations des interventions du Conseil de la concurrence dans le secteur de l'internet méritent d'être signalées. Dans un avis du 20 juillet 1999 ⁹³, le Conseil a examiné les conditions dans lesquelles pouvaient être sélectionnés les fournisseurs de services auxquels serait ouvert un portail vocal. Pour plusieurs raisons un tel portail n'est efficace et intéressant que s'il est limité à quelques rubriques majeures et, dans ces rubriques, à un certain nombre d'opérateurs. En raison de l'avantage concurrentiel conféré aux éditeurs de services retenus, le Conseil a suggéré que l'admission au portail vocal devait faire l'objet d'une rémunération et que celle-ci soit fixée par un système d'enchères et, enfin, pour que cet avantage ne débouche pas sur des situations irréversibles, le Conseil a préconisé une remise en cause régulière de la sélection.

Confrontation du droit de la concurrence à l'exercice du droit de la propriété intellectuelle

De ce qui précède, il résulte que le droit de la concurrence propose un corps de règles homogènes et que le Conseil de la concurrence les applique en tenant compte

⁹² Conseil de la concurrence, décision n° 00-D-32 du 9 juin 2000 : *Rajf.org*, <http://www.rajf.org/concurrence/2000/2000d32.php>.

⁹³ Avis n° 99-A-10 du 20 juillet 1999 : *Rajf.org*, <http://www.rajf.org/concurrence/1999/99a10.php>.

des circonstances des espèces, des conditions de lieu et de temps ainsi que du stade d'avancement et d'évolution des techniques.

D'une manière générale, la jurisprudence du Conseil de la concurrence tend à s'opposer à ce que, en cas de constitution de monopoles de droit ou de fait, ceux-ci n'aboutissent à fermer le marché à de nouveaux entrants ou à empêcher leur développement.

Telle pourrait être la philosophie juridique que le Forum retiendra en s'appuyant également sur la jurisprudence de la Cour de cassation :

« [...] *le fait pour [une société de gestion collective] d'imposer discrétionnairement et arbitrairement en situation de quasi-monopole ses propres conditions tarifaires [aux discothèques] sous la menace de sanctions pénales en se fondant sur des conventions contenant ainsi des clauses totalement contraires aux dispositions d'ordre public de la loi de 1957 [alors en vigueur] caractérise bien un abus de position dominante [...] »⁹⁴.*

Une décision récente du Conseil d'État a, en outre, rappelé que le droit de la concurrence était applicable aux actes de l'État :

« *Si l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit, ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État. Dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante méconnaissant les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. »⁹⁵*

Le droit de la concurrence déloyale

Le droit de la concurrence déloyale permet de sanctionner un certain nombre de comportements abusifs. Il est nécessaire d'en exposer les fondements afin de mieux comprendre l'application de ce droit aux hyperliens.

Le cadre général de la concurrence déloyale

La règle de libre concurrence entre opérateurs économiques, qui découle directement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie proclamé par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, établit la licéité du préjudice concurrentiel : tout opérateur économique peut attirer à lui et récupérer la clientèle de ses concurrents sans que ces derniers puissent le lui reprocher⁹⁶. Néanmoins, la captation de

⁹⁴ Cass. crim., 26 mai 1987, pourvoi n° 85-94365 : *Legifrance.gouv.fr*, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁹⁵ CE, 29 juillet 2002, n° 200886, *Société Cegedim : Rajf.org*, http://www.rajf.org/article.php3?id_article=1235.

⁹⁶ Pour un exemple récent : CA Paris, 17 avril 1996 : *Dalloz 1997*, somm. p. 99, note Yves Serra.

clientèle par un opérateur économique n'est licite que sous réserve de l'usage de moyens loyaux et réguliers.

La concurrence déloyale consiste dans l'utilisation de procédés contraires aux usages et habitudes professionnelles, tendant à détourner la clientèle d'un concurrent.

Le droit français, au contraire des droits espagnol, allemand ou suisse qui sont dotés d'une réglementation spécifique, ne comporte aucune disposition particulière sanctionnant les actes de concurrence déloyale. Celle-ci est appréciée, au cas par cas, par le juge.

La notion de concurrence déloyale remplit de multiples fonctions : réparatrice d'un dommage causé par un comportement fautif, disciplinaire en ce qu'elle sanctionne des agissements contraires aux pratiques et usages professionnels et protectrice de certains intérêts, en l'absence de droits privatifs. C'est pourquoi, il s'avère délicat d'établir une définition de cette notion protéiforme.

Conceptions doctrinales

Il existe essentiellement trois conceptions doctrinales différentes de la concurrence déloyale. Un point de vue majoritaire la rattache au droit de la responsabilité civile, en affirmant qu'elle n'en constitue qu'une illustration particulière. Certains auteurs ⁹⁷ ont pu toutefois considérer que cette action avait pour but de protéger le droit qu'a le commerçant sur la clientèle. D'autres auteurs ⁹⁸ considèrent que l'action en concurrence déloyale serait plutôt de type disciplinaire : la responsabilité civile a alors une fonction régulatrice des comportements et son utilisation peut jouer le rôle de peine privée. Enfin, un dernier courant considère qu'elle a pour fonction de protéger ceux qui ne peuvent se prévaloir d'un droit privatif : la concurrence déloyale est alors un système substitutif de défense de leurs droits.

Construction jurisprudentielle

Ces divers fondements ne correspondent pas à la réalité jurisprudentielle qui estime que l'action en concurrence déloyale n'est qu'une modalité de la responsabilité pour faute.

La théorie française de la concurrence déloyale est donc issue d'une construction prétorienne fondée sur les règles de la responsabilité du fait personnel des articles 1382 et 1383 du Code civil visant à assurer la réparation d'un préjudice causé par un comportement fautif :

*« L'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil qui impliquent non seulement l'existence d'une faute commise par le défendeur, mais aussi celle d'un préjudice souffert par le demandeur. »*⁹⁹

Dans le prolongement de cette reconnaissance jurisprudentielle, l'évolution la plus marquante est sans doute l'émergence et l'essor du concept de **parasitisme**, qui

⁹⁷ Georges Ripert et René Roblot, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 2000.

⁹⁸ Jacques Azema, *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1989.

⁹⁹ Cass. com., 19 juillet 1976 : *JCP G* 76, II, 18507.

consiste à tirer indûment profit de la notoriété et/ou des investissements d'autrui. Le parasitisme apparaît à l'origine comme une illustration de la concurrence déloyale, à l'instar du **dénigrement**, de la **confusion** ou de la **désorganisation**. Il s'inscrit donc dans un cadre de concurrence. Nombreuses sont aujourd'hui les décisions qui associent concurrence déloyale et parasitisme.

Mais le concept de parasitisme s'est émancipé : il a débordé le cadre des rapports concurrentiels et a acquis une autonomie certaine :

« *Les agissements parasitaires peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence.* »¹⁰⁰

La notion de parasitisme économique paraît, dès lors, devoir être distinguée de celle de concurrence déloyale, en ce qu'elle s'est affranchie de l'exigence d'une situation de concurrence. D'aucuns soutiennent que le parasitisme apparaîtrait comme la théorie générale et la concurrence déloyale comme une forme particulière.

Pourtant, la jurisprudence persiste à confondre ces deux notions, et ce, de façon constante et c'est dans ce cadre qu'il convient d'analyser l'application de la concurrence déloyale à l'utilisation des hyperliens.

L'application de la concurrence déloyale à l'utilisation des hyperliens

L'utilisation déloyale d'hyperliens fait l'objet d'un contentieux récent. Les tribunaux ont été amenés à préciser les contours de leur utilisation en sanctionnant les abus sur le fondement de la concurrence déloyale. Plusieurs types de comportements déloyaux ont ainsi été recensés.

Hyperlien et dénigrement

Une jurisprudence permet d'illustrer les limites posées à la liberté de lier au regard du dénigrement. Celle-ci concerne néanmoins l'établissement d'un lien, non pas directement vers le site visé par le dénigrement, mais vers un site tiers dont le contenu lui est préjudiciable. L'analyse de cette jurisprudence sera donc approfondie au sein du second rapport du Forum des droits sur l'internet portant sur la responsabilité du fait des hyperliens établis vers des contenus illicites.

Les faits sont les suivants : la société *Europe 2* a créé un lien profond sur son site, sous la rubrique « anti-NRJ », donnant directement accès à la page web d'un site suédois reproduisant la marque NRJ en dénigrant ses programmes radio. La société NRJ a assigné *Europe 2* en réparation de son préjudice, estimant, d'une part, que l'utilisation de sa marque sans autorisation constituait une contrefaçon et une concurrence déloyale et que, d'autre part, la diffusion de propos discréditant ses programmes radio constituait un acte de concurrence déloyale.

¹⁰⁰ Cass. com., 30 janvier 1996 : *Dalloz* 1997, p. 232, obs. Yves Serra.

Par jugement du 30 juin 1999, le tribunal de grande instance de Paris avait accueilli les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, pour cette dernière aux motifs que « *le préfixe ANTI constituait de la part d'un concurrent direct un élément dénigrant caractérisant un agissement déloyal* » et avait alloué en conséquence une indemnité symbolique d'un franc.

En appel, les seconds juges ont confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait constaté la contrefaçon de marque, mais ont déduit ce caractère déloyal de l'acte de contrefaçon lui-même :

« *En créant [en toute connaissance] sur son site un lien hypertexte donnant directement accès à la page web susvisée, Europe 2 a manifestement cherché à mettre à la disposition des visiteurs de son site les propos dénigrant les produits de son concurrent direct ; ce comportement fautif émanant d'un concurrent direct est en soi un acte de concurrence déloyale commis aux dépens de la société NRJ.* »¹⁰¹

À ce titre, ils ont condamné la société *Europe 2* à payer 250 000 francs de dommages et intérêts.

Hyperlien et confusion (détournement de clientèle)

La saga judiciaire initiée aux dépens du moteur de recherche *Keljob* a permis aux juges de préciser les conditions de la responsabilité du fait de l'utilisation des hyperliens sur le fondement du critère de confusion ayant entraîné un détournement de clientèle.

■ Les affaires *Keljob*

Dans la première affaire, le moteur de recherche *Keljob* utilisait des liens profonds pour présenter sur son site et sous son adresse URL des pages du site *Cadres on line*. Les demanderesse sollicitaient du juge d'ordonner sous astreinte à *Keljob* de cesser cette pratique.

Accueillant cette demande, le juge des référés relève notamment que :

« [...] *toute création d'hyperliens entre les sites du réseau internet, quelle que soit la méthode utilisée et qui aurait pour conséquence de :*

- *détourner ou dénaturer le contenu ou l'image du site cible, vers lequel conduit le lien,*
- *faire apparaître ledit site cible comme étant le sien, sans mentionner la source, notamment en ne laissant pas apparaître l'adresse URL et de plus en faisant figurer l'adresse URL du site à l'initiative d'établir ce lien,*
- *ne pas signaler à l'internaute de façon claire et sans équivoque qu'il est dirigé vers un site ou une page web extérieure au premier site connecté, la référence du site cible devant obligatoirement, clairement et lisiblement indiquée, notamment son adresse URL,*

sera considérée comme une action déloyale et parasitaire et une appropriation du travail d'autrui même si dans le cas d'espèce Keljob, simple moteur de recherche,

¹⁰¹ CA Paris, 4^e ch., 19 septembre 2001, *SA NRJ et Monsieur J. B. c/Sté Europe 2 Communication : Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=217>.

déclare ne pas exercer la même activité que Cadres on line et ainsi ne pas être en concurrence avec elle. »¹⁰²

Cette décision est riche d'enseignements, dans la mesure où les juges ont « listé » une série de comportements jugés comme déloyaux, en élargissant les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'instigateur du lien à toutes les pratiques ayant des conséquences dommageables pour le site cible, et non plus seulement à l'utilisation de liens profonds.

Les juges précisent également que le rapport concurrentiel n'est pas nécessaire en cette matière, fondant ainsi l'action en responsabilité sur un amalgame entre la concurrence déloyale et le parasitisme.

Dans une seconde affaire l'opposant à *Cadremploi*, il était reproché à *Keljob* de lister sur son site les offres d'emploi de *Cadremploi* issues de sa base de données. Celle-ci sollicitait du juge d'ordonner la cessation de la reproduction d'éléments de sa base de données.

Accueillant cette demande, le juge des référés a constaté, d'une part, l'atteinte à la base de données et, d'autre part, le comportement commercial parasitaire de *Keljob* aux motifs que :

« Un moteur de recherche [...] ne peut être utilisé pour collationner, outre des références, des contenus ou parties de contenus aux fins de réutilisation immédiate dans le cadre d'une entreprise commerciale ;

*« Keljob ne se contente pas de renvoyer les internautes visitant son site vers les sites d'offres d'emploi [...] en réalité, elle liste sur son site les offres [...] en récupérant sans bourse délier, les éléments de la base de données et donc les investissements réalisés par cette société, ce pour le développement de sa propre image et de son entreprise commerciale en fait directement concurrente de Cadremploi ».*¹⁰³

Ainsi, après avoir précisé le rôle d'un moteur de recherche, les juges précisent que l'utilisation de liens profonds a eu, en l'espèce, pour effet de faire profiter *Keljob* des investissements de son concurrent direct « sans bourse délier » et, par là même, de détourner sa clientèle.

Il convient de souligner que les juges se sont fondés sur le parasitisme alors qu'ils avaient constaté la situation de concurrence directe entre les parties. Là encore, force est de constater l'amalgame entre les deux concepts de concurrence déloyale et de parasitisme. Cette ordonnance a d'ailleurs été infirmée en appel¹⁰⁴.

¹⁰² TC Paris, réf., 26 décembre 2000, *Havas numérique et Cadres on line c/Keljob* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=84> ; voir commentaire d'Arnaud Diméglio, « Liens hypertextes : commentaire de l'affaire Keljob », *Juriscor.net*, 23 février 2001, <http://www.juriscor.net/pro/2/lh20010223.htm> ; voir également note Christophe Caron, *Comm. Com. Electr.*, mars 2001, p. 21.

¹⁰³ TGI Paris, réf., 8 janvier 2001 : *Juriscor.net*, <http://www.juriscor.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010108.htm>.

¹⁰⁴ CA Paris, 4^e ch., 25 mai 2001, *SA Cadremploi c/SA Keljob* : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=218>.

Les juges se sont ensuite prononcés au fond. Par jugement du 5 septembre 2001, le tribunal de grande instance de Paris constate la contrefaçon de la marque de *Cadremploi*, l'atteinte à sa base de données par la réutilisation substantielle des offres d'emploi, mais rejette l'action en concurrence déloyale du fait de la mise en place de liens profonds par *Keljob*¹⁰⁵. Pour cela, les juges ont tout d'abord rejeté la qualification de dénaturation du contenu du site de *Cadremploi* pour défaut de preuve. Ils ont ensuite constaté l'absence de risque de confusion dans l'esprit des utilisateurs entre les deux sites. Enfin, ils ont relevé l'absence de faits distincts de ceux incriminés au titre de la contrefaçon de marque et de l'extraction d'éléments de base de données pour rejeter le comportement de détournement de clientèle. Les juges ont rappelé ici que les conditions de la responsabilité civile doivent être remplies pour engager la responsabilité du créateur des hyperliens. Il ne s'agit là que d'une application des principes fondamentaux du droit commun de la responsabilité.

On peut supposer que la protection instaurée par les droits privatifs suffisait en l'espèce à réparer le dommage sans nécessiter l'adjonction de l'action, prétendument subsidiaire, en concurrence déloyale.

■ L'affaire Stepstone

Dans un autre litige opposant deux sociétés dans le même secteur d'activité que précédemment, le juge des référés du tribunal de commerce de Nanterre, a eu l'occasion de rappeler le sort réservé à l'utilisation d'un hyperlien « simple ».

La société *Ofir* proposait des listes de postes à pourvoir comportant des liens simples permettant aux internautes d'atteindre le site de la société *Stepstone* afin d'y recueillir les informations complètes sur les offres d'emploi qui les intéressent. Considérant que la création desdits liens lui causait un préjudice, la société *Stepstone* avait assigné la société *Ofir* en concurrence déloyale.

Le juge des référés a débouté la société *Stepstone* de sa demande en relevant que :

« *La société Ofir ne porte aucune atteinte à un droit de propriété intellectuelle et n'exerce aucun acte de concurrence manifestement déloyale ou donnant une image négative du site sur lequel le lien est effectué* ».

À ce titre, le juge a rappelé que :

« *La raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement, surtout lorsqu'ils ne font pas, comme en l'espèce, directement sur les pages individuelles du site référencé.* »¹⁰⁶

À nouveau, les tribunaux rappellent le principe de liberté gouvernant la création d'hyperliens et, ceci, d'autant plus pour les liens simples.

¹⁰⁵ TGI Paris, 3^e ch., 5 septembre 2001 : *Foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=220> ; voir commentaire d'Arnaud Diméglio, « La guerre contre les moteurs a commencé », *Juriscom.net*, 3 octobre 2001, <http://www.juriscom.net/pro/2/lh20010223.htm>.

¹⁰⁶ TC Nanterre, réf., 8 novembre 2000 : *Legalis.net*, <http://www.legalis.net>.

Ainsi, pour que la responsabilité du créateur soit engagée, il faut rapporter la preuve manifeste d'une faute causant un préjudice, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Aucun comportement constitutif de concurrence déloyale ne pouvait être retenu.

En conséquence, **la seule mise en place d'un hyperlien n'est pas constitutive de concurrence déloyale.**

■ L'affaire Ornis

Enfin, à propos de liens profonds, le juge des référés a eu l'occasion de préciser que la contestation relative à la reconnaissance du caractère contrefaisant d'un hyperlien profond est une question de fond qui relève du juge de droit commun.

Saisi de la question de savoir si, d'une part, la création d'un lien profond à l'insu du titulaire du site cible, ainsi que celle d'un site de reroutage automatique sont, en eux-mêmes, des actes contrefaisant et, d'autre part, si cette démarche constitue une complicité dolosive ayant pour but de créer au profit des créateurs des liens une confusion, qualifiée de parasitaire, le juge des référés s'est déclaré incompétent au profit du juge de droit commun. Le sort des liens profonds relève donc d'une contestation sérieuse ¹⁰⁷.

Concernant la concurrence déloyale, le Forum conclut :

- que l'utilisation des hyperliens n'est pas exempte des règles de droit commun. Si aucune protection ne leur est accordée *a priori* par le biais d'un quelconque monopole, leur utilisation se trouve contrôlée *a posteriori* par le biais de la responsabilité civile ;
- que la concurrence déloyale (entendue comme englobant également le parasitisme) apporte les limites nécessaires à l'utilisation de procédés contraires aux usages professionnels tendant à détourner la clientèle d'un concurrent par le biais d'hyperliens ;
- que le principe gouvernant la création des hyperliens est la liberté inhérente à l'essor du réseau internet. En conséquence, seule la constatation d'un comportement déloyal, et donc d'une faute causant un préjudice, pourra engager la responsabilité civile du créateur du lien ;
- que seule l'atteinte au droit privatif est sanctionnée et non le moyen utilisé pour y parvenir.

Recommandations générales du Forum des droits sur l'internet

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui ont été exposés plus haut, un principe doit être posé : **l'établissement d'un lien est libre**. Ce principe est justifié par la nature et le fonctionnement même de l'internet. Mais, en société, une liberté n'est pas absolue et c'est à un juste équilibre entre contraintes et liberté qu'il faut parvenir. À cet égard, les réflexions du Forum, qui a réuni sur cette question le plus largement possible les acteurs de l'internet, ont finalement permis de dégager un consensus sur

¹⁰⁷ TGI Nanterre, réf., 11 décembre 2000, *Sté Groupe Industrie Service c/Stés Ornis, Electronic Business Service et Cinam* : *Legalis.net*, <http://www.legalis.net>.

la conception générale de l'hyperlien ainsi que sur les recommandations à dispenser aux acteurs.

Conception générale de l'hyperlien

Le Forum des droits sur l'internet décide ainsi de faire référence à une **liberté de lier dans le respect des droits des tiers**, expression qui recouvre une analyse juridique des risques d'atteinte aux droits des tiers du fait de la réalisation de liens. Cette liberté est donc encadrée par les règles de droit destinées à prévenir les cas d'abus ou d'atteinte aux droits sur le site ou la ressource liée.

Liberté de lier

Personne n'est obligé de créer un site, d'établir un lien ou de « surfer » sur le web. Cela veut dire qu'à partir du moment où une personne décide de mettre en ligne une ressource sur l'internet, elle doit en accepter le fonctionnement, l'esprit et les règles implicites.

L'hyperlien est un élément essentiel du fonctionnement du web. Il permet un **cheminement**, c'est-à-dire le passage d'un site à un autre, donc d'une propriété à une autre, soit que l'on reste devant le site, soit que l'on pénètre à l'intérieur pour le traverser ou en faire la visite ¹⁰⁸. Il y aurait seulement à répondre, de la part de celui qui utilise le lien, d'un abus de cette utilisation, d'abord sur le terrain du droit commun et ensuite sur celui d'un droit spécial en invoquant, par exemple, dans le droit de la propriété littéraire et artistique, la contrefaçon.

Si le lien n'est qu'un « chemin », notion fondant la liberté de se déplacer sur le web, cela a pour conséquence **sa neutralité** au regard des législations auxquelles il peut être confronté. Le lien ne relève pas, en soi, de telle ou telle législation ; il ne peut pas être accaparé à son seul profit par une législation. Cela signifie, comme l'ont suggéré Marie-Hélène Tonnelier et Guillaume Teissonnière au sein du groupe de travail, que l'utilisation du mode hypertexte ne répond, en soi, à aucun régime juridique spécifique et la législation régissant, le cas échéant, les conditions d'utilisation du mode hypertexte dépendra donc de différents facteurs, dont le plus important paraît être le régime juridique applicable au contenu vers lequel le lien hypertexte pointe (outre les cas dans lesquels, c'est le lien lui-même qui reproduit/utilise un contenu protégé).

Respect du droit des tiers

La légalité d'un lien doit être analysée, au cas par cas, en fonction des atteintes éventuelles aux droits des tiers que l'établissement de ce lien peut constituer.

¹⁰⁸ Une analogie avec la notion de servitude définie dans le Code civil (article 637 du Code civil : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire »), c'est-à-dire dans le droit commun, pourrait être envisagée. En effet, si l'hyperlien est regardé comme une servitude de passage (ou plutôt de vue) de site en site, il n'y aurait pas à obtenir d'autorisation du propriétaire du « fonds servant » ou du « fonds dominant » (article 638 du Code civil : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre »).

À titre d'exemple, si l'hyperlien est utilisé pour renvoyer l'internaute vers une marque, il conviendra d'analyser la légalité du procédé au regard du droit des marques ; si c'est une base de données qui est concernée, il conviendra de se tourner vers le droit *sui generis* des bases de données et vers les conditions d'application spécifiques de ce droit (critères de « réutilisation » ou d'« extraction » de parties qualitativement ou quantitativement substantielles de la base) ; enfin, si c'est une œuvre qui est liée par un hyperlien, se posera la question de l'emprise du droit d'auteur sur le lien mis en place. Toutes ces problématiques peuvent éventuellement se cumuler au regard de la nature des contenus liés.

Le Forum des droits sur l'internet a étudié différentes situations dans lesquelles la mise en œuvre d'un lien comporte un risque d'atteinte aux droits du lié (voir tableau en annexe 3).

Recommandations pratiques à destination des acteurs

Le Forum des droits sur l'internet souhaite sensibiliser l'ensemble des destinataires du présent rapport sur le caractère irréaliste qu'il y aurait à soumettre l'établissement de tout lien à autorisation systématique.

Compte tenu cependant des préjudices qui peuvent résulter de l'établissement de certains types d'hyperliens, le Forum désire adresser des recommandations à l'attention des personnes établissant des hyperliens à partir d'un site web. Une dernière recommandation est également formulée à l'attention des titulaires de sites.

Recommandations aux personnes établissant des hyperliens : un code d'usage

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux personnes établissant des hyperliens :

• D'obtenir l'accord préalable du titulaire des ressources liées dans les cas suivants :

- pour toute inclusion par hyperlien, au sein d'une page web, de toute page appartenant à un site tiers ou de fichiers protégés par la propriété intellectuelle. *Sont concernées les techniques dites de « framing » et « in line linking » ;*
- pour les liens profonds effectués directement vers des fichiers téléchargeables ou exécutables (graphiques, sonores, vidéos, logiciels) protégés par la propriété intellectuelle. *Tel est le cas du lien directement effectué vers un logiciel ou un fichier musical de type MP3 disponible en téléchargement sur un serveur tiers ;*
- pour les reproductions, destinées à accompagner ou illustrer le pointeur d'un hyperlien, de toute œuvre protégée par la propriété intellectuelle (textes, images, vidéos...) appartenant au site lié. *Tel est le cas lorsque le créateur du lien reproduit une image appartenant à un autre site pour illustrer un lien établi vers celui-ci ;*
- pour les reproductions, destinées à accompagner ou illustrer le pointeur d'un ou plusieurs hyperliens vers les ressources d'un même site, d'une partie significative du contenu de ces ressources ou de plusieurs de leurs titres, lorsqu'une interdiction d'extraction ou de réutilisation des données est formulée par le producteur de la base de données. *Peuvent être concernées, par exemple, les reproductions de*

résumés de postes à pourvoir pour illustrer des liens hypertextes effectués vers plusieurs annonces d'offres d'emplois ;

- pour l'établissement de plusieurs liens profonds vers les ressources d'un même site, lorsqu'une interdiction d'extraction ou de réutilisation des données est formulée par le producteur de la base. *De nombreux liens effectués vers des articles de presse appartenant à un même site sont en effet susceptibles de faire l'objet d'une interdiction de la part de l'éditeur de ce site et donc nécessiter une demande d'autorisation ;*
- pour les liens exploités de façon autonome. *Tel est le cas lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaires à l'occasion de l'établissement des liens, notamment par la facturation de la consultation des œuvres auxquelles il renvoie.*

- **De demander une autorisation aux propriétaires des marques concernées :**

- pour les reproductions, sur le pointeur d'un lien, d'une marque désignant des produits ou services identiques à ceux du titulaire du site lié, ou similaires à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public. *Il s'agit essentiellement d'un cas d'école. Il est par exemple interdit, à défaut d'autorisation des propriétaires des marques concernés, d'effectuer un lien vers le site d'un fabricant de voiture en le désignant par la marque d'un autre fabricant de voiture ;*
- pour les reproductions, sur le pointeur d'un lien, d'une marque désignant des produits ou services identiques à ceux proposés par le site liant, ou similaires à ceux-ci s'il risque d'y avoir confusion dans l'esprit du public. *Il est par exemple recommandé à un fabricant de voiture d'éviter, à moins d'en avoir obtenu l'autorisation, d'apposer la marque d'un concurrent sur un lien établi vers son site ;*

- **De veiller à ce que la présentation du lien, simple ou profond, ne tende pas à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération entre le site liant et la ressource liée,** particulièrement lorsque la nature du site liant, de la page liante ou du commentaire accompagnant le pointeur risque de porter atteinte à l'image de l'œuvre liée. *Par exemple, un lien effectué à partir d'un site pornographique vers le site d'un artiste indépendant et qui fait croire à une collaboration de l'un avec l'autre pourrait porter atteinte à l'intégrité du site lié.*

- **De veiller à ne pas effectuer de lien profond vers un site constituant une œuvre artistique à part entière dont l'auteur exigerait un mode de consultation particulier.**

- **D'accompagner le pointeur de tout hyperlien des références permettant d'identifier l'appartenance ou la paternité de la ressource liée** (nom du site auquel appartient la ressource liée, mention de la page d'entrée de ce site, nom de l'auteur de la ressource liée, etc.).

- **Pour tout type de liens, et par mesure de courtoisie, d'informer le propriétaire du site ou de la ressource liée du fait qu'un lien a été établi vers celui-ci ou celle-ci.**

- **De respecter les politiques en matière d'hyperliens clairement affichées par les titulaires de sites.**

Recommandation aux titulaires de sites

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux titulaires de sites web d'afficher clairement la politique qu'ils entendent mener à l'égard des hyperliens, c'est-à-dire à désigner les types de liens et modes de présentation souhaités ou non.

Cette politique doit tenir compte du fait que seuls les liens susceptibles de porter atteinte à un droit peuvent être interdits. Ainsi, les liens simples et profonds établis vers des pages web et effectués en remplacement de la page liante ou faisant apparaître la page liée dans une fenêtre du navigateur ne peuvent *a priori* pas être interdits.

Annexe 1

Composition du groupe de travail

Corinne Coscas, Bouygues Telecom

Pierre DE LA COSTE, Melusine.org

Antoine Drochon, Association des internautes médiateurs (ADIM), et représentant de l'association Vivre le net

Astrid Flesch, Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)

Frédéric Goldsmith, Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Valéry Grancher, webartiste, Éditions du Seuil

Magali Jalade, Bureau de vérification de la publicité (BVP)

Michèle Lemu, Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS)

Jean-Christophe Le Toquin, Association des fournisseurs d'accès à internet (AFA)

Lore Touraille, Syndicat national de l'édition (SNE)

Jacques Louvier, magistrat, Direction du développement des médias

Christian Lupovici, Association des directeurs de bibliothèques universitaires

Valérie Michel-Amselem, Conseil de la concurrence

Christine Reichenbach, Union des annonceurs (UDA)

Cyril Rojinsky, avocat

Pierre Sirinelli, professeur de droit, université Paris I

Guillaume Teissonière, avocat

Huber Tillier, Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Marie-Hélène Tonnellier, avocate

La coordination des travaux a été assurée par **Olivier Gaijon** et **Bertrand Delcros**

Rapporteur du groupe : **Lionel Thoumyre**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet.

Annexe 2

Liste des personnes auditionnées

Arnaud DIMEGLIO, avocat, auteur d'une thèse sur le référencement

Eric BARBRY, avocat, cabinet Bensoussan

Guillaume TOURRES et **Cyril VOISIN**, Microsoft

Isabelle CAMUS, avocat, cabinet Nomos

Stéphane KOLODZIECZYK, Keljob

Thibault GEMIGNANI, Cadremploi

Jean-Pierre BALPE, artiste, écrivain, chercheur, créateur du département hypermédia de Paris VIII

Cheickne KEITA et **Hélène LANGLOIS**, Yahoo France

Rémy POULLE et **Stéphanie Fougou**, Wanadoo/Voilà

Ted NELSON, Project Professor

Jean-Jacques GOMEZ, magistrat

Alain CARISTAN, directeur technique du CNED, ancien de l'INRIA

Valérie MICHEL-AMSELLEM, Conseil de la concurrence

François TERRE, professeur émérite de l'université Paris II, spécialiste du droit des biens et des biens immatériels

Guillaume TEISSONNIERE, avocat et **Marie-Hélène TONNELIER**, avocate

Christophe CARON, professeur agrégé à la faculté de droit de Paris XII

Cédric MANARA, professeur à l'EDHEC, Nice

Xavier STRUBEL, Institut national des télécommunications (INT)

Annexe 3

Tableaux de synthèse

Les probabilités pour que le lien hypertexte porte atteinte à l'un des droits étudiés au sein du rapport sont reportées dans les tableaux ci-dessous.

L'absence de point indique peu ou pas de probabilité de porter atteinte à l'un des droits exposés ci-dessous, les points blancs (o) indiquent une simple probabilité et les points noirs (●) expriment une probabilité plus forte.

Les risques d'atteintes à un droit en fonction de la technique du lien

Types de liens <i>Types d'atteintes</i>	Simples	Profonds		Transclusions	
		Page ⁽¹⁾	Fichier ⁽²⁾	Page ⁽¹⁾	Fichier ⁽²⁾
Concurrence déloyale		o	o	o	o
Droit de reproduction					
Droit de représentation			o	●	●
Droit moral	o	o	o	o	o
Droit des marques					
Droit des bases de données				o	

Les risques d'atteintes à un droit en fonction de l'usage qui est fait du lien

Types d'usages <i>Types d'atteintes</i>	Multiples	Source dissimulée	Exploitation autonome
Concurrence déloyale		●	●
Droit de reproduction			
Droit de représentation			o
Droit moral		o	
Droit des marques			
Droit des bases de données	o		o

⁽¹⁾ Page ou page web : document HTML accessible sur la toile possédant une adresse propre. Un site web est généralement composé de plusieurs pages web.

⁽²⁾ **Fichier** : fichier téléchargeable ou exécutable de nature variée (Word, PDF, image, son, vidéo, logiciel...) autre qu'une page web.

La lecture des deux tableaux se superpose, permettant ainsi d'envisager un cumul de probabilités.

Lecture des tableaux

• Le lien simple

Le lien tissé vers la page de présentation d'un site internet est neutre. Son existence n'entraîne en soi aucune dérogation particulière à la présomption de la liberté de lier.

Mais parce qu'il permet d'« associer » des sites entre eux, on peut estimer que, dans certains cas particuliers, l'existence même du lien hypertexte pourrait poser problème au regard du droit moral de l'auteur relatif au respect de l'**intégrité** de son site (lorsque ce dernier est considéré comme une œuvre).

Une atteinte au droit moral ne pourrait cependant être réalisée que par l'existence de **faits connexes** à l'établissement du lien : par exemple, la nature particulière du site liant qui s'avère gênante pour l'image du site lié, notamment lorsque la présentation du lien tend à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération entre les deux sites, ou un refus clairement affiché de certains liens.

• Le lien profond

En permettant de pointer directement vers les pages internes d'un site, cette technique de liaison peut entraîner une conséquence susceptible d'atténuer sa neutralité au regard de plusieurs droits : celui qui est dirigé vers l'œuvre liée identifiera plus difficilement sa source. Par là même, cette technique de liaison peut, suivant les cas et les faits connexes à l'établissement du lien :

- provoquer une confusion dans l'esprit du public entre le site liant et le site lié (**concurrence déloyale**) ;
- porter atteinte à l'**intégrité** de l'œuvre dont l'auteur aurait prévu un mode de consultation linéaire, c'est-à-dire en passant systématiquement par la porte d'entrée du site ;
- porter atteinte au droit au respect de la **paternité** de l'œuvre liée dans les cas où, par exemple, les pages internes ne feraient aucune référence à leur auteur et où l'URL ne serait pas suffisamment explicite pour en retrouver facilement la trace.

Par ailleurs, le lien profond peut encore porter atteinte :

- au **droit de représentation** : on peut estimer que le lieur commence à faire un acte de mise à disposition du public lorsqu'il fait pointer ses liens vers un ou plusieurs fichiers téléchargeables ou exécutables (fichiers de traitements de texte, sonores, graphiques, vidéos ou logiciels) contenus à l'intérieur d'un site ou d'une page web. En effet, en permettant à l'internaute de consulter ou de télécharger une ressource en dehors de son site ou de sa page d'origine, on pourra estimer que le lien établi la détourne du mode d'exploitation initialement prévu par le titulaire des droits et consiste, dans ce cas, en une mise à disposition du public ;
- au **droit des bases de données** : le lien profond peut en effet permettre la réutilisation d'une donnée contenue dans un site. Mais l'atteinte ne sera consommée que si la réutilisation concerne la totalité de la base, une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de celle-ci, ou excède manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données.

• La transclusion

Les techniques de « transclusion » ou d'« inclusion par lien hypertexte » que nous connaissons à l'heure actuelle (*in line linking* et *framing*) conduisent à présenter une page ou un élément de cette page (sonore, graphique, vidéo...) au sein d'une fenêtre ou d'une page du site liant ou à exécuter automatiquement des fichiers sonores ou audiovisuels.

Cette technique peut, en soi, avoir pour triple effet :

- de faire passer pour sien le bien d'autrui, risquant ainsi de consister en un acte de **concurrence déloyale** et de porter atteinte au respect de la **paternité** de l'œuvre liée, si toutefois la source et l'auteur ne sont pas indiqués ;
- de donner l'apparence que la mise à disposition du public des œuvres liées est le fait du site liant. En procédant à une transclusion, l'auteur du lien se place volontairement dans la situation de celui qui est à l'origine de la représentation de l'œuvre et risque ainsi de la contrefaire sur le fondement de ce droit. La mise en œuvre du **droit de représentation** dépendra cependant de l'objet inclus (page/fichier) et de son degré d'inclusion. Notons que la technique de transclusion est souvent utilisée comme moyen d'appropriation des œuvres se trouvant sur le site lié ;
- de modifier la présentation de l'œuvre et de porter ainsi atteinte au droit moral relatif à l'**intégrité de l'œuvre**.

• La multiplicité des liens vers un même site

Dans les cas où le site lié reçoit la qualification d'une base de données, la multiplicité ou la répétition des liens vers une même base pourra s'analyser comme une réutilisation de la totalité ou d'une partie quantitativement substantielle de celle-ci, actes pouvant faire l'objet d'une interdiction de la part du producteur de la base de données.

• Dissimulation de la source

Le fait que l'internaute ait la volonté de dissimuler la source de l'œuvre liée implique une forte présomption d'**agissements parasitaires** et implique naturellement une atteinte au droit au respect de la **paternité** de l'œuvre.

• Exploitation « autonome » de l'hyperlien

Même dans le cas d'un lien simple, l'exploitation d'un lien ou d'une collection de liens, dans la mesure où elle constitue l'activité principale du site liant, fera facilement présumer un **agissement parasitaire**, à défaut d'entente commerciale avec le site lié. Il influera également, dans la mesure où d'autres éléments de faits seront rapportés, sur la mise en œuvre par le lien du **droit de représentation** et, le cas échéant, le droit des **bases de données** (du fait de l'acte de réutilisation en découlant).

L'exploitation autonome ressortira particulièrement des critères suivants :

- la réalisation d'un chiffre d'affaires substantiel par le site liant à l'occasion de l'établissement des liens ;
- la facturation éventuelle par le site liant de la consultation des œuvres auxquelles il donne accès par les liens qu'il établit ;
- l'existence d'une relation de filialisation entre le site liant et le ou les sites liés exploitant directement des œuvres protégées ;
- l'existence d'une relation contractuelle entre le site lié exploitant directement des œuvres protégées et le site liant, notamment si elle est exclusive.

Les effets de cette exploitation autonome doivent être atténués pour les moteurs de recherche généralistes en raison de la fonction qu'ils remplissent sur le web.

Quelle politique de diffusion des données publiques ?

Recommandation adoptée le 14 avril 2003

Introduction

Internet est actuellement au centre des préoccupations des administrations, des collectivités locales ou des organismes qui leur sont rattachés. Support privilégié de la diffusion de l'information et du renseignement à destination des citoyens, l'internet devient aussi un outil permettant de réduire les coûts de dissémination des données publiques.

Devant ce développement important et la place qu'occupe de plus en plus l'administration dans le secteur de la diffusion des données publiques et de l'accès à l'information, le secteur privé a émis certaines craintes d'une atteinte au développement pluraliste d'une industrie de la société de l'information.

Dans ce contexte, et à la suite de nombreux rapports administratifs sur ces questions, le Forum des droits sur l'internet a souhaité créer, au mois de juillet 2002, un groupe de travail sur la diffusion des données publiques, dans le cadre d'un univers numérique.

Cette problématique est d'autant plus intéressante qu'elle se situe au carrefour des intérêts des organismes publics, des entreprises et des citoyens qui sont les trois parties prenantes avec lesquelles le Forum des droits sur l'internet travaille quotidiennement. En cela, la diffusion des données publiques constitue un exemple de sujet de corégulation.

Réunissant des représentants des secteurs marchands et non marchands de l'internet, de l'administration et des personnalités qualifiées, le groupe de travail a tenu quatorze réunions et a procédé à vingt auditions. Une présentation des membres du groupe de travail et la liste des personnes auditionnées et des experts consultés sont disponibles en annexe.

Objectifs

Ce rapport, fruit d'une concertation approfondie entre acteurs publics et privés, a pour objectif de fixer les contours de la politique de diffusion des données publiques. **Il cherche à définir les conditions de développement d'une industrie de l'information avec l'ensemble des acteurs, publics et privés ainsi que l'articulation à mettre en œuvre entre ceux-ci. Il souhaite trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité d'informer les citoyens et, d'autre part, la volonté d'encourager le développement des produits du secteur privé réalisés à partir des données publiques.**

Ces recommandations s'adressent essentiellement aux pouvoirs publics et déterminent les principes et les modalités pratiques de la mise à disposition des données publiques aux citoyens et entreprises. Les conclusions de ces travaux enrichiront également les réflexions que mèneront les autorités françaises lors de la transposition de la proposition de directive concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public en cours d'examen par le Parlement européen.

Plan du rapport

L'élaboration de principes applicables à la diffusion des données publiques passe tout d'abord par une synthèse des politiques applicables aux États-Unis, au Royaume-Uni et dans le cadre communautaire avant d'analyser le cadre juridique français et européen permettant de déterminer les évolutions nécessaires recommandées par le Forum des droits sur l'internet.

État des lieux comparatifs de la diffusion des données publiques en France et à l'étranger

Le régime de la diffusion des données publiques aux États-Unis

La diffusion des données publiques américaines repose actuellement sur trois textes constituant les piliers fondateurs de leur politique libérale : le premier amendement à la Constitution américaine, le *Freedom of Information Act* de 1966 et le *Copyright Act*.

Le Premier amendement à la Constitution

Ce texte interdit aux parlementaires américains de voter une disposition législative restreignant la liberté de parole ou de la presse. Même s'il ne vise pas directement la question de la diffusion des données publiques, ce texte constitue « *un cadre général au débat sur le rôle du gouvernement en ce qui concerne la libre expression, l'information et la circulation des idées* »¹⁰⁹. Ce principe proscribit ainsi à l'administration d'adopter des règles qui pourraient empêcher les idées de se propager et notamment, lui interdit d'entraver l'accès aux données publiques. Afin d'encadrer cet accès, en 1966, un texte a été voté, le *Freedom of Information Act*.

Le *Freedom of Information Act* (FOIA)

Adopté en 1966, ce texte¹¹⁰ constitue le fondement du droit d'accès des citoyens américains aux données détenues par les administrations fédérales. Hormis neuf

¹⁰⁹ Robert M. Gellman, « Les trois piliers de la politique de diffusion de l'information publique aux États-Unis », *RFAP*, 1994, n° 72, p. 593

¹¹⁰ Voir : http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XVII_4/page2.htm

catégories (secrets commerciaux, dossiers médicaux, documents préparatoires...), tous les documents produits par le gouvernement fédéral sont accessibles par toute personne. Le texte impose le principe d'accessibilité des documents, les refus devant être motivés et pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Néanmoins, ce texte n'impose pas une obligation de diffusion et la communication peut se faire au travers du paiement d'une redevance, déterminée en fonction des coûts de recherche et de reproduction.

Contrairement aux stipulations françaises ¹¹¹, le texte n'interdit pas la réexploitation commerciale des données. Ainsi, ces dispositions empêchent la constitution de monopoles par les agences de l'État en les obligeant à communiquer des documents publics, au coût de leur divulgation et ceci sans aucune restriction sur la réutilisation opérée par l'opérateur privé.

Le *Copyright Act* de 1976

Le paragraphe 105 de la loi sur le *copyright* ¹¹² prévoit qu'aucune protection ne s'applique aux travaux réalisés par le gouvernement des États-Unis. L'ensemble des données produites par les administrations centrales n'est pas soumis, sauf exceptions, à une quelconque protection au titre des droits d'auteurs. Ce texte prolonge ainsi l'effet du premier amendement qui empêche aux administrations centrales de restreindre la libre circulation des idées. Cette absence d'appropriation peut aussi permettre aux éditeurs de reproduire une donnée brute obtenue auprès d'une société concurrente.

L'absence de *copyright* n'a pas pour effet de poser le principe de la gratuité de mise à disposition des données, mais plutôt d'en encadrer le coût. Selon Robert M. Gellman, « *des prix élevés ne peuvent être exigés que si l'information est protégée par des restrictions comme le copyright* ». En l'absence de tout *copyright*, le prix de vente ne devrait donc intégrer que les coûts nécessaires, par exemple, à la duplication ou à la mise à disposition de ces données.

Néanmoins, certaines administrations ont limité l'effet de ce texte. Tout d'abord, la *National Library of Medicine* (NLM) a longtemps imposé le paiement d'une redevance pour consulter leur base de données. La NLM invoquait le risque pour les citoyens d'utiliser de manière dangereuse les données disponibles. Cette politique a été rapidement abandonnée. Pour autant, elle n'a pas empêché le secteur privé de développer ses propres offres et, en particulier, de commercialiser des outils de recherche plus élaborés créant ainsi un accès à forte valeur ajoutée aux données de la NLM.

Le second exemple est la Commission maritime fédérale sur les tarifs océaniques. Une loi de 1992 a, en effet, permis la perception de redevances pour l'utilisation de la base de données. Cette perception était fondée sur la nécessité de rééquilibrer les fonds de cette agence à la suite de la suppression d'une taxe payée par les propriétaires de bateaux de plaisance.

¹¹¹ Voir *infra*, page 174.

¹¹² Voir : <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

Le *Copyright Act* ne s'applique qu'aux seules données des administrations centrales. Ainsi, les données produites par les États fédérés ne bénéficient pas de cette absence de protection et certains États pratiquent des prix relativement élevés pour accéder à certaines informations (comme par exemple l'accès aux anciennes propositions de loi déposées dans l'État de Californie ou de New York qui ne sont accessibles que moyennant le paiement d'un prix).

La politique de diffusion par les États fédérés varie énormément, compte tenu des moyens humains, financiers et techniques mis à leur disposition. Certains offriront de nombreuses données aux citoyens ou aux acteurs économiques tandis que d'autres se limiteront à quelques données, notamment judiciaires. C'est cette disparité qui a incité les parlementaires américains à adopter, le 15 novembre 2002, l'*Electronic Government Act* qui encourage les États fédérés à pratiquer une diffusion massive des décisions de justice ¹¹³.

Une politique libérale privilégiant le secteur privé

De manière générale, les États fédérés tout comme l'État fédéral tendent à promouvoir la diffusion gratuite et relativement large des données produites, en offrant aux citoyens un accès libre. Cette diffusion est avant tout une mise en ligne de textes bruts, les commentaires et plus généralement, toute création de valeur ajoutée relevant du domaine des seuls éditeurs privés. Les seules initiatives de l'administration touchent à l'explicitation du droit au travers d'une brève explication à destination des citoyens.

Les données sont, en outre, difficilement accessibles sur les sites publics. En effet, il n'existe pas de « super-moteur de recherche » qui permettrait de réaliser une recherche globale sur l'ensemble des sites des administrations. Certaines données, comme par exemple les décisions de justice, sont réparties sur les divers serveurs des juridictions.

À l'inverse, certains éditeurs privés rassemblent sur un site unique l'ensemble des données existantes, quelques fois au travers d'une aspiration des contenus mis en ligne par l'administration ; ils y opèrent une indexation globale offrant un outil de recherche perfectionné. D'autres ne constituent que de simples moteurs d'indexation et deviennent des portails d'accès aux données mises en ligne par le secteur public.

Enfin, en matière d'identification des données existantes, le gouvernement américain a créé le *Government Information Locator Services* ¹¹⁴ chargé d'identifier et de rendre public les ressources publiques disponibles. Ce service constitue ainsi un point d'entrée vers l'ensemble des bases de données accessibles.

¹¹³ Voir à ce sujet : « États-Unis : le Congrès pose les bases du développement d'une e-administration », Actualité du 21 novembre 2002, *foruminternet.org*, <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=453>

¹¹⁴ Voir : http://www.access.gpo.gov/su_docs/gils/index.html

Le régime de la diffusion des données publiques au Royaume-Uni

La politique de diffusion des données publiques au Royaume-Uni connaît, depuis près de six années, de nombreux changements tendant à offrir aux citoyens et aux acteurs économiques un meilleur accès. Deux textes encadrent la politique de diffusion menée, en partie, par un organisme unique : le *Her Majesty's Stationery Office*.

Le *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988

Ce texte ¹¹⁵ pose, en son paragraphe 163, le principe du « *Crown Copyright* » selon lequel la reine est le propriétaire premier de l'ensemble des réalisations des agents publics des administrations centrales et ceci, dès lors que l'œuvre a été conçue dans le cadre de leurs activités professionnelles.

Par exception, la Chambre des communes et la Chambre des Lords peuvent être titulaires, individuellement ou conjointement, du *copyright* frappant leurs données dès lors que celles-ci ont été produites sous leur contrôle ou direction. Cela vise, par exemple, les propositions de loi, les comptes rendus ou les rapports officiels et non les lois adoptées.

Afin de faciliter l'attribution et la gestion de ce *copyright*, une instance a été créée en 1786 : le *Her Majesty's Stationery Office* (HMSO). Cet organisme est chargé de toute la politique de diffusion des données publiques, et possède en cela certaines fonctions réglementaires et de gestion des litiges.

Le *Freedom of Information Act* de 2000

Adopté le 30 novembre 2000 ¹¹⁶, ce texte pose un droit d'accès général à toutes les données, sauf exceptions (sécurité, protection des données personnelles...), détenues par les autorités publiques. Ainsi, toute personne qui adresse une requête à une administration doit être informée, d'une part, de la personne détentrice de l'information et, d'autre part, de son caractère communicable. Une réponse doit enfin parvenir dans les vingt jours.

À la suite de ce texte, chaque organisme a été dans l'obligation de diffuser un document précisant les règles entourant la publication et la communication des informations qu'il détient et précisant, notamment, les types de documents produits, les modes de publication et le coût de communication.

La réutilisation des données publiques par les citoyens et les acteurs économiques : la licence « *click & use* »

Se fondant sur l'existence de ces deux textes, le gouvernement a mis en œuvre sa politique de diffusion des données publiques, sous la direction du HMSO. Par principe, la mise à disposition de l'ensemble des données publiques par les administrations centrales, gérées par le HMSO, doit s'opérer de manière gratuite.

¹¹⁵ Voir : <http://www.swarb.co.uk/acts/1988CopyDesPatAct.html>

¹¹⁶ Voir : <http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts2000/20000036.htm>

Ce principe connaît une unique exception. Selon les conditions générales de réutilisation ¹¹⁷, le rediffuseur devra s'acquitter d'un prix lorsque la fourniture des données ou leur conversion dans un autre format génère une dépense précise. Le montant sera alors égal au coût de mise à disposition des données.

Cependant, de manière générale, les rediffuseurs ne paieront aucun prix car ils ont la possibilité de télécharger, individuellement ou massivement, les données présentes sur les sites des institutions à travers un système de licence « *click & use* ». Ils obtiennent donc instantanément un droit de rediffusion des données ainsi capturées.

Ce système repose sur un formulaire de saisie disponible sur le site du HMSO et demandant à l'éditeur, personne physique ou morale, de communiquer ses coordonnées, d'indiquer le type de données qu'il désire réutiliser et le cadre de cette réutilisation (personnelle, professionnelle, etc.). En réponse, le demandeur reçoit automatiquement un courrier électronique lui fournissant son numéro de licencié ainsi que la date de début de la licence, celle-ci étant valable pour cinq années. Le demandeur a également la possibilité de souscrire une licence en faisant parvenir un formulaire papier ; le HMSO s'engageant à communiquer les informations sous 48 heures.

Dans un souci de transparence, des statistiques régulières ¹¹⁸ sont publiées et les coordonnées de l'ensemble des licenciés sont disponibles sur le site, permettant ainsi au sein d'une même entreprise d'identifier un demandeur. Les coordonnées des particuliers ne sont publiées que si ces derniers demandent expressément une telle publication lors de l'enregistrement.

L'obtention de cette licence permet de diffuser la donnée obtenue sur tout support et, notamment, sur un site internet ou intranet, de la traduire dans une autre langue voire en braille. Le licencié ne peut, en outre, reproduire que le contenu visé par la licence de réutilisation et doit identifier clairement l'existence d'un *copyright* sur ces données en estampillant les pages d'un avertissement : « *Cette donnée protégée par le Copyright de la Couronne est reproduite avec l'autorisation du contrôleur de l'HMSO et de l'Imprimeur royal d'Écosse* ».

Néanmoins, ce système ne s'applique pas à toutes les données produites. Sont exclues les données non communicables en vertu des paragraphes 23 à 44 du *Freedom of Information Act*, les données nominatives, les produits à valeur ajoutée ou commerciaux réalisés par l'administration en partenariat avec des acteurs privés, et les films, images et logos. Par ailleurs, de nombreuses agences dotées de l'équivalent d'une régie de recettes (*Trading Funds*) gèrent directement leur politique de diffusion des données et ne recourent pas à la licence mise en œuvre par l'HMSO. Tel est le cas, notamment, de l'*Ordnance Survey* (l'équivalent de notre Institut géographique national), du *Meteorological Office*, du *HM Land Registry* (données cadastrales),

¹¹⁷ Disponibles sur : <http://www.hmso.gov.uk/copy.htm>

¹¹⁸ À titre d'exemple, entre le 1^{er} avril 2001 (date de lancement du système « *click & use* ») et le 31 mars 2002, 16 % des licences avaient été attribuées à des particuliers pour une utilisation privée, 14 % à des éditeurs, 12 % à des administrations. Au cours du mois d'octobre 2002, l'édition ne représente plus que 3 %, l'administration 26 % et les particuliers 19 %. Au total, entre le 1^{er} avril 2001 et le 31 octobre 2002, environ 2 300 licences ont été attribuées.

Patents Office (l'équivalent de l'Institut national de la propriété industrielle) ou des *Companies House* (service gérant les registres du commerce et des sociétés) ¹¹⁹ qui représentent d'importants producteurs de données publiques.

Outre ses fonctions de coordination de la politique de diffusion des données publiques, le HMSO est doté d'un pouvoir de règlement des différends (un licencié pourra saisir le HMSO d'un litige l'opposant à une des administrations diffusant des données couvertes par le « *Crown Copyright* ») mais également d'édition de règles. En particulier, le HMSO a établi, après une consultation publique, un cadre juridique entourant la diffusion des données publiques. Ce texte prévoit, en particulier, une obligation de respecter les règles imposées par le droit de la concurrence. Dans le cas où la diffusion des données ne relève pas du HMSO, les litiges continuent d'être portés devant les juridictions ordinaires.

Enfin, dans un souci de transparence, une politique d'identification des données publiques est menée. En effet, le gouvernement a mis en œuvre l'*Information Assets Register* (IAR). Cet organisme est chargé d'identifier l'ensemble des ressources publiques détenues par les services ministériels, les agences et autres organismes publics. Cette base intègre à la fois la liste des bases de données, les sources numériques ou sur supports papier. Les objectifs sont multiples : aider la politique gouvernementale de diffusion massive des données publiques, permettre une meilleure identification du détenteur d'une donnée et finalement faciliter et encourager la réutilisation des données publiques.

Le régime de la diffusion des données des instances communautaires

La politique définie par les instances européennes en matière de diffusion des données communautaires trouve son fondement au sein de l'article premier, deuxième alinéa du traité sur l'Union européenne ¹²⁰. Cet article prévoit que les décisions doivent être « *prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens* ». Une déclaration a été publiée le 29 juillet 1992 ¹²¹ précisant que « *la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confiance du public envers l'administration* ». Cette déclaration demandait la préparation de mesures visant à accroître l'accès du public à l'information dont disposent les institutions. Deux importants détenteurs d'informations au sein des institutions sont visés : l'Office des publications officielles des Communautés européennes (données essentiellement juridiques) et Eurostat (données statistiques).

¹¹⁹ Voir à ce propos, le litige qui a opposé en octobre 2002, les *Companies House* aux éditeurs privés en matière d'intervention sur le marché. L'*Office of Fair Trading* (OFT – équivalent du Conseil de la concurrence français) a rejeté la plainte des éditeurs réunis au sein d'une association au motif qu'aucune preuve n'existait que les *Companies House* pratiquaient des prix prédateurs ou un système de squizz, deux techniques anticoncurrentielles.

¹²⁰ Voir : http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/eu_cons_treaty_fr.pdf

¹²¹ Déclaration relative au droit à l'information, *JOCE* n° C 191 du 29 juillet 1992, p. 101.

En application, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le 30 mai 2001 ¹²² un règlement relatif à l'accès du public aux documents produits par les institutions communautaires. Ce texte, rappelant que « *la transparence contribue à renforcer les principes de la démocratie et le respect des droits fondamentaux* », estime, d'une part, qu'un accès très large aux documents doit être autorisé et, d'autre part, qu'un accès direct doit être aménagé. Ainsi, le règlement pose le principe d'un droit à l'accès aux documents communautaire dès lors que cette démarche ne porte pas atteinte, notamment, à la protection d'un intérêt public (sécurité, défense, relations internationales, politique financière) ou à la vie privée et à l'intégrité d'un individu.

Cet accès peut se dérouler, soit au travers d'une demande formelle adressée par voie postale, soit par la voie électronique. Le texte encourage également la mise à disposition directe du public sous un format électronique des documents accessibles et particulièrement les documents législatifs. Afin d'assurer une transparence, l'article 11 du règlement prévoit la création de « registres » sous forme électronique référençant l'ensemble des documents accessibles. Le registre intègre un numéro de référence, le thème abordé, une brève description, le contenu du document et la date de réception ou d'élaboration.

En application de ce texte, le Bureau du Parlement européen a adopté des nouvelles règles ¹²³ applicables en matière d'accès aux documents produits par cette instance. Le texte impose que « *tous les documents établis ou reçus par le Parlement européen dans le cadre de la procédure législative doivent être accessibles aux citoyens sous forme électronique* » sous réserve de leur accessibilité. Le coût d'accessibilité des documents est gratuit en cas d'accès direct sous forme électronique et correspondra au coût de reproduction en cas de demande sous format papier.

Par ailleurs, l'Office des publications officielles des Communautés européennes a ouvert, le 28 juin 2001, le portail EUR-Lex, guichet unique du droit de l'Union européenne. Le site permet d'accéder au *Journal officiel des Communautés européennes*, aux traités, à la législation en préparation, la législation récente, à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, aux questions parlementaires et aux documents d'intérêt publics. À partir du 1^{er} janvier 2002, EUR-Lex se développe de manière substantielle, permettant aux citoyens et aux professionnels d'accéder à tous les documents publiés au *Journal officiel* quelle que soit leur date d'adoption ou de publication.

Parallèlement à ce site gratuit, l'Office des publications officielles des Communautés européennes (OPOCE) développe un second service payant à forte valeur ajoutée : CELEX. Ce site comprend un vaste choix d'options de recherche qui n'existent pas dans le portail EUR-Lex, permettant notamment de combiner plusieurs critères.

¹²² Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOCE n° L 145 du 31 mai 2001, p. 43.

¹²³ Décision du Bureau relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen, JOCE n° C 374 du 29 décembre 2001, p. 1.

Il intègre une analyse juridique et documentaire des textes communautaires indiquant, par exemple, les références des mesures nationales d'exécution ou de transposition des textes européens, la jurisprudence nationale, voire des références doctrinales relatives aux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Le site est également doté d'un éventail de guides détaillés, de manuels et de services d'aide en ligne et d'une assistance technique dispensant des conseils personnalisés aux utilisateurs.

Les rediffuseurs doivent conclure une licence, dont le tarif est équivalent aux coûts techniques de mise à disposition. Certaines obligations sont alors mises à leur charge :

- ils doivent informer l'OPOCE des sites et médias de diffusion retenus ;
- l'OPOCE peut contrôler les prestations du licencié et, notamment, la qualité et l'actualité des données. Pour cela, l'OPOCE se réserve le droit d'avoir un accès aux services proposés par le licencié ;
- ils doivent citer l'origine des données sur tout document ou communication nécessaire à la promotion du produit qui les utilise.

La législation et la jurisprudence de l'Union européenne étant réputées appartenir au domaine public, la reproduction et la traduction peuvent s'opérer sans aucune autorisation préalable. Les autorités imposent uniquement, en matière de reproduction, une obligation de faire mention de la source. En outre, dès lors que le document est reproduit à partir d'une source autre que l'édition imprimée du *JOCE*, le document final devra être accompagné d'une clause de non-responsabilité prévoyant explicitement que « *Seule la législation de la Communauté européenne publiée dans la version imprimée du Journal officiel des Communautés européennes fait foi* ».

À noter que le Parlement européen a souhaité mettre fin à la disparité existant entre EUR-Lex et CELEX, à savoir le caractère gratuit ou payant de l'accès. Dans le cadre du budget 2003 dédié aux services de la Commission, une augmentation des dépenses d'un million d'euros avait été adoptée, en première lecture, afin de « *couvrir les frais découlant de la réorganisation de CELEX en vue de sa gratuité générale afin que tout citoyen européen puisse avoir un accès simple, précis et complet à l'ensemble des textes adoptés depuis la fondation de la Communauté européenne ainsi qu'aux dispositions législatives nationales adoptées pour la transposition de ces textes* »¹²⁴.

Lors de la lecture définitive, les crédits initialement prévus n'ont pas été adoptés. Néanmoins, le texte impose à l'OPOCE de présenter, d'ici le mois de juin 2003, deux rapports aux autorités budgétaires. Le premier concerne la diffusion des actes législatifs préparatoires et le second les conditions et les conséquences de la gratuité de la base CELEX.

Par ailleurs, un autre organisme communautaire est, quant à lui, chargé de produire et fournir des données statistiques : Eurostat. Créé en 1953 pour répondre aux besoins de la Communauté du charbon et de l'acier, Eurostat est devenu, à compter de 1958,

¹²⁴ Poste budgétaire COM-A-II 3 4 3 1 relatif à CELEX, http://europa.eu.int/eur-lex/budget/D2003_v1VOL4/FR/P20024978.htm#P20024985.

une direction générale de la Commission européenne. Sa mission principale est de fournir des statistiques à l'ensemble des institutions communautaires en exploitant et publiant des informations comparables au niveau européen. Cette mission repose, depuis 1997, sur le traité d'Amsterdam qui prévoit à son article 285 que « *Le Conseil [...] arrête des mesures en vue de l'établissement de statistiques, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement des activités de la communauté. L'établissement des statistiques se fait dans le respect de l'impartialité, de la fiabilité, de l'objectivité, de l'indépendance scientifique, de l'efficacité au regard du coût et de la confidentialité des informations statistiques ; il ne doit pas entraîner de charges excessives pour les opérateurs économiques* ». Ces principes ont été complétés par un règlement du 17 février 1997¹²⁵ et une décision du 21 avril 1997¹²⁶.

Eurostat ne collecte pas directement les données, mais les reçoit des instituts de statistiques des États membres, constituant, ainsi, le seul fournisseur de statistiques au niveau européen sous une forme harmonisée. Il réalise des analyses et des produits éditoriaux à partir de ces données.

Le prix de vente de ces données varie selon le public visé : gratuité pour les institutions communautaires et statistiques, pour la presse et les médias et, sous une version simplifiée et didactique, pour les particuliers. Les entreprises, quant à elles, doivent s'acquitter d'un prix. En particulier, Eurostat applique la gratuité à la diffusion des informations statistiques générales (communiqué de presse, statistiques en bref, méthodes et nomenclature et certains documents de travail). En cas de vente des données, les tarifs appliqués sont destinés à couvrir les coûts d'impression et de distribution des versions papier, les coûts des services personnalisés et les frais de fonctionnement des services sur le web. Par principe, Eurostat ne répercute pas sur le prix de vente des données, les coûts afférents à leur collecte.

Dans le domaine de la rediffusion, Eurostat impose aux sociétés le respect de certaines obligations contenues dans une licence de rediffusion (information des canaux de rediffusion mis en place par le licencié, possibilité de contrôle des produits réalisés par le licencié, obligation de mentionner la source des données), équivalentes à celles prévues par l'OPOCE.

Le cadre français applicable à la diffusion des données publiques

Contrairement à d'autres États, notamment de l'Union européenne, la France ne possède pas de véritable cadre juridique de diffusion des données publiques. Inspirés de travaux communautaires, quelques textes ont néanmoins précisé les pratiques des producteurs publics.

¹²⁵ Règlement (CE) n° 322/97 du Conseil du 17 février 1997 relatif à la statistique communautaire, *JOCE* n° L 52 du 22 février 1997, p. 1.

¹²⁶ Décision de la Commission n° 97/281/CE du 21 avril 1997 concernant le rôle d'Eurostat en matière de production de statistiques communautaires, *JOCE* n° L 112 du 29 avril 1997, p. 56.

Les principaux producteurs et détenteurs des données publiques

Les principaux producteurs et détenteurs des données publiques sont, aujourd'hui, des organismes publics. De par la définition même de la donnée publique, celle produite dans le cadre d'une mission de service public, l'État est à la source de sa production et de sa diffusion. Outre les collectivités territoriales¹²⁷ et les établissements culturels, plusieurs grands services peuvent être identifiés comme à l'origine de l'État « opulent »¹²⁸.

La Documentation française

La Documentation française est une direction centrale des services du Premier ministre, placée sous l'autorité du Secrétariat général du gouvernement. Le décret du 6 février 1976¹²⁹ fixe ses attributions.

Elle a notamment pour mission de rassembler, en vue de la mettre à la disposition des administrations et du public, une documentation générale sur les principaux problèmes d'actualité intéressant la France et l'étranger. Elle élabore, édite et diffuse des études et des documents d'information générale et de vulgarisation.

Tel est par exemple le cas du site service-public.fr réalisé par la direction de La Documentation française avec le concours des services du Premier ministre et de ceux du ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'État. Les rubriques de ce site sont ainsi produites par les centres interministériels de renseignements administratifs (CIRA), la Commission pour les simplifications administratives (COSA), la Documentation française et le réseau interministériel des administrations contributrices.

La Documentation française est également éditeur pour le compte d'administrations et d'organismes publics.

La Direction des journaux officiels (DJO)

Service du Premier ministre, la DJO a été chargée à compter de 1993 de la collecte et de la réalisation des bases de données juridiques. La diffusion par voie télématique et la distribution commerciale de ces bases étaient, quant à elles, assurées par la voie d'une concession de service public. À partir du décret du 31 mai 1996, relatif aux bases de données juridiques, la DJO obtient deux missions supplémentaires : celle d'assurer une cohérence entre l'ensemble des bases produites afin d'optimiser la rediffusion et d'assurer la production des bases dès lors que les administrations d'où

¹²⁷ Une étude rendue publique par la société Troover au cours du mois de février 2003 indique que près de 8 % des communes françaises possèdent un site internet officiel soit environ 3 000 sites. Cette étude indique notamment que la totalité des villes de plus de 100 000 habitants est présente sur l'internet : <http://mairie.troover.com>.

¹²⁸ Expression utilisée par Herbert Burkert, « L'information du secteur public : le secret, la transparence et le commerce », *RFAP*, 1994, n° 72, p. 581.

¹²⁹ Décret n° 76-125 du 6 février 1976 relatif aux attributions de la direction de La Documentation française : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=LEX&nod=1DX976125>.

émanent les données numérisées n'opèrent pas cette fonction. Jusqu'en 2002, la diffusion et la commercialisation font l'objet d'une concession de service public, attribuée à la société ORT.

À compter du 7 août 2002, la DJO est chargée directement de l'exploitation du site Legifrance qui met en ligne gratuitement l'ensemble des données juridiques entrant dans le champ du service public de la diffusion du droit par l'internet. La DJO est le producteur des bases de données correspondant aux actes dont elle assure la publication (lois, décrets, etc.) et parallèlement, doit assurer la création d'une base de textes consolidés intégrant les modifications apportées aux textes législatifs et réglementaires. À côté de la DJO, d'autres producteurs coexistent en matière de données juridiques. Il s'agit en particulier de la Cour de cassation, du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou du Conseil constitutionnel.

L'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)

Direction du ministère de l'Économie et des Finances, et de l'Industrie créée en 1946, l'INSEE a en charge la gestion de plusieurs bases de données : le répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP), le répertoire des entreprises (SIRENE ¹³⁰), les données de recensement. L'INSEE exploite également de manière statistique toutes sortes de données émanant d'autres administrations (notamment les données communiquées dans le cadre des déclarations fiscales).

L'INSEE a une politique de transparence au travers de la conception d'un catalogue répertoriant les données disponibles, les conditions d'accès, les conditions générales des licences ou la liste des licenciés. Elle refuse de passer des accords d'exclusivité avec certains rediffuseurs. Enfin, l'INSEE estime que toute information peut et doit être mise à la disposition de toute personne qui le demande pour opérer une rediffusion, sous réserve de la protection des données personnelles détenues et de certains secrets.

L'Institut national de la propriété industrielle (INPI)

L'INPI est un établissement public non qualifié ¹³¹ doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, placé auprès du ministre de l'Industrie. L'INPI est chargé par l'article L. 411-1 du Code de la propriété intellectuelle de la centralisation du « *registre du commerce et des sociétés, du répertoire des métiers et du Bulletin officiel d'annonces civiles et commerciales* ». En outre, il assure « *la diffusion des informations techniques, commerciales et financières contenues dans les titres de propriété industrielle et instruments centralisés de publicité légale* ».

¹³⁰ Voir le site <http://www.sirene.tm.fr> détaillant, notamment, les conditions de diffusion, de commercialisation et de tarification des données de la base SIRENE.

¹³¹ Une partie de la doctrine tend à donner à l'INPI la qualité d'établissement public administratif même si ce dernier doit obligatoirement s'autofinancer.

La diffusion d'informations financières

Aux termes de l'article 5 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés, l'INPI tient un registre national qui est un second original des registres tenus dans chaque greffe des tribunaux de commerce. Les données lui sont transmises dans un délai de quinze jours ¹³².

Pour gérer ce registre national et assurer sa diffusion, l'INPI a conclu en 1993, de gré à gré, une concession de service public avec la société ORT. Ce contrat arrive à son terme à la fin de l'année 2003. Le contrat impose au concessionnaire de saisir, contrôler, numériser les données, de créer les bases de données, de les mettre en réseau puis de les commercialiser. Un système de licence est également prévu permettant aux autres acteurs économiques d'obtenir auprès du concessionnaire les données à des fins de réexploitation commerciale. La licence de rediffusion impose au licencié d'indiquer la source et l'origine des données, et de diffuser ces données avec un ajout de valeur ajoutée. Toutes les dépenses sont prises en charge par le concessionnaire. Il perçoit également les recettes et en reverse un pourcentage à l'INPI, proportionnel au chiffre d'affaires. Aux termes de la concession, ce pourcentage peut varier. Dans les faits, l'INPI n'a modifié qu'une seule fois ce pourcentage par avenant à la concession.

L'attribution de la concession à ORT a fait l'objet de nombreuses critiques. En effet, cette société est également un acteur économique du marché de la diffusion de l'information financière. En conséquence, l'INPI a imposé au concessionnaire de ne pas abuser de sa situation privilégiée et, notamment, l'a obligé à ne pas diffuser, avant de les mettre à disposition des autres rediffuseurs, les informations reçues des greffes.

Enfin, une pratique s'est instaurée de la part de l'INPI. Pour demeurer concurrentiel sur un marché relativement ouvert ¹³³, l'établissement public est dans l'obligation d'acquérir auprès des greffes ¹³⁴ certaines données par l'intermédiaire du concessionnaire. Il peut ainsi les diffuser plus rapidement.

¹³² Article 24 de l'arrêté du 9 février 1988 relatif au registre du commerce et des sociétés : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=LEX&nod=1AX9880212P11>.

¹³³ Outre l'INPI avec son produit Euridile, les greffes des tribunaux de commerce se sont constitués en un GIE pour commercialiser un produit fournissant également les extraits Kbis (Infogreffe : <http://www.infogreffe.fr>). Des sociétés privées sont également présentes sur ce marché au travers de produits payants (Coface Scrl : <http://www.cofacerating.fr> ; Dun & Bradstreet : <http://www.dbfrance.com...>) ou semi-gratuits (Iliad avec son site <http://www.societe.com>).

¹³⁴ Les greffes des tribunaux de commerce ont fait l'objet de plusieurs rapports incitant à leur réforme. Rappelons que sur environ 200 greffes de tribunaux de commerce, une trentaine seulement sont publics. En effet, la loi n° 65-1002 du 30 novembre 1965 portant réforme des greffes des juridictions civiles et pénales n'a pas procédé à leur nationalisation. Concernant la diffusion des données des greffes, un rapport parlementaire a notamment proposé : « *Comme il est envisagé de généraliser le raccordement des greffes des tribunaux de commerce d'Alsace et de Moselle à l'INPI, qui pourrait ainsi, par le biais d'un service télématique ou d'internet, fournir les publications légales des tribunaux, il est envisageable, dans le cadre de greffes fonctionnalisés, de permettre la diffusion des informations du registre du commerce et des sociétés par le seul INPI, établissement public* ».

La diffusion de données en matière de propriété industrielle

L'INPI est en charge de la collecte de l'ensemble des dépôts de marques, brevets, dessins et modèles. Après appel à propositions, une délégation de service public a été signée en 1996 pour cinq ans avec Questel. En 2002, après prolongation de six mois et un appel à propositions, une nouvelle délégation a été signée avec Jouve pour une durée de sept ans.

Les informations sont directement saisies par l'INPI et sont transmises chez le concessionnaire qui structure et commercialise les données. Il reverse, ensuite, un pourcentage du chiffre d'affaires généré.

L'Institut géographique national (IGN)

Aux termes de l'article 2 du décret n° 81-505 du 12 mai 1981 relatif à l'Institut géographique national ¹³⁵, l'IGN est chargé d'établir, de publier ou de diffuser, sous forme graphique, photographique ou numérique, les documents correspondants aux travaux nécessaires à l'implantation et à l'entretien d'un réseau géodésique, de nivellement et à l'élaboration des cartes thématiques. Le décret du 6 février 1986 relatif à la photothèque nationale donne, en outre, compétence à l'IGN pour être le dépositaire des clichés aériens couvrant le territoire national dès lors qu'ils sont réalisés par des organismes publics.

L'IGN diffuse, dans le cadre de ses missions :

- des cartes géographiques, protégées par le droit de propriété intellectuelle. L'IGN admet une réutilisation grâce à la cession d'un droit de reproduction pour une utilisation à des fins privées ou commerciales. Le prix est fonction du chiffre d'affaires généré par l'éditeur ;
- des photographies aériennes, non couvertes pas le droit d'auteur en l'absence d'originalité dont le prix de vente correspond au coût de duplication ;
- une base de géodésie et de nivellement, diffusée gratuitement sur l'internet ;
- des bases de données protégées par le droit d'auteur (si l'œuvre est originale) ou par le droit *sui generis* (en cas d'investissement substantiel).

Météo France

Météo France est un établissement public à caractère administratif créé par le décret n° 93-861 du 18 juin 1993 placé sous la tutelle du ministre chargé des transports. Il a pour mission de surveiller l'atmosphère, l'océan superficiel et le manteau neigeux, d'en prévoir les évolutions et de diffuser les informations correspondantes. Il exerce les attributions de l'État en matière de sécurité météorologique des personnes et des biens. À ce titre, il assure « *la satisfaction des besoins exprimés, notamment par les services chargés en métropole et outre-mer de la sécurité civile, de la prévention des risques majeurs et de la sûreté nucléaire* ». Il réalise auprès de ces services un rôle d'expertise dans les domaines de sa compétence. À ce titre, le décret prévoit que Météo France « *met en œuvre un système d'observation, de traitement des données, de prévision, d'archivage et de diffusion lui permettant d'accomplir ses missions* ».

¹³⁵ Décret n° 81-505 du 12 mai 1981 relatif à l'Institut géographique national : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PUHAJ.htm> (version consolidée)

Cet établissement public est à la source d'un litige important opposant à l'époque la Direction de la météorologie nationale (DMN) ¹³⁶ à la société SJT. Souhaitant élargir ses activités, cette société a demandé, en 1989, à la DMN l'autorisation de lui fournir les informations météorologiques aéronautiques (TAF et METAR) afin, qu'elle puisse exploiter un service de diffusion vocale à destination du grand public. À la suite du refus de la DMN, la société décida de saisir le Conseil de la concurrence qui rejeta ¹³⁷ le recours au motif que la DMN n'abuse pas de sa position dominante en refusant de vendre ces données pour un usage commercial dès lors que la DMN « *n'utilise pas les messages TAF et METAR pour la confection de ses propres prévisions météorologiques commercialisées auprès du grand public et entend, notamment pour des raisons de sécurité liées aux obligations internationales de l'État dans le domaine aéronautique, réserver ces messages aux seuls exploitants d'aéronefs* ». S'étant pourvu en appel, la société SJT obtint gain de cause ¹³⁸, la DMN étant dans l'obligation de délivrer les informations dans un délai de trois mois. En cassation, le juge judiciaire suprême annule ¹³⁹ l'arrêt d'appel au motif que s'agissant d'un acte d'organisation du service public de la météorologie, l'appréciation de la conformité de la décision au droit de la concurrence ne peut être de la compétence du juge judiciaire.

Le Service hydrographique et océanographique de la marine (SHOM)

Le Service hydrographique et océanographique de la marine est un service du ministère de la Défense. Il est responsable au plan national de la collecte, validation, diffusion de l'information utile aux navigateurs, civils ou militaires, professionnels ou plaisanciers. En outre, en sa qualité de service du ministère de la Défense, il recueille et diffuse au commandement et aux forces navales les informations plus spécifiques concernant le milieu marin dont ils ont besoin. Il élabore également des documents à caractère opérationnel.

À ce titre, le SHOM réalise les cartes maritimes (classique, « S » destinée aux plaisanciers, « L » pour les bateaux de petite taille et les navigateurs, « G » intégrant les fonds marins), la carte électronique (dans le cadre du projet *Electronic Chart Display and Information System* de l'Organisation hydrographique internationale), des ouvrages nautiques, des annuaires des marées ou des atlas sur les courants des marées. L'établissement principal du SHOM (EPSHOM) a mis en place un réseau de plus de 700 points de vente, pour la plupart sur le littoral français. Le site internet

¹³⁵ Décret n° 81-505 du 12 mai 1981 relatif à l'Institut géographique national : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PUHAJ.htm> (version consolidée)

¹³⁶ Jusqu'en 1993, la DMN est une direction de l'administration centrale du ministère de l'Équipement, du Logement, de l'Aménagement du territoire et des Transports. Ses missions sont fixées par le décret n° 86-93 du 17 janvier 1986 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=LEX&nod=1DX98693>.

¹³⁷ Conseil de la concurrence, décision n° 92-D-35 du 13 mai 1992, *BOCCRF*, 4 juillet 1992, p. 225.

¹³⁸ CA Paris, 1^{re} Chambre, 18 mars 1993, *Société SJT c/DMN*, *BOCCRF*, 26 mars 1993, p. 110.

¹³⁹ Cass. com., 12 décembre 1995, *Météo France c/Société SJT*, n° 92-13.880 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1995X12X04X00301X000>.

donne également accès à des informations techniques, au catalogue des cartes ou des produits électroniques et au groupe d'avis aux navigateurs.

Les autres services et établissements publics de l'État et leurs sites internet

Avec le développement des sites internet, les modalités de diffusion des données produites par l'État et ses services ou établissement changent. En effet, ces services et établissements publics de l'État deviennent, eux-mêmes, diffuseurs des données qu'ils produisent.

La circulaire du 7 octobre 1999 ¹⁴⁰ relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État prévoit que chaque ministère « *organise la numérisation et la diffusion des données de son secteur, en veillant à la coordination entre les services centraux, les services déconcentrés et les établissements publics placés sous sa tutelle pour éviter les doublons et favoriser les réseaux d'information* ». Les services déconcentrés et les établissements publics sont, quant à eux, chargé de diffuser « *les données publiques locales de sa compétence (et renvoyer) vers le site ministériel, les sites Admifrance et Legifrance, le site du PAGSI, ainsi que vers les sites des autres services déconcentrés et organismes publics locaux* ».

En pratique, les sites ministériels diffusent ainsi le texte intégral de leurs bulletins officiels ¹⁴¹. Le site de la Direction générale des impôts ¹⁴² du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie diffuse gratuitement, outre le *Bulletin officiel des impôts*, le texte intégral des conventions fiscales internationales ainsi qu'une base documentaire (précis de fiscalité) et des guides pratiques (guide des droits et démarches).

Le ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité diffuse sur son site ¹⁴³ plusieurs fiches et dossiers pratiques relatifs au droit du travail et à la formation professionnelle. En outre, plusieurs sites thématiques ont été ouverts diffusant informations pratiques et textes législatifs ou réglementaires touchant par exemple à l'aménagement du temps de travail ¹⁴⁴ ou à la sécurité au travail ¹⁴⁵.

Le ministère des Affaires étrangères ¹⁴⁶ a, quant à lui, mis en ligne de nombreux conseils destinés aux voyageurs ou aux Français de l'étranger. Une base documentaire gratuite ¹⁴⁷ référençant l'ensemble des traités ou accords internationaux auxquels la France est partie ou dépositaire, est également disponible. Pour les principaux traités, cette base est complétée par une version téléchargeable du texte de l'accord.

¹⁴⁰ Circulaire du 7 octobre 1999 relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État, *JORF*, 12 octobre 1999, p. 15167 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=PRMX9903708C>.

¹⁴¹ Les bulletins officiels disponibles en ligne sont accessibles depuis Legifrance :

<http://www.legifrance.gouv.fr/html/bo/bo.htm>.

¹⁴² Voir : <http://www.impots.gouv.fr>.

¹⁴³ Voir : <http://www.travail.gouv.fr>.

¹⁴⁴ Voir : <http://www.35h.travail.gouv.fr>.

¹⁴⁵ Voir : <http://www.sante-securite.travail.gouv.fr>.

¹⁴⁶ Voir : <http://www.diplomatie.gouv.fr>.

¹⁴⁷ Voir : <http://www.doc.diplomatie.fr/pacte/>.

En outre, les services déconcentrés de l'État comme les préfetures ou les directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement ¹⁴⁸ mettent en ligne de nombreux documents, notamment réglementaires, touchant aux législations applicables au niveau local.

En pratique, le site [service-public.fr](http://www.service-public.fr) ¹⁴⁹ référence, avec précision, les sites internet publics qu'ils correspondent à des organismes nationaux, locaux, européens voire internationaux.

Le cadre juridique de la diffusion des données publiques

La question de la diffusion des données publiques, bien qu'ayant fait l'objet de nombreux rapports, n'a pas eu de réelle consécration législative. Seul le projet de loi sur la société de l'information, aujourd'hui caduc, a tenté d'élaborer les principes devant entourer une telle diffusion. C'est surtout la notion d'accès aux documents administratifs qui a retenu l'attention du législateur.

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (loi CADA)

La loi CADA ¹⁵⁰ pose dans son article premier, le droit de toute personne à l'information et la liberté d'accès aux documents administratifs. Cette notion recouvre l'ensemble des dossiers, rapports, études, comptes rendus, directives, instructions, circulaires qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public. Visant à l'origine les documents sous forme écrite, la Commission d'accès aux documents administratifs a rapidement admis l'accès à des documents sous format électronique ¹⁵¹. Cette possibilité a été confirmée par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration qui intègre au sein de l'article premier le cas des documents disponibles sous une forme informatique ou de base de données.

Le droit d'accès est offert à toute personne qui en fait la demande à la condition qu'il ne s'agisse pas de documents préparatoires ou non finaux et que leur communication ne porte pas atteinte à certaines protections (secret des délibérations, secret de défense nationale, sûreté de l'État, documents portant atteinte à la vie privée ou au secret médical, etc.). Dans les autres cas, l'accès à ces documents est toujours possible dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'une diffusion publique. Pour l'heure, la Commission d'accès aux documents administratifs refuse de reconnaître la publication sur l'internet comme un mode de diffusion publique étant donné le

¹⁴⁸ Voir : <http://www.drire.gouv.fr>.

¹⁴⁹ Voir : <http://www.service-public.fr>.

¹⁵⁰ Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPEAV.htm> (version consolidée).

¹⁵¹ Cas par exemple *Avis Liffra (Canard Enchaîné) c/Maire de Paris* du 28 novembre 1996 à propos de l'accès à des disquettes contenant une partie de la comptabilité de la Ville de Paris.

nombre limité de foyers connectés à internet. La délivrance d'un document administratif se fait, soit gratuitement par consultation sur place, soit par la fourniture d'une copie facturée au coût de reproduction.

Dans le cadre de la réexploitation, notamment commerciale, des documents communiqués sur le fondement de la loi CADA, deux principes existent. Tout d'abord, la CADA s'interdit de s'interroger sur les réelles motivations qui guident la demande d'accès à un document administratif. D'autre part, même si la loi interdit en son article 10 toute réexploitation commerciale, aucune sanction n'est prévue et aucune mesure de contrôle n'est mise en place. La combinaison de ces deux principes fait que l'administration ne peut refuser la communication de données destinées à un usage commercial comme l'a précisé le tribunal administratif de Lyon ¹⁵² :

« L'article 10 de cette loi, qui prohibe l'usage commercial des documents communiqués, ne permet pas de restreindre l'exercice même du droit à la communication. Il appartient à l'autorité administrative d'avertir le destinataire des documents qu'elle communique, des limitations légales à l'usage susceptible d'en être fait ».

Cette situation montre qu'il est nécessaire de prendre en compte la chaîne des données publiques dans son ensemble, de la diffusion à la demande d'accès en intégrant une éventuelle réexploitation. En effet, un opérateur économique qui ne désire pas passer par un système de licence de rediffusion (prévu notamment dans le domaine des données juridiques) pourrait néanmoins obtenir la communication d'une donnée sur le fondement de la loi CADA, et contourner ainsi les obligations qui pourraient être mises à sa charge dans le cadre d'un contrat de licence. L'interdépendance des notions est d'autant plus forte qu'une donnée non accessible en vertu de l'article 6 de la loi CADA ne sera ni exploitable ni diffusable.

L'article L. 124-1 du Code de l'environnement

Issu des dispositions de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 ¹⁵³ sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, ce texte complète le principe de l'accès aux documents administratifs. Cet article prévoit que *« l'accès à l'information relative à l'environnement détenue par les autorités publiques ayant des responsabilités en matière d'environnement s'exerce dans les conditions et selon les modalités définies au titre 1^{er} de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 »*. En particulier, le texte rappelle que ne sont pas communicables les informations dont la communication porterait atteinte aux intérêts protégés par l'article 6 de la loi de 1978.

Complétant cette disposition, l'article L. 124-1 prévoit en outre que *« l'autorité peut refuser de communiquer une information relative à l'environnement dont la consultation ou la communication porterait atteinte : 1°) à l'environnement auquel elle*

¹⁵²TA Lyon, 9 avril 1991, inédit, à propos de la communication d'extraits du cadastre à un agent immobilier

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JTXXC1991X04X00000LYEUR>

¹⁵³ Publiée au *Journal officiel* par le décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MAEJ0230045D>.

se rapporte ; 2°) aux intérêts d'un tiers qui a fourni l'information demandée sans y avoir été contraint par une disposition législative, réglementaire ou par un acte d'une autorité administrative, et qui ne consent pas à sa divulgation ».

La circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques (circulaire « Balladur »)

Seul texte général fixant les principes applicables en matière de diffusion des données publiques par les autorités publiques, la circulaire « Balladur » tient compte des lignes directrices communautaires de 1989. Une distinction est faite entre secteur public et secteur privé. Pour la circulaire, ce dernier doit être la personne en charge de la diffusion des données publiques, compte tenu de son taux d'équipement informatique et de la possibilité d'assumer sa responsabilité commerciale de droit commun à l'égard des utilisateurs en cas d'erreurs.

Plus précisément, la circulaire rejette tout d'abord la thèse traditionnelle interdisant à l'administration de produire des données élaborées et la cantonnant, en conséquence, dans le strict champ de production de données brutes. Néanmoins, la circulaire fixe une limite à la commercialisation par une administration d'un service d'information à valeur ajoutée. Ainsi, plusieurs conditions doivent être simultanément remplies :

- la gestion de ce service doit être en rapport avec la mission légale ;
- la fourniture de ce service doit satisfaire un besoin collectif ;
- et, l'initiative privée n'est pas en mesure d'assurer la couverture de ce besoin ou n'était pas en mesure de l'assurer dans des conditions satisfaisantes du point de vue de l'intérêt général.

En outre, la diffusion des données publiques doit respecter certaines conditions. Si la diffusion est constitutive d'un service public, les règles de concurrence doivent être conciliées avec les exigences de droit public. À l'inverse, si la diffusion ne relève pas d'une mission de service public, le droit de la concurrence doit être respecté dans les conditions de droit commun.

En matière de détermination des coûts, la circulaire rejette le principe de diffusion gratuite des données produites par l'administration compte tenu des aspects concurrentiels ¹⁵⁴ ou budgétaires ¹⁵⁵. Le principe général posé est celui de l'absence de prise en compte des coûts de collecte et de production des données dès lors qu'ils sont à la charge de la collectivité au titre de ses tâches ordinaires.

À l'inverse peuvent être répercutés les coûts relatifs :

- à la composition, l'impression, la distribution des publications ;
- à l'organisation, la mise à jour et la conservation de fichiers informatiques ;
- à l'extraction des données et la mise à disposition de supports.

¹⁵⁴ La circulaire précise que ce principe « *interdit toute possibilité de concurrence puisqu'aucun service viable correspondant ne pourrait être assuré par une entreprise privée* ».

¹⁵⁵ « *Le financement par des ressources provenant uniquement du budget de l'État briderait des initiatives qui présentent une utilité sociale et ce, alors même qu'elles peuvent trouver un financement complémentaire dans le paiement par l'utilisateur* ».

De même, peuvent être pris en compte les coûts généraux de fonctionnement à concurrence de la partie de ces coûts incontestablement imputable à la fourniture du service.

Saluée par une grande partie de la profession, la circulaire n'a pas pu empêcher le développement de contentieux devant les autorités judiciaires et administratives, destinée, notamment, à délimiter le champ d'intervention des autorités publiques ou à contester les méthodes de calcul du tarif de diffusion des données. Certains acteurs ont, en particulier, mis en avant l'absence d'encadrement législatif pour justifier une telle situation.

Le projet de loi sur la société de l'information

Déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 14 juin 2001, le projet de loi sur la société de l'information (LSI) cherche à inscrire, pour la première fois dans des dispositions législatives, les principes gouvernant la diffusion des données publiques. S'inspirant, notamment, du rapport Mandelkern d'octobre 1999, le projet modifie la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs en intégrant un chapitre consacré à la diffusion des données publiques numérisées. Accueillant à la fois des questions touchant à l'accès et à la diffusion des données publiques, le projet de loi modifie l'intitulé de la loi de 1978 pour lui attribuer celui de « *loi relative à l'accès aux documents administratifs et à la diffusion des données publiques* ».

Trois mesures distinctes sont proposées au sein de ce texte. Tout d'abord, le projet souhaite imposer aux personnes publiques et aux personnes privées chargées d'une mission de service public une obligation de mise à disposition des données publiques diffusables. La rediffusion reste libre, sous condition de ne pas altérer la donnée et de toujours préciser la source de la donnée. Dès lors que la rediffusion s'opère dans un cadre commercial, la mise à disposition par l'autorité publique sera conditionnée à la conclusion d'une convention entre l'autorité qui détient les données et le demandeur, prévoyant le tarif pratiqué. Ce tarif pourra inclure une participation aux dépenses de création, de maintenance et de mise à jour des données, voire être proportionnelle aux revenus. Le président ou un membre de la CADA est compétent pour statuer en cas de litige sur l'application ou l'élaboration de la licence de rediffusion.

Une deuxième disposition aménage ces principes en intégrant et définissant la notion de données publiques essentielles. Se rapprochant de la position émise par le rapport Mandelkern, le projet de loi réalise un catalogue des données publiques essentielles à savoir les données nécessaires à une personne physique pour l'exercice de ses droits. Le texte prévoit, en effet, que :

« Art. 15. – I. – Constituent des données essentielles au sens du présent article :

1° L'ensemble des actes et décisions, pris par l'État ou un de ses établissements publics administratifs, qui sont soumis à une obligation de publication en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que les documents qui leur sont annexés ;

2° Les informations sur l'organisation et le fonctionnement des services publics de nature à faciliter les démarches des usagers ;

3° Les rapports et études sur les missions, l'organisation et le fonctionnement des services publics qui sont communicables à toute personne en application du titre I^{er} de la présente loi. »

Le projet prévoit que cette liste peut évoluer au travers de l'adoption de décrets en Conseil d'État qui qualifieraient d'essentielles d'autres catégories de données détenues par l'État ou ses établissements publics. L'une des conséquences principales d'une telle qualification est l'obligation pour les personnes publiques de mettre les données gratuitement à la disposition du public sur l'internet. Le texte prévoit, en outre, une possibilité de rediffusion de ces données.

Enfin, la dernière disposition intégrée dans ce projet de loi prévoit qu'un texte réglementaire interviendra pour définir les normes que les personnes publiques se doivent de respecter en matière d'accessibilité par des personnes atteintes d'un handicap visuel.

Le projet de loi ne dépassa pas le stade de son renvoi en Commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale. En l'absence d'adoption en première lecture avant la tenue des élections législatives de juin 2002, le projet de loi est devenu caduc.

Ainsi, l'encadrement français de la diffusion des données publiques reste relativement limité : hormis la loi CADA du 17 juillet 1978 qui pose un principe d'accessibilité pour certains documents publics et la circulaire « Balladur » de 1994 qui délimite le champ d'intervention de l'autorité publique, aucune disposition plus précise ne vient créer un réel encadrement normatif de la diffusion des données publiques. Un seul domaine échappe néanmoins à cet écueil : les données juridiques.

Le cadre particulier applicable à la diffusion des données juridiques

Le 24 octobre 1984, un décret ¹⁵⁶ crée auprès du Premier ministre un nouvel organisme, dénommé Centre national d'informatique juridique (CNIJ), qui est un service public industriel et commercial chargé de rassembler et de mettre sous forme de bases ou de banques de données informatisées de nombreux textes français et étrangers (traités, lois et règlements, instructions et circulaires, décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour des comptes, etc.) en vue de leur consultation par voie télématique. Pour réaliser cette opération, le texte oblige les organismes à fournir au CNIJ toutes les informations, si possible sous support informatique. Selon le décret, la diffusion des données collectées est confiée à un organisme unique tandis que la distribution commerciale des banques et bases de données juridiques doit relever d'un second organisme, distinct du premier.

Il est associé à ce premier organisme, une Commission de coordination de l'informatique juridique (CCIJ) chargée de préparer le schéma directeur technique, méthodologique et budgétaire de la documentation juridique informatique dans l'administration, de déterminer les priorités et d'élaborer des normes en matière d'informatique juridique.

¹⁵⁶ Décret n° 84-940 du 24 octobre 1984 relatif au service public des bases et banques de données juridiques : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=LEX&nod=1DX984940>.

Le 22 mars 1993, un décret refond totalement l'organisation de la diffusion des données juridiques. Tout d'abord, le CNIJ et la CCIJ sont supprimés. La Direction des journaux officiels devient « *chargée de rassembler et de mettre sous forme de bases ou de banques de données informatisées, en vue de leur consultation notamment par voie télématique* » d'un corpus un peu plus important intégrant notamment les documents communautaires, les arrêts de la Cour de cassation et les décisions des juridictions administratives du fond (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel). Le décret de 1993 crée, pour la diffusion de ces données, une concession de service public dont le contrôle est assuré par la Direction des journaux officiels, tout organisme public devant systématiquement s'adresser auprès d'elle pour diffuser à l'extérieur de son service les données. Une Commission de coordination de la documentation administrative (CCDA) est créée par un second décret du 22 mars 1993 qui est chargée d'étudier les problèmes liés à la diffusion des données juridiques et de rendre des avis sur la constitution de nouvelles bases de données par l'administration.

À la suite notamment de l'intervention de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, la CCDA a mené une réflexion sur le régime de diffusion des données juridiques. Suivant ses recommandations, **le décret n° 96-481 du 31 mai 1996** a fixé une nouvelle organisation du service public.

Tout d'abord, l'article premier apporte deux éléments supplémentaires dans la délimitation du champ de service public. D'une part, les décisions de justice rendues par les juridictions judiciaires du fond (tribunaux de grande instance, cours d'appel, etc.) intègrent ce domaine. D'autre part, la diffusion des données juridiques n'est plus limitée à une simple mise en ligne sur un serveur télématique mais vise, plus généralement, le support électronique, intégrant ainsi internet.

Le titre II du décret définit les modalités de diffusion des données juridiques par l'État. Le texte pose le principe de l'existence d'une concession pour la diffusion par voie ou support électronique des données produites par les autorités publiques. En particulier, les administrations qui souhaitent procéder à la diffusion à l'extérieur de leurs services des bases de données dont le corpus est constitué de tout ou partie des textes couverts par le service public sont dans l'obligation de passer par l'intermédiaire du concessionnaire de service public. Cette indication ne fait pas obstacle, selon le Conseil d'État au « *libre accès des tiers aux documents juridiques [...], ni à leur transformation en bases de données, ni à la commercialisation des bases de données que ces tiers auraient ainsi créées [...], ni à ce que des tiers procèdent, notamment à des fins commerciales, à la diffusion des données que le concessionnaire détient et qu'il est tenu de leur céder* ». Une telle interprétation permettra, notamment à des particuliers, de diffuser, sur leur propre site, les données juridiques¹⁵⁷ dans le respect des législations existantes.

¹⁵⁷ Voir par exemple l'initiative Adminet qui diffusa le *Journal officiel* dès 1996 (<http://www.admi.net>), le site de Jérôme Rabenou qui diffusa les premiers codes au format HTML et les grandes lois (<http://www.rabenou.org>), les sites Legalis (<http://www.legalis.net/jnet>) et Juriscom (<http://www.juriscom.net>) en matière de jurisprudence en droit des nouvelles technologies ou le site Rajf.org (<http://www.rajf.org>) à l'origine créé sous le nom Jurisweb en matière de jurisprudence des juridictions administratives ou judiciaires.

Les rediffuseurs pourront, quant à eux, s'adresser au concessionnaire pour obtenir, sur support numérisé, les données dont ils ont besoin. La rediffusion fait l'objet, conformément à l'article 10 du décret, « *d'une licence délivrée au nom du concédant par le concessionnaire et fixant, conformément à des conditions générales énoncées dans la concession, une rémunération équitable du concessionnaire et le respect, par le rediffuseur, d'exigences d'intérêt général* ». En 1999, un nouveau décret ¹⁵⁸ substitue à la CCDA, un comité du service public des bases de données juridiques.

En pratique, le dispositif de 1996 aboutit à la création de deux sites : Legifrance et Jurifrance. Le premier est la transposition de la volonté politique, exprimée au cours de l'été 1997, et offre, à compter du mois de février 1998, une quarantaine de codes français, le *Journal officiel* à compter du 1^{er} janvier 1998 et une sélection des grandes lois et décrets non codifiés. Le second site constitue un service payant permettant d'acquérir de nombreuses données juridiques comme les textes de lois dans leur version consolidée, le *Journal officiel* depuis 1990 ou les principales décisions de justice rendues par la Cour de cassation et le Conseil d'État depuis 1960. Des systèmes d'abonnement sont prévus permettant aux rediffuseurs d'obtenir une mise à disposition sous un format électronique des données désirées. Ces deux services sont réalisés par la société ORT, concessionnaire du service public.

Néanmoins, et malgré les dispositions du décret, certains organismes publics décident de diffuser leurs données directement sur leurs sites internet et parallèlement au travail de diffusion du concessionnaire. Cela concernera essentiellement les données disponibles de manière payante sur Jurifrance. Ainsi, le Conseil constitutionnel ouvrit son site dès le 1^{er} mars 1996 ¹⁵⁹ et y diffusa gratuitement ses décisions. Il sera ensuite rejoint, dans cette diffusion gratuite de la jurisprudence, par la Cour de cassation (mai 2000) et le Conseil d'État (courant 2000).

Franchissant une étape supplémentaire, la loi du 12 avril 2000 ¹⁶⁰ relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations précise que « *Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constitue une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller.* » ¹⁶¹

¹⁵⁸ Décret n° 99-122 du 22 février 1999 modifiant le décret n° 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques.

¹⁵⁹ À l'origine, le site du Conseil constitutionnel fut ouvert sur les serveurs de l'ENST avant l'attribution du nom de domaine par l'AFNIC le 13 février 1997.

¹⁶⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, 13 avril 2000, p. 5645 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=FPFX9800029L>.

¹⁶¹ Les principes posés par cette loi ont été repris le 3 octobre 2002 dans la Déclaration de Montréal sur l'accès libre au droit, adoptée par les « instituts d'information juridique du monde » qui rappelle que « *L'information juridique publique des pays et des institutions internationales constitue un héritage commun de l'humanité. La réalisation de l'accessibilité maximale à cette information favorise la justice et la primauté du droit. L'information juridique publique fait partie du bien commun numérique et doit être accessible à tous sur une base non lucrative, sinon de façon gratuite. Les organisations à but non lucratif indépendantes ont le droit de publier l'information juridique publique et les organismes gouvernementaux qui créent ou contrôlent cette information doivent favoriser ces publications en assurant l'accès à cette information.* » http://www.worldlii.org/worldlii/declaration/montreal_fr.html

Appliquant ce principe, le décret du 7 août 2002 ¹⁶² met fin à la concession de service public instituée par le décret de 1996. Le nouveau dispositif tend à généraliser la diffusion directe et gratuite du droit sur l'internet tout en permettant aux professionnels de l'information d'accéder aux données juridiques au travers d'un régime de licence de rediffusion. Ce régime fixe notamment le tarif de rediffusion au seul coût de mise à disposition des données. Enfin, le texte crée un organisme du règlement des différends qui pourraient naître autour de cette rediffusion.

La construction du cadre européen de la diffusion des données publiques

À la suite de la décision du Conseil européen du 26 juillet 1988 de mettre en œuvre un marché des services de l'information, la Commission a publié, au cours de l'année 1989, et après plusieurs consultations des « *Lignes directrices pour améliorer la synergie entre les secteurs publics et privés dans le marché de l'information* » ¹⁶³. Partant du constat que les organismes gouvernementaux et du secteur public collectent et produisent un très grand nombre de données et d'informations dans le cadre de leurs fonctions régaliennes, la Commission pose le principe de la mise à disposition de ces données à destination du secteur privé pour la constitution et la vente de bases de données. Ces données devront être mises à disposition à un prix devant répercuter les coûts induits par les travaux préparatoires et la mise à la disposition du secteur privé, mais sans nécessairement inclure la totalité des coûts de collecte et de traitement des données, lorsque celles-ci sont produites dans le cadre des opérations courantes de l'administration. En outre, ce prix pourra être réduit quand la prestation du service d'information qui en résulte est jugée nécessaire au nom de l'intérêt général.

La Commission précise clairement l'articulation entre le secteur public et le secteur privé dans cette politique de diffusion des données publiques. Le secteur public ne pourra intervenir sur un marché que si l'information diffusée est nécessaire pour remplir un intérêt public et que le secteur privé ne peut intervenir sur le marché ou dès lors que la diffusion de ces données est inséparable des autres missions de service public.

Bien que novatrices, ces lignes directrices ont eu peu d'impact au niveau européen, mis à part au travers de la directive 90/313/CEE relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement. Néanmoins, la Commission poursuit sa réflexion, à la suite notamment de la publication en 1994 d'un rapport réalisé par le Commissaire chargé de l'industrie et relatif à la libéralisation des secteurs liés aux technologies de l'information et de la communication. Ce rapport plaide en faveur de la mise en place d'un cadre juridique favorable à la libre concurrence. Ces réflexions aboutissent, le 20 janvier 1999, à l'adoption par la Commission d'un Livre vert intitulé *L'information émanant du secteur public : une ressource clef pour l'Europe* ¹⁶⁴.

¹⁶² Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet.

¹⁶³ Voir : ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/1989_public_sector_guidelines_en. Pdf.

¹⁶⁴ Voir : ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_fr.pdf.

Le Livre vert part de l'idée qu'il est nécessaire de lancer un débat concerté au niveau européen compte tenu de l'avancée de certains États en la matière. Ainsi, en 1999, Le Royaume-Uni, les Pays-Bas et la France commencent à examiner les effets des nouvelles technologies sur les services publics et, en particulier, sur l'accès et l'exploitation de l'information du secteur public. Adressant à tous les acteurs une dizaine de questions, le Livre vert aborde de très nombreux domaines comme la définition du secteur public, la catégorie des données produites visées, l'établissement de méta-données (information sur les données disponibles) au niveau européen, les conditions d'intervention des organismes publics sur le marché de l'information, l'existence d'un droit d'auteur, la responsabilité en cas de diffusion de fausse information ou les actions à entreprendre au niveau européen.

Analysant les nombreuses contributions ¹⁶⁵ apportées au Livre vert, la Commission européenne a adopté, le 23 octobre 2001, une communication ¹⁶⁶ visant à améliorer l'exploitation des données provenant du secteur public dans toute l'Europe. L'objectif de ce texte est d'éliminer tous les obstacles auxquels pourraient être confrontées les entreprises privées de ce secteur notamment dans le cadre du développement de produits transfrontières. En outre, le texte souhaite mettre les entreprises européennes sur un pied d'égalité avec les autres entreprises présentes sur le marché et particulièrement les entreprises américaines. La Commission a donc proposé toute une série d'actions visant à surmonter les obstacles qui se posent tant sur le plan pratique que sur le plan juridique. En particulier, le texte propose la création d'un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public.

La communication relève que les entreprises présentes sur le marché de l'information émanant du secteur public avaient réclamé, dans les réponses apportées au Livre vert, l'adoption d'une directive qui leur permettrait d'obtenir une sécurité juridique minimale. Un tel texte permettrait une harmonisation au niveau communautaire. La Commission relève, en effet, qu'il est nécessaire que « *tous les pays suivent le même rythme pour établir en commun un niveau minimum de conditions* », une approche non législative dans ce domaine ne pouvant conduire aux résultats escomptés ¹⁶⁷.

Suivant ses propres recommandations, la Commission a publié le 5 juin 2002 une proposition de directive ¹⁶⁸ concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public. Une optique résolument professionnelle est prise par les autorités de Bruxelles. Seule une réutilisation commerciale est visée par le texte. Aucun article ne traite de la diffusion des données publiques à destination des particuliers, voire la réexploitation des données par ces derniers. La proposition se

¹⁶⁵ Voir : http://www.cordis.lu/econtent/publicsector/gp_comments.html.

¹⁶⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions eEurope 2002 : créer un cadre communautaire pour l'exploitation de l'information émanant du secteur public, 23 octobre 2001, COM (2001) 607. ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/2001_607_fr.pdf.

¹⁶⁷ La Commission indique explicitement que les lignes directrices de 1989 ont eu très peu d'effet.

¹⁶⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, présentée par la Commission le 5 juin 2002, COM (2002) 207.

<http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2002/ce227/ce22720020924fr03820386.pdf>.

positionne tout d'abord en retrait de certains débats. Elle refuse d'harmoniser l'objet des missions de service public assignées par les États membres et ainsi d'élaborer une ligne de séparation entre les activités relevant par nature du secteur public ou du secteur privé. De même, le texte ne souhaite pas remettre en cause l'existence de droits de propriété intellectuelle ou la détention de tels droits par le secteur public sur les données produites.

Du point de vue des principes, le texte propose l'adoption de principes de tarification orientés en fonction des coûts. Ainsi, lorsque des redevances sont prélevées, le total des recettes provenant des autorisations de consultation ou de réutilisation des documents ne doit pas dépasser leur coût de production, de reproduction, et de diffusion, majoré d'une marge bénéficiaire satisfaisante. Ces principes ne s'opposent pas à la possibilité pour les producteurs de percevoir, en sus, une redevance en matière de droits de propriété intellectuelle détenus sur les données mises à disposition des acteurs commerciaux.

Le texte se rapproche également des règles de la concurrence et prévoit que les redevances et l'ensemble des conditions mises en place pour la réutilisation commerciale ne devront pas être discriminatoires. À ce titre, les organismes publics ne pourront conclure d'accords d'exclusivité pour l'exploitation de leurs données dès lors que de tels accords conduisent à un abus de position dominante, sauf si ces derniers sont jugés nécessaires conformément à l'article 86 du traité d'Amsterdam.

Enfin, l'article 8 de la proposition de directive impose aux États un principe de transparence des conditions de réutilisation visant les principes tarifaires et les clauses des licences. Cette obligation pourrait prendre la forme d'une publication sur les sites internet des organismes publics des dispositions contractuelles encadrant la réutilisation.

Lors de son examen le 2 décembre 2002 ¹⁶⁹ par la Commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie (ITRE), plusieurs modifications ont été apportées aux principes posés. Tout d'abord, l'aspect citoyen est réintroduit en posant un principe d'accessibilité à tous des informations de base et ceci à titre gracieux. Au travers de cette notion, la Commission ITRE vise les informations dont les citoyens et les entreprises ont besoin pour pouvoir participer à la vie de l'État de droit démocratique (textes législatifs, réglementaires et administratifs, décisions de justice, etc.).

En outre, la Commission ITRE modifie le champ de l'article 6 sur les principes de tarification en limitant le prix de vente des données au seul coût de reproduction et de diffusion. À ses yeux, « *un système de tarification ne représentant que le coût marginal de reproduction et de diffusion représente la meilleure manière d'assurer l'égalité des conditions en évitant la concurrence déloyale et les subventions croisées entre organismes publics* ». Enfin, la Commission ITRE impose une obligation d'identification des « *principales ressources de contenu détenues par les organismes publics* ».

¹⁶⁹ Voir : <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/itre/20021202/ITRE20021202.htm>.

Repoussée à plusieurs reprises, l'adoption par le Parlement européen en première lecture de la proposition de directive a eu lieu le 12 février 2003. Le 17 mars 2003, la Commission européenne a retenu, dans une version modifiée de la proposition ¹⁷⁰, dix-huit amendements sur les vingt-trois adoptés par le Parlement européen en première lecture. Notamment, la deuxième proposition tend à remplacer le mot « document » par le terme « information », à donner la possibilité à tout demandeur de demander la révision des tarifs fixés par l'organisme public s'il estime qu'ils excèdent les principes posés ou à dévoiler l'identité du tiers titulaire des droits sur une donnée. Une deuxième lecture par le Parlement doit ainsi avoir lieu sur la base de ce texte modifié.

• •
•

En conclusion, le cadre juridique français existant pour la diffusion des données publiques reste relativement marqué par l'absence de textes normatifs de valeur législative qui reposeraient sur des principes relativement précis. L'adoption du projet de directive relative à la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public devrait être l'occasion pour le gouvernement français de procéder à la création d'un réel encadrement législatif du domaine.

À ce titre, le Forum des droits sur l'internet a souhaité, après la constitution d'un groupe de travail ayant procédé à l'audition d'un grand nombre d'acteurs, faire des propositions aux pouvoirs publics afin de préparer la transposition du cadre communautaire.

La notion de données publiques

Avant d'aborder les principes qui doivent s'appliquer à la diffusion des données publiques dans un espace numérique, il est nécessaire de répondre à une première interrogation : qu'est ce qu'une donnée publique ?

Une première distinction doit être opérée entre la notion de documents administratifs et celle de donnée publique. Aux termes de l'article premier de la loi du 17 juillet 1978 :

« Sont considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre, tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions, qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public. Ces documents peuvent revêtir la forme d'écrits,

¹⁷⁰ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation et l'exploitation commerciale des informations du secteur public, présentée par la Commission le 17 mars 2003, COM (2003) 119.
http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2003/com2003_0119fr01.pdf.

d'enregistrements sonores ou visuels, de documents existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant. »

À l'inverse,

« Ne sont pas considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre, les actes des assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 140-9 du Code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même Code, les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur de la République, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du Code de la santé publique et les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 ».

La loi du 17 juillet 1978 réalise donc un catalogue exhaustif de la notion de documents administratifs. La notion de donnée recouvre, quant à elle, un champ plus vaste. La donnée peut être définie comme toute « *information, formatée pour être traitée par un système informatique [voire] collectée ou produite sur n'importe quel support* »¹⁷¹, numérisée ou saisie. Tout document administratif est donc une donnée. À l'inverse toute donnée n'est pas forcément un document administratif.

Concernant la notion de données publiques, les auditions ont montré que certains acteurs privés étaient confrontés à des refus de mise à disposition d'informations produites dans le cadre d'une mission de service public. Ainsi, les données de trafic produites par les sociétés concessionnaires du réseau autoroutier constituent-elles des données publiques ?

Qu'entend-on par données publiques ? Plusieurs auteurs ont abordé cette question. Le rapport Gaudrat de 1992 relatif à la commercialisation des données publiques estimait qu'« *est publique la donnée produite usuellement par un service public au sens large* », définition reprise par le rapport Mandelkern. La circulaire « Balladur » de 1994 adoptait une position plus précise en estimant que « *par publique, il faut entendre une donnée collectée ou produite, dans le cadre de sa mission, par un service public, sur fonds publics* ». Enfin, Jean-Michel Bruguière adoptait une dernière définition plus large où est public, « *l'ensemble des données produites dans le cadre de l'activité du service public* »¹⁷².

¹⁷¹ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques, *JO*, 19 février 1994, p. 2864.

¹⁷² Jean-Michel Bruguière, in *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002, § 10. Dans sa thèse, l'auteur identifiait deux catégories de données publiques : l'information comme moyen de l'action du service public et l'information comme objet de l'activité du service public. La première catégorie intégrait « *l'ensemble des informations collectées et/ou traitées et dans une très faible mesure diffusée par un service public afin de lui permettre d'accomplir ses missions dont l'objet statutaire n'est pas précisément la mise à disposition directe d'informations* ». La seconde catégorie visait « *l'ensemble des informations collectées et/ou traitées et/ou diffusées par un service public afin de répondre aux missions dont l'objet statutaire impose, à titre principal ou dérivé, la mise à disposition d'informations* ». Or, comme l'indique Herbert Maisl dans son ouvrage, « *historiquement, l'information a certainement été d'abord un moyen avant de devenir véritablement un objet ; toutefois, aujourd'hui, le mouvement de transparence administrative rend l'information "moyen de l'action" largement communicable, sauf cas de secrets* » voire diffusable si l'administration l'estime nécessaire.

La proposition de directive tend, quant à elle, vers une définition plus stricte. Les « documents »¹⁷³ du secteur public » visés par le texte sont « tout contenu quel que soit son support » détenu par les « organismes du secteur public », c'est-à-dire « l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ». Ce contenu doit en outre être accessible à tous. Au travers de cette notion, la directive souhaite viser « tout document pour lequel les règles en vigueur dans l'État membre prévoient un droit d'accès et tout document utilisé par des organismes du secteur public comme élément entrant dans l'élaboration de produits ou de services d'information en vue de leur commercialisation ».

Cette définition est relativement restrictive. Le champ des données publiques n'intègre pas le cas de la production de documents du secteur public par des personnes privées délégataires d'une mission de service public. D'autre part, le texte limite la définition aux seules données accessibles en vertu de la loi du 17 juillet 1978, alors que les documents accessibles constituent un sous-ensemble des documents diffusables. Ainsi, une information qui fait l'objet d'une publication, donc non communicable, doit pouvoir être mise à disposition pour faire l'objet d'une diffusion par un opérateur privé.

Compte tenu de ces insuffisances et, pour prendre en compte les nombreuses modalités françaises de gestion des services publics (régie directe, délégation ou concession), le Forum adopte une définition plus large que celle prévue par les dispositions de la directive. Ainsi, constituent des données publiques, **toutes les données, numériques ou non, produites ou collectées par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans le cadre d'une mission de service public**. De même, sont incluses dans le champ des données produites, **les données produites ou collectées par les personnes privées gestionnaires d'une mission de service public dans le cadre de cette mission** (comme par exemple, les données de trafic produites par les sociétés autoroutières, les informations légales enregistrées par les greffes...).

Les principes devant entourer la diffusion des données publiques

Les travaux du groupe de travail ont montré que la diffusion des données publiques reste un secteur régulé par l'intermédiaire de décisions de justice. Afin d'assurer une plus grande sécurité juridique à l'ensemble des acteurs, producteurs et rediffuseurs, le Forum invite les autorités à fixer certains principes.

Principe d'identification préalable

L'identification préalable de l'existence de la donnée publique au sein d'un producteur ou d'un détenteur constitue l'une des attentes à la fois du secteur de l'édition privée et des producteurs publics.

¹⁷³ La proposition de directive modifiée, présentée par la Commission le 17 mars 2003 vise dorénavant la notion « information » au lieu de la notion de « document ».

À ce jour, il n'existe aucun document unique qui répertorie de manière exhaustive l'ensemble des données produites par l'État, les collectivités territoriales ou des personnes privées permettant aux divers acteurs (éditeurs privés, particuliers, autres producteurs) de déterminer les données qui sont susceptibles d'être obtenues. Quelques producteurs mettent à la disposition des acteurs privés la liste des données produites ou détenues.

Pourtant, l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 et l'article 5 du décret du 22 septembre 1979¹⁷⁴ instituent une obligation de signalisation des documents administratifs et prévoient une publication des références des documents produits.

En conséquence, **le Forum estime que la constitution d'un tel répertoire doit avoir lieu au travers de l'application des dispositions rappelées.** À cette fin, les exemples anglais, américains et canadiens sont relativement pertinents. **Une base de données devra donc être mise en place destinée à recenser l'ensemble des données publiques produites et détenues.**

La base devra notamment identifier pour chaque donnée disponible :

- le détenteur ou le producteur de la donnée publique ;
- les coordonnées complètes de la personne responsable de la diffusion et de l'accès à cette donnée ;
- le thème et la description de la donnée ;
- le format dans lequel est mise à disposition la donnée (format numérique : XML, etc. ; format papier, etc.) ;
- les conditions générales de mise à disposition des données (clause des licences de redistribution, délais de mise à disposition, fréquence de mise à jour, etc.) ;
- les conditions tarifaires d'accès et de mise à disposition de la donnée.

Cette base de données devra être accessible gratuitement en ligne et être mise à jour avec rigueur par les détenteurs et les producteurs des données publiques.

Les obligations imposées aux producteurs et détenteurs des données publiques

L'obligation de mise à disposition des données sauf motifs légitimes

Les données publiques constituent pour certains acteurs des documents nécessaires à l'exercice de leur activité professionnelle. En raison de l'élaboration de ces données dans le cadre d'une mission de service public, il n'est pas envisageable qu'une entreprise privée non gestionnaire d'un tel service public puisse produire à des conditions économiques équivalentes et raisonnables les données nécessaires à son activité. En conséquence, **le Forum estime que les producteurs et détenteurs des données publiques ne peuvent s'opposer, sauf motifs légitimes, à la diffusion de celles-ci.** Ils sont dans **l'obligation de mettre leurs données publiques à disposition des opérateurs privés.**

¹⁷⁴ Décret n° 79-834 du 22 septembre 1979 portant application de l'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs. <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/FAHBJ.htm>

En cas de refus du producteur ou du détenteur, ce dernier devra communiquer à l'acteur qui sollicite la communication desdites données, une décision motivée en droit et en fait. En particulier, un refus pourra être opposé dès lors que la donnée n'est pas communicable conformément à l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 (secret des délibérations, secret de défense nationale, sûreté de l'État, documents portant atteinte à la vie privée ou au secret médical, etc.) et à l'article L. 124-1 du Code de l'environnement. La décision devra en outre, et conformément au droit administratif commun, mentionner les voies et délais de recours, même non judiciaires, existant pour contester la décision prise. Le producteur pourra également refuser de communiquer une donnée, en dehors de ces cas, dès lors, par exemple, qu'elle serait sa propriété. Dans une telle hypothèse, le producteur ne pourrait pas diffuser lui-même ladite donnée, ni l'utiliser dans le cadre des produits commercialisés ou mis à la disposition du public (données d'indexation d'un moteur de recherche par exemple).

Par ailleurs, et conformément aux principes posés au sein de l'article 10 de la directive relative à la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public, la réutilisation devra être ouverte à tous les acteurs du marché, même si parmi eux un ou plusieurs exploitent déjà des produits à valeur ajoutée. **Les producteurs ou détenteurs ne devront pas conclure, en matière de diffusion, d'accords d'exclusivité avec un acteur particulier** qui impliquerait une restriction injustifiée du libre jeu de la concurrence sauf dérogations admises par l'article 86 du traité des Communautés européennes. Le texte prévoit en effet que :

« 1 – Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

2 – Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

3 – La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ».

Ainsi, le droit communautaire de la concurrence pourrait admettre la signature d'accords d'exclusivité en matière de diffusion des données publiques dès lors que cette mesure est strictement nécessaire à l'accomplissement des missions de service public attribuées qui sont confiées au producteur ou détenteur de la donnée. À l'inverse, le producteur devrait continuer à pouvoir conclure une concession de service public dès lors qu'elle s'accompagne de licences de rediffusion. L'importance de la mise à disposition des données, mais également, de leur rediffusion par des acteurs publics ou privés devrait être prise en compte comme indicateurs de performance permettant d'évaluer, conformément à la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances ¹⁷⁵, les actions, les objectifs et les résultats obtenus dans le cadre des actions de l'État.

¹⁷⁵ Voir note 181, page 198.

Le format de mise à disposition des données

Afin de faciliter la compatibilité et la réutilisation des données par les acteurs privés, les producteurs et détenteurs doivent mettre à disposition leurs données, si possible sous un format électronique. Néanmoins, aucun format ne doit être imposé à l'administration. De même, l'administration ne peut imposer pour la rediffusion des données un format particulier qui serait très peu utilisé. Par exemple, en matière de diffusion de l'information géographique, le Comité national de l'information géographique avait établi une norme unique de format d'échange des données. Seulement, en pratique, il est apparu que ce format non propriétaire ne convenait pas aux diverses entreprises qui continuent de demander la communication des données sous l'un des trois principaux formats existant.

Étant donné que la diffusion numérique des données devrait croître, **le Forum recommande que les formats XML et assimilés** soient encouragés notamment au travers des travaux réalisés par l'Agence des technologies de l'information et de la communication dans l'administration (ATICA), intégrée en février 2003 au sein de l'Agence pour le développement de l'administration électronique. Le format XML ¹⁷⁶ est un langage de programmation dit ouvert, développé depuis 1997 sous l'égide du W3C, et qui permet très facilement l'échange des données. Pour permettre une meilleure réutilisation, les schémas des données (DTD) décrivant les informations conservées devront être progressivement mis en ligne ¹⁷⁷ sur un site unique.

L'indication obligatoire d'une date de mise à jour

Les rediffuseurs, publics ou privés, utilisent actuellement de manière accrue le support internet pour communiquer les données publiques. Seulement, le réseau mondial demeure également un outil manié par de nombreux utilisateurs, professionnels ou non professionnels. Ces derniers n'ont pas forcément les capacités nécessaires pour apprécier la validité de l'information qui leur est offerte. En conséquence, **le Forum estime que l'indication, par le producteur ou le détenteur de la donnée publique, de la date de mise à jour de la donnée constitue une mesure obligatoire.**

En effet, un acteur économique qui diffuse une donnée non mise à jour, obtenue dans cet état auprès du producteur, pourrait être poursuivi en justice au motif que cette donnée est fautive et a causé un préjudice ¹⁷⁸.

Tel est le cas, par exemple, des fichiers intégrant la situation des entreprises où l'indication fautive d'une société placée en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire pourrait justifier une action en responsabilité à l'encontre du diffuseur de l'information.

¹⁷⁶ Le site de l'ATICA diffuse un document décrivant avec précision les apports de la technologie XML en matière de diffusion de l'information.
http://www.atica.pm.gouv.fr/pages/documents/fiche.php?id=769&id_chapitre=8&id_theme=14&letype=0.

¹⁷⁷ Actuellement, les schémas XML de la diffusion des données juridiques sont ainsi disponibles sur le site de l'ATICA : <http://www.atica.gouv.fr>.

¹⁷⁸ Ainsi, un éditeur juridique a eu l'occasion de transiger sur un litige l'opposant à une entreprise qui avait perdu son procès à la suite d'une erreur dans la retranscription d'une disposition touchant la procédure civile. Le terme « avoué » avait été remplacé par le terme « avocat ».

Cette obligation devra être d'autant plus respectée dès lors qu'il s'agit de données publiques destinées à des particuliers. L'absence de toute date de mise à jour pourrait aboutir à délivrer par exemple à une information juridique ancienne et n'intégrant pas les dernières modifications législatives.

La fixation transparente du prix de vente

En matière de prix, une première hypothèse envisagée pourrait être la gratuité de la diffusion des données publiques. Une partie de la doctrine ¹⁷⁹ rejette une telle possibilité. Pour sa part, **le Forum estime que la diffusion des données publiques ne peut s'opérer a priori de manière gratuite**, compte tenu, d'une part, de la potentielle existence de droits de propriété intellectuelle grevant ces données et, d'autre part, de la nécessité de diminuer les déficits publics. De manière générale, un détenteur ou un producteur pourra, s'il le désire, mettre en ligne gratuitement des données à condition qu'une telle diffusion respecte les principes énoncés en matière du respect du libre jeu de la concurrence.

Le prix demeure la principale source de litiges entre le producteur/détenteur et le diffuseur de la donnée publique. En effet, le producteur reste maître dans sa fixation et malgré une publication des tarifs, un manque de transparence est ressenti par les divers acteurs.

À ce titre, le prix fixé par le producteur ou le détenteur devra être conforme aux principes posés par le droit de la concurrence. Seront ainsi interdits les prix discriminatoires, les prix prédateurs ou excessifs ainsi que les prix basés sur la technique de squeeze.

En outre, **le Forum estime qu'une transparence sur les modalités de détermination du prix doit être mise en place**. À ce titre, doit être rendu public l'ensemble des critères utilisés pour l'élaboration de la politique tarifaire. Ceci permettra aux autorités de régulation, ainsi qu'aux acteurs, de vérifier l'absence de mesures anticoncurrentielles adoptées par les producteurs dans le cadre de la fixation de leurs tarifs.

Afin de faciliter le contrôle des tarifs pratiqués, **le Forum encourage la généralisation d'une compatibilité analytique au sein de l'ensemble des producteurs et détenteurs des données publiques**. Malgré la circulaire de mars 1998 ¹⁸⁰ qui incitait fortement ces producteurs et éditeurs à généraliser une telle comptabilité, des producteurs n'ont pas tous opéré ce changement. Néanmoins, le

¹⁷⁹ Voir à ce propos les commentaires réalisés par Jean-Michel Bruguière in *Les données publiques et le droit*, Litec, § 329 et suivants : « Si la gratuité de l'information moyen peut s'expliquer d'un point de vue technique [...] et d'un point de vue juridique [...], ce principe ne saurait s'imposer à l'information objet ».

¹⁸⁰ La circulaire du 20 mars 1998 relative à l'activité éditoriale des administrations et des établissements publics de l'État prévoit en effet que : « Il me paraît désormais indispensable que ceux-ci [les éditeurs publics] mettent rapidement en place de tels instruments [méthodes de comptabilité analytique] afin d'assurer la transparence de leurs coûts ». Un groupe de travail s'est ensuite réuni et une synthèse a été publiée en annexe de la circulaire du 9 décembre 1999 relative à l'institution du médiateur de l'édition publique.

Forum rappelle que cette généralisation est obligatoire dans le cadre des dispositions de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances ¹⁸¹.

L'existence d'une identification précise des coûts est d'autant plus nécessaire que le producteur ou le détenteur de la donnée publique intervient sur un marché concurrentiel. Le Conseil d'État a estimé, dans un avis du 8 novembre 2000 ¹⁸², qu'un établissement public doit pouvoir, si nécessaire, justifier que le prix pratiqué reflète l'ensemble des coûts directs et indirects et qu'il n'y a pas de subvention croisée « *par ses documents comptables ou par tout autre moyen d'information approprié* ».

Les méthodes de fixation des tarifs de mise à disposition

Afin d'assurer une conformité au droit de la concurrence, **le Forum propose aux producteurs et détenteurs d'opter pour l'une des deux techniques suivantes de calcul des coûts :**

- le **coût marginal** : correspond au coût de production d'une unité supplémentaire (inclut uniquement les coûts variables et en aucun cas les coûts fixes). Ce coût n'intègre pas, par exemple, les coûts de production ou de collecte des données publiques. Le coût marginal tend à recouvrir le coût de mise à disposition de la donnée publique ;
- le **coût incrémental** : nécessite de partager les coûts correspondant à la seule activité supplémentaire de diffusion des données, par rapport à l'activité principale de production et de collecte de ces dernières. Par exemple, en matière d'annuaire téléphonique, le coût incrémental correspond aux opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire, le fichier commercial étant supposé réalisé. Le coût ne doit comporter « *aucune opération déjà réalisée pour la constitution du fichier commercial, dans la mesure où ce fichier est de toute façon nécessaire pour la gestion des abonnés au service du téléphone* » ¹⁸³.

Au cours des auditions, une troisième notion a été abordée, celle de « *prix acceptable par le marché* », solution que le Forum a décidé d'écarter. Cette notion correspondrait à un coût qui serait déterminé par une concertation, une entente entre les acteurs du marché et correspondrait au coût optimal qui permettrait d'assurer un développement substantiel de ce marché. La détermination d'un tel coût nécessiterait de recourir à une entente entre les principaux acteurs d'un marché et pourrait aboutir à l'adoption de prix prédateurs empêchant la commercialisation de produits par les nouveaux entrants.

Une dernière technique de calcul des coûts existe : le coût moyen. Ce coût intègre partiellement certains montants correspondant à la production des données

¹⁸¹ L'article 51 impose de joindre en annexe au projet de loi de finances, et pour chaque administration, « *la présentation des actions, des coûts associés, des objectifs poursuivis, des résultats obtenus et attendus pour les années à venir mesurés au moyen d'indicateurs précis dont le choix est justifié* ». Ce texte entrera en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2005.
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0104681L>.

¹⁸² Voir note n° 193, page 202.

¹⁸³ Voir à ce propos, l'analyse réalisée par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société *France Telecom* par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999.
<http://www.finances.gouv.fr/reglementation/avis/conseilconcurrence/02d41.htm>.

publiques. Cette solution a été écartée dès lors que la production des données est financée par l'impôt. En effet, cela aurait pour conséquence de faire supporter doublement par les utilisateurs finaux les coûts de production de la donnée.

La rémunération de propriété intellectuelle

Le producteur peut-il percevoir une redevance supplémentaire en se fondant sur la protection des données mises à disposition par le droit d'auteur ou le droit *sui generis* des bases de données ? La jurisprudence administrative reconnaît l'existence d'un droit d'auteur de l'État sur les documents qui sont produits dans le cadre d'une mission de service public. Le Conseil d'État a reconnu, dans un avis du 21 novembre 1972¹⁸⁴, que :

« Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles des œuvres dont la création fait l'objet même du service public ».

Cette solution jurisprudentielle devrait être aménagée dans le cadre du projet de loi relatif aux droits d'auteur qui prévoit l'instauration d'un régime spécifique applicable aux œuvres produites par les agents publics. L'article 35 de l'avant-projet de loi¹⁸⁵ tend à reconnaître aux salariés relevant d'un régime de droit public les mêmes droits qu'au salarié sous contrat de droit privé. Afin de permettre la poursuite des missions de service public, le texte aménage le droit moral de l'agent public en limitant son droit de divulgation, son droit de retrait ou de repentir. En outre, un régime de dévolution des droits d'exploitation de l'œuvre à l'État est instauré. Ainsi, lorsque l'œuvre n'est utilisée que pour la réalisation de missions de service public ne donnant pas lieu à exploitation commerciale, l'administration bénéficiera d'un mécanisme de cession légale des droits patrimoniaux. À l'inverse, l'administration disposera, pour exploiter commercialement l'œuvre, d'un droit de préférence.

Dans le domaine des données publiques, le Conseil d'État a reconnu également l'existence d'un droit *sui generis* sur les bases de données dans une décision d'assemblée du 10 juillet 1996¹⁸⁶ qui précise que :

« Aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'État à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse être assortie, au titre des produits prévus à l'article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, de la perception de droits privatifs fixés par contrat et relevant de la propriété intellectuelle, à la condition que cette communication puisse être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit ».

¹⁸⁴ CE, Avis, 21 novembre 1972, n° 309721, OFRATHEME ; *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, p. 111.

¹⁸⁵ Voir le texte publié en annexe 3.

¹⁸⁶ CE, Ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotions et autres* ; AJDA 1997, p. 89, note Herbert Maisl.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXAX1996X07X0000068702>. Ce principe avait été, auparavant, confirmé dans la directive communautaire du 11 mars 1996, transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 1998.

Ainsi, l'administration pourra percevoir une redevance en matière de propriété intellectuelle, dès lors que la donnée produite constitue une œuvre de l'esprit dotée d'un caractère original ou qu'un investissement substantiel a été réalisé pour constituer la base de données.

Cette perception semble d'autant plus nécessaire qu'elle permet, sur ce point, de placer le producteur public dans une même situation que l'acteur privé en cas de rediffusion des données. En effet, les entreprises du secteur privé sont dans l'obligation de procéder à la rémunération de leurs salariés lorsqu'elles commercialisent ce qu'ils créent dans le cadre de leur contrat de travail. Une absence de perception par l'administration, en matière de rediffusion, d'une telle redevance pourrait avoir pour conséquence de pratiquer des prix de vente prédateurs qui pourraient être sanctionnés par le juge.

Le Forum estime que la possibilité pour le producteur ou le détenteur de fixer une redevance supplémentaire au titre du droit d'auteur ne doit pas porter atteinte au libre jeu de la concurrence en particulier par la fixation d'un montant excessif. La redevance de propriété intellectuelle ne doit pas être, également, manifestement déraisonnable au regard du service rendu. À défaut, le juge pourrait sanctionner une telle pratique. Le Conseil d'État a ainsi jugé le 29 juillet 2002 ¹⁸⁷ :

« Si l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit, ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État ; que, dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante méconnaissant les dispositions législatives précitées ».

Par exemple, le juge administratif suprême a, après avis du Conseil de la concurrence ¹⁸⁸, sanctionné l'INSEE pour abus de position dominante en estimant que le producteur (qui revend également ses données aux utilisateurs finaux) pratiquait une technique de l'effet de ciseau en imposant un prix de vente en gros tel que les rediffuseurs privés ne pouvaient raisonnablement concurrencer le prix de vente au détail pratiqué par l'INSEE. Dans sa décision le juge indique que :

« Il existe un marché des fichiers de prospection de grande taille vendus à des entreprises afin d'effectuer des opérations de démarchage direct de leurs clients ; que

¹⁸⁷ CE, 29 juillet 2002, *Société Cégédim* ; AJDA 2002, p. 1072, note Sophie Nicinski. <http://www.legifrance.gouv.fr/WASpad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXAX2002X07X0000000886>.

¹⁸⁸ Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire INSEE qui indique notamment : « *L'analyse des conditions tarifaires de commercialisation des données SIRENE fixées par l'arrêté du 11 août 1998 du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, a permis de mettre en évidence (que) l'INSEE a abusé de la position dominante qu'il occupe sur le marché du répertoire SIRENE et enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce* ». <http://www.finances.gouv.fr/reglementation/avis/conseilconcurrence/01a18.htm>.

l'INSEE intervient directement sur ce marché en commercialisant le répertoire SIRENE ; que des concurrents de l'INSEE, comme la Société CEGEDIM, interviennent également sur ce marché en commercialisant des fichiers élaborés à partir du répertoire SIRENE mais qui se distinguent de celui-ci par les opérations d'enrichissement qu'ils effectuent sur le fichier originel et constituent donc un produit différent du répertoire SIRENE vendu par l'INSEE ; que le répertoire SIRENE constitue une ressource essentielle pour les sociétés qui élaborent de tels fichiers de prospection, dès lors notamment que, contrairement à ce que soutient le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le registre national du commerce et des sociétés ne contient pas toutes les informations figurant au répertoire SIRENE et ne peut ainsi lui être substitué [...] ;

L'application d'une redevance proportionnelle de 20 centimes par adresse rediffusée [...] qui provient principalement de l'existence de droits privatifs de l'INSEE sur le répertoire SIRENE et non des coûts liés à la reproduction de cette base de données, a pour effet d'empêcher les rediffuseurs de dégager une marge pour la cession des fichiers de grande taille élaborés par eux au regard du prix de cession d'extraits pratiqué par l'INSEE ».

La redevance de propriété intellectuelle pourra également être nulle dans plusieurs situations :

- lorsque la donnée ne peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit en l'absence de tout caractère original ¹⁸⁹ ou lorsque la base de données ne peut être protégée en présence d'un investissement peu substantiel ;
- lorsque les données sont tombées dans le domaine public ¹⁹⁰ ou ;
- lorsque les données constituent des données officielles ¹⁹¹.

Conclusion

Le tarif ainsi pratiqué par le producteur ou le détenteur de la donnée publique reposera à la fois sur une intégration des coûts de mise à disposition et sur une redevance de propriété intellectuelle.

Le mécanisme proposé s'éloigne de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État relative aux redevances pour service rendu. En effet, et depuis une décision d'Assemblée du 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, une

¹⁸⁹ Ne pourront être ainsi qualifiés d'œuvres, en raison de leur défaut d'originalité, les documents réalisés de manière automatique (cas de certaines photographies aériennes).

¹⁹⁰ Une donnée sera dans le domaine public dès lors que la durée de protection s'est éteinte conformément aux dispositions des articles L. 123-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁹¹ Cette exception, prévue par aucun texte, résulte d'une construction jurisprudentielle et doctrinale qui tend à estimer que « *Les pouvoirs publics, institués pour gouverner, non seulement dans l'intérêt général mais aussi dans l'intérêt de chaque citoyen pris individuellement, ne font point acte de propriété lorsqu'ils créent et promulguent des lois* » (formule de Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1939 cité par Jean-Michel Bruguière). Cette notion intégrerait « *l'ensemble des lois, textes réglementaires, travaux préparatoires et décisions judiciaires ainsi que tous les documents mentionnés à l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978* » (Jean-Michel Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002, § 149).

redevance « demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public » doit « trouver sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ». Au contraire, **le mécanisme proposé permet au producteur de prendre en compte pour la détermination globale du prix, la valeur des données pour le rediffuseur privé, tout en étant respectueux du droit de la concurrence.** En cela, cette solution se rapproche des propositions du Conseil d'État dans son étude du 24 octobre 2002 relative aux « redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public ». C'est également un facteur de développement des secteurs garantissant un équilibre entre acteurs publics et privés.

Les modalités d'intervention des producteurs

La possibilité d'intervention des producteurs publics en l'absence de carence de l'initiative privée

Abordée dès la circulaire Balladur de 1994, la délimitation du domaine de l'intervention du secteur public reste une question centrale. Le texte réalise un partage des compétences fondé, non sur la distinction entre données brutes et données élaborées, mais sur la carence ou non de l'initiative privée. La circulaire prévoit, en effet, que :

« La mise en œuvre d'un service d'information à valeur ajoutée par un organisme public ne se justifie juridiquement que si les conditions suivantes sont simultanément remplies :

- la gestion de ce service est en rapport avec sa mission légale ;
- la fourniture de ce service satisfait un besoin collectif ;
- l'initiative privée n'est pas en mesure d'assurer la couverture de ce besoin ou n'est pas en mesure de l'assurer dans des conditions satisfaisantes du point de vue de l'intérêt général ».

Cette exigence d'une carence de l'initiative privée, issue de la jurisprudence du Conseil d'État du 30 mai 1930¹⁹², est remise en cause par la pratique et la jurisprudence. Tout d'abord, l'administration peut être elle-même à la source d'un marché. Tel est le cas de l'INSEE qui en 1970 a mis à la disposition des acteurs économiques le fichier SIRENE.

Ensuite, avec l'intégration progressive du droit de la concurrence au sein du bloc de légalité s'imposant aux personnes publiques, les juges administratifs admettent sous certaines conditions l'intervention d'une autorité publique dans un marché concurrentiel. À ce titre, un avis du Conseil d'État du 8 novembre 2000¹⁹³ précise certains des critères qu'une telle intervention doit remplir :

- le régime fiscal applicable aux personnes publiques ne doit pas, en lui-même, être de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence ;

¹⁹² CE, Section, 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, req. n° 6781.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGX9X1930X05X0000006781>

¹⁹³ CE, Avis, 8 novembre 2000, n° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, req. n° 222208.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXAX2000X11X0000022208>

- les différences qui existent en matière d'agents ne doivent pas être une situation avantageuse ;
- le prix doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts, directs ou indirects, concourant à la formation du prix de vente du produit et ;
- l'opérateur public ne doit pas bénéficier, dans le cadre de la détermination du prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens attribués pour l'exercice de sa mission de service public.

Appelé à statuer sur le litige soumis pour avis au Conseil d'État, le tribunal administratif de Dijon ¹⁹⁴ a, en outre, estimé que « *le seul fait que l'Institut géographique national perçoive des subventions à raison de ses missions de service public, ainsi qu'en attestent le budget et le compte financier de l'année 1998 produits à l'instance, ou que les activités concurrentielles de l'Institut n'aient pas été isolées dans une structure juridique qui leur soit propre, ne suffisent pas à établir que l'offre remise au District de l'agglomération dijonnaise aurait porté atteinte au principe de libre concurrence* ».

Le Forum admet l'intervention d'une personne publique sur un marché sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte au libre jeu de la concurrence. En particulier, les producteurs publics ne devront pas porter atteinte au libre jeu du marché au travers des techniques de subvention croisée où une activité non concurrentielle viendrait financer une activité relevant du secteur concurrentiel. La ligne de partage demeure que le secteur public peut rediffuser des données publiques à condition de toujours permettre aux éditeurs privés de rediffuser ces données.

La mise à disposition de l'utilisateur d'un moteur de recherche

En matière de diffusion des données publiques, l'un des outils qui reste primordial pour l'accès à ces données demeure le moteur de recherche. Présent sur l'ensemble des sites réalisés par les producteurs et diffuseurs des données publiques, ce dernier pourrait constituer un outil à valeur ajoutée dépassant la sphère de la simple mission de service public. Seulement, le moteur de recherche constitue un outil de base permettant d'accéder à la donnée et est donc nécessaire à sa propre diffusion.

Une première approche pourrait être d'opérer un partage en fonction des caractéristiques techniques du moteur de recherche : l'autorité publique aurait la possibilité de créer des outils dotés uniquement de critères de recherches « essentiels » ou « de base ».

Tel est le cas actuellement dans le domaine de la diffusion des données juridiques communautaires. À ce jour, deux services coexistent : le service EUR-Lex qui permet de consulter gratuitement les textes européens à l'aide d'un moteur de recherche

¹⁹⁴ TA de Dijon, 20 février 2003, *Société Jean Louis Bernard Consultants c/District de l'agglomération dijonnaise et Institut géographique national (IGN)*, req. n° 99245. Dans cette décision, le juge administratif rejette le recours estimant d'une part que la candidature de l'IGN à un marché public n'est pas, au regard de son régime fiscal et du régime social applicable à ses agents, de nature à fausser la concurrence. D'autre part, les magistrats relèvent que l'offre remise par l'IGN ne porte pas atteinte à cette libre concurrence compte tenu des méthodes de détermination de l'offre. http://www.rajf.org/article.php3?id_article=1580

simplifié et le service CELEX qui permet, moyennant le paiement d'un prix, d'accéder à ces mêmes données à l'aide d'un moteur de recherche développé et multicritères.

Cependant et compte tenu de l'évolution des techniques et des besoins des utilisateurs, le Forum rejette cette solution. Il estime qu'il s'avère difficile de déterminer avec précision les caractéristiques qui relèveraient par essence du secteur public ou du secteur concurrentiel. **Le Forum souhaite néanmoins indiquer que l'existence et les fonctionnalités d'un moteur de recherche pourront être prises en compte par les autorités compétentes dans le cadre de l'appréciation d'une atteinte au libre jeu de la concurrence par le producteur ou le détenteur de la donnée.**

Les obligations imposées aux rediffuseurs : l'obtention d'une licence

Les rediffuseurs doivent également être soumis à un certain nombre d'obligations compte tenu du caractère spécifique des données utilisées : ces dernières sont produites dans le cadre d'une mission de service public et répondent à un intérêt général.

À cette fin, **le Forum estime que la rediffusion des données publiques doit obligatoirement s'inscrire dans le cadre de la conclusion d'une licence de rediffusion avec le producteur ou le détenteur de la donnée.** Les conditions générales et particulières attachées à cette licence devront également faire l'objet d'une publication et d'un avis des autorités compétentes ¹⁹⁵.

En particulier, la licence devra prévoir les principes suivants :

- le rediffuseur devra préciser sous la forme d'une mention légale et avec précision la ou les sources de la donnée ainsi que la date de mise à jour de celle-ci ;
- le rediffuseur devra s'engager à ne pas dénaturer la donnée communiquée dans le cadre de sa diffusion, notamment si cette dernière est couverte par le droit d'auteur ou le droit *sui generis*. La dénaturation consistera à rendre erronée la donnée communiquée. Le rediffuseur conservera la possibilité d'apporter des éléments d'enrichissement à la donnée ;
- le rediffuseur devra permettre au producteur ou au détenteur de la donnée publique d'accéder au produit final réalisé afin de contrôler le respect de ces engagements.

La problématique de l'indication de la date de mise à jour par le rediffuseur est tout aussi importante que celle visant le producteur ou le détenteur de la donnée. En effet, les nombreux utilisateurs accéderont aux informations mises en ligne de manière non différenciée en ne privilégiant pas forcément les sites des producteurs. Une attention particulière devra donc être apportée à l'indication précise de ce renseignement.

Pour l'établissement des relations contractuelles, deux types de licences doivent être encouragés :

- **une licence, soumise à l'acceptation préalable d'une autorité**, au sein de laquelle le licencié s'engage à respecter l'ensemble des dispositions qui sont mises

¹⁹⁵ Voir *infra*.

à sa charge. En particulier, cette demande formelle pourra viser les cas où la diffusion des données publiques est opérée sous la forme d'un envoi périodique et mis à jour de documents (abonnement par exemple). En cas de refus d'une licence, l'autorité devra motiver en fait et en droit sa décision ;

- **une licence de type « click & use » obtenue automatiquement en ligne.** Les licenciés s'inscrivent sur un site identifié, obtiennent automatiquement un accord de rediffusion et accèdent, sous couvert des modalités de cette licence, aux données désirées. Afin d'éviter une multiplication du nombre de licenciés au sein d'une même structure et d'assurer une plus grande transparence, il semble nécessaire de faire figurer sur un site les coordonnées de l'ensemble des licenciés « click & use » qui ne seraient pas des personnes physiques.

Enfin, parmi les méthodes de rediffusion des données publiques, une solution devrait être encouragée : **le comarquage**. Cela consiste dans la possibilité pour un site de rediffuser les contenus et services offerts par un site de l'administration et de les enrichir de données ou de services spécifiques.

Partant de ce principe, le ministère de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de l'Aménagement du territoire, a signé un accord ¹⁹⁶ avec l'Association des maires de France (AMF) et l'Assemblée des départements de France (ADF) le 31 juillet 2002 qui concède aux collectivités locales le droit non exclusif d'utiliser à titre gratuit, des données propres de service-public.fr pour les diffuser sur leurs sites institutionnels en comarquage, c'est-à-dire en faisant explicitement référence à la marque service-public.fr au-delà de la marque du site concerné.

Ce système permet la reprise de certains contenus de service-public.fr ¹⁹⁷ (arborescence thématique, 2 700 fiches et une sélection de plusieurs milliers de liens) sur les sites publics locaux, qu'ils soient services de l'État ou collectivités territoriales. Par exemple, une mairie peut ainsi diffuser sur son site internet le guide des droits et démarches de service-public.fr et le compléter avec les informations de proximité pertinentes pour ses administrés ¹⁹⁸.

Ces conventions de comarquage sont fondées sur une absence de perception de redevance pour les contenus. En effet, il s'agit d'accord à double sens : *« l'État met à la disposition des collectivités territoriales ses bases de données d'informations administratives, en échange les services locaux développent des bases de données locales en respectant les normes d'échange et les mettent à disposition des administrations centrales qui le souhaitent »*. À l'inverse, des coûts relatifs à la mise en place du service et un abonnement annuel peuvent être perçus. Par exemple, dans le cadre de la convention de comarquage de service-public.fr le coût de mise en service s'élève à 1 000 euros et l'abonnement annuel à 500 euros.

¹⁹⁶ <http://lecomarquage.service-public.fr/accordcadre.htm>

¹⁹⁷ Pour en savoir plus sur le comarquage de service-public.fr : <http://lecomarquage.service-public.fr>

¹⁹⁸ <http://www.mairie-annonay.fr/Participer/html-Participer/docfr/?&xml=06010101-FXENS101.xml>

La collectivité qui souhaite mettre une telle solution de comarquage peut s'adresser directement à la Documentation française ¹⁹⁹ ou à la Caisse des dépôts et consignations ²⁰⁰ qui a développé une plate-forme (Service Public Local ²⁰¹) offrant une assistance complète pour la mise en place.

Outre cette solution de comarquage vertical, il est prévu de développer l'échange et le partage d'information entre les producteurs nationaux afin que de mieux répartir la production des informations, d'éviter les doublons et de mettre en place des logiques de coproduction entre services. En pratique, le comarquage pourrait permettre de rediffuser sur le portail de l'administration des informations produites par un ministère et inversement et d'enrichir le catalogue de contenus mis à disposition des services locaux pour rediffusion sur leurs sites.

Le développement d'un tel partage d'information entre les producteurs nationaux est néanmoins subordonné à l'adoption d'un modèle de données commun d'échange des informations, modèles de données qui sont en cours de préparation par la Documentation française.

Même si les solutions actuelles de comarquage ne se font qu'à destination des sites publics, **le Forum estime qu'une des modalités de rediffusion des données publiques pourrait consister dans la mise en place d'un comarquage généralisé et ouvert aux acteurs privés.**

Par ailleurs, aucune disposition n'encadre actuellement le non-respect de l'obligation de souscrire une licence de rediffusion. En particulier, deux situations peuvent être rencontrées :

- si le rediffuseur souhaite obtenir une donnée mise à disposition et qu'il ne souhaite pas souscrire aux obligations imposées par la licence de rediffusion, il pourra invoquer les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 pour en obtenir communication et procéder ensuite à sa réexploitation. En effet, l'absence de sanctions pour non-respect de l'article 10 de la loi de 1978 (qui interdit pourtant toute réexploitation commerciale) permet un tel contournement ;
- si le rediffuseur souhaite obtenir une donnée diffusée par l'État sur l'internet mais ne désire pas souscrire aux obligations imposées par la licence de rediffusion, il pourra obtenir la donnée en procédant simplement à une capture directe de l'information. L'absence de sanction pour non-respect de l'obligation de souscrire à une licence permet un tel contournement.

Il semble nécessaire d'assurer le respect des conditions essentielles devant s'imposer à la fois aux rediffuseurs et aux producteurs.

À ce jour, seul l'article L. 343-1 du Code de la propriété intellectuelle serait susceptible de s'appliquer. Il prévoit une peine de deux ans d'emprisonnement et de

¹⁹⁹ Tel est le cas du conseil général du Bas-Rhin : <http://www.cg67.fr/index.asp?fic=page&id=4395> ou du conseil régional des Pays de la Loire : <http://www.paysdelaloire.net/P-ServicePublic/>

²⁰⁰ Tel est le cas par exemple du conseil général de l'Indre : http://www.cyberindre.org/fiches_pratiques.php ou de la mairie de Saint-Étienne : http://www.mairie-st-etienne.fr/demarche/service_home.html.

²⁰¹ <http://www.servicepubliclocal.net>

150 000 euros d'amende en cas d'atteinte aux droits du producteur de la base de données. Ce dernier a le droit d'interdire, sur le fondement de l'article L. 342-1 du même Code, d'une part l'extraction par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit et d'autre part, la réutilisation par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base. Ces interdictions peuvent être levées par voie de licence. De même, le producteur peut interdire au sens de l'article L. 342-2, l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties non substantielles du contenu lorsque ces opérations excèdent les conditions d'utilisation normale de la base.

Ces dispositions, applicables aux extractions de bases de données, ne permettent pas de sanctionner tous les autres détournements, et notamment l'utilisation abusive des dispositions de la loi de juillet 1978 pour obtenir une communication de données à des fins commerciales. En conséquence, **le Forum estime qu'une nouvelle sanction pénale devrait être créée pour condamner le non-respect de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 et l'obligation de souscrire une licence de rediffusion pour toute réexploitation.**

La protection des données personnelles

Les données publiques contiennent de très nombreuses informations, touchant ou non aux individus. Ainsi, la diffusion des statistiques de trafic des autoroutes françaises ne saurait porter préjudice à un citoyen. À l'inverse, une société de construction immobilière pourrait souhaiter obtenir les données cadastrales afin de proposer ses services auprès de nouveaux propriétaires.

Cette nécessité de protection des personnes physiques est rappelée par l'article premier de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui prévoit que *« l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »*. À ce titre, l'article 16 de la même loi rappelle que *« les traitements automatisés d'informations nominatives effectués pour le compte de personnes autres que celles qui sont soumises aux dispositions de l'article 15 doivent, préalablement à leur mise en œuvre, faire l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés »*. L'article 15, quant à lui, renforce cette obligation à propos des *« traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public »* puisque ces derniers devront faire l'objet d'un *« acte réglementaire pris après avis motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés »*.

Dans le domaine de l'accès aux documents administratifs, la loi du 17 juillet 1978 rend communicable tout document administratif, nominatif ou non nominatif, la CADA refusant d'apprécier les motifs fondant la demande de communication. Une exception est néanmoins prévue à l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 qui précise

que ne sont communicables qu'à l'intéressé, les documents administratifs « dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ; faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice ».

De manière plus protectrice, l'article 14 de la directive du 24 octobre 1995²⁰² prévoit que chaque État membre doit reconnaître aux citoyens le droit de s'opposer sur demande et gratuitement « au traitement des données à caractère personnel la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection ou d'être informée avant que des données à caractère personnel ne soient pour la première fois communiquées à des tiers ou utilisées pour le compte de tiers à des fins de prospection et de se voir expressément offrir le droit de s'opposer, gratuitement, à ladite communication ou utilisation ».

Ce texte est actuellement en cours de transposition par le projet de loi²⁰³ relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ce projet de loi a été adopté, en seconde lecture, par le Sénat le 1^{er} avril 2003.

En conséquence, **le Forum estime que dans le cadre de la diffusion des données publiques, une protection des individus doit être assurée.** En cela, les diffuseurs et rediffuseurs devront clairement indiquer la possibilité offerte aux citoyens de s'opposer à la communication de leurs données personnelles à des fins de prospection commerciale. Afin de faciliter la gestion de l'exercice de ces droits d'opposition, un répertoire centralisé pourrait être mis en œuvre, précisant pour chaque personne son refus de communication.

En ce qui concerne la diffusion massive de certaines données personnelles sensibles, une anonymisation *a priori* devra être mise en place comme cela est déjà le cas pour certaines données juridiques diffusées gratuitement²⁰⁴. Cette anonymisation devra être directement réalisée par le producteur ou le détenteur de la donnée.

²⁰² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31. http://www.foruminternet.org/documents/textes_europeens/lire.phtml?id=31

²⁰³ <http://www.assemblee-nationale.fr/projets/pl3250.asp>

²⁰⁴ À ce sujet, la CNIL a émis le 29 novembre 2001 une recommandation portant sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence. Le texte invite les diffuseurs et rediffuseurs à anonymiser les décisions publiées gratuitement en raison du risque de constitution d'un casier judiciaire virtuel et parallèle.

<http://www.cnil.fr/textes/recomand/d010571a.htm>

Pour le cas particulier de la jurisprudence, de nombreuses interrogations continuent à persister comme par exemple la manière dont l'anonymisation des décisions de justice doit avoir lieu (*quid* du nom d'une personne physique citée en qualité d'entreprise unipersonnelle) et le support des coûts afférents à ces obligations.

Pour sa part, Legifrance ne diffuse pas les décrets portant naturalisation, réintégration, mention d'enfant mineur bénéficiant de l'effet collectif attaché à l'acquisition de la nationalité française

Le rejet de la notion de données publiques essentielles : quelles données doivent être diffusées gratuitement ?

Dans le cadre du discours prononcé à Hourtin le 25 août 1997, Lionel Jospin, alors Premier ministre, estimait que :

« Pour répondre à l'exigence démocratique de transparence de l'État, un accès plus aisé à l'information publique est par ailleurs indispensable. Depuis près de vingt ans, l'accès aux documents administratifs est devenu une véritable liberté publique ; aujourd'hui, la technologie facilite les conditions de leur diffusion. Les données publiques essentielles doivent désormais pouvoir être accessibles à tous gratuitement sur internet. Ainsi, puisque "nul n'est censé ignorer la loi", je ferai en sorte que ce soit le cas du contenu du Journal officiel de la République française. J'entends privilégier une conception ambitieuse du droit à l'information du citoyen : la diffusion internationale de nos documents publics doit à cet effet être favorisée »²⁰⁵.

Ce discours demeure l'élément fondateur de la notion de données publiques essentielles. Le Programme d'action gouvernementale pour la société de l'information (PAGSI) rendu public en janvier 1998 est venu préciser cette notion en prévoyant une diffusion gratuite *« des grands textes de notre droit, l'information administrative du public, les principaux documents publics et les données culturelles essentielles »*.

En octobre 1999, le rapport Mandelkern²⁰⁶ précisait la notion et définissait les données publiques essentielles comme les données *« dont la mise à disposition est une condition indispensable à l'exercice des droits des personnes physiques résidant sur notre sol, citoyens français ou étrangers »*. Le rapport choisissait un axe différent par rapport à la définition élaborée par le PAGSI. Alors que ce dernier définissait le caractère essentiel en fonction de la nature même de la donnée (grands textes, documents publics, etc.), le rapport Mandelkern adoptait une conception subjective et individualisée de la donnée publique essentielle : il s'agirait de la donnée nécessaire à une personne physique pour l'exercice de ses droits.

Le projet de loi sur la société de l'information déposé le 14 juin 2001 tranche le débat et reconnaît que certaines données sont essentielles par nature :

*« Art. 15. – I. – Constituent des données essentielles au sens du présent article :
1° L'ensemble des actes et décisions, pris par l'État ou un de ses établissements publics administratifs, qui sont soumis à une obligation de publication en vertu de*

par les parents et francisation de noms et prénoms ; les décrets portant changement de nom et les arrêts de la cour de discipline budgétaire et financière. Ces documents restent néanmoins accessibles (mais non recherchables) dans la version « fac-similé » du *Journal officiel*.

À noter que le Parlement de Virginie (États-Unis) a voté, le 27 février 2003, un texte interdisant à compter du 1^{er} janvier 2004 toute publication sur le site des juridictions de document contenant l'une des informations suivantes : une signature manuscrite, un numéro de sécurité sociale, la date de naissance d'une personne, le nom de jeune fille d'une personne, le numéro de compte bancaire ou le nom et l'âge d'un enfant mineur.

<http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?031+sum+HB2426>

²⁰⁵ Discours de Lionel Jospin prononcé le 25 août 1997 lors de l'inauguration de l'Université de la communication : « Préparer l'entrée de la France dans la société de l'information », à Hourtin (Gironde). http://www.archives.premier-ministre.gouv.fr/jospin_version3/fr/te4/contenu/5519.htm

²⁰⁶ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/994001620/0000.htm>

dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que les documents qui leur sont annexés ;

2° Les informations sur l'organisation et le fonctionnement des services publics de nature à faciliter les démarches des usagers ;

3° Les rapports et études sur les missions, l'organisation et le fonctionnement des services publics qui sont communicables à toute personne en application du titre I^{er} de la présente loi. » Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine ceux des actes et décisions mentionnés au 1° qui ne sont pas soumis aux dispositions du présent article en raison des atteintes à la vie privée que pourrait entraîner leur utilisation par des tiers.

Des décrets en Conseil d'État peuvent préciser les catégories de données regardées comme essentielles en application des dispositions ci-dessus. Ces décrets peuvent en outre qualifier d'essentielles d'autres catégories de données détenues par l'État ou ses établissements publics administratifs. »²⁰⁷

Cette définition restreint considérablement le champ des données publiques essentielles. Ainsi, les données culturelles visées à l'origine dans le PAGSI disparaissent de la définition proposée dans le projet de loi²⁰⁸.

En outre, le critère « essentiel » est en lui-même contesté. Ce critère serait difficile à manier puisque aucun élément n'est indiqué permettant de caractériser ce qui rend une donnée essentielle et les conséquences qui s'y attachent. La donnée publique essentielle peut ainsi être définie de plusieurs manières : il peut s'agir de la donnée nécessaire à un citoyen pour l'exercice de ses droits ou de la donnée nécessaire à un acteur économique pour l'exercice de sa profession. Cette dernière interprétation réalise un parallèle avec le concept des installations essentielles qui constituent les infrastructures auxquelles il n'existe pas de substitut et qui ne sont pas reproductibles à un prix raisonnable.

Seulement, l'adoption d'une telle définition aurait pour conséquence d'étendre de façon excessive la notion de données publiques essentielles, aucun éditeur privé n'ayant les moyens de produire des données comparables à celles de l'administration à un prix raisonnable. L'attribution du caractère essentiel à une donnée perd alors de son intérêt.

Le Forum reconnaît que la notion de donnée publique essentielle ne satisfait pas l'ensemble des acteurs.

Néanmoins, les auditions ont montré un consensus sur le fait que certaines données, notamment celles destinées aux personnes physiques, devraient être diffusées obligatoirement par l'État et ceci gratuitement.

²⁰⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/projets/pl3143.asp>

²⁰⁸ Cette disparition peut s'expliquer relativement simplement. Une œuvre (tableau, dessin) ne semble pas être une donnée. Selon le rapport Ory-Lavollée de février 2002 sur la diffusion numérique du patrimoine, « Une donnée est une représentation chiffrée ou symbolique d'un état du monde. Le format, la matière ou la date d'un tableau correspondent à cette définition, et même souvent à celle de données publiques [...] Mais pas le tableau lui-même, pas les œuvres. L'administration peut les avoir suscitées [...] pour les conserver ou les présenter, elle ne les a pas produites, n'en est pas l'auteur ».

Cette diffusion gratuite permettrait au citoyen d'avoir accès à l'ensemble des documents nécessaires à l'exercice de ses droits et de ses devoirs et répondrait à plusieurs objectifs. Le premier d'entre eux est l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » transposé dans la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999²⁰⁹ qui proclame l'existence d'un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le deuxième concerne la conception européenne de la liberté d'expression. L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹⁰ du 4 novembre 1950 reconnaît un double droit à chaque citoyen : celui d'émettre des informations mais également d'en recevoir.

Le dernier objectif auquel la diffusion gratuite de certaines données publiques répond est celui de la transparence de l'action administrative. L'accès aux données publiques permet, en effet, d'améliorer les relations entre l'administration et les administrés ; le droit à l'information administrative étant, par ailleurs, qualifié de « *troisième génération des droits de l'homme* »²¹¹. Le Conseil d'État a consacré ce principe en l'élevant au rang de garantie fondamentale accordée au citoyen dans une décision du 29 avril 2002²¹² en affirmant que :

« *Les dispositions [de la loi du 12 avril 2000], relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

Le juge administratif suprême range donc le droit d'accès aux documents administratifs dans « *la précieuse énumération des libertés publiques* »²¹³.

Une difficulté s'est élevée consistant à délimiter le champ de ces données publiques gratuites. Une première définition avait été élaborée, celle de la notion de **données publiques citoyennes**. Il s'agissait des données nécessaires aux personnes physiques ou morales, françaises ou étrangères, pour l'exercice de leurs droits et devoirs. Cette référence à la notion de citoyenneté permet ainsi de délimiter l'un des objectifs principaux des données à diffuser gratuitement : prendre en compte l'utilisateur-destinataire de la donnée.

Seulement, cette définition n'est pas suffisante. En effet, d'autres données doivent également être diffusées dans le cadre d'un intérêt général comme, par exemple, les données touchant à la qualité de l'air. L'État devrait également diffuser gratuitement, au nom d'une plus grande transparence démocratique, un ensemble d'avant-projets

²⁰⁹ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421/index.htm>

²¹⁰ « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ».
<http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenFRE.pdf>

²¹¹ Guy Braibant, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur R.-E. Charlier*, Éditions de l'Université, 1981, p. 703.

²¹² CE, 29 avril 2002, n° 228830, *M. Ullman* ; *AJDA* 2002 p. 691, note Philippe Raimbault. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXAX2002X04X0000028830>

²¹³ Expression de M. Piveteau, commissaire du gouvernement sous cette affaire.

de loi ou de rapports administratifs ou certaines données culturelles ou intéressant la recherche.

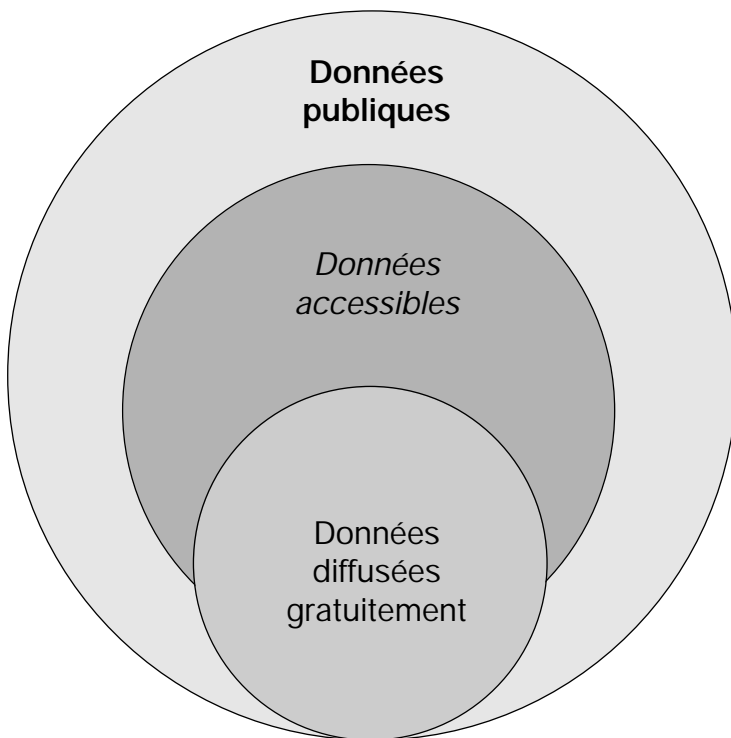
Compte tenu de la difficulté de définir de façon objective un tel concept, la diffusion de certaines données publiques à titre gratuit devra relever d'une volonté positive de l'État qui, pour des motifs d'intérêt général, fixera par décret le périmètre de ces données compte tenu des besoins et aspirations de la société.

Un tel recours à l'État peut être perçu comme un risque d'arbitraire ; les autorités étant susceptibles de ne pas diffuser certaines données pourtant nécessaires à un citoyen. Cela étant, la carence de l'État en ce domaine n'empêchera pas les citoyens d'accéder à ces informations sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs. Enfin, l'État conservera la possibilité de diffuser gratuitement des données non accessibles comme cela est le cas des documents administratifs faisant l'objet d'une publication (lois et décrets par exemple).

Au-delà d'un tel dispositif, **le Forum estime qu'une volonté politique forte doit être assurée en faveur de la mise en ligne de l'ensemble de ces données nécessaires aux citoyens.**

En conséquence, **Le Forum recommande que l'État diffuse, dès à présent, gratuitement et de manière exhaustive le cœur de cet ensemble, à savoir les données publiques citoyennes, celles nécessaires aux citoyens pour l'exercice de leurs droits.**

La classification des données publiques retenue par le Forum est donc la suivante :



Les principes devant entourer la diffusion gratuite des données publiques

La gratuité de diffusion ne doit pas être limitée

Dès lors que l'État estime qu'une donnée doit être diffusée gratuitement, une certaine exhaustivité dans la mise en ligne doit être assurée par le producteur ou le détenteur.

Ainsi, un message politique doit être impulsé pour inciter les producteurs et détenteurs publics à assurer une mise en ligne progressive et exhaustive de toutes les données citoyennes, notamment juridiques, identifiées comme telles par le gouvernement.

La diffusion des décisions des cours d'appels constitue un exemple symptomatique. Legifrance ne diffuse qu'une simple sélection annuelle d'environ 5 000 à 6 000 décisions rendues par les juridictions judiciaires du fond. Cette sélection, contestée par les éditeurs en raison de leur caractère non exhaustif, devrait ainsi être améliorée et tendre vers l'exhaustivité afin de permettre aux utilisateurs un meilleur accès à l'information juridique des juridictions administratives et judiciaires.

Outre cette obligation de diffusion, **le Forum estime que la diffusion gratuite des données publiques ne doit pas être limitée par une quelconque barrière**. Par exemple, le paiement de l'accès du site ou d'un service essentiel du site (par exemple : moteur de recherche) doit être proscrit. Cette gratuité permettra également de se conformer au principe d'accessibilité de la loi en permettant aux internautes d'avoir accès à l'information au travers des outils de recherches généralistes comme les moteurs ou annuaires de recherche.

L'État devra veiller à ne pas porter atteinte à la concurrence dans le cadre de la diffusion gratuite des données publiques

La diffusion gratuite des données répond à une demande et à une attente très forte des internautes. Ces derniers utilisent de plus en plus le média internet pour trouver les réponses à leurs interrogations²¹⁴. Les autorités publiques ont donc tendance à développer de nombreux sites et services risquant de les faire sortir du strict cadre de leurs missions de service public.

Cette intervention dans un secteur concurrentiel sera d'autant plus préjudiciable que la diffusion gratuite des informations est difficilement concurrentiable par des acteurs privés soumis à plusieurs contraintes budgétaires.

De même, dans le cadre de l'élaboration des sites internet, les autorités publiques seront susceptibles de réaliser des produits éditoriaux au travers par exemple d'une sélection intelligente de données : réalisation d'un travail éditorial de sélection d'un

²¹⁴ Voir à ce sujet les statistiques du site [service-public.fr](http://www.service-public.fr). À titre d'exemple, le site a accueilli plus d'un million de visiteurs au cours du mois de décembre 2002 qui ont consulté plus de neuf millions de pages. <http://www.service-public.fr/info/info.html>

contenu et réalisation de liens hypertextes entre ces sélections. Une telle situation pourrait, selon les conditions de réalisation, porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

L'État devra veiller à la mise à jour et la validité de l'information

Plusieurs études américaines ont montré que les citoyens ne sont pas tous sensibilisés aux questions de validité de l'information. En conséquence, les autorités publiques doivent prendre soin d'indiquer clairement une date de mise à jour précise de l'information et les risques d'erreur existant pour chacune de ces données. La question de la mise en avant de ces informations de manière claire et explicite est d'autant plus nécessaire que les internautes, même les plus aguerris, ne remettront pas systématiquement en cause la validité d'une information trouvée sur un site public.

Notamment, l'examen de quelques sites a ainsi pu notamment montrer les éléments suivants :

- le contenu du site « Cybercommerce »²¹⁵ fait figurer en bas de chaque page une date de mise à jour au 24 octobre 2000. Néanmoins, une seconde date correspondant à celle du jour de la visite apparaît également en haut de chaque page. Une telle double indication est susceptible de troubler le visiteur non averti ;
- des documentalistes juridiques²¹⁶ ont eu l'occasion de détecter quelques erreurs au sein de Legifrance. À titre d'exemple, on peut citer « l'affaire de l'article 1384 du Code civil »²¹⁷ où suite à une mauvaise interprétation de l'ordonnance n° 2000-549 du 15 juin 2000 relative au Code de l'éducation, le dernier alinéa de l'article 1384 avait été supprimé de la version disponible sur Legifrance.

Le Forum estime donc que les autorités publiques devront informer clairement les citoyens des risques existant en matière de validité des informations mises à leur disposition²¹⁸. En particulier, la date de mise à jour devra être clairement précisée. Un avertissement²¹⁹ devra être disponible ou accessible depuis chacune des pages alertant des risques posés par l'utilisation de ces données. Les autorités devront mettre en œuvre les moyens humains et financiers nécessaires à une diminution des erreurs pouvant exister dans les bases de données publiques.

²¹⁵ <http://www.minefi.gouv.fr/cybercommerce>

²¹⁶ Voir à ce sujet les débats qui ont eu lieu sur la liste de discussion créée à l'initiative de l'association Juriconnexion. <http://www.juriconnexion.org>

²¹⁷ Voir à ce sujet, l'éditorial d'Hubert Groutel, *Responsabilité civile et assurances*, janvier 2001.

²¹⁸ La circulaire du 7 octobre 1999 relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État prévoyait également que « *Le ministère dont relève le service ou l'organisme qui a créé le site est responsable de la cohérence, de l'exactitude et de la pertinence des informations diffusées. Il veille au respect de ces exigences dès la création du site et tout au long de son développement. Les ministères responsables doivent notamment s'attacher à ce qu'il n'existe aucun doute dans l'esprit des utilisateurs du site sur l'origine et la validité des informations diffusées. Ils doivent veiller à la mise à jour très régulière des sites et à la cohérence de l'ensemble des pages et informer les usagers de la date de la dernière mise à jour.* »

²¹⁹ Voir par exemple, l'avertissement figurant en haut de chaque document communautaire diffusé sur le site EUR-Lex. http://europa.eu.int/geninfo/disclaimer_fr.htm

À défaut, le Forum estime que les données ainsi diffusées seront susceptibles d'engager la responsabilité de l'administration pour diffusion de fausse information ²²⁰. En tout état de cause, seule la version papier des textes normatifs, législatifs ou réglementaires, fait foi et est opposable à l'administration ²²¹.

La rediffusion des données publiques diffusées gratuitement

Les données diffusées gratuitement constituant un sous-ensemble des données publiques, leur rediffusion sera soumise à la conclusion d'une licence avec les producteurs. Les clauses de ces licences devront être publiées préalablement à la conclusion du contrat et soumises à un agrément des autorités compétentes.

En raison de leur mise à disposition gratuite sur internet, la rediffusion de ces données publiques pourra obéir à deux schémas différents :

- le rediffuseur devra déposer un dossier de demande de licence de rediffusion auprès de l'organisme accréditaire. Ce dossier sera nécessaire pour les licenciés désirant obtenir un abonnement et une livraison automatisée de données citoyennes. Le coût de mise à disposition correspondra, ensuite, au coût technique de mise à disposition sous un format particulier de la donnée ;
- le rediffuseur pourra, sinon, procéder à une capture directe sur le site de l'information désirée. Cette capture sera soumise à l'obligation de ne pas mettre en péril les installations techniques du diffuseur en procédant, par exemple, à un téléchargement massif des données. Pour rediffuser les données obtenues par capture directe, le rediffuseur devra conclure au préalable une licence de rediffusion de type « *click & use* » disponible sur le site internet et fixant certaines obligations en matière de rediffusion.

En cas de capture directe de l'information par le rediffuseur, ce dernier ne devra s'acquitter d'aucun abonnement. En effet, une capture directe ne nécessite pas une action spécifique de l'administration permettant ainsi d'évaluer et d'estimer le coût marginal ou incrémental de la fourniture de cette donnée. Au contraire, le seul coût qui pourrait être imputé au rediffuseur opérant une capture directe serait celui

²²⁰ Jean Maia écrivait ainsi à propos de la diffusion des textes juridiques sur l'internet que « *la divulgation d'informations erronées serait de nature à engager la responsabilité du service public* » in *Vers un service public de l'accès au droit*, Cahiers de la fonction publique et de l'administration, n° 205, p. 7.

Voir également à ce sujet la décision de la Cour de cassation : civ. 2, 19 octobre 1994, n° 92-21 543, *Mme Lejeune c/ASSEDIC*. Dans cette affaire, le juge judiciaire précise que « *celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause* » et retient la responsabilité des Assedic suite à la fourniture de fausses informations.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1994X10X02X00200X000>

²²¹ À ce propos, l'article 2 du projet de loi portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit, présenté en Conseil des ministres le 20 mars 2003, devrait permettre aux autorités de prévoir que certains textes particuliers pourront faire l'objet d'une unique diffusion en ligne, cette dernière devenant l'unique condition de leur entrée en vigueur.

http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/simplicodi.htm

correspondant à la mise à disposition de la donnée sur internet. Or, une telle dépense est déjà prise en compte dans le cadre de la mission de service public de diffusion de la donnée citoyenne ²²². **Le comarquage pourra également être une forme de rediffusion** par des acteurs publics ou privés des données publiques diffusées gratuitement.

La perception d'une redevance en matière de droit de la propriété intellectuelle sera, le plus souvent, inexistante. En effet, la jurisprudence refuse de reconnaître l'existence d'un quelconque droit d'auteur ²²³ sur la donnée officielle confirmant le principe selon lequel « *si nul n'est censé ignorer la loi alors nul n'est autorisé à s'opposer à cette connaissance* » ²²⁴.

Le rediffuseur devra faire figurer une mention légale précisant le producteur ou détenteur de la donnée publiée ainsi que sa date de mise à jour. En pratique, lors de l'attribution en ligne d'une licence de rediffusion, le courrier électronique envoyé au licencié lui indiquant son numéro de licence, lui rappelant les termes de la licence, devra également contenir une mention légale générée automatiquement à intégrer au sein des documents mis en ligne. En outre, le rediffuseur devra s'interdire toute altération de la donnée mise en ligne.

La nécessité d'opérer une régulation du secteur de la diffusion des données publiques

Le secteur de la diffusion des données publiques ne possède quasiment aucun organisme ayant une compétence générale pour assurer une concertation voire une médiation dans les relations existant entre les acteurs privés et publics. Il existe, à ce jour, deux autorités : le médiateur de l'édition publique et le comité du service public de diffusion du droit par l'internet.

Le médiateur de l'édition publique

Créé par une circulaire du 9 décembre 1999, le médiateur de l'édition publique, institué auprès du ministre de la Culture, a pour fonctions :

- de réunir périodiquement les responsables des éditeurs publics, de la direction du livre, de la DGCCRF, pour faire le point sur leurs activités de production et de diffusion d'ouvrages ;
- de recevoir les plaintes des éditeurs privés vis-à-vis de l'activité éditoriale d'une institution publique (prix, produit, etc.) ;
- de donner un avis extérieur et impartial sur les pratiques éditoriales publiques ;
- de ne pas émettre d'avis sur un dossier soumis au Conseil de la concurrence.

²²² A titre d'exemple, les coûts fixes présentés en annexe du contrat type de réutilisation des données juridiques diffusées sur Legifrance visent par exemple le coût d'établissement du contrat et de gestion de la facture, le coût de la gestion technique de la commande, le coût d'expédition ou de mise sur support.

<http://www.legifrance.gouv.fr/html/aproposite/contrat.html>

²²³ Voir à ce sujet, note 191.

²²⁴ Jean-Michel Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002, § 144.

Le recours au médiateur de l'édition publique n'est pas obligatoire, les acteurs conservant la faculté de saisir par exemple le Conseil de la concurrence. De plus, cette instance a un domaine de compétences limité. Les textes font en effet référence à la seule notion d'ouvrage imprimé. Cependant, par extension, le médiateur de l'édition publique a estimé que cette notion pourrait inclure « *les ouvrages gravés sur support magnétique comme les cédéroms mais exclut les données numérisées diffusées en ligne* »²²⁵.

Le comité du service public de diffusion du droit par l'internet (SPDDI)

Créé par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, le comité peut :

- rendre des avis tendant à désigner les sites de l'administration qui seraient susceptibles de participer à ce service public ;
- rendre des avis sur les personnes auxquelles sont accordées des licences de réutilisation ;
- être saisi de tous différends relatifs à l'usage de ces licences ;
- faire des propositions en vue d'améliorer la qualité du service public ;
- et, apporter son expertise aux administrations désireuses de procéder à la diffusion des données juridiques sur l'internet.

Le comité SPDDI est composé des représentants des diverses administrations (Conseil d'État, Cour de cassation, Secrétariat général du Gouvernement, ministère de l'Économie, etc.) auxquels sont associés un représentant des entreprises spécialisées dans le domaine de l'édition juridique et des personnalités qualifiées correspondant à des associations d'utilisateurs des données juridiques. Depuis sa création, le comité SPDDI avait accordé au début de l'année 2003 environ une cinquantaine de licences de réutilisation des données diffusées gratuitement sur Legifrance.

Compétent uniquement dans le domaine des données juridiques, le comité SPDDI permet d'assurer une réelle concertation entre les divers acteurs. À ce titre, l'expérience est satisfaisante compte tenu de l'absence de litiges dans le domaine de la diffusion des données juridiques depuis la mise en place d'organismes de concertation et de discussion (comité des bases de données juridiques, comité SPDDI).

La création de structures de concertation

La création d'un système de concertation constitue une forte attente de la part des acteurs. À cette fin, le Forum propose une structure revêtant une double forme : la mise en place d'un organisme centralisé et d'organismes sectoriels permettant ainsi de saisir les spécificités relativement fortes et propres à chaque secteur.

²²⁵ Position adoptée par le médiateur de l'édition publique dans un courrier en date du 17 juillet 2001 relatif à une saisine du Syndicat national de l'édition.

Une attente des utilisateurs

Le domaine de la diffusion des données publiques demeure un secteur où les litiges et les contentieux sont relativement nombreux. Les principaux différends portent sur la contestation du prix de vente, sur l'intervention du secteur public dans une sphère qui relèverait par nature du secteur privé, sur les pratiques des producteurs et détenteurs qualifiés d'abus de position dominante. À ce jour, les principales juridictions françaises ont toutes eu à statuer sur un litige mettant en œuvre les données publiques : Conseil d'État, Cour de cassation, cours d'appel, tribunaux, Conseil de la concurrence, etc. Devant les coûts de procédure et les délais imposés par les juridictions françaises pour statuer, les divers acteurs (rediffuseurs mais également producteurs) souhaitent la mise en place d'un organisme de médiation chargé de statuer sur ces différends.

À titre d'exemples, le rapport Mandelkern ²²⁶ et le rapport Ory-Lavollée ²²⁷ de février 2002 proposaient la création d'un tel organisme.

En conséquence, **le Forum estime que la création d'une telle structure de concertation entre les divers acteurs est primordiale**. Néanmoins, ce nouvel organisme devrait avoir une certaine souplesse afin de s'adapter à l'évolution du secteur de l'information et surtout ne pas constituer une importante « usine à gaz ».

Cette structure aurait deux objectifs : assurer une concertation entre les divers acteurs en matière de détermination des principes devant s'appliquer à la diffusion des données publiques et assurer une prise en compte des particularités sectorielles. En pratique, deux types d'organismes seraient créés : un organisme central auquel seraient associés des organismes sectoriels. **Chacun de ces deux organismes aurait une compétence consultative uniquement.**

Un organisme central : la Commission d'accès et de diffusion des données publiques

L'organisme central aurait tout d'abord pour compétence d'intervenir dans les conditions de diffusion des données publiques. En pratique, il serait en charge de donner des avis sur les conditions générales et particulières des licences de rediffusion des données publiques. Il serait également saisi des propositions tarifaires de mise à disposition des données et pourrait, ainsi, apprécier leur conformité au droit de la concurrence. À cette fin, il devra être saisi obligatoirement sur ces questions par

²²⁶ L'atelier préconisait : « la création d'une instance de régulation compétente pour l'ensemble des acteurs de la diffusion des données publiques, y compris les diffuseurs institutionnels ».

²²⁷ Le rapport précise en effet : « Compte tenu du pragmatisme qui va prévaloir dans la définition de l'espace numérique public gratuit en matière culturelle, une concertation avec les éditeurs privés sera nécessaire. Il faudra en définir le cadre, en créant, une instance qui recevra cette mission. Elle pourrait jouer mutatis mutandis, en matière d'édition de contenus numériques, le rôle que tient l'actuel Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique. Elle permettrait à chaque partie de faire entendre son point de vue et de faire valoir ses demandes et éclairerait le ministère de la Culture et de la Communication pour assurer une régulation des frontières de l'espace public. [...] Cette instance devra être dotée d'une autonomie et d'une autorité suffisante pour organiser la concertation et définir des règles du jeu transparentes. Ses membres auraient trois origines : les entreprises réutilisant des contenus [...], les directions ou établissements détenteurs de ces derniers et les administrations ».

le producteur ou le détenteur de la donnée publique. Il sera également compétent pour donner des avis sur les demandes d'attribution de licences adressées par les rediffuseurs aux producteurs ou détenteurs. L'administration pourra également le saisir pour avis sur la création et le développement de bases de données internes. Enfin, il aura la faculté d'établir des codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques à l'intention de l'ensemble des acteurs.

Par ailleurs, cet organisme serait en charge de l'élaboration et de la mise en ligne du catalogue répertoriant l'ensemble des données publiques.

Enfin, cet organisme pourra être saisi en cas de litige par les producteurs et détenteurs des données publiques ou par les rediffuseurs. Cette saisine sera non exclusive des autres voies de recours, les entreprises privées détenant la possibilité de saisir les instances judiciaires.

L'organisme émettra un avis sur le litige qui lui est soumis, avis insusceptible de tout recours. Cet avis recommandera les actions que doivent prendre les différentes parties afin de mettre un terme au différend. En cas de non-respect, chaque partie sera libre de saisir la justice afin de faire sanctionner la pratique contestée.

Afin de constituer cet organisme central, **le Forum propose de procéder à une modification des missions de l'actuelle Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)**. La dévolution de telles compétences à la CADA, envisagée par le projet de loi sur la société de l'information, a été critiquée. En particulier, Jean-Michel Bruguière indiquait :

« Il n'est pas sûr que cette instance soit la mieux placée pour régler les questions de la diffusion des données publiques (même si cela a le mérite de la cohérence au regard de l'ensemble des dispositions relatives aux données publiques contenu dans le projet). Tout d'abord parce que cela revient à confier à une autorité qui a l'habitude de traiter des questions d'accès à l'information la charge d'examiner des difficultés suscitées par la diffusion ce qui est tout autre chose. Ensuite, parce que la CADA est une autorité... administrative et que les questions posées par la diffusion sont souvent des questions relevant du droit de la concurrence. Le projet de loi réduit ainsi la question de la diffusion à un problème de droit administratif ».

Néanmoins, comme nous l'avons indiqué précédemment, les logiques d'accès et de diffusion, bien que différentes, sont relativement complémentaires : une donnée publique non diffusée restera accessible, notamment pour le citoyen, sur le fondement des dispositions de la loi du 17 juillet 1978. Il paraît donc légitime de réunir ces deux types d'activité au sein d'une même instance qui prendra alors le nom de Commission d'accès et de diffusion des données publiques (CADDP).

Pour remplir son nouveau rôle de gestion du secteur des données publiques, il reste que la culture et le fonctionnement de la Commission devront être modifiés

Le Forum propose de constituer un organisme tripartite composé de représentants des producteurs et détenteurs des données publiques, des acteurs privés du secteur de la diffusion et des utilisateurs finaux. Cet organisme serait présidé par un magistrat, membre des juridictions administratives ou judiciaires. Des personnalités qualifiées apporteraient également leur expertise. À ce titre, **le Forum recommande qu'un membre de la Commission nationale de**

l'informatique et des libertés (CNIL) puisse siéger afin d'assurer une coordination des travaux menés par les deux instances.

Témoin de ce positionnement triparti, l'instance nouvellement créé siégera dans un lieu neutre, distinct d'une administration ou d'une juridiction.

Par ailleurs, même si la CADA constitue une « *autorité administrative* », le fait de donner compétence à cet organisme pour gérer le secteur de la diffusion des données publiques ne réduit pas la question à un simple problème de droit administratif. Le Conseil d'État intègre, en effet, au sein de son bloc de légalité s'appliquant à la sphère administrative, à la fois les aspects de droit de la concurrence²²⁸ et les aspects de droit de la propriété intellectuelle²²⁹. Le droit utilisé par le nouvel organisme pour apprécier les pratiques des producteurs ou des diffuseurs reposera donc à la fois sur des aspects de droit administratif, mais également de droit privé (droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle voire droit de la consommation).

Enfin, la CADDP publiera chaque année un rapport annuel réalisant un tableau de bord du secteur de la diffusion de l'information. En particulier, la CADDP déterminera les difficultés rencontrées par les acteurs et appréciera les possibilités d'intervention de chaque producteur sur un marché concurrentiel compte tenu de l'évolution des technologies.

La création d'organismes sectoriels : les « comités données publiques »

Chaque secteur de diffusion des données publiques connaît de nombreuses spécificités en raison d'acteurs très différents, de l'absence de représentants uniques en matière de données publiques et du caractère complexe des enjeux. Les auditions menées par le groupe de travail ont ainsi montré que certains secteurs nécessitent une régulation spécifique, notamment en raison de l'importance des litiges ou des enjeux en cause. Tel est le cas du domaine juridique, du domaine économique, du domaine statistique, du domaine géographique et du domaine culturel.

Afin de prendre en compte les spécificités propres à ces secteurs, **le Forum recommande la création de « comités données publiques » chargés de réguler ces secteurs.**

²²⁸ Pendant de nombreuses années, le Conseil d'État et le Conseil de la concurrence ont appliqué les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui transposée aux articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce, aux seules activités de production, de distribution et de service des personnes publiques ; se refusant à apprécier la légalité des actes réglementaires au regard de ces dispositions. Un arrêt de Section du Conseil d'État du 3 novembre 1997 (*Société Million et Marais*) réalise un revirement important puisque le juge administratif décide d'apprécier la légalité d'un acte administratif au regard du droit de la concurrence. Cette intégration est réaffirmée par des décisions ultérieures admettant la saisine pour avis du Conseil de la concurrence (CE, Section, 26 mars 1999, *Société Eda*) ou la sanction de l'autorité publique en cas d'adoption de dispositions anticoncurrentielles (CE, 29 juillet 2002, *Société Cégédim*).

²²⁹ Voir à ce propos : CE, Ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotions et autres* ; AJDA 1997, p. 89, note Herbert Maisl.
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXAX1996X07X0000068702>

Ces organismes sectoriels se verraient déléguer la quasi-totalité des compétences de l'organisme central dans le domaine dont ils sont en charge. **Il s'agit d'une réelle délégation de compétence et non d'une délégation de signature.** Ainsi, ils devront être saisis, pour avis, par les producteurs et détenteurs des données publiques sur les conditions générales des licences de rediffusion, sur les tarifs de mise à disposition des données et sur les demandes d'attribution de licences de rediffusion. L'administration pourra également les saisir pour avis sur la création et le développement de bases de données internes. Enfin, ces organismes auront la faculté d'établir des codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques à l'intention de l'ensemble des acteurs du secteur dont ils sont en charge.

Ils pourront également être saisis par le producteur et le détenteur ou le rediffuseur privé d'un litige les opposant. Cette saisine sera également non exclusive des autres voies de recours existantes.

La CADDP conservera ses compétences dans le cas de secteurs non gérés par un « comité données publiques » où dès lors que les questions soumises sont multisectorielles (cas des licences ou des litiges touchant des produits réalisés en partenariat par plusieurs producteurs publics différents). Le rapport annuel réalisé par la CADDP intégrera les synthèses réalisées par chacun des comités sectoriels.

Ces organismes devront être créés sur le modèle du Comité du service public de diffusion du droit sur internet par un acte réglementaire sur proposition de la CADDP. Leur composition devra revêtir une forme tripartite intégrant à la fois des représentants des producteurs et détenteurs des données publiques, des rediffuseurs de ces données, et des utilisateurs finaux. Ils seront présidés par une personnalité indépendante. Une telle composition permettra à l'organisme d'assurer la prise en compte de l'ensemble des intérêts lors de l'examen des conditions générales et particulières de réutilisation des données.

Enfin, ces organismes seront par nature évolutifs. Ils pourront disparaître ou apparaître en fonction des besoins d'un secteur. Afin d'éviter la création de nombreux organismes, il est possible de faire évoluer d'une part la composition de certaines structures en y intégrant des représentants de rediffuseurs et d'utilisateurs et d'autre part, les missions qui leur sont actuellement dévolues. Tel pourrait être le cas du Comité national de l'information géographique (CNIG)²³⁰ ou du Comité national de l'information statistique (CNIS)²³¹.

²³⁰ Le CNIG institué par le décret n° 85-790 du 26 juillet 1985 est notamment chargé d'examiner et de coordonner « *les programmes annuels ou pluriannuels de production et de diffusion de l'information géographique exécutés par l'État ou avec son concours financier* ». Sa composition intègre uniquement des représentants des producteurs de l'information géographique, des ministères et quatre élus locaux. Les rediffuseurs ne participent pas à ses travaux. <http://www.cnig.fr>

²³¹ Le CNIS est chargé par le décret n° 84-628 du 17 juillet 1984 d'assurer, « *pour ce qui concerne l'information statistique, la concertation entre les utilisateurs de l'information, les services publics et, dans la mesure où ils y sont soumis, les autres services producteurs d'informations statistiques* ». Cette mission de concertation ne porte que sur la coordination des enquêtes statistiques et non sur l'ensemble de l'activité de l'INSEE comme la diffusion de ses données. Le CNIS regroupe de très nombreux représentants (plus d'une centaine de membres) émanant de tous les environnements (associations professionnelles, personnalités qualifiées, représentants de ministères et d'organismes, syndicats de salariés, etc.). <http://www.cnis.fr>

La création de « correspondants données publiques »

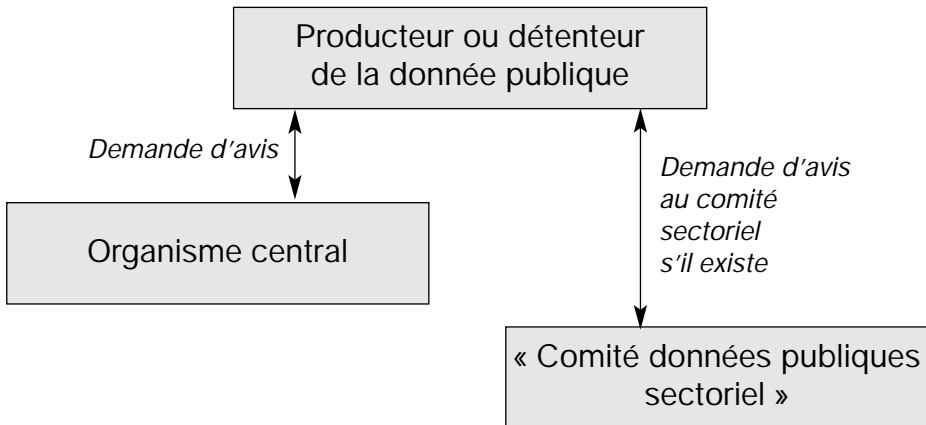
Compte tenu du rôle central de l'administration dans la diffusion des données publiques, il est apparu nécessaire au Forum d'identifier au sein de chaque producteur et détenteur un interlocuteur unique basé sur le modèle des correspondants « informatique et libertés »²³².

Appelée « correspondant données publiques », cette personne serait en charge l'identification et l'inscription des données publiques par leur administration au sein de la base de données disponible en ligne. Ils auront également une fonction de représentation de leur administration au sein des organismes de concertation, central ou sectoriels.

Enfin, et afin d'assurer une cohérence des politiques de diffusion entre les différentes administrations productrices et détentrices, il semble important d'instaurer une coordination interministérielle sur ces questions au sein de l'Agence pour le développement de l'administration électronique²³³.

Synthèse

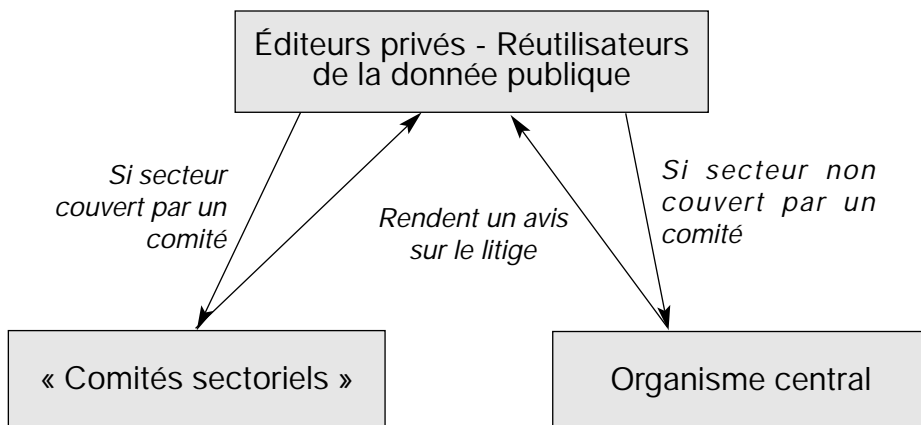
Exemple d'avis sur les clauses des licences et les tarifs pratiqués :



²³² Institués par la circulaire du 12 mars 1998, ces hauts fonctionnaires sont les correspondants, au sein de chaque ministère, du commissaire du gouvernement auprès de la CNIL. Ils ont pour fonction de veiller à la protection de la vie privée dans les traitements automatisés. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=PRMX9310900C>

²³³ Cette agence a été créée par le décret n° 2003-141 du 21 février 2003 portant création de services interministériels pour la réforme de l'État. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=PRMX0300005D>

Exemple d'avis sur un différend :



Conclusion : la transposition normative

La diffusion des données publiques étant étroitement liée à l'accès aux documents administratifs, la transposition normative de l'ensemble des propositions développées pourrait recourir à un texte législatif, complété par divers textes d'application.

Un texte législatif paraît nécessaire compte tenu de l'insuffisance normative de la circulaire Balladur de 1994. Un texte de valeur législative fixant les principes généraux de la matière et le mode de régulation de cette dernière semble le mieux adapté au traitement du secteur de l'information.

Cette loi pourrait procéder soit à une modification de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs en procédant à son changement de nom afin d'intégrer l'aspect correspondant à la diffusion des données publiques.

Une seconde solution pourrait consister en l'abrogation de la loi du 17 juillet 1978 et l'adoption par le Parlement d'un nouveau texte unique relatif à l'accès et à la diffusion des données publiques.

Ce texte législatif devra être complété par des décrets et circulaires venant, d'une part modifier le mode de fonctionnement de la Commission d'accès aux documents administratifs pour le mettre en conformité avec les principes posés et d'autre part, pour constituer et organiser le fonctionnement des organismes de concertation mis en œuvre et fixer les principes et les règles applicables à la diffusion des données publiques.

Annexe 1

Composition du groupe de travail

Isabelle FALQUE-PIERROTIN, présidente du Conseil d'orientation du Forum des droits sur l'internet

Denis CRISTOPHE et **Patrice PLATEL**, Mission d'organisation des services du Premier ministre, secrétariat général du Gouvernement

Bertrand DELCROS, Commission des archives constitutionnelles de la V^e République

Michèle LEMU, Commission « Droit », Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS)

Herbert MAISL, conseiller d'État

Sophie MOATI, directrice de La Documentation française

Isabelle ROUX-TRESCASES, chef de service pour le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Emmanuel TEXIER, directeur du département « Information Entreprises », Coface Scrl

Emmanuel TOIS, auditeur à la Cour de cassation

La coordination des travaux était assurée par **Bertrand DELCROS** puis par **Benoit TABAKA**, chargé de mission au Forum, rapporteur du groupe.

Annexe 2

Personnes auditionnées par le groupe de travail

Pascale BERTELOOT, chef de l'unité « Accès au droit », Office des publications officielles des Communautés européennes (OPOCE)

Sophie BOISSARD, rapporteure générale, Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)

Bernard BONJEAN, président de la Commission « Droit », Syndicat national de l'édition

Jean-Michel BRUGIERE, maître de conférences à l'université d'Avignon

François BRUN, directeur général adjoint, Institut géographique national (IGN)

Serge CHAMBAUD, responsable du département documentation et information, Institut national de la propriété industrielle (INPI)

Astrid FLESC, responsable juridique, Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)

Claire GERMAIN, Law Librarian et Professor of Law, Cornell Law School

Michel JACOD, directeur de la diffusion et de l'action régionale, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)

Jean-Pierre QUIGNAUX, chargé de mission, Union nationale des associations familiales (UNAF)

Marianne LEVY-ROSENWALD, conseiller-maître à la Cour des comptes, médiatrice de l'édition publique

Jean MARTIN, avocat à la cour

Ruth MARTINEZ, déléguée générale, Groupement français de l'industrie de l'information (GFII)

Philippe NASSE, président de chambre, Conseil de la concurrence

Bertrand NOUEL, avocat associé, cabinet Gide Loyrette Nouel

Marie-Pierre OMBREDANNE, directeur Syndication, Le Figaro

Amador RODRIGUEZ, chef de l'unité « Information et diffusion », Office statistique des Communautés européennes (Eurostat)

Elisabeth VERRY, présidente de l'Association des archivistes français, directrice des archives départementales du Maine-et-Loire

Lore VIALLE-TOURAILLE, chargée de mission, Syndicat national de l'édition

Ivo VOLMAN, DG Société de l'information, Commission européenne

Le rapporteur du groupe de travail a, en outre, entendu :

Bruno MARTIN-LAPRADE, conseiller d'État, président du Comité du service public de diffusion du droit sur l'internet

Maurice RONAI, chercheur, École des hautes études en sciences sociales

Annexe 3

Avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et autres droits voisins

TITRE V : DROIT D'AUTEUR DES AGENTS PUBLICS

Article 34

Le troisième alinéa de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle est modifié ainsi qu'il suit :

« Hors les exceptions prévues par le présent code, ni l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit, ni sa qualité d'agent public n'emporte dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er} du présent article ».

Article 35

Il est inséré, après l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle, un article L. 121-7-1 ainsi rédigé :

« Le droit de divulgation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions s'exerce dans le respect des règles édictées par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique.

L'agent ne peut

1°) s'opposer à la modification de l'œuvre par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique dès lors qu'elle est justifiée par la mission de service public

2°) exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique ».

Article 36

L'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle est complété par les alinéas suivants :

« Le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'État, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à caractère administratif qui l'emploie, est par le seul effet de la création, cédé à l'État, la collectivité territoriale ou l'établissement public à caractère administratif, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public et à la condition que cette œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public ou d'une exploitation commerciale.

L'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics à caractère administratif disposent pour exploiter ou faire exploiter en dehors du service public ou commercialement l'œuvre ainsi créée, d'un droit de préférence dont les conditions d'exercice sont fixées par décret en Conseil d'État » .

Annexe 4

Éléments bibliographiques

• Ouvrages

BRUGIERE J.-M., *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002.

CAPUL J.-Y., *L'internet*, La Documentation française, 2000.

COLLECTIF, « Les données publiques : un gisement à exploiter ? », *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 1994.

GUGLIELMI G.-J. et KOUBI G., *Droit du service public*, Montchrestien, 2000.

MAISL H., « Le droit des données publiques », *LGDJ*, 1996.

RONAI M., *Données publiques : accès, diffusion, commercialisation. Problèmes politiques et sociaux*, La Documentation française, 1996.

• Rapports officiels

GAUDRAT P., *Commercialisation des données publiques*, La Documentation française, 1992.

MANDELKERN D., *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, La Documentation française, 2000.

ORY-LAVOLLEE B., *La diffusion numérique du patrimoine, dimension de la politique culturelle*, La Documentation française, 2002.

SOUBIE P., *Diffusion des données publiques et marché de l'information*, Association Communication publique, 1997, <http://www.adminet.com/compub.html>.

Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ?

Recommandation adoptée le 8 juillet 2003

Introduction

Les forums publics de discussion comptent parmi les innovations majeures de l'internet. Ils permettent à des individus de s'exprimer et de débattre librement de n'importe quel point de la planète et à très peu de frais. Ce sont des outils nouveaux de liberté d'expression et de communication citoyenne. Les forums peuvent cependant être des lieux de mise en ligne de contenus illicites ou préjudiciables (propos racistes, révisionnistes, dénigrants, portant atteinte au droit à l'image ou aux droits d'auteur...). Un équilibre doit donc être trouvé entre liberté d'expression et respect des lois.

Suite à la publication de messages injurieux, diffamatoires ou dénigrants sur divers forums web ²³⁴, les tribunaux français ont été amenés à se prononcer sur la responsabilité des organisateurs de forums de discussion. C'est ainsi que les affaires « *Boursorama* » (TGI Paris, 18 février 2002 ²³⁵), « *Scouts d'Europe* » (Trib. corr. de Rennes, 27 mai 2002 ²³⁶), « *Père Noël* » (TGI Lyon, 28 mai 2002 ²³⁷) et « *Domexpo* » (TGI Toulouse, 5 juin 2002 ²³⁸), qui ont donné lieu à des solutions parfois contradictoires entre elles, ont démontré les difficultés d'application des textes législatifs et des principes jurisprudentiels au cas des forums de discussion.

Le Forum des droits sur l'internet a souhaité constituer, dans un premier temps, un dossier d'analyse ²³⁹ sur le cadre juridique de cette activité. Ce dossier, pour la rédaction duquel plusieurs experts ont été consultés, a été mis en ligne le 18 juillet 2002. Il révélait plusieurs incohérences dans l'application du droit positif français et la persistance de nombreuses incertitudes pour les organisateurs de forums de

²³⁴ Par « forums web », nous entendons tout forum de discussion mis en ligne sur le world wide web. Cette notion exclut les forums *Usenet* (voir partie « Aspects techniques et particularités des forums de discussion électroniques »).

²³⁵ Décision disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=316>.

²³⁶ Décision disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=582>.

²³⁷ Décision disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=323>.

²³⁸ Décision disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=337>.

²³⁹ « Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion », dossier du Forum des droits sur l'internet, *Légipresse*, n° 194, septembre 2002, IV, 75 ; également disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=358>.

discussion dans l'attente de la transposition de la directive européenne sur le commerce électronique du 8 juin 2000²⁴⁰.

Cette situation nécessitait l'organisation d'une concertation entre les acteurs impliqués dans l'organisation de forums de discussion sur le web, d'autant que ces derniers sont soucieux d'obtenir une égalité de traitement juridique pour l'exercice d'activités similaires.

Objectifs

Le but du groupe de travail ainsi constitué est de définir un cadre de responsabilité clair pour tous les participants et organisateurs de forums web ainsi que les conditions et les outils d'un exercice responsable de cette activité, dans ses aspects marchand et non marchand.

Plus précisément, le groupe de travail a souhaité identifier les conditions d'exercice de la modération et élaborer une charte type à l'attention des organisateurs de forums de discussion.

Cette démarche s'inscrit dans le cadre des discussions ayant lieu sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) et du premier bilan que la Commission européenne doit effectuer en juillet 2003 sur l'application de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 dans les États membres.

Méthodologie suivie

Le groupe de travail a entrepris une étude précise du fonctionnement de divers forums de discussion et de la manière dont ils sont gérés « sur le terrain ». Il est donc parti de l'observation de la pratique en procédant à l'audition d'acteurs représentatifs ayant une expérience ou ayant mené une réflexion relative à l'exploitation des forums de discussion marchands et non marchands, à la modération, et à l'utilisation des forums.

Plusieurs aspects techniques ont ensuite été rappelés aux membres du groupe de travail pour l'amener à comprendre la manière dont fonctionnent précisément les forums web et ceux utilisant le protocole NTTP (forums *Usenet*), le cheminement des messages, le lieu où ils sont stockés physiquement, le rôle technique de chacun des acteurs et les accès réservés.

Le groupe a ensuite procédé à une analyse sociologique des pratiques et usages au sein des lieux de discussions interactives avant d'affiner l'expertise juridique qui avait été menée pour la constitution du dossier de réflexion du 18 juillet 2002²⁴¹.

²⁴⁰ Cette transposition est prévue au sein du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique qui a été présenté par le gouvernement au Conseil des ministres le 15 janvier 2003. Ce projet de loi doit faire l'objet d'un examen en seconde lecture par les parlementaires avant d'être définitivement adopté.

²⁴¹ « Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion », dossier du Forum des droits sur l'internet, *Légipresse*, n° 194, septembre 2002, IV, 75 ; également disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=358>.

Plan du rapport

Le présent rapport étudie tout d'abord les caractéristiques techniques des forums de discussion. Elle procède, en second lieu, à l'analyse de l'organisation et des usages des forums web. Sont ensuite évoqués les moyens de régulation pratiqués sur ces forums avant d'aborder les aspects juridiques de la responsabilité des organisateurs, en tenant compte du principe de liberté d'expression.

Sur la base de cette étude, plusieurs recommandations précises sont formulées à l'attention du juge et des organisateurs de forum de discussion.

Aspects techniques et particularités des forums de discussion électroniques

Lors de la conception du réseau Arpanet, en 1969, l'accent des concepteurs avait d'abord été mis sur le partage de ressources matérielles. Puis la messagerie s'est imposée à partir de l'intégration des fonctions réseaux dans les systèmes *Unix BSD* et par la création du protocole SMTP. L'idée et la pratique de communication de groupe, déjà présentes dans le projet MULTICS ²⁴², se réaliseront pleinement, entre autres, à travers le système de communication *Usenet* ²⁴³ ayant permis la création de milliers de *newsgroups* (ou groupes de discussion), différents réseaux de *Bulletin Board System* (BBS), puis le logiciel *Listserv*, favorisant la gestion des listes de discussion par courrier électronique et l'archivage des conversations et, enfin, les forums web (ou *Net forums*) permettant à tout webmestre d'ajouter un forum de discussion à son site web.

On répertorie ainsi deux grandes catégories de forums de discussion sur l'internet : les forums *Usenet* et les forums web. Il est important de connaître leurs caractéristiques techniques respectives et d'identifier ce qui les différencie des réunions « physiques ».

Aspects techniques

Les forums *Usenet*

Usenet est un réseau doté d'une discipline et d'une culture commune, internationale, codifiée, avec des variantes nationales. Son organisation est structurée et internationale. On y accède facilement par le logiciel de messagerie.

Les forums présents sur le réseau *Usenet* sont dits « partagés » ou « répliqués » car ils sont relayés par les fournisseurs d'accès à l'internet qui le souhaitent. Il en existe aujourd'hui entre 15 et 20 000.

Un nouveau groupe peut être créé par un utilisateur qui, pour en justifier le thème, doit faire un appel au vote. Le groupe est créé lorsqu'il obtient au moins 66 % de

²⁴² *Multiplexed Information and Computing Service* : système d'exploitation en temps partagé développé à la fin des années soixante par *Bell Labs*, le *MIT* et *General Electric*.

²⁴³ Documenté par les RFC 850 en 1983 et 1036 en 1987.

votes positifs et 100 voix de plus que les votes négatifs. La procédure peut se prolonger sur environ six mois. Lorsque le groupe est créé, il est automatiquement proposé sur l'ensemble des serveurs de *news* mais pas nécessairement relayé par chacun des fournisseurs d'accès à l'internet. On estime que le créateur de ce groupe en est le propriétaire.

Toujours utilisé aujourd'hui, *Usenet* enregistrait, au mois de novembre 2002, 367 478 articles postés par 34 831 auteurs (dénombrés par leurs adresses de courriers électroniques) sur les 319 groupes de discussion francophones.

Le moteur et annuaire de recherche *Google* et d'autres services tels que *forum.fr* reproduisent à l'identique l'ensemble des messages postés sur la plupart des forums *Usenet* depuis le début des années quatre-vingt-dix.

Les forums du réseau *Usenet* présentent des caractéristiques de fonctionnement qui les distinguent des forums web. Antoine Drochon ²⁴⁴ propose de les identifier à travers les modalités de participations et de régulation.

Postage et consultation des messages

Les messages postés sur un forum *Usenet* sont reproduits sur l'ensemble des serveurs reliés entre eux qui n'auraient pas « banni » ce forum.

Pour être lus par l'utilisateur, les messages doivent être téléchargés sur son disque dur par l'intermédiaire d'un logiciel spécifique (à moins qu'ils ne soient consultés sur *Google*). Ce logiciel est généralement le même que celui permettant de gérer une boîte aux lettres électronique. Les messages téléchargés sur *Usenet* peuvent ainsi être consultés hors ligne.

Retrait et modération des messages

La plupart des forums du réseau *Usenet* ne sont pas modérés. Une modération peut toutefois être prévue par le propriétaire du groupe et être effectuée *a priori* (avant que le message ne soit rendu public) ou *a posteriori* (après que le message ait apparu sur le forum). L'ordre de suppression d'un message donné par un modérateur a pour effet de répliquer l'effacement sur tous les serveurs reliés.

Il existe par ailleurs des robots modérateurs qui détectent, avec plus ou moins d'exactitude, certains contenus indésirables en recourant à une liste de mots-clés. L'action de ces robots est destinée à faciliter le travail d'un modérateur, personne physique, qui devra vérifier les contenus litigieux répertoriés.

L'auteur du message peut procéder lui-même au retrait d'un message posté dans un *newsgroup*. L'ordre de suppression donné par l'utilisateur est également répercuté sur tous les serveurs reliés entre eux et sur *Google*.

En revanche, le fournisseur d'accès relayant des forums *Usenet* ne peut supprimer un message sur l'ensemble des serveurs que s'il est le « serveur source », c'est-à-dire si la personne ayant posté un message est l'un de ses abonnés.

²⁴⁴ Audition d'Antoine Drochon (association *Vivrelenet*) au Forum des droits sur l'internet, le 5 novembre 2002.

Google répercuté les principales actions effectuées sur *Usenet* : messages postés ou effacés.

On pourra bien entendu s'interroger sur la compatibilité entre les principes posés par la directive de 1995 relative à la protection des données personnelles et le stockage de ces informations effectuées sur *Google* à l'insu des utilisateurs. Il convient de noter toutefois la possibilité pour chacun des utilisateurs, d'une part, de supprimer un message *a posteriori* du réseau *Usenet*, l'action étant répercutée sur *Google*, et, d'autre part, de refuser l'indexation sur *Google* en plaçant l'instruction suivante dans l'en-tête du message posté : « X-No-Archive : yes »²⁴⁵.

Forums web (ou *Net forums*)

Il s'agit de distinguer deux types de forums web :

- les forums à part entière ou « indépendants » ;
- les outils de discussion dont le message prend la forme d'un véritable article ou sites « collaboratifs » (ex. forums exploitant le logiciel libre SPIP ; *Linuxfr.org*).

On peut mettre en œuvre un forum web par l'installation d'un programme et de *scripts* ou par location d'une solution de forums de discussion proposée par un service d'hébergement spécialisé (ex. *les-forums.org*).

Il existe deux possibilités pour effacer un message ; une première, dite « physique », où le message est effacé purement et simplement de la base de données et une seconde, dite « logique », où le message est effacé aux yeux du public mais conservé dans un fichier spécifique.

L'internaute peut retirer lui-même son message sur certains types de forums de discussion (ceux qui utilisent le programme *phpBB* ou d'autres logiciels de forums accompagnés de *scripts* spécifiques). La seule condition pour qu'un auteur puisse effacer son propre message est qu'il ait été authentifié par un nom d'utilisateur et un mot de passe.

Certains logiciels et certains *scripts* permettent à l'administrateur de retirer ou de modifier le contenu de leurs messages. Suivant les caractéristiques du logiciel, les différentes versions d'un message modifié peuvent être ou non conservées.

Enfin, les données de connexion qui sont conservées par les logiciels de forums permettent de faire la différence entre deux actions : la simple lecture du message et le postage d'un message. Cette distinction permettra aux services d'enquête, qui auront requis la communication de ces données, de retrouver plus facilement l'auteur véritable d'un message.

Les caractéristiques techniques des deux principales catégories de forums de discussion disponibles sur l'internet ayant été exposées, il s'agit de rappeler les

²⁴⁵ La parade n'est cependant pas ultime. La fonction « X-No-Archive : yes » étant une convention propriétaire de *Google*, d'autres moteurs de recherche peuvent référencer le message. Par ailleurs, la réponse effectuée par un participant à un message ayant refusé l'indexation est susceptible d'être référencée, si elle ne prévoit pas elle-même de placer l'instruction « X-No-Archive : yes ». Or, les réponses contiennent généralement tout ou partie du message auquel elles répondent.

différences essentielles existant entre les forums de l'internet et les réunions physiques.

Différences essentielles entre les forums électroniques et les réunions « physiques »

À travers la notion de forum, il y a celle de public. La définition qu'en donne *Le Robert* est celle d'une « place de marché dans l'antiquité romaine », un « lieu » où se discutent les affaires publiques ou la « réunion » qui s'y tient.

Michel Elie ²⁴⁶ dénombre les différences essentielles qu'il convient de relever entre les forums de discussion électroniques et les réunions « physiques » ou dites « présentielles ».

En premier lieu, les forums électroniques permettent une communication asynchrone entre « absents », c'est-à-dire entre personnes qui ne sont pas présentes physiquement au même endroit et dont les propos ne s'échangent pas au même moment. Les participations sont intermittentes et parfois brouillées par d'autres activités. Ces premières caractéristiques conditionnent, comme nous le verrons plus tard, la qualité des échanges qui ont lieu sur les forums de discussion.

En second lieu, les discussions sont écrites et mémorisées pour une durée plus ou moins longue sur un support informatique. Elles peuvent être postées en plusieurs endroits à la fois (caractère d'ubiquité).

Ces particularités posent, selon Michel Elie, la question du « *droit fondamental à retirer un message, corrélatif à la responsabilité de l'auteur de celui-ci* ». L'utilisateur devrait également pouvoir demander, ajoute-t-il, qu'un message ne puisse être recherché par un moteur de recherche. Michel Elie propose comme voie de solution de labelliser les logiciels de forum de discussion pour les obliger à fournir un certain nombre de fonctions allant dans ce sens.

Enfin, un message peut, suivant les fonctionnalités et la configuration du logiciel de forum, contenir des hyperliens ou des documents attachés. Cette dernière possibilité pose notamment des problèmes au regard des droits d'auteur, puisque de nombreux fichiers contrefaisants peuvent s'échanger sur les forums de discussion, ou d'ordre public (échange de photographies représentant des mineurs dans des scènes pornographiques ou violentes).

Les aspects et les particularités techniques des forums de discussion ne doivent pas occulter la manière dont ils sont utilisés par l'humain. Cette utilisation s'analyse sous deux angles : l'organisation et la participation aux forums.

²⁴⁶ Audition de Michel Elie (président de l'Observatoire des usages de l'internet) au Forum des droits sur l'internet, le 21 novembre 2002.

Organisation et usages des forums web

L'organisation de forums de discussion répond à certaines généralités qu'il est nécessaire de rappeler avant de s'intéresser à des exemples précis. Nous aborderons ensuite les aspects sociologiques relatifs aux usages constatés au sein des lieux de discussions interactives.

Généralités relatives à l'organisation des forums web

Processus d'organisation d'un forum de discussion

La mise en œuvre d'un forum de discussion représente un processus avec un début et une fin ²⁴⁷. De l'ouverture à la fermeture du forum, l'organisateur pourra prévoir plusieurs étapes, dont : la présentation des acteurs, la présentation du forum, le démarrage du forum, le déroulement de phase, la synthèse de phase, la synthèse générale et la conclusion.

Certains forums sont gérés de manière beaucoup plus libre et laissent aux intervenants la possibilité de mener leur discussion comme ils l'entendent, sans qu'il leur soit imposé une limitation dans le temps pour poursuivre les débats.

Les acteurs d'un forum (identification des responsabilités potentielles)

Les fournisseurs de solutions de forums de discussion

Il s'agit du prestataire – dit « *Application Service Provider (ASP)* » (ex. *les-forums.org*) – qui propose des solutions de forums de discussion aux webmasters n'utilisant pas de logiciels permettant d'en créer un et assure l'hébergement « physique » des données.

Il va de soi, selon le groupe de travail, que cet acteur n'a qu'un rôle d'intermédiaire parfaitement identique à celui du fournisseur d'hébergement : il fournit l'outil technique qui sera exploité par une tierce personne en vue d'organiser une communication sur l'internet.

Les organisateurs

Parmi les organisateurs, on peut distinguer les rôles suivants ²⁴⁸ :

- **Le commanditaire** : le commanditaire est la personne qui initie le forum de discussion. Il est donc l'organisateur principal ²⁴⁹.

Il peut s'agir indistinctement de la personne créant directement son propre système de discussion sur son site web ou exploitant un service préexistant (création d'un

²⁴⁷ Voir Michel Elie, « Analyse de forums internet : observation, diagnostic et typologie », *OUI.net*, 5 août 2002, <http://www.oui.net/usages/associatif/index3.htm>.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ Le terme d'« organisateur de forums de discussion » généralement employé au sein de cette recommandation désigne plus précisément le commanditaire.

forum sur *Usenet* ou sur tout service web permettant d'initier et de gérer un forum de discussion).

La responsabilité du commanditaire du forum de discussion constitue la problématique centrale du présent rapport. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure cet acteur peut bénéficier du régime de responsabilité imputable aux « hébergeurs », c'est-à-dire aux personnes désignées à l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, et les cas dans lesquels il serait plutôt soumis au droit commun de la responsabilité civile (article 1382 et 1383 du Code civil) ou à une responsabilité de type éditoriale pour les infractions de presse (article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle).

- **Le modérateur** : personne chargée de la supervision des messages. Le modérateur dispose des codes nécessaires pour administrer les messages proposés ou déjà publiés sur un forum de discussion. Il peut s'agir du commanditaire lui-même ou de toute autre personne désignée par lui ou par un processus de désignation qu'il aura mis en place.

L'étude de la responsabilité du modérateur est problématique dans la mesure où cette personne dispose, en quelque sorte, des pleins pouvoirs pour modifier le contenu d'une contribution. Cette faculté devrait faire peser sur cet acteur, ou sur son commanditaire, une importante responsabilité juridique, sinon morale. Pour autant, nous le verrons plus loin, la mise en œuvre d'une modération repose sur la volonté du commanditaire de « réguler » les débats. Il peut choisir ou non de les modérer ou de les faire modérer. Si tel est le cas, le modérateur peut avoir pour mission de retirer tout message ne respectant pas les termes de la charte de participation, et notamment le sujet de conversation qui y est généralement désigné, et/ou de retirer d'un message un passage qui lui semblerait par trop agressif, insultant ou provocateur.

Le rôle du modérateur n'est cependant pas de modifier le sens ou la portée du message. Il s'agirait donc d'encourager l'activité du modérateur plutôt que de faire peser sur celle-ci une responsabilité trop lourde, d'autant que ce dernier bénéficie rarement d'une formation juridique lui permettant de distinguer véritablement le licite de l'illicite.

- **Les animateurs** : personnes chargées de lancer et d'alimenter les débats. Il n'est pas rare que le modérateur joue ce rôle. De par leur implication dans le déroulement d'un débat, les animateurs peuvent être amenés à réguler les propos qui y sont tenus. Ils disposent pour cela de plusieurs techniques qui peuvent notamment consister à rappeler régulièrement aux participants les termes de la charte du forum (respect du sujet, des règles de bonne conduite...) ou à demander à un participant de bien vouloir nuancer ou modérer ses propos.

Selon le groupe de travail, les animateurs devraient *a priori* n'avoir à assumer la responsabilité que de leurs propres propos.

Précisons qu'il n'est pas rare que les modérateurs et les animateurs soient « recrutés » parmi les contributeurs à un forum. Il ne s'agit que très rarement de « professionnels » ou de personnes rémunérées. Il est d'ailleurs fréquent que le commanditaire ne les connaisse pas personnellement.

Les utilisateurs

Les utilisateurs des forums de discussion peuvent endosser différents rôles, cumulativement ou séparément. On distingue ainsi les rôles du lecteur de celui du contributeur.

- **L'utilisateur-lecteur** : beaucoup d'utilisateurs ne font que lire les débats qui ont lieu dans un forum de discussion sans vouloir y contribuer. Ils sont en ce sens simples destinataires ou « consommateurs » des contenus mis en ligne sur un forum.

En dépit de leur apparente passivité, leur attitude ne sera pas forcément neutre. Ces derniers peuvent en effet stocker des messages à caractère illicite (messages à caractère pédophile, documents attachés contrefaisants...) risquant de les placer dans la situation de receleur d'objet ou d'information illicite, de contrefacteur ou de complice de l'une de ces qualifications. Ils peuvent également reprendre des messages postés sur un forum pour les poster sur d'autres forums ou d'autres supports, risquant ainsi de se rendre coupable de contrefaçon.

- **L'utilisateur-contributeur** : le contributeur d'un forum de discussion est l'auteur d'un ou plusieurs messages. Il détermine le contenu d'un message avant que celui-ci ne soit affiché sur un forum. Certains *scripts* ou logiciels lui permettent de procéder à la suppression d'une contribution postée sur un forum web, voire même, parfois, à sa modification. Notons que la possibilité de supprimer un message est permanente sur les forums *Usenet* et que cette possibilité devrait, selon le groupe de travail, lui être également autorisée sur les forums web.

En tout état de cause, les membres du groupe de travail se sont entendus sur le fait que l'utilisateur-contributeur devait être responsable au premier chef de ses propres écrits.

Se pose néanmoins une question pratique : comment poursuivre en justice l'auteur d'un message qui ne se serait pas clairement identifié ?

Une solution envisageable serait d'inciter l'organisateur de forum à deux actions concrètes :

- proposer une procédure d'inscription au cours de laquelle il serait demandé à l'utilisateur-contributeur de décliner son identité réelle ;
- détenir et conserver ou faire détenir ou conserver par son propre hébergeur « physique » les données de connexion permettant d'identifier l'auteur d'un message.

Les forums de discussion obéissent ainsi à des règles communes faisant généralement intervenir les catégories d'acteurs définies ci-dessus. L'origine de leur création et leur exploitation révèlent toutefois, sur le terrain, une forte hétérogénéité.

Cas concrets d'organisations de forums web

Les forums de discussion sur le web peuvent exister en tant qu'entité à part entière ou accompagner un site ou un service sur le web. Contrairement aux forums sur *Usenet*, les « forums web » peuvent revêtir des formes très différentes suivant le type d'entité qui l'organise, les activités qu'elle exerce et le logiciel ou les *scripts* qu'elle utilise.

Les quelques exemples de forums répertoriés ci-dessous sont classés en fonction de la catégorie d'appartenance des entités qui les gèrent : acteurs non marchands et acteurs économiques.

Les forums organisés par les acteurs non marchands

Beaucoup de forums de discussion disponibles sur le web sont organisés par des personnes physiques ou des associations qui gèrent leur service le plus souvent de manière bénévole.

Parmi ceux-ci, relevons l'existence de forums spécialisés, dédiés par exemple à des étudiants d'une branche particulière, tel que le forum d'une association d'étudiants en médecine (<http://www.blouse-brothers.org>), à une qualité particulière de la population, tels que les consommateurs (<http://www.defense-consommateur.org>), ou à un intérêt précis, tel que les voitures anciennes (<http://www.plein-gaz.com>).

D'autres forums en ligne, toujours créés à l'initiative de personnes physiques, ont des vocations plus généralistes. Un site « indépendant et non marchand » nanti de plusieurs forums de discussion sur des thèmes variés a ainsi été créé par Fabien Penso, président de l'association *LinuxFr* (<http://www.linuxfr.org>)²⁵⁰, au début de l'année 1998.

• *Linuxfr.org*

Le site de l'association *LinuxFr* permet à quiconque de publier un article sur des sujets divers (cinéma, logiciel, presse, GNU, internet, justice...) répondant généralement à la thématique des nouvelles technologies. Chaque article peut être librement commenté par les lecteurs, donnant ainsi lieu à un forum de discussion. Il s'agit donc d'un site contributif qui, selon Fabien Penso, fidélise les participants, ces derniers se sentant responsables de sa qualité générale.

Linuxfr.org comporte deux aspects :

- un aspect éditorial : les articles proposés par les lecteurs sont supervisés et validés par un « modérateur » avant publication ;
- un aspect forum libre : chaque article donne lieu à des discussions plus informelles qui ne sont pas modérées.

Il n'est pas possible d'attacher des documents à l'une ou l'autre des contributions (articles ou commentaires). En revanche les articles permettent de présenter des liens hypertextes.

Linuxfr.org enregistrait au courant de l'année 2002 : 120 millions de hits, 9 000 comptes créés, une moyenne de 5 500 commentaires postés chaque mois par 800 auteurs différents.

La métaphore qui conviendrait le mieux pour les forums de *Linuxfr.org*, selon Fabien Penso, est celle du « café philosophique ».

²⁵⁰ Audition de Fabien Penso (*Linuxfr.org*) au Forum des droits sur l'internet, 24 octobre 2002.

Les forums organisés par les acteurs économiques

Il faut bien entendu compter, parmi les acteurs économiques qui gèrent des forums de discussion, certains fournisseurs de biens et de services présents sur le web. Ceux-ci proposent généralement des forums relatifs aux objets qu'ils commercialisent. Tel est le cas de la *Fnac* (<http://www.fnac.com>) et d'*Amazon France* (<http://www.amazon.fr>) qui permettent à leurs clients de délivrer des commentaires sur un livre, un DVD ou un logiciel. Ces forums sont pour la plupart modérés.

D'autres acteurs économiques proposent de nombreux forums aux sujets variés : les fournisseurs de services internet et les éditeurs de presse présents sur le web.

Les prestataires de services internet

Le Forum des droits sur l'internet a procédé à l'audition de trois importants prestataires de services internet en France : *Wanadoo*²⁵¹, *Yahoo! France*²⁵² et *Tiscali*²⁵³ (gestionnaire des anciens forums de *Respublica*).

• **Wanadoo**

Wanadoo se définit comme un gestionnaire ou exploitant de forums de discussion. *Wanadoo* offre deux types de services de forums de discussion :

- un accès aux *newsgroups* (qui utilisent le réseau *Usenet*) ;
- les forums organisés par *Wanadoo* (<http://forums.wanadoo.fr>) qui ont été créés en 1997. Il en existe une vingtaine sur des thématiques générales (monde, société, sport, musique, littérature et BD, finances...). Tous les forums *Wanadoo* sont modérés *a priori*, c'est-à-dire que les contributions y sont lues et approuvées par un modérateur avant d'être publiées.

L'analogie qui conviendrait le mieux pour les forums de discussion, selon Stéphanie Fougou, est celle du « meeting permanent ».

• **Yahoo! France**

Les services forums (<http://fr.messages.yahoo.com>) du portail et annuaire de recherche *Yahoo! France* ont été lancés récemment. Ils coexistent avec d'autres types de services tels que *Yahoo! Groupes* et *Yahoo! Tchatche*.

Il peut y avoir jusqu'à 40 sujets de discussion par thèmes. Les thèmes généraux sont organisés par *Yahoo! France* et les sujets précis par les utilisateurs, qui mettent donc eux-mêmes leur sujet en ligne.

Les utilisateurs doivent s'enregistrer pour participer ou créer un sujet de discussion. Ils obtiennent ainsi un nom d'utilisateur et un mot de passe. Hélène Langlois, responsable juridique de *Yahoo! France*, précise que cette procédure participe à la

²⁵¹ Audition de Stéphanie Fougou et Frédéric Bojman (*Wanadoo*) au Forum des droits sur l'internet, le 15 octobre 2002.

²⁵² Audition de Hélène Langlois et Xavier Barrière (*Yahoo! France*) au Forum des droits sur l'internet, le 15 octobre 2002.

²⁵³ Audition d'Hervé Simonin et Romaric Lantrua (*Tiscali France*) au Forum des droits sur l'internet, le 5 novembre 2002 (les informations délivrées lors de cette audition ont été réactualisées le 7 juillet 2003).

responsabilisation des utilisateurs. Une contribution n'est vérifiée *a posteriori* que sur report d'abus : toute demande des participants formulée à l'égard d'une contribution litigieuse fait l'objet d'un traitement par une personne dédiée à la gestion des abus. Cette contribution peut alors être supprimée si la violation des conditions générales est avérée.

Le succès de ces forums de discussion – lancés récemment – est encore relativement difficile à apprécier.

Suite à la création de ses forums, *Yahoo! France* a considéré qu'ils relevaient du champ d'application de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sur la communication audiovisuelle dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2000.

Pour Hélène Langlois, l'analogie qui conviendrait le mieux pour les forums de discussion de *Yahoo!* est celle des propos de comptoir tenus à proximité du patron qui peut mettre à la porte celui qui outrepassé les limites, lorsqu'il les entend ou que les clients s'en plaignent de façon justifiée.

• ***Tiscali* (ex-forums de *Respublica*)**

Fournisseur d'accès à l'internet, *Tiscali* est notamment gestionnaire des services suivants : *Respublica* (forums de discussion), *Nomade* (annuaire de recherche) et *Chez.com* (service d'hébergement).

Tiscali fournit aujourd'hui deux types de services de forums de discussion :

- les forums dits « publics » (ou *newsgroups*), qui correspondent aux forums *Usenet* (environ 300 forums), auxquels *Tiscali* donne accès ;
- les forums dits « privés », c'est-à-dire les forums qui sont directement gérés sur le serveur de *Tiscali* et organisés par le prestataire (environ vingt forums).

Tiscali initie, chaque semaine, des sujets de discussion sur les seuls forums privés. Les forums sont simplement répartis par grands thèmes (actualité et société, art et culture, charme, cyber et science...). Tous les forums privés sont modérés, avec une attention particulière à ceux dont les sujets peuvent être sensibles ou adressés à un public sensible.

La publicité diffusée sur les forums de discussion est généralement contextualisée en fonction des thèmes définis ²⁵⁴.

L'analogie qui convient le mieux à Hervé Simonin pour les forums de *Tiscali* est « *un mélange entre les débats de foire d'empoigne, le courrier des lecteurs et le café du commerce* ».

Les grands médias

Le Forum des droits sur l'internet a procédé à l'audition d'organiseurs des forums sur deux grands titres de presse présents sur le web : *Le Monde* ²⁵⁵ et *Libération* ²⁵⁶.

²⁵⁴ Cela signifie que les thèmes publicitaires sont accordés aux thèmes de discussion (art et culture, charme, économie et finances...).

²⁵⁵ Audition de Michel Tatu (*Le Monde*) au Forum des droits sur l'internet, le 15 octobre 2002.

²⁵⁶ Audition d'Hervé Marchon (*Libération*) au Forum des droits sur l'internet, le 15 octobre 2002.

• *Le Monde*

Le Monde gère trente sections de discussions réparties dans une dizaine de catégories générales (<http://forums.lemonde.fr>) : « Dans l'actualité », « International », « France », « Justice »... À l'intérieur de ces sections, les participants peuvent discuter des sujets qu'ils initient, étant entendu qu'ils préfèrent discuter sur des thèmes qu'ils inventent eux-mêmes. Les forums du *Monde* enregistrent environ 2 000 messages par jour (contre 250 au début), 7 000 inscrits au total et 250 contributeurs par jour. Ils constituent le plus fort taux de pages vues après la page de présentation du site *lemonde.fr*.

L'analogie qui convient le mieux à Michel Tatu pour les forums de discussion du *Monde* est celle du préau d'une école ou du « Dazi Bao » chinois. Il n'estime pas satisfaisant d'assimiler les forums de discussion au seul courrier des lecteurs car beaucoup de participants, précise-t-il, ne sont pas lecteurs du *Monde*. La gestion de la rédaction du *Monde* est d'ailleurs séparée de celle des forums de discussion.

• *Libération*

Libération a ouvert ses forums de discussion en 1997 (<http://www.liberation.fr/forum>). Il s'agissait au début d'un outil provisoire qui a finalement duré trois années. De nouveaux forums ont vu le jour en mai 2000 avec des thèmes très précis qui consistent en des questions posées aux lecteurs comme, par exemple : « À quoi sert l'Europe ? », « Quelle recomposition pour la gauche ? » ou « La télé vaut-elle d'être regardée ? ». Les journalistes vont parfois créer des thèmes à la demande des internautes.

Il existe entre quinze et vingt forums auxquels se sont inscrites 25 000 personnes en tout. 732 messages ont été postés chaque semaine entre mai 2001 et mai 2002, soit une moyenne d'un peu plus de 100 messages par jour. Le trafic sur les forums de discussion représente environ un cinquième du trafic global sur le site. Les messages les plus intéressants peuvent être publiés sur le journal.

L'analogie qui convient le mieux à Hervé Marchon, pour les forums de discussion de *Libération*, est celle d'une assemblée nationale. Il ne souhaite pas que la confusion puisse être faite entre le courrier des lecteurs et les forums où les intervenants peuvent discuter entre eux. Malgré l'existence de règles d'organisation communes, les forums de discussion présentent ainsi des réalités souvent différentes. Mais quel que soit le type de forum en question, on peut relever un certain nombre de constantes dans le comportement de ses usagers.

L'usage des forums de discussion (aspects sociologiques)

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de véritable sociologie de l'internet en France. Il paraît en effet difficile d'élaborer une sociologie des usages sur le fondement de l'interaction entre les individus lorsqu'il n'y a pas de visibilité entre eux.

Philippe Rigaut ²⁵⁷, chercheur et enseignant en sociologie, a néanmoins mené une étude sur les usages dans les chambres de discussion virtuelle, les « chats », qui

²⁵⁷ Audition de Philippe Rigaut au Forum des droits sur l'internet, le 5 novembre 2002. Philippe Rigaut est l'auteur de *Au-delà du virtuel – Exploration sociologique de la cyberculture*, Éditions L'Harmattan, Paris, 2001.

présentent quelques-unes des caractéristiques des forums de discussion. Philippe Rigaut tire de son étude six remarques principales.

1) Les usagers ne sont pas réellement eux-mêmes : ils appréhendent le *chat* comme un espace particulier leur permettant de s'échapper spontanément du rôle qui est le leur dans la vie courante. Des individus équilibrés peuvent ainsi se mettre inconsidérément en danger. Par exemple une étudiante de l'université de Metz avait divulgué son numéro de portable sur un *chat* pour son anniversaire sans se rendre compte qu'il s'agissait d'une information indirectement nominative risquant d'être utilisée par d'éventuels « gêneurs ». On peut donc dire que, pour les usagers de ces lieux virtuels, la raison et le jugement sont mis entre parenthèses.

2) Les dimensions communautariste et individualiste sont exacerbées : l'utilisateur investit les lieux et ressent la fierté d'apporter une « pierre à l'ouvrage collectif ». S'agissant des forums de discussion, il aura la conscience de la pérennité de l'écriture.

3) Il est quasi-inévitable que la rencontre avec l'inconnu provoque l'insulte : Philippe Rigaut expose le phénomène connu des anthropologues sous la désignation d'« alliance cathartique » qui consiste, dans certaines civilisations, à s'insulter lors de la première rencontre. Ce phénomène est également observé dans les *chats* et les forums, sans doute en raison du fait de ne pas voir l'autre.

Ainsi, vouloir que les rencontres sur l'internet se passent sous les auspices de la civilité peut paraître inadapté. C'est ignorer que l'incivilité s'opère sous le phénomène de l'alliance cathartique.

4) Le sentiment d'anonymat peut être déclencheur de certains comportements : on peut exercer sa malfaisance à loisir lorsqu'on sent que l'on n'est pas surveillé.

Par ailleurs, il se produit un sentiment d'infériorité en face d'un pseudonyme ne faisant référence à rien de connu, ce qui peut également provoquer une certaine agressivité.

Les usagers ont cependant de moins en moins de complexes à dialoguer sur les *chats*. Entre 1999 et 2000, un nouveau fonctionnement verbal commence à s'imposer témoignant du fait que les *chateurs* ont envie d'inventivité et de courtoisie.

5) Les attitudes agressives tendent à décliner sur les *chats*. Les attitudes hostiles sont en effet régulées par les usagers eux-mêmes, sans pour autant faire référence au droit étatique. Par exemple, sur *Caramail*, il a été reproché à un utilisateur qui avait diffusé des photos d'un leader d'extrême droite de paralyser le fonctionnement du *chat*. Autre exemple : quelqu'un qui avait investi un *chat gay* pour y tenir des propos hostiles envers les homosexuels en a été chassé par les autres usagers qui faisaient référence à une loi morale de tolérance immanente à l'utilisation de l'internet.

6) Il y existe des lieux dédiés à l'exercice d'une agressivité comme, par exemple, les lieux communautaires dédiés au conflit israélo-palestinien. On constate parallèlement une interdiction implicite de s'agresser ailleurs que dans ces « lieux ».

Philippe Rigaut conclut sur le sentiment que les utilisateurs ne tolèrent pas le caractère institutionnel des règles que l'on voudrait leur imposer. Aussi une civilité

propre au Net ne pourrait, selon lui, éviter d'être le reflet d'une certaine agressivité environnante. Le Net n'est de toute façon pas l'endroit, selon lui, où l'on devrait s'y exprimer comme dans les livres. Cette agressivité tend malgré tout à décliner pour trois raisons : la « folie » des premiers temps est passée, les utilisateurs du *chat* étaient pour la plupart des ados – ce qui n'est plus le cas aujourd'hui – et les *chateurs* sont de moins en moins complexés face à l'inconnu. Une conclusion similaire peut être faite sur les forums de discussion.

Les contours de l'organisation et des usages des forums de discussion étant tracés, il s'agit de s'intéresser, plus précisément, à la régulation de ces espaces de discussion.

Régulation des forums de discussion

La régulation des contenus des forums de discussion s'organise globalement autour de trois actions : l'affichage d'une charte de participation, la modération et la gestion des litiges par les organisateurs.

L'affichage d'une charte

La charte d'un forum représente un contrat par lequel les contributeurs s'engagent envers l'organisateur du forum à en respecter les termes pour participer aux discussions.

Ce document contient habituellement plusieurs séries de dispositions relatives :

- **au sujet de discussion** du forum devant être respecté par les participants ;
- **au mode d'emploi** du forum : il s'agit des aspects techniques d'accès et de participation au forum de discussion ;
- **aux règles à respecter** : certaines chartes feront référence, exclusivement ou cumulativement, à la Netiquette, aux règles explicites de bonne conduite qu'il convient de respecter et aux règles de droit ;
- **à la modération** : le type de modération y est décrit (modération *a priori* ou *a posteriori*) ainsi que les raisons sur lesquelles se fonde le modérateur pour accepter ou refuser un message ou pour en modifier le contenu ;
- **à la responsabilité finale des acteurs**, en généralement celle de l'auteur lui-même et à son engagement à respecter les règles de droit en vigueur.

Il est important que ces chartes puissent être compréhensibles par tous et ne décourage pas la participation au forum. Or, beaucoup de chartes sont bien trop complexes pour les usagers. Ces derniers renâclent alors à en prendre connaissance ou sont dissuadés d'intervenir au sein d'un forum dont ils ne saisissent pas les modalités de participation.

Par ailleurs, un certain nombre de chartes font référence à la Netiquette, d'une façon allusive, comme s'il s'agissait d'un ensemble de règles connues de tous. Or, comme le fait remarquer Michel Elie, le nouveau public de l'internet ne sait plus aujourd'hui à quoi la Netiquette fait précisément référence et, d'autre part, une multiplicité de textes définissent sous ce nom des règles parfois différentes et plus ou moins adaptées au public auquel on s'adresse. Ainsi, à côté du texte « fondateur », dont il existe

plusieurs révisions peu ou prou reconnues, on dénombre quantité de versions apocryphes parfois mieux adaptées au grand public.

En revanche, le terme « Netiquette » présente l'avantage de constituer un vocabulaire marquant dans l'inconscient des internautes. Il faudrait donc déterminer un texte de référence unique, largement enseigné et diffusé et auquel les différentes chartes puissent se référer par le biais d'un lien explicite.

À l'inverse des chartes complexes, on pourra remarquer l'inexistence de tout document faisant référence aux modalités de participation ou aux règles minimales à respecter.

Pour tenter de remédier à cette carence, le Forum des droits sur l'internet se propose d'élaborer une charte type qui peut être reprise par n'importe quel organisateur de forums de discussion.

L'idée d'une charte applicable par défaut a également été avancée. Celle-ci s'appliquerait à tout forum n'ayant pas élaboré de charte. Il est cependant difficilement envisageable de vouloir imposer l'application d'une telle charte sans que l'organisateur du forum y fasse explicitement référence ou que la communauté des participants ne l'ait effectivement choisie ²⁵⁸.

La charte proposée par le Forum des droits sur l'internet dans l'annexe 3 de la présente recommandation doit néanmoins pouvoir inspirer la conduite des participants aux forums de discussion français et/ou constituer une « check list » des points importants à préciser dans une charte spécifique. Mais il ne sert à rien d'afficher une charte si personne ne veille à en rappeler les termes et, si besoin est, à les faire respecter. Ce pourquoi certains forums de discussion se sont pourvus de modérateurs.

La modération

Généralités

La modération constitue une méthode de régulation des contenus publiés sur les forums de discussion. Elle consiste à supprimer, et parfois modifier, tout ou partie d'un message ne respectant pas certaines règles – généralement définies au sein d'une charte de participation – au premier rang desquelles figure le respect du sujet de discussion. Le modérateur peut aussi veiller à faire respecter une certaine civilité ou le respect des règles de droit, même s'il n'est pas possible de lui demander d'en connaître toutes les subtilités.

Modération a priori

La modération peut intervenir avant que le message ne soit publié : le modérateur peut en effet décider, en activant cette option sur son logiciel de forum ²⁵⁹, de

²⁵⁸ Il est néanmoins peu fréquent, dans la pratique, que la charte d'un forum puisse être effectivement négociée entre l'organisateur du forum et les participants, la liste de ceux-ci n'étant généralement pas connue par avance.

²⁵⁹ Ou, lorsque cette option n'existe pas, la développer sur sa plate-forme de forums.

contrôler le contenu des messages avant d'accepter leur publication. On parle alors de modération *a priori*. Ce type de modération entraîne nécessairement un délai entre le moment où l'utilisateur poste son message et celui où il est accessible au public.

La modération *a priori* peut consister en une activité très lourde. Elle nécessite la permanence d'un ou plusieurs modérateurs. Aussi la responsabilité d'un message risque-t-elle, comme cela a été souligné dans le dossier du Forum du 18 juillet 2002 ²⁶⁰, de retomber sur le modérateur ou sur son commanditaire.

En tout état de cause, le Forum des droits sur l'internet recommande que l'utilisateur du forum de discussion doit être informé lorsqu'une modération *a priori* est exercée.

Modération a posteriori

La modération peut également intervenir *a posteriori*, c'est-à-dire après que le message ait été publié. Dans ce cas, le modérateur pourra soit agir spontanément pour retirer le contenu des messages, soit agir sur demande d'un utilisateur.

La modération *a posteriori* peut revêtir un caractère systématique (contrôle régulier de tous les contenus mis en ligne) ou ponctuel (contrôle sur demande d'un utilisateur).

Si cette méthode ne ralentit pas la publication des messages, et permet ainsi de préserver le dynamisme du forum de discussion, elle risque de laisser passer des messages indésirables pouvant nuire aux échanges. Ceci étant, une modération *a posteriori* apparaît suffisante pour la plupart des forums de discussion.

Une pratique nécessaire

La plupart des membres du groupe de travail ont souligné l'intérêt qu'il y a à ce qu'un maximum de forums de discussion puisse être modéré *a priori* ou, au moins, *a posteriori*.

Il a également été souligné, à plusieurs reprises, que la pratique de la modération ne doit pas entraîner *de facto* la mise en cause du modérateur ou de son commanditaire pour les contenus illicites ou préjudiciables des messages publiés, ceci afin de ne pas décourager la pratique de la modération ou pousser à la suppression systématique des contributions polémiques, dont la légalité est difficile à apprécier.

Aussi la modération *a priori* doit-elle être encouragée en certaines circonstances, principalement lorsque le sujet de discussion est particulièrement sensible (par exemple lorsqu'il touche au conflit israélo-palestinien) ou lorsqu'il est susceptible de toucher un public fragile, principalement celui des mineurs ²⁶¹.

Par contre, une modération qui participerait véritablement d'une exploitation éditoriale du contenu des messages (modification du contenu des messages en vue de leur conférer une plus-value, sélection arbitraire des messages autres que pour les raisons

²⁶⁰ « Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion », dossier du Forum des droits sur l'internet, *Légipresse*, n° 194, septembre 2002, IV, 75 ; également disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=358>.

²⁶¹ Notons que les organisateurs de forums peuvent également, si leur logiciel ou leur plateforme de forums le leur permet, se donner la faculté de passer d'une modération *a posteriori* à une modération *a priori* lorsque le besoin s'en fait sentir.

du service, appropriation des contenus...), pourra répondre, du fait de son ingérence importante sur la qualité du contenu du forum et des bénéfiques que l'organisateur compte en tirer, d'une responsabilité plus importante.

Exemples de pratiques de modérations

Le Forum des droits sur l'internet a recueilli le témoignage d'un certain nombre de pratiques en terme de modération qu'il estime opportun de rapporter dans le présent document.

• *Linuxfr.org*

Les articles (« news ») proposés sur *Linuxfr.org* sont modérés *a priori* par deux à trois personnes bénévoles et par l'administrateur du système. Ces personnes ne se connaissent pas forcément entre elles. Elles sont « recrutées » par l'administrateur suite à des contributions postées sur le site qui lui ont paru intéressantes.

La modération des articles répond à une charte interne assez vague et informelle. Le modérateur peut :

- refuser purement et simplement l'article ;
- modifier le contenu. Il s'agit néanmoins d'apporter le minimum de modifications (correction des fautes d'orthographe, voire rectification du contenu sous réserve d'une « note éditoriale »).

La modération s'effectue sur vingt à trente articles par jour. Certains articles sont immédiatement édités, d'autres passent en attente. Ils sont alors visibles par tous les modérateurs. Une discussion est possible entre eux, même si la décision finale de publier n'incombe qu'à un seul. Le délai d'édition est de quelques heures à trois semaines.

Pour Fabien Penso, président de *LinuxFr*, « être modérateur, c'est être responsable ». Il s'agit néanmoins ici d'une modération « au sens large du terme », de type éditoriale, l'objectif étant d'aboutir à la publication d'une « news » et non de simples commentaires.

En revanche, aucune modération n'est effectuée sur les forums de discussion associés aux articles, sauf exception. L'outil technique du site *Linufr.org* ne prévoit d'ailleurs pas la possibilité d'exercer une modification *a posteriori* sur les forums. Pour supprimer un message, il est donc nécessaire de « rentrer dans le code ». Mais en cinq ans, seulement une trentaine de commentaires sur 150 000 publiés, comportant notamment des propos racistes ou violents, ont dû être effacés.

Certaines précautions sont néanmoins mises en œuvres pour juguler les débordements. Ainsi, l'utilisateur doit aujourd'hui s'enregistrer sous un pseudonyme et une adresse de courrier électronique valide pour avoir le droit de participer aux forums *Linux.fr*. Il doit s'identifier à chaque nouvelle session pour poster un message. Si son comportement s'avère abusif, l'administrateur peut ainsi le « blacklister », c'est-à-dire de l'empêcher de contribuer sur les forums. Par ailleurs, toutes les adresses IP sont conservées.

Fabien Penso se sent investi d'une importante responsabilité quant au respect des données personnelles (dont l'adresse de courrier électronique) de ses utilisateurs.

• **Wanadoo**

La société *Wanadoo* fait exercer une modération *a priori* de ses forums par dix personnes salariées qui y travaillent de 9 heures à 21 heures. Environ 2 500 messages sont modérés par jour. Il se peut néanmoins que le service choisisse à l'avenir de passer à une modération *a posteriori*.

Wanadoo estime ne pas devoir exercer l'activité d'un éditeur. Aucune « censure » ou modification n'est effectuée au sein même d'un texte : la modération consiste simplement à accepter ou rejeter un message dans son intégralité. Le rôle du modérateur est simplement d'aider à ce que les gens puissent discuter entre eux.

Wanadoo a ainsi choisi la pratique d'une modération *a priori* dans l'idée d'animer ses propres forums tout en protégeant l'environnement dans lequel évoluent les participants. La modération n'est cependant pas uniquement effectuée sur le plan juridique et n'est d'ailleurs pas assurée par des juristes. Ce n'est que dans de rares circonstances qu'un message litigieux pourra remonter jusqu'aux services juridiques.

Notons enfin que l'accès aux forums de discussion ne peut être interdit, en cas de problème avec un participant, qu'aux seuls abonnés *Wanadoo*.

• **Yahoo! France**

La société *Yahoo! France* part d'un principe de non modération *a priori*. Le système adopté ressemble davantage à celui d'une procédure « *notice and take down* » qui consiste au retrait des messages litigieux sur notification des participants. Ce système répond à la notion de « vigilance » chez l'utilisateur.

Un traitement *a posteriori* reste donc tout de même assuré, par une personne unique, sur report d'abus par les participants.

La responsabilité des contributeurs est mise en avant et le report d'abus encouragé à travers la note suivante qui adressée aux participants : « *Les messages postés relèvent de la responsabilité de leurs auteurs, et doivent respecter nos conditions générales d'utilisation ainsi que la liberté d'expression de chacun. Si vous constatez une utilisation abusive de ce service, notamment la diffusion de messages publicitaires, attentatoire à la vie privée, l'apparition d'insultes, de propos diffamatoires ou racistes et de manière plus générale contraire à nos conditions d'utilisation, nous vous remercions de nous signaler ces messages afin que nous puissions prendre les mesures appropriées.* »

Yahoo! France reçoit très peu de reports d'abus chaque semaine et la personne dédiée à leur gestion ne consacre qu'une vingtaine de minutes par semaine à leur traitement ²⁶². Hélène Langlois, responsable juridique de *Yahoo! France*, précise par ailleurs qu'il peut se révéler très difficile d'apprécier le caractère illicite ou préjudiciable d'un message, notamment diffamatoire. Quand l'appréciation n'est pas certaine, le principe consiste à laisser le message en ligne.

²⁶² Il faut néanmoins tenir compte du fait que le service des forums est ouvert depuis peu.

• *Tiscali*

Tiscali exerce des modérations différentes suivant les services qu'il propose :

- une modération *a posteriori* en temps réel 7 jours sur 7, 16 heures sur 24 pour les discussions directes en ligne (*Chat*) ;
- une modération *a posteriori* pour la plupart des forums web directement gérés par *Tiscali* : 3 heures par jour, 7 jours sur 7.

La modération entraîne la validation ou l'élimination pure et simple d'un message. Nulle retouche n'est apportée au contenu.

Une vingtaine de messages sont éliminés chaque jour pour les causes suivantes :

- contenu illégal ;
- non-respect de la Netiquette ;
- non-respect des conditions générales d'utilisation (CGU) ;
- non-respect du thème de discussion.

Le *spamming*, c'est-à-dire le postage abusif de messages sur les forums ²⁶³, compte parmi les raisons qui ont motivé la modération.

Une dizaine de modérateurs professionnels assurent cette tâche. Mais les annonceurs n'ayant que peu de velléités à investir sur ce type de support, le service relatif aux forums de discussion est « violemment déficitaire ».

Depuis peu, il faut être abonné à *Tiscali* pour pouvoir écrire au sein des forums de discussion dits « privés », ce qui, outre le fait de délivrer un service supplémentaire, facilite la régulation des contenus. Mais il ne s'agit pas, selon Hervé Simonin, d'une initiative destinée à moraliser les forums.

Tiscali a par ailleurs mis en place un outil de traçage (« *tracking* ») qui permet d'envoyer un message d'avertissement automatiquement à l'auteur d'un contenu douteux.

Enfin, *Tiscali* a mis en place un réseau de modérateurs externes. Il s'agit de particuliers (bénévoles) qui bénéficient, pour remplir cette tâche, de certains droits supplémentaires (droits de modération et d'animation) par rapport aux autres abonnés.

• *Le Monde*

Les internautes doivent s'inscrire avant de pouvoir publier des messages sur les forums du *Monde* en s'engageant à respecter un certain nombre de règles de conduite.

La modération s'effectue « *a posteriori* », sauf pour la section relative aux problèmes du Proche-Orient. Quatre modérateurs et un responsable assurent ensemble le suivi sur la journée divisée en quatre plages horaires. Les modérateurs s'engagent à lire l'ensemble des messages dans toutes les sections.

Des passages peuvent être retirés dans certaines contributions, mais rien n'est jamais ajouté. Un message retouché est assorti de la mention : « message édité » accompagné du pseudo du modérateur.

²⁶³ Il peut s'agir de messages publicitaires ou d'un même message posté plusieurs fois.

Les modérateurs ont la possibilité de supprimer un message, de déplacer un fil de discussion dans une autre section, bloquer un fil, bannir un utilisateur (entre 24 heures et 48 heures, voire pour toujours dans les cas extrêmes), de placer un message dans un fil « litigieux » réservé aux modérateurs et devant recueillir l'avis du responsable.

Selon les règles de conduite acceptées par l'utilisateur, l'autorité des modérateurs ne peut être contestée mais il y a possibilité de protester contre le verrouillage d'un fil de discussion ou un bannissement.

- **Libération**

Une inscription est nécessaire pour contribuer aux forums de *Libération*.

La modération est exercée « *a priori* » par un modérateur-journaliste parfois soutenu par d'autres journalistes. Il arrive que des messages doivent être supprimés « *a posteriori* ». Cette situation ne s'est produite qu'une dizaine de fois.

La modération s'effectue selon certains critères, dont celui du message non argumenté car la modération doit avant tout aider à ce qu'il y ait des discussions de fond.

Il est possible de modifier le contenu d'un message mais celui-ci est en général supprimé dans sa globalité s'il ne convient pas. Il arrive aussi que le modérateur effectue une correction orthographique.

Hervé Marchon pense que la modération des forums constitue une nouvelle forme de journalisme. En tant que modérateur, il se considère à la fois comme coéditeur et animateur de débat (c'est-à-dire comme distributeur de parole). *Libération* souhaite néanmoins pouvoir exercer une modération « *a posteriori* » mais cela engagerait des coûts plus importants car ce système augmenterait le nombre des messages à relire.

La modération ne suffit pas toujours, cependant, à éviter qu'un message illicite, préjudiciable ou simplement gênant ne soit publié ou maintenu en ligne. Or, un tel message peut donner lieu à discordes. C'est pourquoi les organisateurs sont parfois appelés à solutionner des litiges.

Gestion des litiges

Les organisateurs de forums de discussion qui ont été auditionnés au Forum des droits sur l'internet ont également témoigné de la manière dont ils gèrent les litiges provoqués par la publication de certains messages et des difficultés auxquelles ils ont déjà été confrontés.

Chez *Wanadoo*, un dialogue s'instaure entre les services internes et les participants qui contestent un message pour son caractère illégal ou préjudiciable. Ces derniers incitent généralement les plaignants à porter plainte directement contre l'auteur du message qu'ils peuvent aider à identifier.

En cas de litige, *Yahoo! France* dispose, en plus des éléments d'identification collectés lors de l'inscription aux services *Yahoo!*, de la possibilité de tracer l'IP des participants. Mais très peu de litiges sont à rapporter à ce jour. Aucune plainte formelle n'a encore été déposée en ce qui concerne les messages postés sur les forums *Yahoo! France*.

De son côté, *Tiscali* a déjà eu à répondre à des réquisitions judiciaires (cinq en deux ans) pour rechercher les auteurs d'infractions graves constituées en dehors des forums : images pédophiles ou personnes entrant en contact avec des mineurs.

S'agissant des forums du *Monde*, davantage de litiges sont à rapporter, paradoxalement, dans les deux sections modérées *a priori*. Ceci s'explique néanmoins par le fait que ces forums sont relatifs à des sujets sensibles.

Libération n'a reçu que très peu de plaintes. L'essentiel des réclamations provient généralement des personnes dont les messages ont été modérés. Une plainte par courriel a un jour été reçue pour un message raciste qui était passé à travers la modération. Ce message a alors été immédiatement retiré.

Fabien Penso, président de l'association *LinuxFr*, rappelle qu'aucun des modérateurs n'est juriste. Lui-même est informaticien et ne saurait apprécier la légalité d'un contenu. Mais il lui est déjà arrivé de devoir retirer un article à la demande d'une société, non sans préciser sur son site les raisons pour lesquelles il a dû procéder au retrait. Il veille à préserver la liberté d'expression la plus large possible et refuse de plier sous la pression d'une action en diffamation qui lui semblerait être injustifiée. La gestion des litiges et la modération des messages répondent finalement au principe de régulation par la communauté.

Concernant les messages postés au sein des forums de discussion, Fabien Penso ne rapporte qu'une seule difficulté posée par utilisateur qui s'enregistre sous des pseudonymes différents en changeant d'adresses IP, obligeant l'administrateur à le « blacklister » régulièrement.

Les forums de discussion présentent ainsi de fortes disparités entre eux, non seulement dans leur mode de création et d'organisation mais aussi dans leur pratique de la modération et de la gestion des litiges. Il doit être tenu compte de ces différences dans l'appréciation de la responsabilité juridique de chacune des personnes contribuant à l'organisation des forums de discussion.

Analyse juridique

Le dossier « Responsabilités liées à l'exploitation des forums de discussion » publié par le Forum des droits sur l'internet le 18 juin 2002 ²⁶⁴ concluait, sur l'application du droit positif :

a. – qu'une incertitude subsiste sur le fait de savoir si l'organisateur de forums de discussion peut éventuellement bénéficier du régime de responsabilité spécifique prévue à l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée qui visent les activités relatives au « stockage direct et permanent » des contenus ;

²⁶⁴ « Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion », dossier du Forum des droits sur l'internet, *Légipresse*, n° 194, septembre 2002, IV, 75 ; également disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=358>.

- b. – que les modérateurs et les organisateurs de forums de discussion peuvent avoir à répondre, sur le fondement de l'article 1383 du Code civil ²⁶⁵, des dommages causés aux tiers en raison des écrits postés par les personnes qui participent à leur service. Sur le plan pénal, la responsabilité de l'organisateur du forum de discussion et/ou celle du modérateur ne pourrait être recherchée qu'au titre de la complicité ²⁶⁶, à moins que ceux-ci n'aient directement contribué à la rédaction du message, auquel cas ils pourront être considérés comme coauteurs de l'infraction ;
- c. – que les éditeurs de sites internet exploitant des forums modérés *a priori* sont susceptibles d'être tenus pour responsables, en tant que directeurs de la publication, des infractions de presse commises sur les services interactifs qu'ils exploitent.

En effet, l'article 93-3 introduit dans la loi du 29 juillet 1982 par la loi du 13 décembre 1985 ²⁶⁷ a pour particularité de rendre le directeur de la publication responsable au premier chef du contenu des messages illicites qui ont été diffusés, du moins lorsque ceux-ci ont fait l'objet d'une « fixation préalable » à « leur communication au public ». À défaut de fixation, l'auteur redevient le premier responsable, et à défaut de l'auteur, le « producteur ». Or, le juge peut être amené à considérer, en l'état actuel des textes, que la condition de « fixation préalable » sera remplie en cas de modération *a priori*.

À défaut de modération *a priori*, donc de fixation préalable du message, l'auteur principal de l'infraction sera toujours l'auteur du message. Mais l'éditeur du site exploitant le forum pourra encore voir sa responsabilité engagée, soit à titre principal en tant que « producteur », lorsque l'auteur du message ne peut être facilement identifié, soit comme complice de l'infraction ²⁶⁸.

Force est de constater qu'une telle situation décourage la pratique d'une modération *a priori* et met en péril l'activité même consistant à exploiter un forum de discussion. Le groupe de travail a donc souhaité compléter l'expertise juridique, qui avait été menée pour élaborer le dossier publié le 18 juin 2002 ²⁶⁹, sur deux points précis : les

²⁶⁵ Article 1383 du Code civil : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

²⁶⁶ Article 121-7 du Code pénal : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ».

²⁶⁷ Article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 : « Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication audiovisuelle, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. À défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice. »

²⁶⁸ Ainsi, la personne ayant pris l'initiative de créer le service « 36 15 Renouveau », comportant l'accès à un forum de discussion sur lequel les participants pouvaient poster des messages anonymes, a été condamné en sa qualité de producteur : « Attendu qu'il résulte de l'article 93-3 susvisé que lorsqu'une infraction prévue par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1981 est commise par un moyen de communication audiovisuelle, à défaut de poursuite contre l'auteur du message illicite, le producteur du service peut être poursuivi comme auteur principal, même si ce message n'a pas été fixé préalablement à sa communication au public. » (Cass. crim., 8 décembre 1998, affaire « 36 15 Renouveau »).

²⁶⁹ « Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion », dossier du Forum des droits sur l'internet, *Légipresse*, n° 194, septembre 2002, IV, 75 ; également disponible sur [Foruminternet.org](http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=358) : <http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=358>.

principes régissant l'exercice de la liberté d'expression et l'application du droit commun aux organisateurs de forums de discussion. Il a ensuite étudié l'applicabilité du régime de responsabilité des hébergeurs aux organisateurs de forums de discussion.

Rappels sur la liberté d'expression

Sont rapidement exposés ci-dessous les principes régissant la liberté d'expression en France, dans le système international et aux États-Unis ²⁷⁰.

Le système français

L'exercice de la liberté d'expression repose, en France, sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

Le Conseil constitutionnel a déterminé une jurisprudence autour de cette liberté illustrée par la décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 relative à l'emploi de la langue française. Il estime ainsi que l'exercice du droit de libre communication, de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer consiste en une *« liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »*. Il ajoute qu'il incombe au législateur *« d'opérer la conciliation nécessaire entre [les] dispositions d'ordre constitutionnel et la liberté de communication et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »* et que *« cette liberté implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée. »*

Le Conseil constitutionnel opère donc une distinction, dans cette même liberté, entre l'« expression » et la « communication », la première se rapportant aux relations entre personnes privées et la seconde revêtant un caractère public. Dans ce dernier secteur, la loi peut y imposer le français, qui est la langue publique obligatoire.

Le système international

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 n'est pas un traité et n'a donc pas, en tant que telle, de valeur juridique contraignante.

Elle expose, en son article 19 que : *« Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. »*

L'existence du terme « chercher » implique que l'on n'est plus seulement le récepteur passif de l'information mais aussi un acteur actif. Il a donc son importance pour les

²⁷⁰ Audition de Me Sylvia Preuss-Laussinotte au Forum des droits sur l'internet le 20 novembre 2002.

médias interactifs, notamment internet, ce qui permet l'existence d'un véritable droit à l'information consistant en un acte volontaire de rechercher l'information.

Le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966

Entré en vigueur en 1980, le Pacte international est considéré comme étant d'applicabilité directe, c'est-à-dire qu'un individu peut fonder son action en justice directement sur lui.

L'article 19 du Pacte correspond à celui de la DUDH à deux nuances près : le droit de chercher les informations n'y figure pas et l'article 19 est assorti d'un paragraphe limitatif :

« L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;

b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. »

La liberté d'expression n'est donc pas un droit absolu mais relatif.

La Convention européenne des droits de l'homme

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est ainsi formulé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

L'article 10 s'applique à l'ensemble des domaines qui peuvent être considérés comme une expression. Il a déjà été appliqué à un moyen technique de transmission et de captage.

L'idée véhiculée par la Convention est que l'État doit s'abstenir d'intervenir. Le paragraphe 2 émet néanmoins un certain nombre d'exceptions dont l'interprétation faite par la Cour européenne des droits de l'homme donne le résultat suivant :

– une large appréciation est laissée aux États pour la protection de la morale, comme en témoigne l'affaire *Handyside*, jugée par la cour le 4 novembre 1976 :
« [...] on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale" . L'idée que leurs lois respectives se font des

exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre. [...] Dès lors, l'article 10 par. 2 (article 10-2) réserve aux États contractants une marge d'appréciation. Il l'accorde à la fois au législateur national ("prévues par la loi") et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur » ;

- **une forte protection des journalistes** : dans l'affaire *Jersild c. Danemark* jugée le 22 août 1994, la cour avait considéré que l'état du Danemark avait violé l'article 10 de la CEDH en condamnant un journaliste qui avait réalisé un reportage télévisuel sur les *Grønjakkerne* ou « Blousons verts » (groupe de jeunes d'extrême droite) au sein duquel des propos racistes et violents avaient été tenus : « *Sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers dans un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses [...].* » ;
- **une forte protection de ceux qui se démarquent du contenu d'un message** : dans l'arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, la cour a estimé « *disproportionnée et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique, la condamnation pénale* » subie par des requérants qui ont été reconnus coupables d'apologie de crime de collaboration avec l'ennemi pour avoir mené une campagne en faveur de la réhabilitation du maréchal Pétain, au motif que : « *les requérants qui se sont explicitement démarqués des "atrocités" et des "persécutions nazies" ainsi que de la "toute puissance allemande et de sa barbarie" et qu'ils ont pour moins fait l'éloge d'une politique que celle d'un homme, et cela dans un but dont la cour d'appel a reconnu [...] la pertinence et la légitimité : la révision de la condamnation de Philippe Pétain* ».

Le système américain

Le Premier amendement de la Constitution des États-Unis est ainsi rédigé : « *Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre.* »

Contrairement à la conception française et européenne, le principe est qu'aucune loi ne peut venir limiter la liberté d'expression. Les libertés énoncées au sein du premier amendement sont, pour les Américains, des libertés essentielles sans lesquelles il n'y aurait pas de démocratie.

Chaque juge peut faire un contrôle de constitutionnalité des lois sous le contrôle de la Cour suprême.

Il y a tout de même des possibilités de restriction à la liberté d'expression, qui sont extrêmement surveillées par la Cour suprême. Ces restrictions sont liées :

- à la diffamation, mais uniquement en vue de protéger les personnes non publiques ;
- à l'obscénité (voir par exemple l'arrêt *Miller c. Californie*, 21 juin 1973 ²⁷¹) ;
- la possibilité de faire appel au danger manifeste et présent contre la sécurité nationale. La Cour suprême a eu recours à cette faculté pendant le début de la guerre froide dans une décision de 1951 dans laquelle elle a accepté que le gouvernement pouvait restreindre l'expression du parti communiste. Une position plus libérale a néanmoins été adoptée dans l'arrêt *Brandenburg c. Ohio* de 1969 ²⁷².

Le droit commun de la responsabilité

Le professeur Michel Vivant ²⁷³ estime que le fait de rester attaché au système de responsabilité prévu en matière de presse pour traiter des responsabilités sur l'internet serait archaïque. Il est nécessaire, selon lui, de ne pas reconduire les schémas passés dans des contextes nouveaux. Cela consisterait, en effet, à vouloir appliquer une cascade de responsabilité sur des acteurs différents de ceux pour lesquels ce système a été initialement prévu. On voit bien, en effet, les difficultés qu'il y aurait à retrouver celui qui joue le rôle du « producteur » dans le cadre des forums de discussion. Me Sylvia Preuss-Laussinotte estime également qu'il est difficile d'appliquer au cas des forums de discussion des textes de lois conçus au départ pour des professionnels (journalistes et éditeurs).

Par ailleurs, l'étude du droit commun de la responsabilité civile démontre que ce dernier pourrait tout à fait servir de référentiel pour traiter de la responsabilité des organisateurs de forums de discussion. Sa mise en œuvre tient du principe de réalité découlant d'une analyse de diverses décisions de justice françaises et étrangères fondées sur le droit commun : pouvoir/savoir/inertie.

• Pouvoir

L'application des règles générales des articles 1382 et 1383 du Code civil implique qu'une personne doit avoir la possibilité d'intervenir pour que sa responsabilité soit mise en œuvre, tout du moins dans une logique de responsabilité pour faute. Le défaut de « pouvoir » a d'ores et déjà justifié la mise à l'écart du transporteur d'informations.

De même, le droit de l'audiovisuel fonde la mise en œuvre de la responsabilité pénale du directeur de la publication sur l'existence d'une fixation préalable qui lui confère la possibilité de contrôler ce qu'il diffuse. L'idée est de savoir si l'acteur, dont on veut impliquer la responsabilité, possède les moyens d'assurer un tel contrôle.

• Savoir

C'est le critère de la connaissance qui va jouer ici. Par exemple, s'agissant des forums non modérés, il est clair que l'on ne peut avoir connaissance de tout ce qui s'y déroule. La connaissance pourra néanmoins être acquise, dans les forums non

²⁷¹ *Miller v. California*, US Supreme Court, 413 US 15 (1973), disponible sur *Findlaw* : <http://laws.findlaw.com/us/413/15.html>.

²⁷² *Brandenburg v. Ohio*, US Supreme Court, 395 US 444 (1969), disponible sur le site du *Boston College* : http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/brandenburg.html.

²⁷³ Audition du professeur Michel Vivant au Forum des droits sur l'internet le 14 janvier 2003.

modérés ou modérés sur demande d'un utilisateur, après que l'existence d'un message illicite ait été rapportée à l'organisateur du forum.

- **Inertie**

Il s'agit de savoir si l'on est ou non intervenu pour retirer le contenu litigieux après que l'on en ait pris connaissance. On estime qu'il faut assurer la responsabilité des agissements à partir d'un certain seuil. Cette responsabilité est moins juridique qu'humaine et sociale. On prendra ici la référence du « bon père de famille » (ou celui de la « personne raisonnable »).

Dans tous les secteurs professionnels, on aura recours au critère de la personne raisonnable pour engager la responsabilité. Ainsi, dans le secteur bancaire, le banquier doit-il assumer la responsabilité vis-à-vis du crédit délivré comme du crédit refusé. Précisons néanmoins que nous sommes ici dans une relation simplement tripartite (impliquant les acteurs suivants : les créanciers, le client-titulaire du compte et le banquier).

Pour éviter tout dérapage, on peut estimer que l'acteur raisonnable va supprimer les contenus qu'il considère comme illicites. À cet effet, il peut prendre un modérateur qui gèrera à la fois la détection des contenus illicites et leurs suppressions. Mais cela risque d'aboutir à un paradoxe qu'il faut bien évidemment éviter, celui qui voudrait que l'on soit tenu à une responsabilité particulière du fait de recourir à une modération et de l'avoir annoncée.

Il faut donc préciser qu'il ne peut y avoir responsabilité que dans le cas où il y a intention que perdure la situation illicite ou préjudiciable après que l'on en ait eu connaissance.

L'applicabilité du régime de responsabilité des hébergeurs aux organisateurs de forums de discussion

La question se pose de savoir si les organisateurs de forums de discussion peuvent bénéficier du régime de responsabilité des hébergeurs prévu par l'article 14 de la directive européenne « commerce électronique »²⁷⁴. Pour cela, il est nécessaire de vérifier que les organisateurs de forums de discussion peuvent répondre de la définition de l'hébergement posée tant par la directive que par l'article 43-8²⁷⁵ de loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle et si le régime de responsabilité de l'hébergement peut opportunément leur être appliqué.

L'activité de l'organisateur de forums de discussion répond-elle à la définition de l'hébergement ?

Rappelons que le dossier du 18 juin 2002 constatait que la notion de « stockage direct et permanent » semblait faire principalement référence au stockage

²⁷⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000.

²⁷⁵ Les activités visées par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sont celles qui consistent à assurer « 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 ces services. »

« physique » et que celle-ci excluait donc, *a priori*, les hébergeurs de forums de discussion ne possédant pas d'infrastructures de stockage physique propres ou toute autre activité de stockage faisant appel à des sous-traitants pour l'hébergement physique des données. Il apparaissait, en fait, que le législateur n'avait guère prévu, lors de l'élaboration du 1^{er} août 2000, la problématique des forums de discussion.

Il n'en demeure pas moins que le caractère « physique » du stockage n'est pas suffisamment visé par le législateur pour que l'on puisse s'en arrêter là. Il s'agit de procéder à l'exégèse de diverses jurisprudences ayant eu à définir l'activité d'hébergement pour mieux en saisir la portée.

Ainsi, dans une affaire mettant en cause la responsabilité d'un hébergeur, le tribunal de grande instance de Nanterre avait précisé, avant l'adoption de la loi du 1^{er} août 2000 ayant introduit l'actuel article 43-8 au sein de la loi du 30 septembre 1986, que :

*« Au contraire du fournisseur d'accès dont le rôle se limite à assurer le transfert de données dans l'instantanéité et sans possibilité de contrôler le contenu de ce qui transite par son service, le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter. »*²⁷⁶

Le terme « permanent » se rapporterait ainsi au stockage « durable » des contenus, par opposition au stockage temporaire ou transitoire effectué dans une activité de *caching* ou de fourniture d'accès.

Par ailleurs, une décision du tribunal d'instance de Puteaux rapportait un constat d'expert duquel il ressortait :

*« que le transfert de la page personnelle créée par l'abonné à partir de son ordinateur vers le répertoire mis à sa disposition est effectué à une vitesse électronique extrêmement rapide, d'une durée de l'ordre de quelques centièmes de secondes ou dixièmes de seconde de sorte que le fichier transféré par l'abonné est accessible sur le réseau internet immédiatement après la fin de son transfert par l'abonné. »*²⁷⁷

Ainsi le terme « direct » se rapporte-t-il au fait, d'une part, que le transfert des données entre l'ordinateur de l'utilisateur et celui géré par son prestataire d'hébergement est « instantané » et, d'autre part, que ce contenu est immédiatement accessible sur l'internet après la fin de son transfert sur ce disque dur. La fonction de l'hébergeur est donc de stocker des informations fournies par les utilisateurs de son service pour les rendre immédiatement accessibles pour tout utilisateur du réseau.

Or, la mansuétude des juges à l'égard des hébergeurs se justifiait notamment, à l'époque, du fait que ces acteurs ne pouvaient exercer aucun contrôle *a priori* sur les contenus avant leur mise en ligne, en raison de l'immédiateté de la publication suivant le transfert des données.

²⁷⁶ TGI Nanterre, 8 décembre 1999, affaire *Lynda Lacoste*, disponible sur *Juriscom.net* : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/img/tginanterre19991208.htm>.

²⁷⁷ TI Puteaux, 28 septembre 1999, *AXA Conseil IARD et AXA Conseil Vie c/C. M., C. S. et Société Infonie*, disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=157>.

On peut donc en conclure que la définition de l'activité d'hébergement de contenu est faite par opposition à d'autres activités : le *caching* et l'activité éditoriale.

Cette interprétation a été évoquée, au moment où les députés ont dû considérer la portée de la définition de l'article 43-8 reprise par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, au sein du rapport de Michèle Tabarot du 11 février 2003 :

« On peut considérer que le stockage est qualifié de "permanent « par opposition au stockage » automatique, intermédiaire et temporaire" qui caractérise les activités "de cache", définies par l'article 13 de la directive et l'article 14 du projet de loi. Le terme "direct" est plus ambigu et pourrait effectivement laisser penser que seuls sont concernés les opérateurs qui effectuent directement ce stockage et non ceux qui ont recours à un prestataire pour cette fonction. Il semblerait que ce terme signifie en réalité que ces prestataires traitent directement les informations que leur transmettent les éditeurs, sans intervenir sur leur contenu.

La définition des opérateurs visés par l'article ne fait d'exclusive : sont concernés tous les intermédiaires dont l'activité consiste à stocker durablement des données (stockage "permanent"), sans intervenir sur leur contenu (stockage "direct"), de façon à les rendre accessibles au public au moyen d'un service de communication publique en ligne. Peu importe qu'il s'agisse d'informations fournies par des éditeurs de professionnels de sites, par des utilisateurs de places de marché ou de sites d'enchères en ligne, ou encore par des contributeurs à un forum. L'article n'entre pas dans ce détail des auteurs et de contenus, de même qu'il n'utilise pas, volontairement, le terme "d'hébergeur", aujourd'hui trop caractérisé. » ²⁷⁸

De même, deux jurisprudences récentes ont fait application de l'article 43-8 à des activités se distinguant de la seule prestation d'hébergement physique de contenus.

En premier lieu, le tribunal de grande instance de Paris a considéré, dans une ordonnance de référé du 18 février 2002, que :

« au titre du service offert, relatif à la mise en place de forums permettant aux utilisateurs d'échanger entre eux des messages, [...] la société Finance Net doit être considérée comme assurant sur ce point le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de messages au sens de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 1^{er} août 2000 ». » ²⁷⁹

En second lieu, ayant eu à se prononcer sur la responsabilité de *Yahoo ! inc.* pour le contenu des annonces passées sur son service de vente aux enchères en ligne (*auctions.yahoo.com*), la chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris a distingué deux rôles différents assumés par la société *Yahoo ! inc.*, dont celui de fournisseur d'hébergement des annonces rédigées par les vendeurs d'objets :

« Éditeur de service de communication en ligne, elle en a créé l'architecture, les règles

²⁷⁸ Avis présenté par Michèle Tabarot au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 528) pour la confiance dans l'économie numérique, disponible sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp>.

²⁷⁹ TGI Paris, référé, 18 février 2002, affaire *Finance net – Boursorama*, disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org>.

de fonctionnement et les nomenclatures ; elle est également, à ce titre, responsable des sélections d'annonces ou de catégories qu'elle offre plus particulièrement à l'attention des acheteurs sur la page d'accueil du site.

Fournisseur d'hébergement, elle stocke, pour leur mise à disposition du public, les annonces rédigées par les vendeurs d'objets et justifie, d'ailleurs, de ce qu'elle conserve et détient les données de nature à permettre l'identification de ces créateurs de contenu, conformément aux dispositions, évoquées ci-dessus, de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986. »²⁸⁰

On notera enfin que ces interprétations ne contredisent pas l'article 14 de la directive européenne qui ne fait aucune distinction entre les types d'informations hébergées et dont la portée n'est pas limitée à une catégorie précise d'hébergement²⁸¹.

La définition française actuelle n'en demeure pas moins ambiguë, ce pourquoi plusieurs amendements ont été adoptés en première lecture au Sénat le 24 juin 2003 pour remplacer les mots « direct et permanent » par celui de « durable ». La nouvelle définition de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 permettrait ainsi de pallier aux risques d'une interprétation trop restrictive²⁸².

Est-il opportun d'appliquer le régime de responsabilité des hébergeurs aux organisateurs de forums de discussion ?

La principale crainte exprimée envers l'application du régime des hébergeurs aux organisateurs de forums de discussion est le fait, en France, que ce régime pose un principe de responsabilité allégée. L'actuel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication oblige en effet ceux qui voudraient obtenir le retrait d'un message illicite ou préjudiciable à faire en sorte qu'une autorité judiciaire « saisisse » le prestataire.

Le professeur Michel Vivant remarque cependant que la directive européenne ne pose pas du tout, dans son article 14, un principe d'impunité pour les hébergeurs :

« 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information

²⁸⁰ TGI Paris, ch. correctionnelle, 11 février 2003, affaire *Timothy Koogle*, disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org>.

²⁸¹ « I can assure you that the scope of Article 14 is not limited to any specific type of hosting. Article 14 does not make any distinction on the basis of what type of information is hosted, as long as the activity itself fulfils the conditions laid down in this Article », lettre de Margot Fröhlinger (directeur d'unité E1 à la DG Marché intérieur de la Commission européenne) en réponse à la question posée par Louisa Gosling, présidente de l'Association européenne des fournisseurs de services internet (*EuroSPA*).

²⁸² Notons que certains pays européens se sont orientés vers une acception large de la définition communautaire d'hébergement. Deux tribunaux allemands ont ainsi estimé que le service de ventes aux enchères *eBay* assurait l'hébergement des annonces d'offres postées sur son site : Düsseldorf Landgericht, 29 octobre 2002, *Rolex c/eBay GmbH et eBay International AG* et Potsdam Landgericht, 30 octobre 2002, *IVD c eBay GmbH* ; commentaire Lionel Thoumyre, « Responsabilité des intermédiaires : le cas des sites de vente aux enchères », *Petites Affiches*, 3 juin 2003, n° 110, p. 8-11.

illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. [...] »

L'article 14 soumet ainsi la mise en œuvre de la responsabilité du prestataire à certaines obligations qui découlent du triptyque précédemment énoncé. La directive ne s'éloigne donc pas du droit commun. Elle évacue simplement la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité pour risque et pose les conditions sans lesquelles il ne saurait raisonnablement pas y avoir de responsabilité.

Compte tenu du fait que l'article 14 de la directive européenne, et la transposition qui en est prévue au sein des articles 43-8 et suivants de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ²⁸³, instaurent un régime de responsabilité à la fois proche du droit commun et adapté aux activités d'intermédiation sur l'internet, l'application de ces dispositions aux organisateurs de forums de discussion n'apparaît pas inopportune.

En revanche, force est de constater que leur activité recèle des réalités diverses. À l'instar de la décision du 11 février 2003 relative à l'affaire *Timothy Koogle* ²⁸⁴ qui traitait des services de ventes aux enchères, il faut bien convenir que l'activité consistant à exploiter des forums de discussion relève pour partie de l'hébergement, mais peut aussi relever, dans certains cas, d'une activité d'éditeur.

En outre, la pratique d'une modération *a priori*, sous la direction de l'organisateur du forum, risque de faire échapper son activité à la définition de l'article 43-8, du moins sur le point précis du stockage « direct » et, du fait de l'existence d'une fixation préalable du message en cours de modération, de le soumettre, pour les infractions de presse, au régime de responsabilité du directeur de la publication défini à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Or, rappelons-le, il y aurait un paradoxe à engager en première ligne la responsabilité de l'organisateur exerçant une modération *a priori* : le fait pour une personne d'avoir une attitude responsable ne doit pas, en effet, avoir pour conséquence d'accroître sa responsabilité. Si tel est le cas, la pratique d'une modération *a priori* sera sans nul doute délaissée par la plupart des organisateurs de forums de discussion.

Ces constats amènent le groupe de travail à considérer :

- que l'activité consistant à gérer des forums de discussion sans modération *a priori* peut, dans certains cas, être considérée comme répondant à la définition de l'article 43-8 relatif à l'hébergement ;
- que la pratique d'une modération *a priori*, qui semble faire relever l'organisateur du forum de discussion d'une responsabilité éditoriale pour les infractions de presse, doit être encouragée dès lors qu'elle constitue l'instrument de régulation des forums le plus efficace. Le groupe de travail souhaite ainsi que l'exercice d'une telle

²⁸³ Voir la recommandation du Forum des droits sur l'internet : « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique » du 6 février 2003 : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

²⁸⁴ TGI Paris, ch. correctionnelle, 11 février 2003, affaire *Timothy Koogle*, disponible sur *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org>.

modération, lorsqu'elle ne conduit pas véritablement à une exploitation éditoriale, ne conditionne pas la mise en œuvre d'un régime de responsabilité trop lourd ;
– qu'il existe un certain nombre de circonstances dans lesquelles l'organisateur de forums de discussion n'agit plus comme simple hébergeur et doit, en conséquence, répondre d'une responsabilité plus directe.

Recommandations générales du Forum des droits sur l'internet

Les forums de discussion sont l'une des principales innovations d'internet et constituent de nouveaux outils de liberté d'expression et de communication. Ils peuvent cependant être des lieux de mise en ligne de contenus illicites ou préjudiciables (propos racistes, révisionnistes, portant atteinte à l'image d'une personne...).

Un équilibre doit donc être trouvé entre liberté d'expression et respect des lois. Pour cela, un cadre de responsabilité clair doit être défini pour tous les participants et organisateurs de forums de discussion sur le web, quels qu'ils soient (webmestres indépendants, éditeurs en ligne, fournisseurs de services internet)²⁸⁵.

Le débat n'est pas strictement juridique ou politique. Il s'inscrit dans un contexte économique délicat où les acteurs en présence – fournisseurs de services internet, éditeurs en ligne et webmestres indépendants – sont soucieux d'obtenir une égalité de traitement juridique pour l'exercice d'activités similaires.

Dans ce contexte, le Forum des droits sur l'internet tient à affirmer le principe selon lequel l'application d'un régime juridique spécifique doit être appréciée au regard de l'activité exercée par les personnes concernées (hébergement, édition) et non de leur statut juridique (personne physique, fournisseur d'accès ou entreprise de presse).

Les recommandations qui figurent ci-dessous tiennent compte de cette situation complexe. Elles correspondent à un état du consensus obtenu entre les acteurs suite à de nombreux échanges. Elles pourront évoluer par la suite.

Ces recommandations s'adressent au juge et aux organisateurs de forums.

Au juge, le Forum fait valoir que l'activité consistant à organiser des forums de discussion recouvre des réalités parfois très différentes, ce qui rend inopportun l'application d'un régime de responsabilité unique. Il convient au contraire de déterminer ce régime au cas par cas : tel forum de discussion pourra relever du régime de l'hébergement lorsque son organisateur conserve une certaine distance éditoriale à l'égard des contenus ; tel autre pourra relever du régime applicable aux responsables de presse lorsque l'organisateur intervient véritablement sur les contenus ou qu'il se les approprie.

²⁸⁵ Cette recommandation s'adresse uniquement aux acteurs des forums de discussion asynchrone. Bien que certaines dispositions puissent s'y appliquer, elle ne concerne pas à proprement parler les *chat rooms* (chambres de discussion synchrone), ni les *weblogs* (sortes de journaux collaboratifs ouverts à tous participants) ou encore les services de petites annonces en ligne.

Par ailleurs, le Forum des droits sur l'internet souhaite limiter les effets pervers, sur la pratique de la modération, des critères de mise en œuvre de la responsabilité du directeur de la publication prévus par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle. En effet, l'organisateur de forums qui surveille spontanément les contenus des messages avant leur mise en ligne risque d'être soumis à la responsabilité automatique dite « éditoriale » du directeur de la publication. Cette situation décourage ainsi les comportements responsables. Pour remédier à ce paradoxe, il est demandé au juge de ne pas appliquer le régime de responsabilité éditoriale à ceux qui, sans procéder à une exploitation éditoriale des contenus, auraient entrepris une modération *a priori* destinée simplement à éliminer les messages nuisibles (exemple : messages hors thème, redondants ou illicites).

Enfin, concernant les organisateurs de forums, le Forum des droits sur l'internet souhaite promouvoir des comportements responsables et l'adoption de chartes de participation claires et suffisamment exhaustives.

Grille de lecture à l'attention du juge en cas de contentieux

Responsabilité des auteurs de contenus et des modérateurs

Le Forum estime nécessaire d'engager la responsabilité de droit commun des acteurs suivants, dans les circonstances évoquées :

- l'auteur direct d'un message ou toute personne ayant effectivement participé à la création de son contenu ;
- les modérateurs qui, en modifiant la teneur d'un message, lui confèrent un caractère illicite ou préjudiciable qu'il ne présentait pas originellement.

Responsabilité des organisateurs de forums de discussion

Le Forum des droits sur l'internet considère qu'il n'y a pas lieu de privilégier l'application d'un régime de responsabilité juridique en particulier. L'organisation de forums de discussion peut donner lieu à des réalités différentes qui appellent l'application de régimes juridiques adaptés.

L'exploitation d'un forum peut ainsi être assimilable à de l'hébergement, et nécessiter l'application de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, ou à de l'édition, et relever de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, ou encore à une autre activité, et répondre alors du droit commun au niveau civil.

L'application de tel ou tel régime de responsabilité doit impérativement être appréciée au regard de l'activité qui est véritablement exercée par l'organisateur de forum et non en fonction de son statut. Ainsi, un prestataire d'hébergement ne relèvera pas nécessairement du régime de responsabilité des hébergeurs pour l'activité consistant à organiser des forums de discussion, si celle-ci devait être assimilée à de l'édition. De même, la responsabilité éditoriale ne devra pas être appliquée à l'entreprise de presse qui organise un forum de discussion assimilable à de l'hébergement.

Le Forum des droits sur l'internet propose ainsi une grille de lecture au juge l'invitant à prendre en compte l'activité effectivement exercée par les organisateurs de forums et à privilégier l'application de tel ou tel régime de responsabilité selon des circonstances répertoriées ci-dessous.

Application de la responsabilité éditoriale

Le Forum des droits sur l'internet invite le juge à privilégier l'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 pour les infractions de presse commises sur un forum de discussion, lorsque l'organisateur procède à l'exploitation éditoriale des contenus des messages postés. Dans ce cas, l'organisateur devra assumer la responsabilité du directeur de la publication ou celle du producteur.

L'existence d'une exploitation éditoriale des contenus des messages pourra résulter de l'un des indices suivants :

- la modification substantielle du contenu du message par des services éditoriaux visant à lui conférer une plus-value ;
- la sélection arbitraire des messages à publier qui ne serait pas fondée sur le seul respect du droit ou du thème de discussion ;
- le fait pour l'exploitant de forum de mentionner sur son site ou sur les messages qu'il en est le propriétaire ²⁸⁶ ou le fait de se comporter comme étant le propriétaire des droits d'exploitation sur ces messages (par exemple par la redistribution des messages ou l'exploitation des messages distincte de celle nécessaire au service du forum de discussion ou encore en refusant de retirer un message sur demande de son auteur ²⁸⁷).

Par ailleurs, le Forum des droits sur l'internet demande au juge d'engager la responsabilité éditoriale des organisateurs de forums qui font le choix d'un thème ou d'un sujet de discussion directement illicite ou incitant explicitement à tenir des propos illicites au regard des infractions visées par la loi sur la liberté de la presse de 1881.

En revanche, le Forum des droits sur l'internet recommande au juge d'éviter de considérer, lorsque l'organisateur de forum de discussion pratique une modération *a priori*, qu'un message incriminé ait pu faire l'objet, du seul fait de cette modération, d'une fixation préalable à sa communication au public devant entraîner la responsabilité du directeur ou du codirecteur de la publication au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

Il est bien entendu essentiel de circonscrire l'exclusion de cette qualification aux cas de modérations qui ne conduisent pas à l'exploitation éditoriale des contenus (voir les critères définis ci-dessus).

Application de la responsabilité civile de droit commun

Le Forum des droits sur l'internet invite le juge à privilégier l'application du droit commun, au civil, à l'organisateur de forums de discussion qui échapperait aux critères ci-dessus définis, mais qui aurait choisi :

²⁸⁶ C'est-à-dire le fait de signifier qu'il est en droit d'utiliser ces messages à des fins de publication. Cet indice ne concerne pas le fait pour l'exploitant de préciser qu'il est en droit de stocker ces messages, sur demande de l'utilisateur du forum de discussion, en vue de leur communication sur ce forum.

²⁸⁷ Si le logiciel ou la plate-forme de forum de discussion ne permet pas à l'auteur d'un message de le supprimer, il convient de lui indiquer l'adresse de courrier électronique lui permettant de demander la suppression de son message.

- **D'initier une discussion sur un sujet particulièrement sensible ou s'adressant aux mineurs.**

Un sujet sera considéré comme sensible lorsque :

- les abus qu'il provoque sont tellement systématiques qu'ils en deviennent prévisibles ou ;
- les plaintes sont récurrentes.

Explications : le sujet de discussion n'étant pas neutre, l'organisateur de forums ne saurait être considéré comme un simple prestataire technique. Il est donc nécessaire de mettre au moins à sa charge, par application du droit commun, une obligation de diligences consistant à prévenir ou mettre fin rapidement la commission d'infractions (modération *a priori* ou *a posteriori*).

Rappelons que l'application du droit civil commun couvre la réparation d'un certain nombre d'infractions telles que l'atteinte au droit à l'image, le dénigrement, la contrefaçon ou la concurrence déloyale ²⁸⁸.

A fortiori, le Forum des droits sur l'internet demande au juge d'engager la responsabilité civile des organisateurs de forums qui font le choix d'un thème ou d'un sujet de discussion directement illicite au regard du droit commun ou incitant explicitement à commettre un dommage civil.

- **De ne pas mettre en place un système de collecte de données de nature à permettre l'identification des auteurs** ²⁸⁹.

L'organisateur du forum de discussion doit en effet veiller, au regard de la loi française, à ce que les participants ne puissent demeurer anonymes en cas de litige. Celui qui ne procède pas à la détention et à la conservation des données de nature à permettre l'identification d'un destinataire de son service empêche les autorités de rechercher les auteurs directs d'infractions et se rend, au moins indirectement, responsable vis-à-vis des victimes d'infractions. Dans ce cas, il semble naturel que l'organisateur ait au moins l'obligation de surveiller les contenus qui s'échangent à travers son service.

Application de la responsabilité des hébergeurs

Le Forum des droits sur l'internet invite le juge à appliquer l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 à l'organisateur de forum de discussion qui se limite à une activité de stockage de contenus fournis par un destinataire du service à sa demande, c'est-à-dire lorsque :

²⁸⁸ En revanche, les infractions de presse visées par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (injures, diffamations, propos incitant à la haine raciale...) ne peuvent être réparées sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi relevé que : « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». Voir Cass., ass. plénière, 12 juillet 2000, Bull. 2000 A P n° 8, p. 13.

²⁸⁹ Cette obligation, qui découle de l'article 43-9 actuel de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, ne saurait être correctement mise en œuvre en l'absence des décrets devant être pris en Conseil d'État visant à définir les données mentionnées devant être détenues et déterminer la durée et les modalités de leur conservation.

- l'activité exercée par l'organisateur de forums de discussion ne peut être considérée comme une exploitation éditoriale par référence aux indices ci-dessus définis. Dans le cas contraire, celui-ci devra relever de la responsabilité prévue à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 pour les infractions de presse constatées sur son service ;
- l'organisateur de forums de discussion n'initie pas une discussion sur un sujet particulièrement sensible ou s'adressant aux mineurs et met en place un système de collecte de données de nature à permettre l'identification des auteurs. Dans le cas contraire, celui-ci devra relever de la responsabilité de droit commun.

À propos de la réparation du préjudice

Le Forum des droits sur l'internet invite le juge à tenir compte, pour l'appréciation du préjudice et de sa réparation suite à la publication d'un message préjudiciable sur un forum, des faits ou éléments suivants :

- l'auteur et l'organisateur ne sont généralement pas des professionnels de l'information ;
- l'audience d'un message doit s'étudier au regard de la fréquentation générale du forum mais doit aussi être relativisée en fonction du nombre de participants qui y ont répondu ;
- l'usage est d'employer un style intermédiaire entre le parler et l'écrit pouvant facilement donner lieu à la publication de propos excessifs ;
- les participants habituels relativisent naturellement la véracité des propos qui y sont tenus, notamment lorsque leur auteur ne décline pas clairement son identité ;
- la personne concernée par des propos tenus à son égard peut y répondre facilement.

Il est également important de prendre en compte les efforts fournis par l'organisateur de forums de discussion pour réguler les contenus de son service (par exemple, la mise en place d'une modération).

Recommandations aux organisateurs de forums de discussion

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux organisateurs de forum de discussion :

- 1 - d'adopter et d'afficher des chartes de participation claires incitant au respect des lois en vigueur, de la réputation d'autrui et de la courtoisie (voir annexe) ;
- 2 - de modérer ou de faire modérer leurs forums, en particulier, lorsqu'ils proposent des thèmes ou sujets de discussion sensibles ou lorsqu'ils s'adressent à un public fragile (principalement celui des mineurs) ²⁹⁰ ;
- 3 - d'indiquer la manière dont est effectuée la modération (avant ou après publication du message ou encore selon l'appréciation de l'organisateur), les critères sur la base

²⁹⁰ Notons que les organisateurs de forums qui seraient assimilés aux acteurs visés par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication ne peuvent, au regard de l'article 15 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, se voir imposer une obligation générale de surveillance. Cette recommandation du Forum des droits sur l'internet n'a donc aucun caractère obligatoire pour ces acteurs.

desquelles elle est pratiquée, la manière dont les utilisateurs peuvent faire appel *a posteriori* à la modération ;

4 - de respecter un court délai de réactivité dans le cas d'une modération *a posteriori*, essentiellement après notification d'un abus ;

5 - de ne pas se considérer comme propriétaire des messages postés, ces derniers appartenant à leurs auteurs ;

6 - d'indiquer s'il a été prévu que les contenus du forum ne soient pas référencés sur des outils de recherche ;

7 - de détenir et de conserver, ou de faire détenir ou conserver par leur propre prestataire d'hébergement, les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu posté sur ses services ²⁹¹ ;

8 - de rendre possible la suppression d'un message par son auteur à tout moment ²⁹² ;

9 - autant que faire se peut, d'archiver les messages originaux et leurs éventuelles modifications ou l'indication de leur suppression dans un historique non accessible au public ;

10 - de ne communiquer les données d'identification et le contenu de l'archivage privé des messages à personne d'autre qu'à une autorité judiciaire ou administrative (COB, douanes) qui en forme la demande. L'archivage privé des messages peut cependant être communiqué, après anonymisation, aux personnes désirant les utiliser à des fins de recherches scientifiques ou universitaires ;

11 - de mettre en œuvre des techniques (logiciels/*scripts*) facilitant ou permettant l'application des recommandations énoncées aux points 7, 8 et 9 et permettant aux auteurs de refuser le référencement de leurs contributions sur les moteurs de recherche ;

12 - de déclarer l'activité de forum de discussion mis en ligne sur le web à la Commission nationale informatique et libertés (CNIL).

N.B. : les points 7, 10 al. 1 et 12 constituent des obligations explicitement prévues par la loi.

²⁹¹ La nature des données et le délai exact durant lequel celles-ci doivent être conservées seront fixés ultérieurement par un décret pris en Conseil d'État pour ce qui concerne les personnes visées par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication.

²⁹² Si le logiciel ou la plate-forme de forum de discussion ne permet pas à l'auteur d'un message de le supprimer, il convient de lui indiquer l'adresse de courrier électronique lui permettant de demander la suppression de son message.

Annexe 1

Composition du groupe de travail

Michel ELIE, Observatoire des usages de l'internet (OUI)

Astrid FLESCHE-LEON, Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)

Stéphanie Fougou, Wanadoo/VOILA

Antoine GREZAUD, délégation interministérielle à la Famille

Gérard KERFORN, Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP)

Hélène LANGLOIS, Yahoo! France

Stéphanie LESPÉRANCE et **Antoine DROCHON**, association Vivre le net

Jean-Christophe LE TOQUIN et **Marine JANIAUD**, Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA)

Sylvia PREUSS-LAUSSINOTTE, avocat à la cour de Paris, maître de conférence

Valérie SEDALLIAN, avocat

Isabelle VENDRYES, ministère de la Justice, direction des Affaires civiles

Michel VIVANT, professeur à l'université de Montpellier

Jacques LOUVIER et **Axelle HOVINE**, Direction du développement des médias (DDM), présents au titre d'observateurs.

Rapporteur du groupe : **Lionel THOUMYRE**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet.

Annexe 2

Liste des personnes auditionnées

Xavier BARRIERE, Yahoo! France

Frédéric BOJMAN, Wanadoo

Michel ELIE, Observatoire des usages de l'internet (OUI)

Stéphanie Fougou, Wanadoo

Hélène LANGLOIS, Yahoo! France

Romarc LANTRUA, juriste chez Tiscali

Nathalie MALLET-POUJOL, chargée de recherche au CNRS, université de Montpellier I

Hervé MARCHON, modérateur pour les forums du journal *Libération*

Fabien PENSO, créateur et administrateur du site Linuxfr.org

Sylvia PREUSS-LAUSSINOTTE, avocat, maître de conférence

Philippe RIGAUT, sociologue

Hervé SIMONIN, directeur général adjoint France de Tiscali

Michel TATU, modérateur/coordonateur pour les forums du journal *Le Monde*

Grégory VERET, responsable de publication de Xooloo.net

Michel VIVANT, professeur à l'université de Montpellier

Le rapporteur du groupe de travail a, en outre, entendu **Pascal COHET**, porte-parole de la ligue ODEBI.

Annexe 3

Charte de participation – Conseils et exemple

Conseils pour l'élaboration d'une charte de participation

Les conseils dispensés ci-dessous concernent l'élaboration des chartes de tout type de forums.

Les chartes de forums de discussion doivent délivrer des informations sur les éléments suivants :

- 1 - le ou les thèmes de discussion abordés et la ou les langues d'usage du forum ;
- 2 - les modalités d'accès et d'inscription au forum ;
- 3 - les droits et devoirs du participant en tant que contributeur ou que lecteur ;
- 4 - la pratique de la modération.

Donner des indications sur :

- l'existence d'une modération et la stratégie pratiquée (*a priori*, *a posteriori* ou selon les circonstances) ;
 - le délai moyen de publication d'un message en cas de modération *a priori* ou la fréquence des contrôles en cas de modération *a posteriori* ;
 - les critères de la modération : les types de contenus qui ne seront pas publiés ou qui seront supprimés ;
 - la manière dont un participant peut demander la modération d'un message déjà publié.
- 5 - le référencement des contenus : indiquer si les messages publiés sont susceptibles d'être référencés automatiquement sur la plupart des moteurs de recherche ou si, au contraire, le forum a prévu de refuser un tel référencement ;
 - 6 - la suppression d'un message par l'auteur de celui-ci : indiquer clairement la manière dont l'auteur d'un message peut procéder à sa suppression ;
 - 7 - le sort réservé aux informations collectées : données d'identification et archivage des messages ;
 - 8 - la mention légale sur le droit d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données qui concernent les participants.

Exemple de charte des utilisateurs d'un forum de discussion

La présente charte constitue un exemple. Elle nécessite des aménagements pour l'adapter aux fonctionnalités de tout autre forum, à l'esprit général que l'organisateur désire lui insuffler et au type de modération qu'il aura choisi.

Sujet de discussion

Ce forum de discussion est consacré aux questions liées à l'environnement : le développement durable, les énergies renouvelables, les taxes environnementales, etc.

Accès et inscription

Ce forum peut être lu par quiconque. Pour y contribuer, il vous sera demandé de vous inscrire en indiquant votre nom ou en choisissant un pseudonyme (si vous préférez

être identifié ainsi vis-à-vis des autres participants) et un mot de passe et de saisir une adresse de courrier électronique.

Cette inscription permet :

- aux autres participants de reconnaître vos diverses contributions, personnalisant ainsi le débat sans pour autant révéler votre identité réelle ;
- à tout participant de vous contacter personnellement sans dévoiler votre adresse de courrier électronique, grâce à un système de correspondance par formulaire (optionnel) ;
- de supprimer vous-même vos contributions.

L'option d'enregistrement de vos identifiant et mot de passe sur les forums nécessite l'emploi d'un cookie persistant (stocké sur le disque dur de votre ordinateur). Ce fichier a pour seule fonction de simplifier votre accès aux forums en supprimant la phase de saisie de votre identifiant et de votre mot de passe. Nous vous recommandons toutefois de ne pas avoir recours à ce cookie si vous accédez aux forums sur un poste en accès public.

Droits et devoirs du lecteur

Tout lecteur de ce forum doit respecter les droits de propriété intellectuelle des auteurs. Il doit notamment veiller à ne pas reproduire et diffuser les contributions publiées sur ce forum sur d'autres forums ou d'autres supports sans l'accord de leurs auteurs.

Tout lecteur peut néanmoins reproduire le contenu de ce forum à des fins de consultations privées ou reproduire et diffuser de courts extraits d'un message, à des fins d'information ou de recherches, en citant le nom de ce forum et celui de l'auteur du message (nom réel ou pseudonyme).

Droits et devoirs du contributeur

Tout contributeur demeure propriétaire de son message et des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

Les propos tenus sur ce forum sont néanmoins publiés sous votre propre responsabilité. À ce titre, vous devez respecter les lois et règlements en vigueur et le droit des personnes. Par exemple, vous ne devez pas diffuser des messages violents, injurieux, diffamatoires, racistes, révisionnistes, faisant l'apologie des crimes de guerre, pédophiles, appelant au meurtre ou incitant au suicide, incitant à la discrimination ou à la haine ou dont le contenu reproduirait sans autorisation une œuvre protégée par la propriété intellectuelle (exemples : articles de presse, message d'un tiers).

Veillez par ailleurs à respecter la courtoisie nécessaire au bon déroulement des débats.

Modération

Ce forum est modéré *a priori*, c'est-à-dire que tous les messages sont lus avant leur publication. Un délai de quelques heures à deux jours peut donc s'écouler avant qu'un message ne soit rendu public.

Le modérateur s'assure que votre contribution porte bien sur le thème de débat traité dans le forum, respecte les lois et règlements en vigueur et qu'elle permet un débat constructif. Il se réserve notamment la possibilité de refuser la publication des messages redondants, de nature publicitaire ou promotionnelle, contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, violents, racistes, révisionnistes, faisant l'apologie des crimes de guerre, injurieux ou grossiers, contraires aux droits d'auteur ou droits voisins, au droit applicable aux bases de données, au droit des marques, au droit à l'image, au droit au respect de la vie privée ou qui enfreindraient toute autre disposition législative ou réglementaire en vigueur.

Tout message publié demeure néanmoins sous la responsabilité de son auteur.

Les lecteurs peuvent demander la vérification de tout message litigieux posté sur ce forum en contactant le modérateur à l'adresse suivante : moderateur@forum-environnement.org

Référencement des messages

Toutes les contributions publiées sur ce forum sont susceptibles d'être référencées sur un moteur de recherche et, donc, d'être consultées par un public extérieur à celui de ce forum.

Destination des données collectées et des messages archivés

Ce forum détient et conserve toutes données de nature à permettre l'identification des auteurs des messages et procède à l'archivage privé des messages postés. Ces informations ne pourront être communiquées qu'à une autorité judiciaire qui en formulerait la demande.

Le contenu des messages pourra également être communiqué, de manière exceptionnelle et après anonymisation, à un organisme de recherche scientifique ou universitaire.

Modification et suppression des messages

Vous pouvez à tout moment nous demander la modification ou la suppression de vos propres messages à moderateur@forum-environnement.org, en prenant soin de nous indiquer les éléments suivants : titre et date de publication du message, pseudo utilisé et URL.

Protection des données personnelles : conformément à l'article 34 de la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, vous disposez d'un droit d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données qui vous concernent.

Vous pouvez exercer ce droit en envoyant un message à :

contact@forum-environnement.org

ou en adressant un courrier à :

Association de défense de l'environnement

6, rue des usines – 99200 Village-France

Quel avenir pour le vote électronique en France ?

Recommandation adoptée le 26 septembre 2003

Synthèse des recommandations

Les principes du déploiement du vote électronique

Le Forum des droits sur l'internet considère qu'un certain nombre de principes doivent entourer le déploiement du vote électronique.

Le vote électronique doit être mis en place, mais de façon progressive et raisonnée.

La puissance publique doit rester maître de la conception et du fonctionnement des scrutins qu'elle a la charge d'organiser.

Il doit être possible de voter à distance par voie électronique lorsqu'un vote par correspondance est prévu, dès lors que les acteurs concernés le souhaitent.

Le vote électronique à distance doit être conçu comme une modalité de vote complémentaire et non exclusive des modalités plus traditionnelles et ce, au nom du principe d'égalité des citoyens devant le suffrage.

Pour les élections politiques, **les principales phases de développement du vote électronique devront préalablement faire l'objet d'un large débat public.**

Le déploiement du vote électronique doit être progressif et raisonné

Le Forum des droits sur l'internet recommande que l'introduction du vote électronique ne se fasse pas de manière uniforme. Il convient de raisonner scrutin par scrutin. Le Forum préconise le plan d'action suivant.

- Pour les élections politiques :

Le vote électronique à distance ne doit pas être mis en place. En revanche, le Forum souhaite que **chaque électeur puisse voter sur un kiosque à voter situé dans n'importe quel bureau de vote.**

Le vote électronique à distance doit pouvoir être expérimenté lors de référendums locaux.

Le vote électronique à distance doit pouvoir être utilisé par tous les Français de l'étranger pour les élections au Conseil supérieur des Français de l'étranger.

L'État doit assurer une prise en charge spécifique du coût d'équipement des systèmes de vote électronique.

- Pour les élections prud'homales :
 - le **vote sur un kiosque à voter dans n'importe quel bureau de vote** doit être mis en place pour les **élections prud'homales**.

Le Forum recommande que des **expérimentations de vote électronique à distance** soient menées lors des prochaines élections prud'homales pour le collège employeur, voire la section encadrement du collège salarié.

- Pour les élections ordinales et consulaires :
 - le **vote électronique à distance** doit être mis en place pour les **élections aux ordres professionnels, aux chambres de commerce et d'industrie, aux chambres de métiers et aux chambres d'agriculture**, après accord des organisations concernées.
- Pour les élections professionnelles :
 - dans le secteur privé : il convient d'autoriser le **vote électronique à distance ou sur un kiosque à voter**. Pour ce faire, il conviendra de modifier les dispositions du Code du travail. Le choix de la modalité du vote devra être soumis à un accord préalable entre les partenaires sociaux ;
 - dans le secteur public : il convient d'autoriser le **vote électronique à distance pour les élections au sein des commissions administratives paritaires et les comités techniques paritaires du secteur public**, après une concertation entre les partenaires sociaux.
- Pour les votes au sein des associations, des assemblées générales d'actionnaires et pour la consultation des usagers du service public :
 - il convient d'**encourager le développement du vote à distance au sein des associations et des assemblées générales d'actionnaires**, notamment en promouvant un échange d'expériences entre les acteurs ;
 - il convient de développer les **consultations et le vote électronique à distance pour les usagers du service public**. Cela pourra d'abord s'appliquer dans le secteur des élections des représentants de parents d'élèves ou de représentants d'étudiants.

Le déploiement du vote électronique doit se faire selon un certain nombre de modalités pratiques

La mise en place du vote électronique ne peut être envisagée que si un certain nombre de modalités pratiques sont respectées :

- la **gestion des listes électorales doit être modernisée**. Pour ce faire, le Forum recommande que **les listes électorales soient gérées électroniquement sous la forme d'un fichier national des électeurs** ;
- le niveau d'**authentification** demandé doit être **proportionné à l'importance du scrutin**. Une réflexion sur l'**authentification des électeurs doit être prise en compte dans les projets de « carte de vie quotidienne » et de « carte d'identité électronique »** ;
- **tout système de vote électronique utilisé pour un scrutin public** doit faire l'objet d'un **agrément technique** de la part du ministère concerné, pris sur le fondement d'un **cahier des charges**.

Le cahier des charges doit respecter les règles suivantes :

- **séparation stricte** des fonctions de gestionnaire des listes électorales et de gestionnaire de l'urne électronique ;
- **accès au code source** par des experts agréés ;
- **audit a posteriori** du système de vote ;
- **conservation des données du vote** jusqu'à l'expiration des délais de recours contentieux au lieu de conservation des procès-verbaux ;
- **localisation** des serveurs du système de vote sur le territoire national.

Les modalités particulières du vote électronique à distance :

- le **vote électronique à distance** doit pouvoir **s'exercer sur plusieurs jours** et le délai pour voter par voie électronique doit se terminer avant la date du vote au sein du bureau de vote ;
- le **vote électronique doit être un vote définitif**. Même s'il se déroule sur plusieurs jours, il ne doit pouvoir être modifié une fois qu'il a été émis. Ainsi, on ne pourra pas lui substituer ni un vote à l'urne le jour de l'élection ni un vote par correspondance ;
- le **vote électronique doit être entouré d'une certaine solennité** : le vote ne peut être rendu définitif qu'après une double validation de l'électeur qui doit toujours pouvoir disposer de la faculté, tant qu'il n'a pas validé son vote, de revenir sur le sens qu'il entend donner à son suffrage ;
- **l'introduction du vote électronique doit s'accompagner d'actions d'informations et de formations**. Les espaces publics numériques mais aussi l'Éducation nationale doivent favoriser ces actions d'appropriation des technologies de l'information et de formation citoyenne.

Les **votes électroniques menés pour les scrutins publics** doivent faire l'objet d'un **suivi** et d'une **évaluation** particuliers. Le Forum recommande la **création, au sein de l'Agence pour le développement de l'administration électronique, d'un Observatoire du vote électronique**.

L'Observatoire aurait les missions suivantes :

- **centraliser les informations et les enseignements des expérimentations** de votes électroniques et mener une **veille à l'international** ;
- apporter sa capacité d'**expertise aux ministères** lors de l'**agrément des systèmes de vote** ;
- assurer une **évaluation des systèmes de vote électronique** ;
- **rendre compte de son activité** par le biais de la publication d'un rapport annuel.

Introduction

Le vote est le moyen d'expression central d'une démocratie. Il existe dans toutes les sphères de la société : au sein des associations et des entreprises, entre pairs d'une même profession et, bien évidemment, au niveau politique.

Le développement des technologies de l'information semble pouvoir modifier la physionomie et le déroulement du vote. Si le vote électronique existe depuis de nombreuses années sous la forme de machine à voter, le développement d'internet ouvre un nouveau champ d'expression du suffrage en permettant le vote à distance.

À cet égard, l'organisation en Arizona, en mars 2000, d'un vote par internet pour désigner le candidat démocrate pour les élections présidentielles a été, pour certains, le début d'une nouvelle forme d'expression démocratique. De nombreux pays, comme les États-Unis, la Belgique, l'Allemagne, le Royaume-Uni ou encore l'Estonie expérimentent ou même légalisent le vote électronique.

Aux avantages attendus de gestion liés à la mise en place d'un vote électronique (dépouillement immédiat, baisse des coûts...) s'ajoutent des arguments de simplicité et de confort pour les électeurs. De façon générale, un renouveau de la vie citoyenne est attendu grâce à l'introduction des technologies de l'information et de la communication et les nouvelles formes de débats, d'expressions et de consultations directes qu'elles permettent.

Pour autant, la mise en place du vote électronique suscite de nombreuses interrogations. Pour certains, sécurité, respect de la confidentialité et de la sincérité du scrutin sont des principes qui semblent pouvoir être mis en cause par le vote électronique. D'autres soulignent l'importance des enjeux économiques du fait de ces nouveaux marchés, importance qui ne doit pas justifier l'adoption sans discussion de solutions adoptées par d'autres pays. De façon générale, il est rappelé la spécificité des cultures nationales qui se traduit par un rapport au vote et à ses principes qui peut être différent.

Compte tenu de cette appréhension contrastée, il convient de se demander si la France doit suivre la tendance générale qui se dessine en faveur du vote électronique. Alors que deux lois récentes viennent d'introduire la possibilité de voter par voie électronique pour certaines élections, il est particulièrement important de mener une analyse critique des coûts et avantages du vote électronique. Voter reste en effet un acte symbolique, un rituel qui fonde l'appartenance à une communauté sociale et politique. Tout changement dans ses modalités doit donc être mûrement réfléchi, au-delà d'une méfiance ou d'un enthousiasme excessif.

Le Forum des droits sur l'internet a souhaité se saisir de la question et poursuivre ainsi le travail entamé sur la démocratie électronique dans le cadre de sa recommandation d'août 2002 sur la webcampagne. Il a mis en place un groupe de travail à compter du 5 février 2003. La recommandation qui suit a été adoptée le 22 septembre 2003 par le Conseil d'orientation du Forum.

Objectifs et plan du rapport

Le but du groupe de travail a tout d'abord été de porter un constat sur les avantages et les risques des diverses modalités de vote électronique. Cette réflexion est notamment fondée sur une analyse critique des diverses des expérimentations déjà réalisées en France ainsi que sur une comparaison internationale.

Le groupe de travail a également souhaité définir un plan d'action à destination des pouvoirs publics et des acteurs du vote électronique. Ce plan vise à un déploiement progressif du vote électronique dans les différents scrutins.

Enfin, la recommandation étudie les modalités pratiques, techniques et juridiques, qu'il convient de respecter pour une mise en place harmonieuse et sécurisée du vote électronique.

Méthodologie suivie

Afin d'intégrer l'ensemble des aspects du vote électronique, le groupe de travail a été composé de manière pluridisciplinaire à savoir des juristes, des techniciens, des sociologues qu'ils soient représentants de l'administration, des utilisateurs ou encore des sociétés de vote électronique.

Le groupe de travail a procédé, en complément de ses séances de travail collectif, à des auditions de personnalités désignées pour leurs connaissances et leurs expériences des enjeux relatifs aux diverses pratiques de vote électronique (représentants du monde politique et syndical, utilisateurs, techniciens, experts étrangers...). Ces auditions ont porté sur la quasi-totalité des expérimentations de vote électronique réalisées en France depuis plus de deux ans, ce qui a notamment permis au groupe d'en apprécier les avantages et les limites.

Parallèlement à ces auditions, le groupe de travail a souhaité recueillir l'avis des internautes et a mis en place un forum de discussion. Ce forum, réalisé en partenariat avec le club du e-public, s'est tenu de mars à juin 2003, date à laquelle une synthèse des contributions a été rédigée (voir en annexe).

Les constats et les problématiques

Les modalités du vote électronique et le champ de la recommandation

Les modalités du vote électronique

La notion de vote électronique peut être entendue de manière très large. On peut, par exemple, y inclure le décompte électronique des bulletins papier. La recommandation n'aborde néanmoins pas cet aspect et ne traite que du cas où l'électeur vote de manière dématérialisée par voie électronique. Elle n'aborde donc pas le dépouillement par code barre ou bien la lecture des bulletins par scanner.

Le vote électronique peut s'effectuer suivant des modalités très différentes.

1 - Le vote sur un kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur. L'électeur vote à partir d'un terminal, le kiosque à voter, dans son bureau de vote habituel. En principe, il n'utilise donc plus de bulletin de vote sur support papier. Le système assure de manière automatique le décompte des bulletins au sein du bureau de vote.

2 - Le vote sur un kiosque à voter dans n'importe quel bureau de vote. L'électeur doit se déplacer dans un bureau de vote pour pouvoir voter mais il peut se rendre dans n'importe quel bureau de vote situé sur le territoire. L'identité de l'électeur et son passage dans l'isoloir peuvent, le cas échéant, être contrôlés par les membres du bureau de vote. Mais le système doit permettre de contrôler que l'électeur est bien autorisé à voter. Il doit également, le cas échéant, transmettre les informations au bureau de vote habituel de l'électeur.

3 - Le vote sur un kiosque à voter en dehors du bureau de vote. L'électeur vote sur une machine précisément localisée mais qui n'est pas sous le contrôle d'un bureau

de vote. On peut ainsi imaginer le vote sur une borne au sein d'un centre commercial, d'une gare ou d'un bureau de poste.

4. Le vote à distance sans déplacement de l'électeur. Le vote peut s'effectuer dans n'importe quel endroit. L'électeur peut donc voter depuis son domicile, son lieu de travail ou n'importe quel autre point du territoire. Les technologies utilisées peuvent être très différentes :

- vote par internet à partir d'un ordinateur ;
- vote par SMS (*Short Message Service*) sur un téléphone mobile ;
- vote par téléphone en utilisant les touches du téléphone ;
- vote par le biais d'une télévision interactive.

La présente recommandation vise les votes électroniques pratiqués selon ces quatre modalités.

Le champ de la recommandation

La présente recommandation n'entend pas se limiter au seul vote politique, élections ou référendums locaux ou nationaux.

Certes, le vote politique est le plus sensible et justifie une attention particulière. Pour autant il existe d'autres types de scrutins qui peuvent être concernés par le vote électronique :

- élections professionnelles au sein des entreprises (comité d'entreprise, délégués du personnel) ou au sein de l'administration ;
- élections prud'homales ;
- élections consulaires ;
- élections dans les ordres professionnels ;
- vote des assemblées générales d'actionnaires ;
- élections universitaires ;
- élections professionnelles au sein de la fonction publique dans les commissions administratives paritaires et les comités techniques paritaires ;
- vote au sein des associations.

La présente recommandation a retenu le terme de « scrutin public » pour les élections politiques et prud'homales.

Les avantages et les risques liés à la mise en place du vote électronique

Les avantages attendus du vote électronique

Les avantages en terme de gestion des votes

• L'amélioration du dépouillement

L'utilisation du vote électronique permet en principe d'améliorer le dépouillement. Elle assure un décompte exact des suffrages. Elle permet d'obtenir dans un temps très rapide les résultats au sein d'un bureau de vote et à un niveau centralisé. Elle permet donc des gains en terme de mobilisation des personnels et des bénévoles.

- **La limitation des erreurs liées au scrutin sur support papier et des fraudes**

Le vote électronique permet de supprimer les incertitudes sur les bulletins non valides (bulletins tachés, déchirés, pliés, etc.) qui se retrouvent dans le système actuel, ainsi que les multiples irrégularités fâcheuses mais qui n'ont pas toujours un caractère frauduleux.

Le vote électronique permet également d'éviter les différentes fraudes pouvant apparaître lors d'un scrutin papier (jets d'enveloppes, bourrages d'urnes, etc.).

- **La possibilité de comptabiliser un vote blanc**

Cet avantage est le corollaire de l'avantage précédent. Le vote blanc se définit comme un vote où l'électeur ne désigne aucun candidat ²⁹³. Lors d'un vote papier, le vote blanc fait partie des suffrages annulés et ne peut se distinguer d'un vote nul.

La question de savoir si le vote blanc doit être officiellement pris en compte est, par ailleurs, débattue. Pour les élections politiques, une récente proposition de loi tend à permettre ²⁹⁴ de définir précisément un bulletin blanc et de le distinguer des bulletins non valides. Certains estiment néanmoins que la reconnaissance d'un vote blanc serait de nature à fausser la logique de l'élection par la possibilité d'exercer un vote de défiance et non un choix positif.

Ce débat démocratique dépasse l'objet de cette recommandation. À ce stade, il convient seulement de relever que le choix de comptabiliser le vote blanc serait facilité par la mise en place de systèmes de vote électronique.

Les avantages en termes de participation

Le principal argument en faveur du vote électronique en dehors du bureau de vote de l'électeur résiderait dans l'accroissement de la participation électorale. Trois éléments positifs peuvent être attendus d'une mise en place du vote électronique à distance :

- il permettrait de voter ailleurs que dans le bureau de vote qui est assigné à l'électeur et faciliterait ainsi l'acte de voter. Ce faisant, il répondrait mieux aux récentes évolutions des modes de vie et de travail caractérisées notamment par le « nomadisme » et une mobilité professionnelle croissante ;
- il pourrait faciliter le vote de populations qui peuvent rencontrer des difficultés dans le fait d'avoir à se déplacer pour aller voter dans leur bureau de vote : il en va ainsi des personnes isolées, âgées ou handicapées ;
- il pourrait favoriser la participation des jeunes électeurs, utilisateurs réguliers des technologies de l'information, qui vont trouver dans ce nouveau moyen de vote un outil de participation plus moderne ; même si aucune enquête n'a pu démontrer pour le moment que ces électeurs se mobilisaient plus lorsqu'ils étaient confrontés à ces outils.

²⁹³ Pour les élections politiques, cette définition est donnée à l'article L. 57-1 du Code électoral. Il y est précisé que le vote par machine à voter permet « l'enregistrement d'un vote blanc ».

²⁹⁴ Proposition de loi tendant à la reconnaissance du vote blanc aux élections adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 30 janvier 2003.

Certes, la faible participation à certains scrutins n'est pas uniquement liée aux conditions matérielles du vote et à la plus ou moins grande difficulté de voter. Certains électeurs se détournent des scrutins, tant politiques que sociaux et professionnels, davantage en raison d'une défiance à l'égard de leurs représentants ou d'un faible intérêt pour les enjeux de l'élection que pour des raisons pratiques. L'abstention peut aussi s'expliquer par une faible insertion dans le système social. À cet égard, le vote électronique paraît peu susceptible d'influer sur la participation de cette population d'électeurs et pourrait même leur rendre encore plus difficile l'acte de voter.

Pour autant, les résultats des expériences de vote électronique réalisées en France dans des cadres privés ou en parallèle à des élections politiques semblent indiquer une légère tendance à la hausse de la participation (*cf. infra*). Cependant, la taille souvent réduite des populations concernées, le fait que les expériences soient seulement fondées sur le volontariat ou encore l'absence d'enjeux réels (le scrutin n'ayant qu'une valeur consultative), empêchent de valider rigoureusement ce constat.

En France, les résultats d'une expérience menée sur un échantillon significatif, celle du vote pour le CSFE (*cf. infra*), ont montré que l'introduction du vote électronique a enrayé la chute du taux d'abstention en stabilisant la participation électorale ; alors que celle-ci était visible sur d'autres circonscriptions, comparables en taille et type de l'électorat.

Dans un pays comme le Royaume-Uni, les résultats des élections pilotes de 2003 ont montré qu'il est difficile de tirer des enseignements clairs et directs sur la relation entre vote électronique et participation électorale (*cf. infra*).

Pour l'instant, il n'est ainsi pas possible, à la lumière des expériences de vote électronique, d'affirmer que le vote électronique accroît la participation ou, à l'inverse, qu'il n'a aucun effet sur la participation.

Les avantages en termes de renouveau de la vie citoyenne

- **La modernisation de la vie publique**

La possibilité de voter par voie électronique apparaît comme un symbole de la modernisation de la vie publique et correspond aux évolutions d'une société plus mobile, plus exigeante vis-à-vis des services que doivent rendre les administrations. Elle accompagnerait le développement des technologies de l'information et de leurs usages chez les électeurs. Il peut sembler normal, pour des électeurs qui utilisent de plus en plus les technologies de l'information dans leur vie quotidienne, que cette possibilité leur soit offerte pour voter lors de certains scrutins. Dès lors qu'il est possible de voter par SMS ou par téléphone dans le cadre d'émissions de variétés ou de télé-réalité, il est tentant de considérer que la même possibilité devrait être offerte pour l'organisation de certains scrutins.

- **L'apparition de nouvelles formes de participation citoyenne**

Le vote électronique à distance *via* internet permettrait de stimuler d'autres formes d'implications et d'interactions politiques en donnant aux électeurs un nouveau moyen d'échanger leurs opinions. Le vote peut ainsi s'accompagner de la création de nouvelles formes d'expression citoyenne. Autour du vote électronique, il est possible

de créer des débats et des consultations (forums de discussion, sondages ou procédures d'enquêtes publiques en ligne, colloques virtuels...²⁹⁵).

Pour certains, internet peut permettre une consultation plus fréquente, voire quasi-permanente, des électeurs. On peut ainsi imaginer qu'un syndicat consulte de manière systématique par voie électronique ses adhérents sur les accords signés ou les prises de position. Pour d'autres, le vote à distance confirme les représentants dans leurs rôles en renforçant la représentativité des élus, qui peuvent ainsi régulièrement s'assurer être en cohérence avec leurs électeurs.

Dans leur ouvrage d'analyse sur l'évolution des pratiques politiques à l'ère du numérique, Stephen Coleman et John Gotze²⁹⁶, tirent des multiples expériences européennes de vote et de délibération en ligne l'idée que seul un modèle de démocratie délibérative associant des pratiques de vote et de délibération sera éventuellement susceptible de remédier à « l'apathie » croissante des citoyens européens. À leurs yeux, le vote électronique constitue ainsi un premier pas vers la diffusion de pratiques de consultations ne prenant pas nécessairement de forme électorale mais venant soutenir et aider les représentants élus dans leur tâche quotidienne.

Le vote électronique permet ainsi de renouveler les pratiques démocratiques en favorisant une forme de démocratie directe permettant aux citoyens d'agir concrètement et rapidement dans la vie publique.

Cependant, certains craignent que ces nouvelles formes de participation ne lassent les électeurs et n'entraînent une désacralisation de la notion même du vote (saturation d'information, consultations trop fréquentes...). À ce titre, le fait de vouloir favoriser de telles formes d'expression directe pourrait affecter le principe même de la démocratie représentative.

Les risques liés à la mise en place du vote électronique

Les risques ne sont pas les mêmes suivant la modalité de vote électronique retenue.

Les risques communs à tous les votes électroniques

• Les problèmes de sécurité des systèmes

Les différents systèmes de vote électronique peuvent faire l'objet d'attaques ou de tentatives de fraude, particulièrement à partir du moment où ils sont construits sur la centralisation des données.

Certes, comme il a été indiqué précédemment, le vote sur support papier n'est pas exempt de fraudes. Mais l'utilisation de l'informatique au sein des opérations électorales permettrait, dans certains cas, une fraude à grande échelle et avec peu d'intervenants.

²⁹⁵ Par exemple, la Grèce, qui présidait l'Union européenne de janvier à juillet 2003, a proposé aux internautes de donner leurs points de vue sur les grandes orientations de la politique européenne par le biais de questionnaires à choix multiples (www.evote.eu2003.gr).

²⁹⁶ Stephen Coleman et John Gotze, *Bowling together. Online Public engagement in Policy Deliberation*, Londres, Handsard Society, 2002.

Il convient de distinguer deux cas :

- lorsque le vote électronique se déroule sur des terminaux isolés, c'est-à-dire concrètement dans des kiosques à voter au sein d'un bureau de vote, le risque se résume à la dénaturation du système de vote par des moyens *a priori* locaux. Il concerne essentiellement la modification de tout ou partie des logiciels de gestion et de traitement : listes électorales ; acte de vote ; bulletins de vote ; présentation des résultats du scrutin. Ce risque peut être réduit, notamment par un contrôle du système utilisé et par des mesures assurant l'intégrité du système pendant les opérations électorales ;
- le risque paraît plus important lorsque le vote électronique implique le transfert de données par un réseau vers un serveur centralisant les résultats. L'utilisation d'une infrastructure réseau ouvre d'autres types d'attaques ou de fraudes, particulièrement si l'architecture utilise un système ouvert du type internet. Elle peut ainsi permettre à un faible nombre d'individus de fausser le résultat de l'ensemble d'un scrutin, ce qui paraît plus difficile lorsque la manipulation doit se faire bureau par bureau.

On peut ainsi distinguer :

- les attaques du système de transmission : dégradation des supports physiques de transmission (coupures des câbles ou des fibres optiques), saturation des supports par transmission massive de paquets de données fictives, écoutes malveillantes des communications de données, connexions pirates sur le réseau ;
- les attaques des serveurs : dénis de service consistant à accéder sans autorisation aux fonctions du serveur, saturation des accès au serveur (*flooding*²⁹⁷) par transmission de paquets de données non conformes (taille trop importante des paquets d'information), prise de contrôle des machines permettant de se comporter comme un administrateur du système (virus de type *cheval de Troie*) ;
- les attaques des stations de vote : usurpation d'identité (*spoofing*) permettant de se substituer à un votant ou de multiplier ses actions de vote, détournement de l'accès au site électoral vers une autre adresse où il devient possible de capturer les paramètres saisis par l'électeur, installation de commandes « malicieuses » ou des virus permettant la conduite du scrutin (capture ou modification de paramètres, détournement de transactions).

Il convient néanmoins de préciser que le risque d'attaques externes sur les systèmes de vote électronique varie en fonction de la sensibilité du scrutin. Par conséquent, le niveau de sécurisation d'un système de vote électronique utilisé pour une élection politique importante devra différer de celui retenu pour une élection au sein d'un ordre professionnel.

• L'atteinte à la sincérité du suffrage et au secret du vote

Les risques de manipulation du sens du suffrage apparaissent beaucoup plus importants avec le vote électronique qu'avec le vote papier.

Avec le dépôt d'un bulletin papier dans une urne, il n'existe pas d'intermédiaires entre la volonté de l'électeur et l'expression de son suffrage. Rien n'empêche

²⁹⁷ Les termes techniques employés dans cette partie et qui sont définis de façon complète dans le glossaire sont suivis d'un astérisque.

matériellement que le bulletin de l'électeur soit substitué ou corrigé (bourrage d'urnes), mais l'urne représente une garantie de transparence car le processus est visible de tous.

En revanche, le vote électronique interpose un système informatique opaque entre l'électeur et son bulletin. Cette sensation de l'existence d'une « boîte noire » échappant à la vision de l'électeur peut engendrer une défiance à l'égard d'un système de vote électronique chez certaines personnes qui peuvent douter du fait que leur choix de vote a réellement été pris en compte sans dénaturation en aval par le système de vote ou n'a pas été modifié par des candidats malintentionnés.

De même, l'utilisation d'un système de vote électronique pourrait permettre de lier l'identité de l'électeur et le sens de son vote. On peut ainsi craindre qu'un candidat malintentionné ou un agent responsable de la surveillance du vote, sans parler d'un tiers piratant le système, puisse relier l'identité de l'électeur à son suffrage.

Ce risque paraît exclu lorsque est en cause un scrutin traditionnel. Le passage par l'isoloir et le dépôt du bulletin dans l'urne semblent protéger l'électeur contre le risque de prise de connaissance du sens de son vote. Cette protection paraît moins importante dans le cas d'un système informatique.

Les risques spécifiques pour le vote électronique en dehors des bureaux de vote

• Les pressions sur les électeurs

Le vote au sein d'un bureau de vote s'effectue sous le contrôle des assesseurs et des représentants des candidats. Il permet donc de veiller à ce qu'aucune pression ne soit exercée sur l'électeur lorsqu'il dépose son bulletin dans l'urne. Le passage dans l'isoloir garantit que le vote est secret. Ces principes, posés à l'article 3 de la Constitution, à l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais aussi dans le Code électoral ²⁹⁸, demeurent essentiels.

Or, dans le cas du vote électronique en dehors du bureau de vote, ces principes fondamentaux paraissent moins solidement garantis. Il est plus difficile de s'assurer de la confidentialité du vote et du fait qu'aucune pression n'est exercée sur l'électeur, soit de la part de son entourage familial, soit au sein de sa collectivité de travail, soit de toute autre manière.

On peut certes objecter que le vote à l'isoloir n'exclut pas l'existence de pressions familiales ou sociales. On peut également penser que les électeurs votant à distance peuvent s'affranchir des pressions, y compris pour les élections politiques et qu'une telle modalité de vote ne porte pas atteinte à l'intégrité du scrutin. Ainsi, des contrôles menés dans l'État de Genève en Suisse n'ont relaté, pour la période 1995-2000 (le vote par correspondance généralisé a été introduit en janvier 1995), qu'un seul cas de fraude avéré sur 129 580 contrôles effectués sur 28 scrutins ²⁹⁹.

²⁹⁸ Article L. 59 du Code électoral : « *Le scrutin est secret* ».

²⁹⁹ « *Contrôles relatifs à l'intégrité et à la probité de l'exercice du droit de vote par correspondance généralisé à l'État de Genève* ». Patrick Ascheri, directeur du service des votations et élections, département de justice, police, transports, 1^{er} novembre 2000.

Il convient également de relever que ce risque de pression n'est pas propre au vote électronique mais s'étend au vote par correspondance et au vote par procuration. Dans ce dernier cas, l'électeur confie à un autre le soin de voter pour lui. De même, dans le cadre du vote par correspondance, il ne peut être exclu qu'une pression s'exerce au moment de l'expression du vote ; surtout lorsque celui-ci s'exerce dans un cadre familial ou professionnel ³⁰⁰.

Or, le vote par correspondance s'applique en France à de nombreux votes en dehors des élections politiques. Et de nombreux États européens pratiquent le vote par correspondance en matière politique (Suisse, Allemagne, Suède, Finlande, Norvège...).

- **La difficulté de s'assurer de l'identification et l'authentification de l'électeur**

Le vote en dehors du bureau de vote rend plus difficile le contrôle de l'identité de l'électeur. En effet, cette fonction est normalement assurée directement par les membres du bureau de vote lors de l'émargement sur la liste électorale. Un vote en dehors du bureau de vote ne permet pas d'assurer cette vérification physique. Il peut donc apparaître aux yeux de certains citoyens comme étant moins sûr.

- **L'atteinte au rituel du vote**

Le passage devant l'urne, moment privilégié de la vie collective, sociale et citoyenne, représente, tant dans le domaine politique que dans le domaine professionnel, un rituel profondément inscrit dans la tradition républicaine. Le déplacement dans le bureau de vote marque également une démarche volontaire de la part de l'individu montrant son implication dans la vie de la société et de la Cité et l'affirmation, solennelle et publique, de sa capacité de citoyen. L'existence d'un bureau de vote n'est pas neutre. Elle rassemble le corps électoral le temps d'un scrutin.

Néanmoins une remise en cause, partielle, de la tradition de l'isoloir ne peut pas être *a priori* rejetée au nom du caractère intangible des procédures matérielles de l'élection. Pour certaines élections le passage à l'urne ne représente pas un moment symbolique fort et, au-delà, pour toute une partie de la population ayant déserté les urnes, c'est précisément ce rituel qui est mis en cause. De plus, on ne peut toujours écarter l'idée que certains opposants au vote à distance ont également à l'esprit qu'un vote en bureau de vote permet d'exercer une forme de pression collective, par exemple en assurant le rassemblement de certains électeurs.

- **Le risque d'inégalité entre les électeurs**

Dans le contexte actuel de faible appropriation des technologies de l'information et de la communication par les électeurs, le vote électronique à distance peut apparaître comme porteur d'inégalités. En effet, tous les électeurs n'ont pas d'accès aux technologies utilisées ou ne possèdent pas une maîtrise suffisante de ces outils. Une

³⁰⁰ La Commission européenne pour la démocratie par le droit a rendu public un « Code de bonne conduite en matière électorale » (Avis n° 190/2002 du 19 octobre 2002). Il y est précisé que le vote par correspondance, comportant un certain nombre de « difficultés » liées notamment au « risque accru de vote familial » et à la « fraude », « ne doit être admis que si le service postal est sûr et fiable ».

partie importante de la population pourrait dès lors être exclue *de facto* du scrutin. Ainsi, le vote à distance par internet ou par SMS peut favoriser les populations les plus jeunes et les classes sociales les plus favorisées qui sont les plus gros utilisateurs des technologies de l'information.

Il convient néanmoins de constater que cette fracture est appelée à se réduire au fur et à mesure de la diffusion des technologies de l'information dans la société et du développement de la maîtrise de ces outils par les individus.

De plus, cette objection ne vaut que si le vote s'effectue exclusivement par le vote électronique à distance. Elle ne peut trouver à s'appliquer dans le cas où le vote électronique n'est qu'une modalité parmi d'autres modes de votation plus traditionnels.

Le coût du vote électronique

Les économies liées à la mise en place d'un vote électronique sont souvent présentées comme étant l'un des arguments en faveur du vote électronique. On met ainsi en avant les économies en personnel et matériel que peut apporter le dépouillement électronique quasi instantané d'un scrutin ou les économies en terme de bulletins de vote. Il apparaît cependant que le bilan coût/avantage de l'introduction du vote électronique semble plus nuancé.

Concernant les coûts, il apparaît difficile d'estimer avec précision le coût exact d'un scrutin électronique. Aux coûts d'investissements en matériel et en logiciel nécessaires à la mise en place d'un système de vote électronique s'ajoutent les frais de maintenance et d'amortissement de ces matériels. Il faut également y ajouter des coûts cachés difficiles à mesurer quantitativement. Ce sont les coûts humains de formation des membres des bureaux de vote, des éventuels personnels participant à l'organisation et au déroulement du vote, voire des responsables des systèmes ou encore les coûts de fonctionnement du réseau.

Bien évidemment, ces coûts sont variables suivant la modalité du vote retenu. Si le vote se réalise totalement à distance, une partie du coût peut être transférée à l'utilisateur³⁰¹. Par exemple, si le vote s'effectue par internet, l'électeur doit utiliser son propre ordinateur et sa connexion. Si le vote se réalise sur une machine à voter, l'investissement en matériel est plus important³⁰². De même, ces coûts peuvent être amortis sur plusieurs élections.

Concernant les économies potentielles (coût des bulletins présents dans le bureau de vote, coût humain lié au fonctionnement des bureaux de vote, notamment lors du dépouillement), il faut réaliser qu'elles n'affectent qu'une faible partie des dépenses liées au scrutin, l'essentiel de celles-ci étant constituées des dépenses liées à l'information des électeurs (mise sous pli et acheminement de la propagande) et à l'existence même des bureaux de vote.

³⁰¹ Selon le prestataire de l'élection, le coût du vote par voie électronique pour les Français de l'étranger a été de 61 000 euros soit d'un euro par électeur inscrit.

³⁰² Le coût de base d'une machine à voter non connectée est d'environ 2 000 euros.

À titre d'exemple, pour les élections présidentielles, les dépenses d'acheminement de la propagande officielle des candidats représentent 35 % des dépenses totales et les dépenses de fonctionnement 13 %, dont 8 % pour les frais d'assemblées électorales. Or, l'économie liée à une diminution du nombre bulletins papiers dans les bureaux de vote et à l'accélération du dépouillement ne présente qu'une faible partie de ces frais d'assemblées électorales.

Deux éléments peuvent néanmoins augmenter les économies liées à l'introduction du vote électronique.

Tout d'abord, on peut imaginer que le vote électronique à distance se substitue entièrement au vote traditionnel à l'urne, ce qui a pour effet de diminuer drastiquement les coûts liés au bureau de vote traditionnel.

Mais surtout, on peut envisager que la propagande officielle puisse être envoyée de manière électronique aux différents électeurs. Dans ce cas, le coût de l'élection peut être très fortement diminué.

Pour autant, ces deux évolutions ne semblent pas envisageables dans un avenir proche pour les scrutins publics (élections politiques ou prud'homales). La substitution apparaît difficilement envisageable en raison des limites en termes d'équipements et de formation des électeurs.

Par ailleurs, l'envoi de la propagande par voie électronique se heurte à des limites en terme d'équipement des élections et aux fréquents changements d'adresse électronique.

En définitive, il apparaît que l'introduction du vote électronique ne permet pas de faire des économies substantielles sur le déroulement du scrutin pour la plupart des élections. Elle représentera au contraire un coût initial supplémentaire.

Premiers bilans d'expériences de vote électronique

Le groupe de travail du Forum des droits sur l'internet a mené un certain nombre d'auditions. Elles ont notamment permis d'apprécier les avantages et les limites de différentes expériences de vote électronique réalisées en France depuis plus de deux ans.

Ces expériences sont d'importance variable : elles ont porté sur des scrutins politiques, professionnels voire des consultations locales. Dans le cas des scrutins politiques, elles ont été menées en parallèle au scrutin réel et sans préjudice des opérations traditionnelles de vote, seules reconnues légalement.

Les expériences de vote électronique pour des scrutins politiques

Les expériences menées à Vandœuvre-lès-Nancy (Meurthe-et-Moselle)

- Le type de vote électronique utilisé : les deux expérimentations ont reposé sur le principe du kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur. En revanche, deux types de techniques ont été utilisés :
 - vote en réseau au sein du bureau de vote (ce vote a eu lieu à l'occasion de l'élection présidentielle, 21 avril et 5 mai 2002) ;

- vote par carte à puce comportant les empreintes digitales des électeurs (élections législatives de juin 2002).

Il convient de rappeler que la ville de Vandœuvre-lès-Nancy avait, dans un premier temps, souhaité expérimenter un vote à distance sans déplacement de l'électeur (vote par internet). La CNIL ³⁰³ a émis un avis défavorable pour quatre raisons principales :

- l'envoi du code d'accès et du mot de passe par simple courrier à un domicile où peuvent résider plusieurs électeurs ne garantit pas qu'un électeur ne puisse voter plusieurs fois en utilisant le code d'accès et le mot de passe des autres personnes du foyer ;
- la possibilité de voter depuis le domicile est susceptible de porter atteinte au secret et à la sincérité du vote en ne lui conférant pas le caractère personnel qu'il doit revêtir et en ne garantissant pas que le vote était dégagé de toute influence ou pression ;
- les serveurs d'exploitation des informations personnelles (liste électorale, liste d'émargement...) étaient situés à New York et échappaient ainsi à tout contrôle effectif des autorités nationales ;
- le dispositif technique ne permettait pas de garantir l'anonymat du vote d'un bout à l'autre de l'opération.

La ville de Vandœuvre-lès-Nancy a donc mis en place des expérimentations de vote électronique avec déplacement de l'électeur (kiosque à voter).

- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - la participation a été assez importante et ce, pour les deux techniques de vote utilisées ³⁰⁴ ;
 - suite à l'expérimentation menée lors du scrutin présidentiel, une étude de satisfaction a été réalisée par la mairie auprès de 80 % des électeurs ayant voté par voie électronique. Il en ressort principalement que 66 % de cet échantillon est favorable au vote électronique mais aussi que 50 % craignent que le système informatique puisse être piraté et que ce type de vote n'exclue certaines catégories de personnes ;
 - la ville de Vandœuvre-lès-Nancy a, par la suite, utilisé l'internet pour proposer aux écoliers, collégiens et lycéens de la ville de participer en ligne (par le biais d'un vote) à une consultation pour le slogan de la campagne antitabac 2003. Dans ce cas, l'internet a permis l'émergence de nouvelles formes d'expression publique et de consultation des habitants.

³⁰³ Délibération n° 02-222 du 2 avril 2002.

³⁰⁴ En ce qui concerne l'expérimentation menée lors de l'élection présidentielle : le dispositif concernait un bureau de vote au premier tour (avec trois terminaux) et trois au second (six terminaux). Pour le premier tour : sur les 1 280 électeurs inscrits dans ce bureau, 820 se sont déplacés pour aller voter et 468 d'entre eux ont expérimenté le vote par l'internet. Pour le second tour : sur les 2 181 inscrits dans les trois bureaux, 1 720 ont voté traditionnellement et 917 d'entre d'eux ont également voté par l'internet.

Pour l'expérimentation menée lors des législatives : le dispositif concernait un bureau de vote (871 électeurs inscrits). Sur 597 votants, 244 personnes se sont livrées à l'expérimentation au premier tour et sur 563 votants, 225 au second.

- Les limites et les enseignements de l'expérimentation :
 - en ce qui concerne le vote par carte à puce : difficultés liées à l'identification au moyen de l'empreinte digitale (difficultés dans le positionnement convenable de l'index, éventuelles coupures ou blessures ne permettant une reconnaissance absolue...) et trop longue durée nécessaire pour l'établissement de la carte (empreintes digitales, etc.) alors que l'intérêt d'un vote électronique repose essentiellement sur la rapidité du procédé ;
 - en ce qui concerne le vote en réseau : crainte que le système informatique puisse être piraté et que ce type de vote n'exclue certaines catégories de personnes (cf. l'étude de satisfaction susmentionnée).

L'expérience menée à Voisins-le-Bretonneux (Yvelines)

- Le type de vote électronique utilisé : vote sur un kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur au moyen de l'internet à l'occasion des élections municipales et cantonales de mars 2001.
- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique : la participation a été importante ³⁰⁵ et le vote n'a entraîné aucune rupture d'égalité dans l'accès à l'outil internet, au contraire : toutes les tranches d'âge ont voté de façon à peu près uniforme.
- Les limites et les enseignements de l'expérimentation : les opérations de vote se sont déroulées avec trop de lenteur et ont été rapidement saturées (trop peu de postes étaient disponibles et un problème de partage de bande passante sur le réseau câblé de la mairie a été noté).

L'expérience de vote électronique suite à la loi autorisant le vote par correspondance électronique des Français établis à l'étranger pour les élections au Conseil supérieur des Français de l'étranger (CSFE)

- Le type de vote électronique utilisé : vote à distance sans déplacement de l'électeur rendu possible par une loi visant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections au CSFE ³⁰⁶ (28 mars 2003). Le scrutin s'est déroulé du 19 au 31 mai 2003.

Il convient de noter que le vote pour le CSFE est la seule élection au suffrage universel où la loi autorise le vote par correspondance.

Le vote électronique a été expérimenté aux États-Unis car :

- le réseau internet y est très développé ;
- les Français qui y résident ont une forte culture internet ;
- le taux de participation y est particulièrement bas et en baisse régulière.

³⁰⁵ Pour les élections municipales, sur les 1 511 électeurs inscrits, 946 ont voté traditionnellement (soit 62 %) dont 276 par l'internet (soit 18 %). Pour les élections cantonales : 914 électeurs ont voté traditionnellement (61 %) dont 236 par l'internet (16 %).

³⁰⁶ Loi n° 2003-277 du 28 mars 2003 tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections du Conseil supérieur des Français de l'étranger (parue au JO n° 75 du 29 mars 2003).

- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - même si la participation électorale s'est accrue de 2,5 points par rapport à 1997, ce résultat est considéré comme un succès relatif en termes de participation ³⁰⁷. Le taux étant également expliqué par un afflux massif d'inscriptions nouvelles dans les consulats, postérieurement aux événements de septembre 2001, la liste électorale passant en quelques mois de 50 000 à 61 000 personnes. À noter cependant, à titre de comparaison, qu'au Canada, pays où l'on vote traditionnellement plus et où des élections « papiers » des représentants au CSFE ont également été menées au même moment dans des circonscriptions voisines, le taux de participation a diminué (il est passé de 21,1 % en 1997 à 14,7 % en 2002) ;
 - les personnels des bureaux de vote ont pu gérer l'ouverture des urnes électroniques et décrypter les votes, sans formation particulière.
- Les limites du vote électronique : le rôle que doit jouer le prestataire dans la conservation des données du vote a été soulevé. En effet, le contenu des bases de données du vote, qui doit être conservé le temps des recours, était archivé chez un prestataire privé alors que, pour les scrutins traditionnels, la conservation de ces documents se fait auprès du service administratif compétent.

Quelques expériences de vote électronique à l'étranger

Le Brésil, la Belgique ou encore le Royaume-Uni ont mis en place diverses modalités de vote électronique pour les élections à caractère politique.

Pour l'instant, il n'est pas possible, à la lumière des expériences de vote électronique, d'affirmer que le vote électronique accroît la participation ou, à l'inverse, qu'il n'a aucun effet sur la participation.

Le Brésil est un pays très avancé dans l'implantation du vote électronique. Aux élections qui se sont tenues en octobre 2000, 109 millions d'électeurs ont voté en utilisant ce système. La mise en place du vote électronique a eu pour objectif d'éliminer la fraude électorale, de réduire les délais de dépouillement et de simplifier l'exercice du vote pour les analphabètes (près de 20 % de la population). Le système utilisé est celui de l'urne électronique à clavier numérique.

Le cas du Brésil a montré que l'introduction de machines à voter a diminué très fortement le nombre de votes invalides, plus qu'il n'a eu d'effet sur la participation. Ceci semble dû au fait que les machines ont rendu plus intelligibles les multiples votes que chaque électeur doit émettre lors des élections (comme aux États-Unis, les électeurs brésiliens votent le même jour pour différents scrutins : locaux, états fédérés, niveau fédéral) et signalent aux électeurs les erreurs logiques qu'ils peuvent commettre.

³⁰⁷ Sur les 61 000 électeurs inscrits dans les deux circonscriptions américaines, 8 800 ont voté (soit un taux de participation de 14,47 %). 60,6 % des votants ont voté par internet (5 354 électeurs, soit 8,77 % des inscrits), 33,84 % des votants ont voté par correspondance (2 989 électeurs, soit 4,90 % des inscrits) et 5,6 % se sont présentés dans les onze bureaux de vote (491 électeurs, soit 0,8 % des inscrits).

La Belgique est un pays pionnier en Europe dans l'application des systèmes de vote électronique. Des expérimentations de vote électronique ont été menées dès 1985. Le vote électronique en Belgique est réglementé par la loi du 11 avril 1994, modifié par une loi du 12 août 2000. Le coût relativement élevé de ce dispositif a empêché la généralisation du système à la totalité du territoire belge (50 % des circonscriptions sont concernées, soit près de quatre millions d'électeurs).

La méthode adoptée est celle du vote sur une machine à voter. L'électeur s'identifie par le biais d'une carte magnétique sur laquelle les données sont enregistrées à l'aide d'un écran sur lequel s'affichent les options qui peuvent être sélectionnées par un crayon optique. Aux dernières élections municipales, le système a été utilisé par 44 % des électeurs concernés. En dépit du dépôt d'une proposition de loi ³⁰⁸, en avril 2000, visant à autoriser le vote par internet, cette modalité de vote ne semble toujours pas à l'ordre du jour. En effet, la Commission de l'Intérieur du Sénat a adopté, en mai 2001, une recommandation concluant au gel du développement du vote électronique.

De fait, seul **le Royaume-Uni** offre un véritable terrain d'étude du vote électronique à distance. En effet, depuis 2002, et pour une durée de trois ans, des expérimentations à grande échelle de vote électronique sont mises en place.

Toutes les modalités de vote électronique sont expérimentées. Cela comprend des kiosques à voter dans le bureau de vote de l'électeur mais aussi situés en dehors des bureaux de vote (comme par exemple dans des centres commerciaux ou des gares), ou encore du vote à distance (soit par SMS, soit par internet depuis des ordinateurs individuels, soit par télévision interactive) ³⁰⁹.

Même si les résultats des élections pilotes de 2003 ont été techniquement satisfaisants, il est difficile de tirer des enseignements clairs et directs sur la relation entre vote électronique et participation électorale.

On a bien observé dans certaines villes une légère augmentation de la participation, mais il est difficile d'attribuer celle-ci au seul vote électronique. Bien d'autres facteurs ont pu jouer : simplification des modalités d'inscription, allongement de la durée des scrutins, médiatisation (nombreuses publicités et promotions faites pour ces systèmes de vote), enjeux locaux pouvant affecter tel ou tel scrutin, effet nouveauté pour les villes qui expérimentaient pour la première fois le e-vote (les villes de South Somerset et de Shrewsbury & Atcham ont ainsi vu leur taux de participation s'accroître fortement : respectivement +9,3 % et +11,8 %).

En ce qui concerne ce dernier point, il convient de la comparer avec des villes avaient déjà expérimenté le vote électronique en 2002. Par exemple, les villes de South Tyneside ou Chorley ont vu leur taux de participation chuter (respectivement -8,7 % et -12,2 %).

³⁰⁸ Proposition de loi des sénateurs Destexhe et Van Quickenborne du 20 avril 2000 « complétant la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé en vue de permettre le vote automatisé à distance ».

³⁰⁹ Notamment dans les villes de Liverpool, Sheffield, Saint Albans, Somerset, Ipswich, Norwich.

De façon générale, il convient de noter que dans les villes où n'a été proposé que du vote entièrement à distance (internet, téléphone, SMS ou encore télévision interactive), il n'a pas été noté de hausse de la participation. Sur les six villes expérimentant ces modalités de vote, une seule a enregistré une hausse de la participation (la ville de Norwich : +1,4 %).

Parallèlement, les quatre villes qui n'offraient que du vote dans un kiosque à voter au sein du bureau de l'électeur ont également vu leur taux de participation diminuer (à l'exception de Basingstoke & Deane, avec une hausse de +2,6 %).

Les expériences de vote électronique pour des consultations locales

L'expérience menée à Issy-les-Moulineaux (Hauts-de-Seine)

- Le type de vote électronique utilisé : vote à distance sans déplacement de l'électeur (vote par internet) pour la désignation des membres de conseils de quartiers (novembre 2002). Cette expérimentation a été autorisée par la CNIL dans sa délibération du 28 novembre 2002.
- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique : l'expérimentation a permis de montrer qu'un vote à distance sans déplacement de l'électeur est pratiquement réalisable.
- Les limites et les enseignements de l'expérimentation : le taux de participation a été faible ³¹⁰. Ceci a été lié tant à l'enjeu du scrutin, à la complication de délivrance des codes de vote, qu'à l'apparition de problèmes techniques :
 - la CNIL ayant rendu un avis défavorable sur l'expérimentation d'un dispositif de vote électronique par internet lors des élections prud'homales ³¹¹, l'expérimentation a vu son champ d'application se restreindre à une élection de faible importance, dont les modalités de vote sont laissées à la charge de l'autorité responsable ;
 - des problèmes techniques sont apparus (lenteur du téléchargement du logiciel nécessaire au vote et incompatibilité du système de vote avec des ordinateurs Macintosh). Ils sont notamment à prendre en compte au regard des différences d'équipement des ménages et des risques de fracture numérique. De ce fait, la possession ou non du haut débit et d'un ordinateur PC conditionnait la réussite du vote.

³¹⁰ Sur les 1 449 personnes qui s'étaient inscrites pour participer au vote, 939 avaient retiré leur code confidentiel et 860 personnes ont effectivement voté.

³¹¹ La délibération n° 02-91 du 28 novembre 2002 relative à la demande d'avis présentée par la mairie d'Issy-les-Moulineaux concernant l'expérimentation d'un dispositif de vote électronique par internet lors des élections prud'homales a précisé que « *la garantie du secret du suffrage constitue un principe fondamental que seuls le caractère personnel et anonyme du vote, la sincérité des opérations électorales, la surveillance effective du scrutin et le contrôle a posteriori par le juge de l'élection peuvent assurer. [...] La Commission considère à cet égard que les modalités de fonctionnement de ce dispositif, telles que décrites dans la demande d'avis, ne lui donnent pas en l'état, l'assurance que ce procédé garantit effectivement le secret du suffrage et en particulier empêche que les scrutateurs ou les administrateurs du système connaissent le sens de l'expression du vote d'un électeur donné, la mairie d'Issy-les-Moulineaux admettant elle-même que le projet Cybervote, dans sa forme actuelle, ne garantit pas la haute confidentialité des fichiers utilisés* ».

L'expérience menée à Orsay (Essonne)

- Le type de vote électronique utilisé : vote sur un kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur (vote par carte à puce qui intégrait un certificat électronique personnalisé) portant sur des questions d'intérêt local et européen. Le vote s'est déroulé en deux étapes et sa durée étalée du mercredi au samedi. La première étape s'est tenue du 26 février au 1^{er} mars 2003. Les électeurs devaient se prononcer sur une question d'intérêt local concernant l'élargissement de la communauté d'agglomération. La seconde étape s'est déroulée du 19 au 22 mars 2003. La question posée a porté sur la pénurie de pétrole à laquelle l'Europe aura à faire face d'ici quelques années et sur les solutions à mettre en place en matière d'énergie.
- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - l'expérimentation a favorisé une certaine modernisation de la vie publique, les agents communaux responsables des élections, ainsi déchargés de tâches matérielles, ayant montré de la satisfaction et une volonté de développer ces pratiques ;
 - le système de vote proposé a fonctionné de manière satisfaisante.
- Les limites et les enseignements de l'expérimentation :
 - la participation a été faible ³¹² ;
 - le vote par carte à puce, choisi notamment pour des raisons d'authentification de l'électeur, a un coût plus élevé que d'autres types de vote électronique. Pour des raisons financières, et en dépit de la forte affluence des volontaires, le nombre de certificats électroniques et de carte à puce édités a dû être limité à 9,4 % de la population inscrite sur la liste électorale ;
 - la fréquence des scrutins (deux votes en moins d'un mois) a entraîné une plus forte abstention pour le second scrutin.

Les expériences de vote électronique au sein d'ordres professionnels et d'associations

Le vote électronique réalisé par le Conseil national des barreaux

- Les types de vote électronique utilisés : vote sur un kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur et vote à distance sans déplacement de l'électeur (vote par internet) pour le Conseil national des barreaux (25 et 26 novembre 2002) rendu possible par un décret instituant le vote à distance par voie électronique pour l'élection des membres du Conseil national des barreaux ³¹³.
- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - bonne participation ³¹⁴ qui renforce la légitimité de l'Ordre ;

³¹² L'expérimentation a porté sur 925 électeurs, soit 9,4 % de la population inscrite sur la liste électorale. Le premier vote a réuni 682 électeurs. Le second vote en a réuni 454.

³¹³ Décret n° 2002-1306 du 28 octobre 2002 modifiant le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

³¹⁴ Le taux habituel de participation a doublé : sur les 16 000 avocats inscrits sur les listes électorales de l'Ordre des avocats de Paris, 9 400 ont participé à ce scrutin. 70 % des votants ont voté par internet.

- simplicité et bon fonctionnement du système. Il y a eu peu de problèmes techniques lors du vote ; le standard d'assistance mis en place n'a reçu que 150 appels. Ceux-ci étaient liés à des difficultés de méconnaissance du système ou au fait que des fournisseurs d'accès bloquaient l'accès sécurisé au site de vote ;
- résultats immédiats.
- Les enseignements liés à l'utilisation du vote électronique par un ordre professionnel :
 - la mise en place du vote électronique a donné lieu à deux recours rejetés par la cour d'appel de Paris (arrêts du 19 décembre 2002) :
 - 1) le premier soutenait que l'élection des membres du Conseil de l'Ordre ne pouvait se faire que dans le cadre d'une assemblée générale impliquant la présence physique des membres sur un même lieu. La cour d'appel a estimé qu'une assemblée générale peut se tenir par voie électronique si le règlement intérieur modifié permet un tel type de vote dématérialisé et qu'une telle élection ne nécessite pas la présence physique de chaque électeur sur un même lieu ;
 - 2) le second soutenait qu'il y avait un risque qu'apparaissent des doubles votes ou des votes par personnes n'ayant pas la qualité d'électeur. La cour d'appel a estimé qu'un tel risque était, dans cette élection, évité par les modalités du contrôle technique des opérations assuré par les prestataires de services ;
 - le vote par internet a davantage intéressé les jeunes avocats (taux de vote de l'ordre de 80 %) que les plus âgés (taux de vote d'environ 50 %) ;
 - même si un vote uniquement sur le support internet est techniquement réalisable, le Conseil national des barreaux n'envisage pas, dans l'immédiat, une substitution complète en raison de la valeur symbolique liée au vote papier.

Le vote électronique lors du Congrès fondateur de l'Union pour un mouvement populaire (UMP)

- Les types de vote électronique utilisés : vote sur un kiosque à voter au sein du bureau de vote, en dehors du bureau de vote et vote à distance sans déplacement de l'électeur (vote par internet) pour désigner l'équipe dirigeante et entériner les statuts de l'Union pour un mouvement populaire (11 au 17 novembre 2002).

Il convient de noter que seul un vote électronique était ouvert aux 164 000 adhérents, le vote traditionnel n'était pas autorisé.

- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - bonne participation ³¹⁵ ;
 - modernisation de la vie publique et d'un parti politique (l'UMP a maintenant intégré sur chaque carte d'adhérent un code identifiant de vote) ;
 - le système de vote à domicile s'est avéré convivial, permettant le regroupement d'amis « spécialisés » initiant les autres.

³¹⁵ Sur 164 000 adhérents, 48 000 ont voté selon la décomposition suivante :

- 23 000 ont voté depuis leur domicile ou leur lieu de travail ;
- 18 000 ont voté depuis un bureau de vote internet départemental ;
- 7 000 ont voté le jour du congrès au Bourget.

- Les limites et les enseignements du vote électronique :
 - un problème technique est survenu : une panne temporaire de l'intranet a entraîné un retard de dix minutes dans le dépouillement des résultats ;
 - le vote à domicile a entraîné un vote par « affinités collectives » sans réel secret du vote.

Les expériences de vote électronique pour des scrutins professionnels

Le vote électronique pour l'élection au comité d'entreprise et des délégués du personnel de la société e-Laser

- Le type de vote électronique utilisé : vote à distance sans déplacement de l'électeur pour l'élection au comité d'entreprise et des délégués du personnel de la société e-Laser (juillet 2001).
- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - dépouillement immédiat ;
 - image positive de l'entreprise qui se dote d'outils de communication modernes.
- Les limites et les enseignements de l'expérimentation :
 - pas d'augmentation du taux de participation ;
 - fin d'une ambiance électorale propre à un vote papier classique ;
 - compte tenu de ces enseignements, il a été estimé préférable que soit reconstitué un bureau de vote pour les prochains scrutins menés sur l'internet lors d'élections professionnelles.

Le vote électronique organisé au sein du corps des attachés des systèmes d'information et de communication du ministère des Affaires étrangères

- Le type de vote électronique utilisé : vote à distance sans déplacement de l'électeur et vote sur un kiosque à voter au sein du bureau de vote pour l'élection des représentants du personnel du corps des attachés des systèmes d'information et de communication (ASIC) du ministère des Affaires étrangères rendu possible par un arrêté du ministère pris le 11 février 2003 permettant le recours au vote électronique.

Le vote à distance a été étalé sur une semaine (17 au 24 mars 2003). Une borne électronique a également été installée au sein du bureau de vote papier où le vote avait lieu le 24 mars 2003.

Il convient de noter l'existence préalable du vote par correspondance pour ce type d'élections.

- Les gains et avantages constatés avec la mise en place du vote électronique :
 - bonne participation ³¹⁶ ;
 - aucun incident technique sur la partie vote en ligne, dépouillement immédiat ;
 - les électeurs ayant voté par internet ont tous montré leur satisfaction quant à l'utilisation du système de vote.

³¹⁶ La participation a augmenté de 20 % par rapport au scrutin précédent : 67 attachés étaient en droit de voter, 50 se sont exprimés. Le nombre total de votants papier est de 29 (23 votes par correspondance et 6 votes à l'urne). 21 électeurs ont voté électroniquement.

- Les limites et les enseignements du vote électronique :
 - paradoxalement, les électeurs basés à l'étranger ont majoritairement voté par correspondance papier. En effet, certains attachés semblent avoir eu des inquiétudes quant à la fiabilité du système et ont préféré voter par correspondance de peur de ne pouvoir voter ;
 - la localisation du serveur a été discutée. Le prestataire a localisé le serveur aux États-Unis. Certains électeurs ont estimé que le serveur aurait dû être localisé en France et souhaité que la localisation du serveur soit clairement précisée avant la mise en œuvre d'un vote électronique ;
 - la vérification, par voie électronique, de la liste d'émargement des électeurs a été rendue impossible en raison d'une incertitude sur les horaires d'ouverture et de clôture des bureaux de vote. Il a été nécessaire de procéder à cette vérification par voie téléphonique pour éviter tout double vote ;
 - certains électeurs ont émis des réserves sur le fait que ce soit le prestataire qui génère lui-même l'impression et l'envoi des codes et mots de passe. Cependant, le prestataire a fait valoir que des procédures plus sécurisées auraient eu un impact sur le coût de l'élection ;
 - l'accessibilité de certains électeurs au vote a été impossible en raison du caractère trop ancien de leur navigateur qui ne supportait pas le niveau de sécurisation du système de vote.

Les principes et le plan d'action du déploiement du vote électronique

Les principes du déploiement du vote électronique

Prévoir un déploiement progressif du vote électronique

Le Forum des droits sur l'internet considère que le déploiement du vote électronique doit être encouragé afin de tenir compte d'une présence croissante des technologies de l'information et de la communication au sein des activités de la plupart des citoyens ainsi que des apports indéniables de l'électronique dans le dépouillement et la gestion des votes.

Cependant, ce déploiement doit prendre en compte les spécificités culturelles, sociales ou encore géographiques d'un pays comme la France. **Le Forum considère ainsi qu'il serait illusoire en l'état actuel des techniques et des perceptions du corps électoral de prôner le déploiement du vote électronique à distance pour tous les scrutins, notamment pour les élections à caractère politique.**

Le recours au vote électronique ne doit donc pas se faire de manière uniforme mais de façon progressive, en raisonnant scrutin par scrutin.

En effet, tous les votes ne sont pas équivalents en terme d'enjeux, de sensibilité, de poids symbolique ou de taux d'abstention. Un scrutin au sein d'une association n'est pas comparable au scrutin présidentiel. Leurs modalités pratiques et leurs niveaux de sécurisation pourront être différents.

Il faut donc se garder de poser des exigences identiques pour tous les scrutins. Chaque type de vote nécessite une approche particulière afin de déterminer la possibilité ou non de recourir à une forme de vote électronique et afin de déterminer les spécifications souhaitables en terme d'organisation et de sécurisation du vote.

Pour les scrutins publics, il appartient à la puissance publique de définir ces règles. Dans d'autres cas, la définition de ces règles doit se faire par les acteurs privés directement concernés par l'élection car ils peuvent avoir des appréhensions différentes des risques.

Le Forum recommande que ce **déploiement soit mené de manière progressive en s'appuyant sur les enseignements des différentes expérimentations.**

L'utilisation du vote électronique dans certains scrutins doit ainsi être évaluée afin de déterminer les enseignements que l'on peut en tirer pour d'autres types de scrutins.

Conserver à la puissance publique son rôle pour les scrutins publics

Le Forum des droits sur l'internet souhaite que la puissance publique reste maître de la conception et du fonctionnement des scrutins qu'elle a la charge d'organiser.

L'évolution des modalités concrètes de l'expression du vote, qui doit nécessairement accompagner les évolutions de la société française, ne doit pas faire oublier que l'organisation et la gestion des scrutins publics (élections politiques, prud'homales, consulaires) se rapportent expressément à des enjeux de puissance publique : expression de la souveraineté nationale, organisation de la justice et de l'économie.

En conséquence, le service public relatif à l'organisation et aux principes directeurs de fonctionnement des scrutins publics est un service public régalien tout aussi fondamental que la police ou la justice, qui ne peut pas, par principe, faire l'objet d'un désengagement, ni même d'une délégation à des acteurs privés.

Les rapports entre autorités publiques et prestataires privés se doivent donc, en toutes circonstances, d'assurer que les choix stratégiques, y compris à incidences techniques fortes, relèvent soit d'actes unilatéraux de la puissance publique, soit d'une répartition de prestations élémentaires d'exécution au titre des marchés publics dans le respect du droit de la concurrence. L'État doit également vérifier que les solutions techniques proposées n'ont pas pour effet de négliger les règles et les pratiques électorales établies par le législateur et par la tradition républicaine.

Comme le Conseil d'État l'a rappelé dans un avis public du 7 février 1995 ³¹⁷, **un système de vote électronique utilisé pour un scrutin public doit faire l'objet d'un agrément technique de la part du ministère concerné, pris sur le fondement d'un cahier des charges.**

Le principe de l'agrément technique est de toute première importance, car il garantit qu'aucun prestataire de services informatiques ne pourra être admis à gérer la liste

³¹⁷ Avis n° 357182, Section de l'Intérieur, 7 février 1995, *EDCE*, Rapport public 1995, n° 47, p. 112

électorale et des opérations de vote si son système ne respecte pas à chaque étape les principes considérés comme fondamentaux par l'État pour assurer la sincérité du vote. La déclaration à la CNIL (cf. *infra*) s'inscrit dans cet objectif en lui permettant de vérifier la conformité du système de vote par rapport aux principes de protection des données personnelles.

Le Forum estime que le cahier des charges devra impérativement contenir des clauses destinées à assurer la garantie effective du respect des principes et règles fondamentaux du scrutin. Le Forum estime notamment que les cahiers des charges devront intégrer un certain nombre d'exigences détaillées dans la partie *infra*.

Permettre le vote électronique à distance quand existe un vote par correspondance

Il n'y a aucune raison de ne pas prévoir la possibilité d'un vote électronique à distance du domicile ou du lieu de travail lorsque est prévue la possibilité habituelle d'un vote par correspondance. En effet, le vote électronique à distance, dans son principe, n'apparaît pas moins sûr que le vote par correspondance. Ce dernier encourt la plupart des critiques des opposants au vote électronique à distance.

Le vote par correspondance repose également sur un envoi à l'électeur du matériel qui lui permet de voter par correspondance. Dès lors que l'électeur ne se trouve pas dans un lieu dédié et soumis à une surveillance particulière, rien n'empêche que des pressions soient exercées sur lui.

De la même manière, l'authentification de l'électeur n'apparaît pas mieux assurée lors d'un vote par correspondance.

Certes, certaines élections par correspondance prévoient une forme de contrôle en imposant la signature de l'électeur sur l'enveloppe. Mais, outre le fait que cette exigence n'est pas générale, ce contrôle n'est le plus souvent que formel dès lors que cette signature ne peut être comparée par le bureau de vote à la signature réelle de l'électeur.

Enfin, dès lors qu'il existe une possibilité de vote par correspondance, on ne peut objecter qu'il existerait une atteinte symbolique au déroulement du vote.

Le vote électronique à distance apparaît comme une modalité nouvelle de vote par correspondance apportant des avantages en matière de dépouillement.

Certes, le vote électronique comporte des risques spécifiques, comme nous l'avons mentionné plus haut. Mais ces risques apparaissent techniquement contrôlables dès lors que la sécurité du système est suffisamment bien établie ³¹⁸. Et le vote par correspondance comporte également son lot de risques, notamment en matière de fraude.

³¹⁸ À cet égard, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (cf. susmentionné) estime qu'un vote électronique peut être utilisé si le système est « sûr – il peut résister aux attaques délibérées – et fiable – il fonctionne quelles que soient les déficiences du matériel ou du logiciel. [...] En outre, l'électeur doit pouvoir obtenir confirmation de son vote [...] et la transparence du système doit être garantie, en ce sens que son fonctionnement correct doit pouvoir être vérifié ».

Le Forum des droits sur l'internet considère donc qu'il doit être possible de voter par voie électronique à distance lorsqu'un vote par correspondance est prévu, si les acteurs de l'élection le souhaitent.

Envisager le vote électronique à distance comme une modalité complémentaire de vote

Le vote électronique au sein d'un bureau de vote ne pose pas de problèmes au regard du principe de l'égalité devant le suffrage. En effet, l'ensemble des électeurs pourra accéder au kiosque à voter.

L'introduction du vote électronique à distance pose plus de problèmes en raison des disparités en terme d'équipement des électeurs et de leur degré d'appropriation des nouvelles technologies.

Un vote électronique à distance ne peut se substituer à un vote classique à l'urne si l'ensemble des électeurs ne possède pas l'équipement nécessaire pour participer au vote.

Au-delà de cette problématique liée à l'équipement, il est également nécessaire que les électeurs maîtrisent parfaitement le fonctionnement de ces outils pour participer au scrutin.

Pour la très grande majorité des scrutins, ces deux limites empêchent d'envisager une substitution pure et simple du vote électronique à des modalités de vote physiques, soit par maintien de l'expression du suffrage au sein du bureau de vote, soit par l'envoi de bulletins papier par correspondance. Une telle substitution, en l'état actuel, ne peut être envisagée que pour des scrutins limités où l'ensemble des électeurs possède un équipement et une maîtrise technologique suffisante pour voter électroniquement à distance (associations d'internautes, entreprises où tous les salariés sont connectés...).

Le Forum des droits sur l'internet considère donc que le principe d'égalité devant le suffrage impose de ne concevoir le vote électronique à distance que comme une des modalités du vote, complémentaire et non exclusive de modalités plus traditionnelles.

Organiser le vote électronique autour des acteurs de l'élection

Le déploiement du vote électronique concernant tous les électeurs, il leur appartient de fixer les objectifs concernant son développement et de se donner les moyens d'en garantir les conditions de fiabilité.

Il convient ainsi de laisser aux acteurs concernés le choix, selon le type de vote, de la modalité de vote en les associant en amont au processus de décision. Un certain nombre de scrutins, à caractère peu sensible, peuvent ainsi faire l'objet d'un vote à distance sous réserve que les acteurs concernés le souhaitent.

Pour les élections à caractère politique, dans la mesure où le processus démocratique est impacté, le Forum estime que les principales phases de développement du vote électronique, devront préalablement faire l'objet d'un large débat public.

Le plan d'action du déploiement du vote électronique

Le Forum des droits sur l'internet a considéré que le vote électronique doit être mis en place de manière progressive et raisonnée, en agissant scrutin par scrutin.

Dans cette optique, le Forum des droits sur l'internet préconise le plan d'action suivant.

Pour les élections politiques

Le vote électronique à distance ne doit pas être mis en place mais le vote électronique sur un kiosque à voter situé dans n'importe quel bureau de vote doit être autorisé

Les élections politiques apparaissent spécifiques à bien des points de vue.

À la différence d'autres États (Allemagne, Royaume-Uni, Suisse), le vote par correspondance pour les élections politiques n'est plus autorisé depuis la loi du 31 décembre 1975. Le rituel du vote à l'urne apparaît très solidement ancré dans les mentalités des citoyens et le secret du scrutin un principe fondateur. De ce fait, l'absence de déplacement au bureau de vote ne semble pas facilement pouvoir être admise lorsque ce déplacement est possible.

Pour autant, l'existence et le développement du vote par correspondance à l'étranger pourraient justifier un débat sur nos traditions de vote. **Le Forum estime en effet qu'une réflexion approfondie sur le vote par correspondance papier dans les élections politiques ne peut être exclue et qu'il conviendrait de mener un large débat sur ce thème.**

Pour autant, à ce stade, **le Forum des droits sur l'internet ne préconise pas un vote électronique à distance pour les élections politiques.**

En revanche, le Forum recommande la mise en place du vote électronique sur un kiosque à voter situé dans n'importe quel bureau de vote.

Cette solution semblerait plus facilement contrôlable au niveau de la sécurité des systèmes, dès lors que le vote s'exercerait sur un réseau privé. Elle répondrait à l'attente d'électeurs plus mobiles qui peuvent se trouver en déplacement le jour du scrutin tout en ayant la possibilité d'accéder à un bureau de vote.

Le ministère de l'Intérieur a récemment lancé une réflexion sur l'usage des urnes électroniques. Le Code électoral prévoit en effet la possibilité d'utiliser des machines à voter au sein des bureaux de vote ³¹⁹. Dans le passé, l'expérience des machines à voter n'a rencontré que peu de succès ³²⁰.

L'émergence du vote électronique nécessite de s'intéresser à une autre génération d'ordinateurs qui permettent de voter depuis n'importe quel bureau de vote.

³¹⁹ Article L. 57-1 du Code électoral issu de la loi du 10 mai 1969.

³²⁰ Dans les années soixante-dix, des machines à voter agréées par le ministère de l'Intérieur ont été utilisées. Des dysfonctionnements étant apparus (défaillances répétées, coût de maintenance très élevé), elles ont été progressivement abandonnées jusqu'à disparaître définitivement en 1986. Ce type de vote n'a été utilisé qu'en région Ile-de-France et en Corse.

Cette évolution pourrait demander de préciser au sein du Code électoral la possibilité pour l'électeur de voter dans un autre bureau de vote que son bureau habituel. Elle demanderait aussi une gestion électronique de la liste électorale sous la forme d'un fichier national des électeurs (voir *supra*).

Elle nécessitera un investissement de la part de l'État pour contribuer à l'équipement des mairies et aux modalités de transmission des données des bureaux de vote vers les serveurs centralisateurs.

Les subventions actuellement versées aux communes dans le cadre des équipements électoraux (urnes) se font selon un barème forfaitaire. **Le Forum des droits sur l'internet recommande que l'État assure une prise en charge spécifique du coût d'équipement des systèmes de vote électronique** soit directement, soit par le biais de remboursements ou subventions complémentaires aux communes désireuses de s'équiper.

Autoriser le vote électronique à distance pour les référendums locaux

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a développé le rôle des référendums locaux. Alors que les référendums locaux étaient auparavant simplement consultatifs, l'article 72-1 de la Constitution prévoit dorénavant que l'ensemble des collectivités territoriales peut organiser des référendums à valeur décisionnelle. La loi organique définit les principes du référendum local tout en renvoyant à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les modalités de déroulement des scrutins.

Le Forum des droits sur l'internet souhaite que des expérimentations de vote à distance s'appliquent aux référendums locaux.

Étendre la possibilité de vote électronique à distance pour la désignation des Français de l'étranger siégeant au Conseil supérieur des Français de l'étranger

L'expérimentation menée aux États-Unis pour le Conseil supérieur des Français de l'étranger, rendue possible par une loi de mars 2003 (*cf. supra*), doit donc être généralisée afin de faciliter le vote de la totalité de nos ressortissants résidant à l'étranger.

Le Forum préconise que le vote électronique à distance puisse être utilisé par tous les Français de l'étranger.

Pour les élections prud'homales

Même si l'ordonnance relative à la simplification du droit adoptée en juillet 2003 ³²¹ prévoit la mise en œuvre du vote électronique pour les élections prud'homales, les modalités précises de celui-ci restent à déterminer.

Or, les élections prud'homales apparaissent aux yeux des partenaires sociaux comme un scrutin sensible car elles permettent de mesurer la représentativité des différentes

³²¹ L'article 19 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit prévoit « la mise en œuvre du vote électronique pour les élections aux chambres de commerce et d'industrie, aux chambres des métiers aux chambres d'agriculture, aux tribunaux paritaires des baux ruraux et pour les élections prud'homales ».

centrales syndicales. Certains partenaires sociaux ont donc fermement marqué leur opposition à tout vote électronique à distance. L'idée d'un vote électronique par kiosque à voter semble en revanche plus facilement acceptée.

En conséquence, **le Forum estime envisageable de prévoir a minima un vote sur un kiosque à voter dans n'importe quel bureau de vote pour les élections prud'homales.**

Une telle évolution sera d'autant plus envisageable que ces élections se déroulent au sein des mairies et qu'elles pourront utiliser les éventuels kiosques à voter des élections politiques. A cette mutualisation des infrastructures doit s'ajouter une réflexion sur la gestion électronique de la liste électorale afin que les conditions d'un vote à partir de n'importe quel bureau de vote soient offertes.

Il est sans doute possible d'aller au-delà de cette première modalité de vote et de prévoir une expérimentation de vote à distance pour certaines catégories d'électeurs.

Deux raisons principales militent pour cette évolution :

- le taux de participation aux élections prud'homales est faible ³²² ;
- la procédure de vote par correspondance a déjà été fortement assouplie à l'occasion des dernières élections en supprimant toute autorisation préalable du maire pour les électeurs dont l'activité ne permet pas de se rendre au bureau de vote.

Le Forum recommande que des expérimentations de vote électronique à distance puissent être menées lors des prochaines élections prud'homales pour le collège employeur, dont les organisations représentatives sont plutôt favorables à cette évolution et dont le volume du corps électoral est relativement restreint, voire pour la section encadrement du collège salarié dont la maîtrise et le taux d'équipement de l'outil informatique sont globalement importants.

Pour les élections ordinales et consulaires

En ce qui concerne les élections aux ordres professionnels, aux chambres de commerce et d'industrie, aux chambres des métiers et aux chambres d'agriculture, le vote par correspondance est prévu pour la plupart de ces scrutins.

Par ailleurs, la loi de juillet 2003 susmentionnée prévoit la mise en œuvre du vote électronique pour les chambres de commerce et d'industrie, aux chambres des métiers et aux chambres d'agriculture.

En conséquence, **le Forum estime que le vote électronique à distance doit être la modalité de vote qu'il convient d'autoriser pour ces élections.**

Dans les cas d'élections aux ordres professionnels ou aux professions réglementées, la mise en place du vote à distance doit se faire si les organisations concernées le souhaitent.

³²² Sur les 17,5 millions d'électeurs inscrits en 2002, il n'y a eu que 5,6 millions de votants, soit un taux de participation de 32,6 %.

Comme il a été dit plus haut, une élection à distance a déjà été réalisée pour le Conseil national des barreaux. Elle est également envisagée pour les prochaines élections consulaires, pour les élections aux tribunaux paritaires des baux ruraux et pour les élections prud'homales.

L'introduction du vote électronique à distance demande des modifications des textes applicables à ces organismes afin de permettre le vote à distance par voie électronique en sus du vote par correspondance. Ces textes sont mentionnés en annexe.

Pour les élections professionnelles

Il convient de laisser au dialogue social le choix des modalités de vote électronique.

Les élections professionnelles possèdent une symbolique particulière pour les organisations syndicales. Elles apparaissent en effet comme un moment particulier de la vie des entreprises et des administrations en assurant un rassemblement de la collectivité et la reconnaissance d'un temps pris sur le travail.

De plus, l'élection sur le lieu de travail intervient dans un contexte particulier puisque l'employeur, privé ou public, est partie prenante et peut être suspecté plus facilement de chercher à fausser le scrutin ou à connaître le sens du vote.

C'est pourquoi de nombreux interlocuteurs syndicaux n'envisagent pas la possibilité de voter à distance pour les élections des représentants du personnel.

Pour autant, il paraît nécessaire, dans ce domaine, de laisser s'exprimer le dialogue social au sein des entreprises et des administrations afin de permettre, le cas échéant, de mettre en place des élections par voie électronique, soit par le biais d'un kiosque à voter au sein du bureau de vote, soit par un vote à distance.

Les élections professionnelles dans le secteur privé

Dans le secteur privé, **le Forum recommande que soient modifiées les dispositions du Code du travail qui n'admettent, pour l'instant, que le vote sur support papier** ³²³. Il convient donc de permettre un vote par voie électronique soumettant le choix des modalités de ce vote (vote à distance, vote sur un kiosque à voter) à un accord préalable de la part des partenaires sociaux.

Les élections professionnelles dans le secteur public

Dans le secteur public, **le Forum préconise qu'une concertation entre les partenaires sociaux soit menée afin de permettre le vote électronique à distance pour les élections au sein des commissions administratives paritaires et les comités techniques paritaires**. Ces évolutions demanderont également une modification des textes applicables. Un certain nombre de textes prévoyant du vote par correspondance pour les élections professionnelles au sein du secteur public figurent en annexe.

³²³ Les articles L. 423-13 et L. 433-9 du Code du travail disposent que « *L'élection a lieu au scrutin secret sous enveloppe* ».

Pour les élections au sein des associations, des assemblées générales d'actionnaires et pour la consultation des usagers du service public

Tirer les enseignements et encourager la pratique du vote électronique au sein des associations et des assemblées générales d'actionnaires

Ces élections peuvent légalement utiliser le vote électronique à distance qui apparaît souvent comme le mieux adapté à leurs besoins.

Le cadre législatif souple des associations leur permet de faire appel aux technologies de l'information pour assurer leur fonctionnement. Le vote électronique ne nécessite qu'une modification des statuts et éventuellement du règlement intérieur. La jurisprudence a ainsi admis qu'une association tiene une assemblée générale par internet ³²⁴.

Le droit des sociétés permet également le vote à distance par internet lors des assemblées générales de société depuis le décret du 3 mai 2002, pris sur le fondement de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Dans tous les cas, **il apparaît nécessaire de permettre un échange d'expériences entre les acteurs**. De telles expérimentations seraient particulièrement intéressantes dans des réseaux associatifs importants.

Permettre la consultation et le vote électronique à distance pour les usagers du service public

Un certain nombre d'élections des usagers du service public prévoient du vote par correspondance (voir en annexe).

Le Forum des droits sur l'internet recommande que soient mis en place des modalités de consultation et de vote électronique à distance pour les usagers du service public dès lors que les acteurs concernés le souhaitent.

Cette avancée pourrait, par exemple, concerner deux secteurs :

- les élections des représentants des parents d'élèves aux conseils d'établissements scolaires ;
- les élections des représentants des étudiants au sein des universités.

Les modalités pratiques, techniques et juridiques du déploiement du vote électronique

La mise en place d'un vote électronique pour les scrutins publics impose de revoir l'organisation du processus électoral et, le cas échéant, de procéder à une adaptation du Code électoral.

Les modalités pratiques du vote seront prévues dans le cadre du cahier des charges mentionné *supra*.

³²⁴ Tribunal de commerce de Paris, 10 octobre 2001.

La déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés

Un système de vote électronique qui implique la mise en œuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives, (au sens de l'article 5 de la loi du 6 janvier 1978 ³²⁵). Dès lors, il doit faire l'objet d'une déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés par le responsable du traitement préalablement à sa mise en œuvre.

La gestion électronique de la liste électorale

Le vote électronique impose une authentification sans équivoque de la capacité électorale des personnes participant au scrutin. Bien qu'en apparence distincte, la réflexion sur le vote électronique implique également une réflexion sur la gestion électronique de la liste électorale. Elle permet d'assurer que la capacité électorale d'une personne ne s'exprime qu'une fois pendant les opérations de vote.

La liste électorale remplit plusieurs rôles :

- elle recense l'ensemble des personnes disposant du droit de vote. C'est ce chiffre qui peut déterminer, le cas échéant, un quorum juridiquement défini ;
- elle distribue ces personnes selon un territoire géographiquement déterminé, qui est le bureau de vote. Regroupé dans les communes, puis dans les diverses circonscriptions électorales, elle détermine le droit au choix de représentants dans un cadre territorial défini ;
- elle constitue le support de la liste d'émargement utilisée lors des opérations de vote. À cet effet, la liste électorale, passée une certaine date, est définitive. Toute modification suppose une décision de justice prise selon des modalités définies restrictivement par le Code électoral (*cf.* article L. 30 et suivants).

Le deuxième point pose problème lorsque est envisagé un vote sur un kiosque à voter à partir de n'importe quel bureau de vote, comme pour les élections politiques traditionnelles et les élections prud'homales. En effet, le bureau de vote doit être à même de vérifier que l'électeur n'a pas déjà utilisé son droit de voter.

Le Forum préconise donc une modernisation de la gestion des listes électorales.

Il existe déjà une gestion centralisée des listes électorales pour les élections prud'homales. Pour les élections politiques, l'INSEE est déjà chargé (article L. 37 du Code électoral ³²⁶) de gérer au niveau national un fichier des électeurs pour empêcher les doubles inscriptions. Mais la liaison avec les communes s'effectue entièrement sur support papier traditionnel.

Le Forum considère qu'une gestion modernisée des listes électorales implique qu'elles soient gérées électroniquement sous la forme d'un fichier des électeurs

³²⁵ Sont par exemple concernés, au sens du présent article, tout ensemble d'opérations réalisées pour le fichier informatique des électeurs, le traitement automatisé des résultats pour les données nominatives relatives aux candidats ou encore la constitution de la liste d'émargement.

³²⁶ Article L. 37 du Code électoral : « *L'Institut national de la statistique et des études économiques est chargé de tenir un fichier général des électeurs et électrices en vue du contrôle des inscriptions sur les listes électorales* ».

pouvant permettre la production d'une liste d'émargement consolidée pour chaque élection.

Le Forum recommande que les modalités d'utilisation de ce fichier national soient les suivantes :

- **Vérification du droit à voter**

Le fichier devrait pouvoir être accessible à partir de n'importe quel bureau de vote sur le territoire afin de vérifier si l'électeur n'a pas déjà voté dans un autre bureau de vote. Cette vérification pourrait être faite par les membres du bureau de vote, comme à l'heure actuelle, ou bien directement par le biais d'une solution d'authentification détenue par l'électeur.

Le fichier peut permettre aux électeurs de vérifier, avant l'élection, qu'ils sont bien inscrits sur la liste électorale. Mais cet accès doit être limité à l'électeur concerné qui ne devra pouvoir vérifier son inscription que par le biais d'un site dédié. Une diffusion complète de la liste électorale sur internet méconnaîtrait en effet les principes de protection des données personnelles.

- **Enregistrement du vote de l'électeur**

Le système doit permettre à l'électeur, une fois la vérification effectuée, de faire son choix parmi les bulletins des candidats de son bureau de vote sur le kiosque à voter.

Ce vote doit ensuite être transmis à l'urne électronique de son bureau de vote. Il convient de relever que cette étape est techniquement plus complexe pour des élections comportant un grand nombre de candidats (élections locales, régionales, cantonales, législatives...) que pour les élections se déroulant sur une unique circonscription (présidentielle, référendums).

- **Actualisation de la liste d'émargement et la liste électorale**

La liste d'émargement doit être actualisée afin d'indiquer si l'électeur a déjà utilisé son droit de voter.

Une actualisation des listes électorales en fonction du calendrier électoral et non par une périodicité annuelle, éviterait que des électeurs soient inscrits dans deux circonscriptions et permettrait de tenir compte de la mobilité croissante des électeurs.

La sécurisation du vote

Les attaques dont peut faire l'objet un système de vote électronique ont été décrites *supra*. Néanmoins, le Forum estime que le niveau de sécurisation d'un système de vote électronique utilisé pour une élection politique importante devra différer de celui retenu pour une élection au sein d'un ordre professionnel ou d'une association.

L'usage d'un réseau privé virtuel ³²⁷ (VPN, *Virtual Private Network*) est de nature à réduire notablement les risques d'intrusion dans le système. C'est ce type de réseau qui sera utilisé pour les élections politiques à partir d'un kiosque à voter.

Il augmente néanmoins le coût du vote et ne peut être utilisé pour des votes à distance avec un grand nombre d'inscrits. Il paraît ainsi difficile de l'envisager pour

³²⁷ Un réseau privé virtuel (VPN, *Virtual Private Network*) consiste en la mise en place, au sein d'une infrastructure non sécurisée comme internet, d'un sous-réseau privé par le biais de connexions sécurisées.

voter à distance pour des scrutins publics importants. Dans ce cas, l'expérimentation permettra de tester de manière suffisamment nette les difficultés liées à un vote à distance sur une grande ampleur.

Les solutions de cryptologie utilisées par les applications informatiques doivent être suffisamment fortes pour ne pas permettre une intrusion mettant en danger le déroulement du vote ou l'intégrité des données. En cas de blocage du système de vote, il doit être possible de voter électroniquement dans un bureau de vote voisin ; durant la phase d'expérimentation, il doit être prévu un système de vote papier dans les bureaux centralisateurs.

Les solutions d'authentification des électeurs

L'authentification de l'électeur ne se pose pas quand le vote s'effectue au sein du bureau de vote. En effet, il appartient alors aux membres du bureau de vérifier l'identité de l'électeur et de vérifier qu'il n'a pas déjà utilisé son droit de vote en vérifiant la liste d'émargement.

La question se pose en revanche pour le vote électronique à distance. Différentes solutions d'authentification de l'électeur existent déjà sur le marché :

- identifiant et mot de passe ;
- certificat électronique ;
- carte à puce.

La solution d'authentification doit être proportionnée à l'importance et à la sensibilité du scrutin mais aussi à son coût.

- **Pour les élections à enjeux limités, le Forum recommande que l'électeur puisse s'authentifier de façon simple et rapide par le biais d'un identifiant et d'un mot de passe.** Dans ce cas, l'électeur pourra se voir attribuer un code d'identification personnel unique (code PIN – *Personal Identification Number*) qui ne doit être valable que pour un seul scrutin. En effet, afin que le choix de l'électeur ne soit jamais associé à son bulletin de vote, les codes PIN doivent être générés de manière aléatoire et posséder une durée de vie limitée à un scrutin. On peut imaginer qu'une élection au sein d'une association, voire d'un ordre professionnel s'effectue par ce biais. Suivant la sensibilité du scrutin, il peut être envisagé que l'envoi du code puisse se faire par lettre recommandée avec accusé de réception afin de limiter les risques de fraude. Mais cette précaution augmentera le coût de l'élection.
- **Pour les élections plus sensibles et plus régulières, le Forum recommande qu'un double identifiant soit prévu.** Dans ce cas, l'électeur devra alors se voir attribuer un identifiant général puis, au moment de l'élection, un second identifiant lui sera communiqué.
- Des solutions d'authentification offrant un degré de sécurité supérieur existent telles que le certificat électronique ³²⁸ ou la carte à puce.

³²⁸ Les certificats électroniques, dont il existe plusieurs niveaux, sont distribués sous la forme d'un logiciel, qui peut être installé sur le disque dur d'un ordinateur ou qui peut être porté sur une carte à puce. Les certificats reposent sur le principe de la cryptographie asymétrique, qui associe une clé privée délivrée à la personne et restant sous sa maîtrise, à une clé publique qui permet d'établir son identité.

La CNIL a estimé qu'une authentification de l'électeur sur la base d'un certificat électronique constitue la solution la plus satisfaisante en l'état de la technique ³²⁹. On peut également songer à une authentification par le biais d'une carte personnelle sécurisée de type « carte à puce ». Accessoirement cette dernière peut être associée à des systèmes biométriques (empreinte digitale par exemple, expérimentation mentionnée *supra*).

Le Forum des droits sur l'internet recommande que la dimension d'authentification des électeurs soit prise en compte dans les projets de « carte de vie quotidienne » et de « carte d'identité électronique ».

Par exemple, en ce qui concerne la carte de vie quotidienne, l'aspect carte d'authentification et de contrôle d'accès qui y est proposé pourrait permettre du vote pour des scrutins locaux ³³⁰. L'organisme public chargé de valider la mise en œuvre d'un tel système pourrait être la Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information ³³¹.

Les conditions de confidentialité du vote et de sincérité du scrutin

Le système doit également être conçu afin d'éviter de retracer ou de modifier le sens du vote des différents électeurs.

La CNIL a d'ailleurs récemment adopté des recommandations techniques sur le sujet de la sécurité des systèmes de vote électronique ³³² où elle précise que « *le secret du vote doit être garanti par la mise en œuvre de procédés rendant impossible l'établissement d'un lien entre le nom de l'électeur et l'expression de son vote* ».

En l'état actuel des technologies, le Forum constate la présence simultanée, sur la machine de vote, pendant un laps de temps très court, de l'identité du votant et de

³²⁹ Délibération n° 03-036 du 1^{er} juillet 2003 portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique.

³³⁰ Le 9 juillet 2003, le ministère chargé de la réforme de l'État, la Caisse des dépôts et un certain nombre de collectivités locales ont lancé des applications pilotes de « Carte de vie quotidienne ». Cette carte donne accès à des services fournis par différentes administrations ou services publics. Trois types de services pourront être offerts : une carte destinée aux scolaires et étudiants leur permettant de payer (grâce à un compte famille associé à la carte) des services (restauration scolaire, photocopies...) et d'accéder à des équipements (médiathèques, piscines...), une carte de transport (destinée à tous) et une carte d'authentification et de contrôle d'accès, pour l'ensemble de la population, utilisable pour des services matériels (restauration collective, équipements sportifs et culturels) et des actes administratifs dématérialisés (signature de formulaires sur internet, accès aux comptes fiscaux, aux comptes sociaux).

³³¹ La Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI) est placée sous l'autorité du secrétaire général de la Défense nationale. Elle a notamment pour mission de contribuer à la définition de la politique gouvernementale en matière de sécurité des systèmes d'information (SSI), d'assurer la fonction d'autorité nationale de régulation pour la SSI (en délivrant les agréments ou certificats pour les systèmes d'information de l'État, les procédés cryptologiques employés par l'administration et les services publics) ou encore de développer l'expertise scientifique et technique dans le domaine de la SSI, au bénéfice de l'administration et des services publics.

³³² Délibération susmentionnée.

son choix. Le Forum constate également qu'à l'aide d'une puissance de calcul suffisante il existe une possibilité de décrypter des bulletins qui pourrait être atteinte à moyen terme.

Dans le cadre du strict respect des principes énoncés dans le cahier des charges (*cf. supra*), ce risque peut être limité en prévoyant notamment de séparer les rôles des différents acteurs techniques assurant le vote électronique et en réaffirmant l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'administrateur du système.

Dans le cadre des scrutins publics, **le Forum des droits sur l'internet recommande que les opérations de vote soient confiées à deux acteurs techniques différents et bien identifiés comme tels et dont les systèmes informatiques sont distincts, dédiés et isolés**, dénommés ci-après administrateurs du système de vote :

- le gestionnaire des listes électorales, qui donne l'autorisation de voter ;
- le gestionnaire de l'urne électronique qui récupère les suffrages.

Le Forum recommande que l'architecture du système de vote soit suffisamment sécurisée afin d'empêcher toute compromission par les administrateurs du système de vote (reconstitution du sens du vote d'un électeur, usurpation d'identité, bourrages d'urnes...). Certes, ces derniers doivent pouvoir, au besoin, procéder à des maintenances techniques (restauration en cas de panne...), mais **le Forum rappelle qu'ils ne doivent jamais pouvoir mettre en œuvre des procédures où ils pourraient modifier, soit le nombre de suffrages dans l'urne électronique, soit leur contenu.**

Le Forum souhaite également préciser que la garantie de l'intégrité des informations transmises suppose également qu'une panne de système ou de machine ne puisse entraîner l'effacement ou la modification des votes déjà émis.

Pour prévenir de tels risques, une obligation de confidentialité est garantie par l'article L. 116 du Code électoral qui prévoit, notamment en ce qui concerne les machines à voter, des sanctions pénales pour l'individu qui porterait atteinte au secret du vote ³³³. De même, l'article 29 de la loi « Informatique et libertés » permet de d'encadrer en assurant la sécurité des informations transmises ³³⁴.

Néanmoins, le champ de l'article L. 116 étant très large, le Forum souhaite préciser qu'il doit s'appliquer non seulement aux responsables du scrutin mais aussi aux techniciens chargés du bon déroulement du dispositif technique.

³³³ « Ceux qui, par des manœuvres frauduleuses quelconques [...], auront porté atteinte ou tenté de porter atteinte à la sincérité d'un scrutin, violé ou tenté de violer le secret du vote, empêché ou tenté d'empêcher les opérations du scrutin, ou qui, par les mêmes manœuvres, en auront changé ou tenté de changer les résultats, seront punis des peines portées audit article. Les mêmes peines seront appliquées à tout individu qui aura porté atteinte ou tenté de porter atteinte au fonctionnement d'une machine à voter en vue d'empêcher les opérations du scrutin ou d'en fausser les résultats ».

³³⁴ « Toute personne ordonnant ou effectuant un traitement d'informations nominatives s'engage de ce fait, vis-à-vis des personnes concernées, à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés ».

Pour autant, et même si des risques de compromissions du système de vote sont toujours possibles, de tels risques ne doivent pas empêcher le vote électronique de se développer. Il convient en effet de pouvoir trouver un équilibre entre le coût de l'élection et la sécurité voulue pour le vote ; cet équilibre doit dépendre du scrutin et ne doit pas en accroître la complexité et les dépenses.

C'est pourquoi le **Forum** estime que les recommandations susmentionnées pour la sécurisation du système de vote **s'appliquent en priorité pour les scrutins les plus importants, à savoir les scrutins publics et professionnels.**

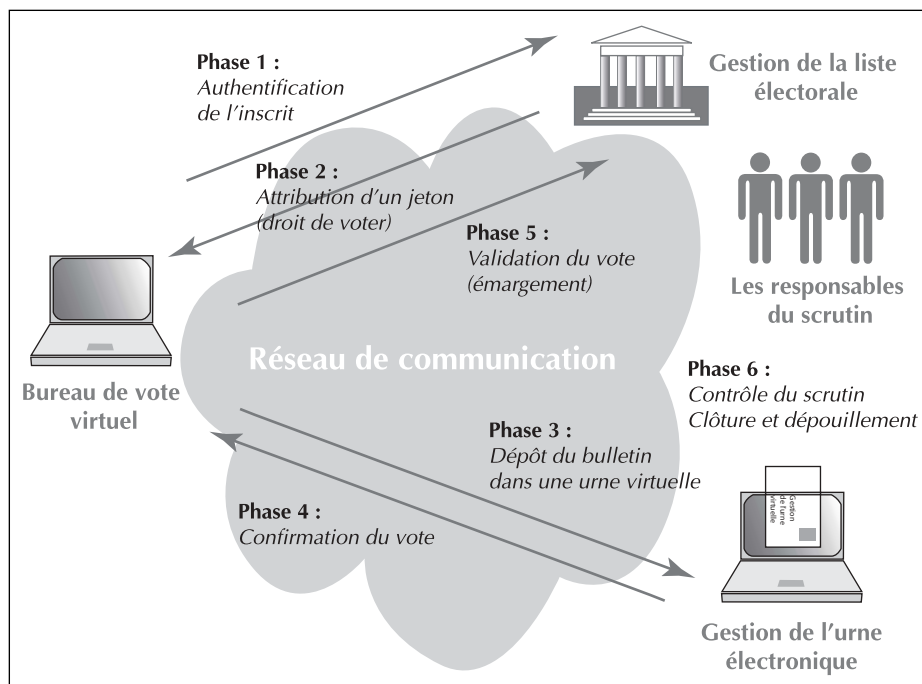
Le déroulement du vote électronique

Le fonctionnement du vote électronique

Schéma du déroulement du vote électronique

Le **réseau de communication** permet d'établir la liaison entre les quatre « acteurs » :

- le bureau de vote virtuel (kiosque à voter, ordinateur individuel...) ;
- le gestionnaire de la liste électorale ;
- le gestionnaire de l'urne électronique où sont stockés les suffrages durant le scrutin ;
- les responsables du scrutin (président, assesseurs) qui contrôlent son bon déroulement et procèdent, à sa clôture, au dépouillement.



NB : toutes les phases exploitent le réseau de communication pour effectuer la liaison entre les acteurs. Le schéma proposé, qui s'applique surtout pour les élections à caractère politique, est adaptable à tous types de scrutins et consultations.

Description des phases :

Phase 0 : l'initialisation du système. Avant l'ouverture du scrutin, les responsables de celui-ci doivent pouvoir vérifier l'intégrité de la liste électorale, que l'urne virtuelle est vide et que les compteurs des suffrages sont à zéro.

Phase 1 : l'électeur doit s'authentifier auprès du gestionnaire de la liste électorale. Comme vu précédemment (*cf. supra*), la procédure utilisée peut aller de l'usage d'un identifiant associé à un code PIN à celui de la carte à puce.

Phase 2 : si l'électeur est authentifié (inscription sur la liste électorale) et n'a pas déjà voté, il est crédité d'un jeton (nombre aléatoire), correspondant au droit à voter. L'électeur effectue alors, depuis son bureau de vote virtuel, la (ou les) sélections propres au scrutin.

Phase 3 : le bulletin virtuel est crypté et accompagné du jeton fourni par le gestionnaire de la liste électorale, est transmis à l'urne virtuelle. Le bulletin crypté est conservé, dans cet état, dans l'urne virtuelle jusqu'à la phase de dépouillement.

Phase 4 : à la réception du bulletin, l'urne électronique confirme la prise en compte de son vote à l'électeur.

Phase 5 : à la réception de la confirmation du vote, le bureau de vote virtuel transmet au gestionnaire de la liste une demande d'émargement. Cet émargement est associé à l'identité du votant et peut, éventuellement, être stocké sur une carte à puce. Le gestionnaire de la liste peut ensuite valider le vote de l'électeur et compléter la « feuille d'émargement » (incapacité pour un électeur de voter plus d'une fois). La liste des électeurs ayant voté par voie électronique doit pouvoir être imprimée et éventuellement utilisée pour émarger les votes des autres électeurs votant par correspondance ou à l'urne. Par ailleurs, la CNIL souhaite ³³⁵ que l'émargement « comporte un horodatage ».

Phase 6 : à la clôture du scrutin, les responsables procèdent au déblocage de l'urne virtuelle et au dépouillement. Les bulletins sont décryptés, afin d'extraire le contenu du vote, et comptabilisés.

Le Forum recommande que l'activation de la clé de décryptage soit conditionnée par l'action simultanée et complémentaire de deux responsables : le président du bureau de vote et l'un de ses assesseurs.

Durant tout le déroulement du scrutin, les responsables du scrutin doivent pouvoir :

- comptabiliser les bulletins déposés dans l'urne ;
- comptabiliser le nombre de votants s'étant exprimés (établissement du taux de participation).

Déterminer les modalités particulières du vote électronique à distance

Le Forum des droits sur l'internet recommande que le vote électronique à distance puisse s'exercer sur plusieurs jours.

³³⁵ *Ibid.*

Ainsi, l'électeur peut bénéficier d'un délai plus long pour exercer son droit de vote. Cet étalement assure également un moindre risque d'engorgement pour les systèmes d'information. Cette possibilité d'étalement de la durée du vote existe d'ailleurs pour le vote par correspondance. Elle a été mise en œuvre pour le vote électronique au Conseil supérieur des Français de l'étranger aux États-Unis ³³⁶.

La définition de ce délai doit néanmoins répondre à certaines contraintes :

- le délai pour voter doit être adapté à la nature de l'élection et à la sociologie des électeurs. Il ne doit pas être trop court au risque de priver certains électeurs de la possibilité de voter, notamment si l'identifiant ne parvient à l'électeur que quelques jours avant le vote ;
- la date d'ouverture du scrutin doit être indiquée à l'électeur lors de l'envoi de son identifiant. Si celui-ci tente d'adresser son vote avant cette date limite, le système doit lui indiquer que le scrutin n'ouvre qu'à une date postérieure ;
- la date limite à partir de laquelle le vote ne peut plus être enregistré doit être clairement portée à la connaissance de l'électeur lors de l'envoi de son authentifiant.

Le Forum des droits sur l'internet considère qu'il est préférable que le délai pour voter par voie électronique se termine avant la date du vote au sein du bureau de vote. Cette précaution facilitera le contrôle de l'émargement des électeurs.

Le Forum recommande que le vote électronique soit un vote définitif. Même s'il se déroule sur plusieurs jours, il ne doit pouvoir être modifié une fois qu'il a été émis. Ainsi, on ne pourra pas lui substituer ni un vote à l'urne le jour de l'élection ni un vote par correspondance.

Certes, la possibilité de reprendre son vote existe pour certains scrutins par correspondance où l'électeur se rendant au bureau de vote le jour du scrutin peut faire retirer le bulletin qu'il a posté. Cette possibilité présente l'avantage de s'assurer que le droit de vote de l'électeur n'a pas été usurpé par un autre. Mais cette possibilité rendrait impossible la séparation entre l'identité de l'électeur et le sens de son vote lors d'un vote électronique.

Cette difficulté peut être évitée si le système utilise une signature électronique fonctionnant sur le principe d'un chiffrement asymétrique. La signature électronique apposée sur le registre électoral permettrait d'assurer la non répudiation de l'acte de vote et agirait ainsi comme moyen de preuve du vote. Mais cette solution présente cependant un coût élevé.

Favoriser l'appropriation et la confiance de l'électeur dans le système de vote électronique

L'ergonomie du système de vote électronique doit être étudiée afin de rendre le vote aussi simple que possible pour l'utilisateur

La présentation des candidatures doit être la plus lisible possible pour l'électeur. De plus, en cas de vote électronique à distance, le système de vote électronique doit être

³³⁶ Le vote par correspondance électronique pour le CSFE a été étalé sur douze jours.

adapté aux différents systèmes utilisés par les utilisateurs, comme par exemple les navigateurs sur internet.

Entourer le vote électronique d'une certaine solennité et prévoir une confirmation du vote

Avant que le vote soit rendu définitif, le système doit demander une double validation à l'électeur à la fois pour entourer le vote d'un certain nombre de gestes propres à l'électeur démontrant la solennité de son acte de vote électronique mais aussi pour s'assurer que celui-ci n'a pas commis une erreur de manipulation. Ainsi, l'électeur doit disposer de la faculté, tant qu'il n'a pas validé son vote, de revenir sur le sens qu'il entend donner à son suffrage.

Accompagner les acteurs de l'élection dans leur appropriation du vote électronique

Il est nécessaire d'accompagner les électeurs mais aussi l'ensemble des acteurs de l'élection, et notamment les candidats et les administrateurs de l'élection, lors de la mise en place du vote électronique, quelles que soient ses modalités, vote sur une machine à voter ou vote à distance.

Le Forum des droits sur l'internet souhaite donc que l'introduction du vote électronique s'accompagne d'actions d'informations et de formations. Ces actions d'appropriation des technologies de l'information et de formation citoyenne, peuvent être menées au sein des espaces publics numériques ou dans le cadre du projet d'« Éducation à la civilité de l'internet » mis en place par le ministère de l'Éducation nationale à l'initiative du Forum des droits sur l'internet.

Favoriser le contrôle des opérations de vote

Permettre de contrôler l'intégrité du système de vote

Le Forum estime que l'intégrité d'un système de vote n'est garantie que dans la mesure où il doit être possible d'en vérifier l'absence de compromissions tant en amont qu'en aval du déroulement du scrutin. Ce contrôle doit être effectué, pour les élections à caractère politique, par des experts agréés par le ministère de l'Intérieur. Un système est ainsi réputé intègre si un accès au code source est possible, si aucune modification ultérieure du système ne peut survenir ³³⁷ et si un audit *a posteriori* est effectif.

Prévoir la conservation des données du vote

Le Forum souhaite que les données du vote soient conservées jusqu'à l'expiration des délais de recours contentieux afin d'être produites devant le juge de l'élection et le juge pénal en cas de contestation ou de fraude. En

³³⁷ À cet effet, la CNIL évoque le terme de « *scellement* » d'un système de vote électronique, c'est-à-dire d'un « *procédé permettant de déceler toute modification de ce système* » (délibération n° 03-036 du 1^{er} juillet 2003).

revanche, elles ne devraient pas être stockées au-delà de ce qui est nécessaire pour ce contrôle.

Prévoir l'accès du juge aux données

Les modalités de conservation des données doivent permettre leur utilisation éventuelle par le juge de l'élection et le juge pénal. Le Forum préconise qu'elles soient générées par le prestataire et conservées dans un lieu sûr sans possibilité d'être modifiées. À cet égard, **le Forum souhaite que ce lieu soit, pour les élections à caractère politique, celui de l'endroit traditionnel de conservation des procès-verbaux.**

Les juges doivent pouvoir effectuer une lecture de ces données de manière simple pour vérifier leur cohérence et se faire une opinion sur les moyens, même techniques, invoqués par les requérants. Pour ce faire, ils doivent pouvoir, au besoin, solliciter l'avis d'experts techniques de leurs choix.

Le Forum préconise que les serveurs soient localisés sur le territoire national afin de permettre un contrôle effectif des opérations par les membres du bureau de vote et les délégués ainsi que l'intervention, le cas échéant, des autorités nationales compétentes.

Assurer l'évaluation du vote électronique

Les scrutins publics menés grâce au vote électronique doivent faire l'objet d'un suivi et d'une évaluation particuliers. Ce type de suivi et d'évaluation existe déjà dans nombreux pays. C'est, par exemple, le cas au Royaume-Uni à travers la « Commission électorale » (« *The Electoral Commission* »), organisme indépendant créé par le Parlement britannique en novembre 2000.

Le Forum des droits sur l'internet recommande à ce titre la création d'un Observatoire du vote électronique. Cet Observatoire devrait être rattaché à l'Agence pour le développement de l'administration électronique, compte tenu de son caractère interministériel et de ses missions ³³⁸.

Cet Observatoire aurait les missions suivantes :

- centraliser les informations et les enseignements des expérimentations en matière de votes électroniques et mener une veille à l'international ;
- apporter sa capacité d'expertise aux ministères qui sont en charge de l'organisation des scrutins lors de l'agrément des systèmes de vote utilisés pour les scrutins publics. Il pourrait ainsi être consulté par les ministères responsables sur les systèmes de vote qui leur sont proposés par des prestataires privés ;
- assurer, à la demande des ministères concernés, une évaluation des systèmes de vote électronique utilisés lors des scrutins publics importants. Cette évaluation devra notamment comporter un aspect sociologique en étudiant la perception du

³³⁸ Selon les termes du décret n° 2003-141 du 21 février 2003 portant création de services interministériels pour la réforme de l'État, l'Agence pour le développement de l'administration électronique a notamment pour mission de favoriser le « *développement de l'évaluation des politiques publiques* » (article 2, alinéa 4).

- vote électronique par les électeurs et en encourageant les travaux de recherche menés sur le vote électronique ;
- rendre compte de son activité par le biais de la publication d'un rapport annuel.

Cet Observatoire devrait rassembler les diverses compétences au sein de l'administration. Il devrait aussi permettre d'associer, dans un souci de transparence et d'adjonction des compétences, des acteurs de la société civile et du secteur privé. Seule une composition pluridisciplinaire sera à même d'assurer la confiance des électeurs.

L'Observatoire pourrait ainsi comprendre :

- des élus ;
- des représentants de l'État : CNIL, et de l'administration spécialisés dans l'organisation des élections et la sécurité des systèmes d'information : DCSSI, et des ministères concernés (ministère de l'Intérieur, ministère du Travail pour les élections professionnelles, ministère de la Justice pour les professions réglementées organisant des élections ordinaires...);
- des représentants des sociétés d'organisation du vote électronique ;
- des personnalités qualifiées dans le domaine du droit électoral (magistrats, universitaires), de l'informatique et de la sociologie (universitaires, chercheurs).

Conclusion

Comme d'autres activités, le vote est aujourd'hui gagné par les nouvelles technologies et la dématérialisation.

Le présent rapport a souhaité éclairer les débats et les enjeux du vote électronique et montrer que cette modalité de vote pouvait être introduite dans le processus électoral français suivant une démarche progressive et raisonnée.

L'introduction des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les opérations de vote simplifie en effet considérablement le déroulement du scrutin en le rendant notamment plus rapide et plus fonctionnel. Il fait écho à l'utilisation croissante d'internet dans notre société.

Cependant, le vote électronique ne modifiera pas à lui seul le comportement politique des citoyens ; à lui seul il ne peut combattre le désintérêt croissant de ceux-ci par rapport aux scrutins.

En revanche, il apparaît que les TIC offrent aux individus de nouvelles formes d'expression et de participation (forums de discussion, débats, *chats*, enquêtes publiques en ligne...) qui peuvent les inciter à être plus présents dans les débats locaux, plus actifs dans la prise de décision publique ou privée. Ces nouvelles pratiques participent du principe de responsabilisation des acteurs qui est au cœur de la démarche du Forum des droits sur l'internet.

L'apport « démocratique » des technologies de l'information et de la communication réside autant dans celles-ci que dans le vote électronique.

Annexe 1

Composition du groupe de travail

Maurice BENASSAYAG, commissaire à la CNIL et **Olivier LESOBRE**, attaché à la division des affaires publiques et sociales de la CNIL

Yannick BLANC, chef de service, sous-direction des affaires politiques et de la vie associative, ministère de l'Intérieur et **Anne ROBERT**, adjointe au chef du bureau des élections, ministère de l'Intérieur

Jean-Paul BOUCHET, secrétaire général adjoint, CFTD Cadres

Patrick CREFF, ingénieur, direction des systèmes d'information et de communication, ministère de l'Intérieur

Fabienne DAUTANT-BOUSSIN, chef du bureau des élections prud'homales, ministère des Affaires sociales et **Stéphane ROBIN**, attaché, bureau des élections prud'homales, ministère des Affaires sociales

Florence DURAND-TORNARE, déléguée générale, Villes-internet

François FREBY, délégué général, Club du e-Public

Gilles GUGLIELMI, professeur de droit public, université Panthéon-Assas (Paris II)

Régis JAMIN, directeur, Election.com

Eric MAIGRET et **Laurence MONNOYER-SMITH**, chercheurs au laboratoire « Communication et politique », CNRS

Bernard MALIGNER, ingénieur d'études, CNRS

Guy PRUNIER, chargé de mission pour les élections, Conseil constitutionnel

Thierry VEDEL, chercheur, CEVIPOF

François VERNAY, ingénieur, France Telecom

Rapporteurs du groupe : **Jean GONIÉ**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet et **Mathieu HERONDART**, maître des requêtes au Conseil d'État.

Annexe 2

Liste des personnes auditionnées

Jean-Christophe BARJON, avocat membre du Conseil de l'Ordre, responsable de l'organisation du vote électronique au barreau de Paris

Alexis BIETTE, maire de Voisins-le-Bretonneux

Jean-François BLAREL, chef du service des systèmes d'information et de communication du ministère des Affaires étrangères

Jean-Paul BOUCHET, secrétaire général adjoint de la CFDT-Cadres

Stephan BRUNESSAUX, responsable du département technologies de l'information chez EADS et du projet « Cybervote »

Jean-Claude CADENET, adjoint du sous-directeur, direction de l'action régionale et des PME, sous-direction des chambres de commerce et d'industrie, ministère de l'Économie et des Finances

Dominique CAILLAUD, député de Vendée et président du groupe de travail NTIC de l'Association des maires de France

Didier CAUCHOIS, membre du Conseil supérieur de la prud'homie

Hervé CHARLIN, maire adjoint de la ville d'Orsay

Stephan COLEMAN, professeur de e-démocratie à l'Oxford Internet Institute

Patrick CREFF, ingénieur auprès de la direction des systèmes d'information et de communication du ministère de l'Intérieur

Fabienne DAUTANT-BOUSSIN, chef du bureau des élections prud'homales, ministère des Affaires sociales

Robert DEL PICCHIA, sénateur des Français de l'étranger

William DUTTON, professeur, directeur de l'Oxford Internet Institute

Alain FERRY, député du Bas-Rhin

Philippe GUEGUEN, ingénieur, France Telecom

Régis JAMIN, directeur de « election.com »

Eric LEGALE, directeur d'Issy-Média, ville d'Issy-les-Moulineaux

Yann LE HEGARAT, chargé de mission pour la prospective technologique auprès de la direction de l'expertise et des contrôles de la CNIL

Christophe LEMOINE, secrétaire des Affaires étrangères, bureau des affaires juridiques, statutaires et contentieuses

Jean-Gabriel LIBERHERR, directeur général des services de la mairie de Voisins-le-Bretonneux

Philippe MASSON, secrétaire national de l'Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens UGICT-CGT

Takayoshi MIYAGAWA, directeur de l'entreprise japonaise EVS (The Association of Electronic Voting Systems)

Xavier Moisant, responsable de l'organisation du vote électronique mis en place lors du Congrès fondateur de l'Union pour un mouvement populaire (UMP)

Jean-Marie Montel, délégué général de l'association « Civisme et Démocratie » (CIDEM)

Médéric Morel, directeur technique de Néoxia

Sylvain Parnalland, webmaster à la mairie de Vandœuvre-lès-Nancy

Emmanuel Raviart, directeur technique d'Entrouvert et codéveloppeur du logiciel libre de vote Glasnost

Stéphane Robin, attaché au sein du bureau des élections prud'homales, ministère des Affaires sociales

Gérald Santucci, responsable de l'unité « Confiance et sécurité » au sein de la Direction générale société de l'information de la Commission européenne

Inès Sen, présidente de CertiNomis

Olivier Simon, directeur général adjoint des services de la mairie de Vandœuvre-lès-Nancy

Marc Thillerot, délégué de l'Association des maires ruraux de France

Jacques Traore, ingénieur à France Telecom

Denis Vassallo, attaché à la direction des systèmes d'information et de communication du ministère des Affaires étrangères

François Vernay, responsable du projet « E-Poll » (France Telecom)

Cécile Vigneau, directrice des ressources humaines de Club-Internet/T-Online

Annexe 3

Glossaire

Administrateur du système de vote électronique : personne chargée de gérer le système informatisé du vote (le réseau, les bases de données, ou encore le serveur) et qui en est le responsable, que ce soit au niveau de sa sécurité, de son fonctionnement, de son exploitation ou de son évolution. L'administrateur qui gère le système de vote peut être gestionnaire des listes électorales ou encore de l'urne électronique.

Attaques du système vote : par système de vote il faut entendre les systèmes de transmission, mais aussi les serveurs et les stations de vote. Les serveurs, qui sont les points centraux du dispositif, sont ainsi les cibles privilégiées de *dénis de service* ou d'attaques par *flooding*. Les stations de vote peuvent également subir des attaques entraînant l'usurpation d'identité, qui permet de se substituer à un votant (*cheval de Troie*, *page jacking*), ou la multiplication des actions de vote à l'insu de l'utilisateur légitime (*spoofing*).

Biométrie : système permettant l'authentification ou l'identification d'une personne en fonction de ses caractéristiques physiques (empreintes digitales, iris de l'œil, ADN...). Une de ses applications (authentification par empreinte digitale) a notamment été utilisée pour authentifier l'électeur lors du vote électronique (voir *supra*, expérimentation de Vandœuvre-lès-Nancy).

Certificats électroniques : dans le cadre de la loi du 13 mars 2000 sur la signature électronique et du décret d'application du 31 mars 2001, se sont développées des offres commerciales de services de certification électronique. Les certificats délivrés, dont il existe plusieurs niveaux, sont distribués sous la forme d'un logiciel, qui peut être installé sur le disque dur d'un ordinateur ou qui peut être porté sur une carte à puce. Les certificats reposent sur le principe du chiffrement asymétrique, qui associe une clé privée délivrée à la personne et restant sous sa maîtrise, à une clé publique qui permet d'établir son identité. Des certificats de signature sous forme de logiciels ont également été délivrés gratuitement aux particuliers en 2002 par le ministère des Finances dans le cadre de la campagne de déclaration de revenus par internet. Le chiffrement des bulletins repose également sur une solution de clés asymétriques. Les bulletins sont chiffrés avec la (les) clé publique(s) de l'urne électronique, et ne sont lisibles que par l'entité qui possède la (les) clé privée(s).

Cheval de Troie : programme informatique contenant une fonction illicite cachée qui, une fois ouverte, interfère avec le fonctionnement interne de la station de l'électeur en pouvant aboutir à la prise de contrôle à distance de la machine, et donc à la consultation, modification ou destruction à distance des fichiers de celle-ci.

Déni de service (*denial of service*) : une attaque par déni de service, est une technique consistant à envoyer sur un site internet de multiples requêtes simultanées afin de saturer le serveur. Cet envoi d'un trop grand nombre de données peut entraîner un très fort ralentissement des échanges voire une panne du système.

Flooding (« inondation ») : type particulier d'attaque par déni de service qui consiste à saturer les accès au serveur par « inondation » du système c'est-à-dire par transmissions régulières, sur les équipements frontaux du système de traitement, de paquets de données non conformes (taille trop importante des paquets d'information) qui perturbent le fonctionnement des équipements et peuvent provoquer leur panne.

Page jacking : technique qui permet de détourner l'accès du site électoral vers une autre adresse où il devient possible soit de capturer les paramètres saisis par l'électeur (simulation des pages d'accès du serveur électoral réel) soit d'injecter dans le navigateur de l'électeur des commandes « malicieuses » ou des virus, voire de détruire le contenu de la machine. La technique du *spoofing* vise des objectifs similaires.

Réseau privé virtuel : un réseau privé virtuel (VPN, *Virtual Private Network*) consiste en la mise en place, au sein d'une infrastructure non sécurisée comme internet, d'un sous-réseau privé par le biais de connexions sécurisées.

Spoofing (« usurpation ») : technique dite d'« usurpation » ou de « mystification » sur un réseau pouvant permettre la multiplication des actions de vote à l'insu de l'utilisateur légitime. Il existe deux sortes d'actions de « spoofing » : l'« adress spoofing » (appelé aussi « IP spoofing ») et le « web spoofing » :

- l'address spoofing (ou « IP Spoofing »), consiste à se faire passer pour quelqu'un d'autre, en utilisant son adresse sur le réseau ;
- le « web spoofing » consiste à remplacer un site par une version pirate du même site.

Vote électronique : le vote électronique peut s'effectuer suivant des modalités très différentes :

- le vote sur kiosque à voter au **sein du bureau de vote de l'électeur**. L'électeur vote à partir d'un terminal, le kiosque à voter. En principe, il n'utilise donc plus de bulletin de vote sur support papier. Le système assure de manière automatique le décompte des bulletins au sein du bureau de vote ;
- le vote sur un kiosque à voter **dans n'importe quel bureau de vote**. L'identité de l'électeur et son passage dans l'isoloir sont contrôlés par les membres du bureau de vote. Mais le système doit permettre de contrôler que l'électeur est bien autorisé à voter. Il doit également transmettre les informations au bureau de vote de l'électeur ;
- le vote sur un kiosque à voter **en dehors du bureau de vote**. Dans ce cas de figure, l'électeur vote sur une machine précisément localisée mais sans contrôle d'un bureau de vote. On peut ainsi imaginer le vote sur une borne au sein d'un centre commercial ou d'une gare ;
- le vote **à distance sans déplacement de l'électeur**. Le vote peut s'effectuer à partir de n'importe quel endroit. L'électeur peut donc voter depuis son domicile, son lieu de travail ou n'importe quel autre point du territoire.
Les technologies utilisées peuvent être très différentes : vote par internet à partir d'un ordinateur ; vote par SMS (*Short Message Service*) sur un téléphone mobile ; vote par téléphone en utilisant les touches du téléphone ; vote par le biais d'une télévision interactive.

Vote par correspondance : moyen mis à disposition d'un électeur de faire parvenir par voie postale à une autorité son vote personnel sous forme confidentielle et

secrète. Le vote est émis avant le scrutin. Pour les élections politiques, le vote par correspondance a été supprimé par la loi du 31 décembre 1975 et seulement maintenu pour les élections des Français situés à l'étranger.

Vote par procuration : pouvoir remis devant une autorité compétente et dans certains cas précis par un électeur donné (le mandat) à un autre électeur (appelé mandataire) de voter en ses lieux et place le jour du scrutin. Les deux personnes doivent être inscrites sur la même liste électorale. La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit vise à assouplir les conditions d'exercice du droit de vote par procuration (article 16).

Annexe 4

Modalités de vote au sein de l'Union européenne pour les élections à caractère politique

Technologies utilisées	Belgique	France	Irlande	Italie	Portugal	Allemagne	Pays-Bas	Royaume-Uni	Finlande	Espagne	Suède
Isoloir	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Vote par correspondance/postal	C	C	x	C	x	x	C	x	x	x	x
Procuration	x	x					x	x			
Kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur	x		x				x				
Vote à distance sans déplacement de l'électeur											
Kiosque à voter au sein du bureau de vote de l'électeur		x		x	x	x	x	x			
Kiosques à voter en dehors du bureau de vote				x	x		x	x			
Vote à distance sans déplacement de l'électeur						x	x	x			

C : cas où le vote par correspondance est réservé uniquement aux électeurs résidant à l'étranger.

: expériences de vote électronique.

Source : Le Forum des droits sur l'internet et Laurence Monnoyer-Smith, « Les enjeux du vote électronique », Sciences de la Société, n° 60, septembre 2003.

Annexe 5

Synthèse du forum de discussion sur le vote électronique

Afin d'accompagner la réflexion du groupe de travail, le Forum des droits sur l'internet a souhaité lancer, en partenariat avec le Club du e-public, un forum de discussion. Ce forum s'est tenu du mois de mars au mois de juin 2003. Il peut rendre compte des statistiques suivantes :

- 750 visiteurs uniques ;
- 4 183 visites ;
- 8 657 pages consultées.

Mêlant des points de vue très divers, aux tonalités tout à tour techniques, politiques ou sociologiques, la discussion a confirmé la richesse des problématiques soulevées.

Elle a porté sur les définitions entourant le e-vote, les débats de fond liés au vote par internet à domicile, les aspects relatifs à la sécurité du vote, l'importance des comportements des citoyens face à l'outil internet et les actions de fond à mener pour favoriser la mise en place du vote électronique.

Les définitions du vote électronique

Dès le départ, les contributeurs ont été soucieux de définir ce que recouvre le terme de vote électronique (appelé aussi « e-vote ») et de préciser les enjeux du débat.

Un intervenant a souhaité que l'on précise quels types de votes sont concernés. Il s'interroge sur le fait de savoir s'il s'agit « *d'enquête d'opinion, de vote au sein d'organisations professionnelles, de comités d'entreprises, d'élection pour les mandats de la république ? Les réponses sont nécessairement différentes car les enjeux sont différents. Le niveau requis de sécurité peut également varier ainsi que le niveau de confidentialité* ».

Au-delà d'un problème de définition, beaucoup d'intervenants ont estimé que ce débat relève de différents niveaux à savoir : d'un niveau technique (aux ingénieurs informatiques d'avancer et de trouver des solutions de vote adéquates), d'un niveau éthique (lié à certaines valeurs), d'un niveau culturel (l'acceptation du changement dans une société fait que le e-vote ne sera véritablement accepté que pour les générations à venir), d'un niveau financier (combien le e-vote va-t-il coûter et combien va-t-il rapporter ?) et enfin d'un niveau politique (le e-vote permettra-t-il vraiment d'augmenter la participation aux élections ?).

La question spécifique du vote par internet à domicile

Parmi tous les types de e-vote, c'est le vote par internet et à domicile qui suscite le plus d'interrogations.

En effet, de nombreux intervenants ont précisé que leurs questionnements ne concernent que le vote par internet et « *nullement le vote électronique qui serait réalisé dans le bureau de vote, pour accélérer la lecture et le comptage des votes* ».

La pression sur l'électeur

Parmi les nombreuses questions qui portent sur le vote par l'internet à domicile, la crainte de la « *pression* » que l'on pourrait exercer sur un votant non protégé par un isolement, est maintes fois exprimée. Pour certains : « *Le vote doit rester un acte personnel, secret et non partagé. C'est le sens de notre République qui n'accepte pas les communautés, fussent-elles familiales* ».

D'autres se demandent « *comment peut-on s'assurer que le vote est bien celui d'un électeur libre et consentant, [...] que l'électeur n'est pas surveillé et forcé lorsqu'il saisit son mot de passe* » ou veulent savoir « *comment s'assurer que l'électeur n'a pas vendu son mot de passe, et donc son vote ?* ». À leurs yeux, l'isolement protège de ce type de dérives (« *un électeur peut toujours prétendre vendre son vote, l'acheteur ne pourra le vérifier* »).

Les symboles liés au fait de se déplacer pour aller voter

En outre, un intervenant a précisé que « *le déplacement vers le bureau de vote est un véritable acte citoyen : si l'on s'est déplacé, c'est qu'on a aussi pris le temps de réfléchir à son vote* ».

Un autre participant vient rappeler qu'il semble « *dangereux de vouloir faire de l'acte de vote une simple formalité télé transmise de chez soi, entre un vote pour un programme de télé réalité et une commande de bien de consommation auprès d'une émission de télé achat...* ». Cependant, d'autres relativisent ce danger : « *le vote par internet ne sera pas instauré du jour au lendemain. À présent, tous les pilotes et tests que l'on peut observer sont en effet un vote hybride, où les électeurs peuvent continuer à voter de manière classique, puis, également par internet ou sur des bornes électroniques en même temps. Ils ont le choix. Et ce mélange durera à long terme. Ainsi, les habitudes et les mentalités pourront évoluer petit à petit pour un jour passer au vote via internet pur* ».

Pour un participant, le e-vote pourrait, de fait, accroître la crise de confiance des citoyens en la démocratie : « *Le doute est de plus en plus important, dans l'esprit des citoyens, sur la réalité du caractère démocratique de notre pays. La preuve en est qu'ils s'abstiennent de plus en plus de s'exprimer par leur vote. Ne décourageons pas ceux qui pensent que le dépôt de son bulletin de vote dans l'urne transparente reste le meilleur outil du simple citoyen pour faire avancer ses convictions. Ce simple citoyen on le trouve souvent, le soir des élections, assister au dépouillement public des bulletins de vote* ».

Attentif aux symboles traditionnels du vote, mais également soucieux de ne pas tourner le dos aux nouvelles technologies, un intervenant soumet le développement du vote électronique à deux conditions. Tout d'abord que l'identification du votant soit double (code et empreintes digitales), ensuite « *que soit maintenue l'obligation de se déplacer dans un bureau de vote (mais sans contrainte de lieu de rattachement) car le fait de se déplacer symbolise un engagement et une démarche volontaire du votant* ».

Préserver l'égalité des citoyens devant le vote

Il a été rappelé que l'instauration du vote par internet à domicile ne doit pas accroître la fracture numérique.

Cette fracture pourrait « avoir un effet pervers, en favorisant le vote des personnes accédant le plus facilement à l'informatique, au détriment de celles qui en sont exclues ou éloignées. [...] Le vote électronique impose de posséder un capital (le prix de l'ordinateur) et des ressources suffisantes pour s'offrir un accès à internet ». Pour d'autres, le vote par internet peut, inversement, faciliter l'acte citoyen pour les publics inaptes à se déplacer, comme c'est le cas pour les handicapés. Un intervenant précise ainsi : « Je suis handicapé, j'aimerais débattre pour cette loi qui pour moi est nécessaire et sans doute une solution pour les gros handicaps ».

Le vote à domicile permet-il un accroissement de la participation ?

A priori, le vote électronique est censé permettre un accroissement du taux de participation notamment en facilitant l'accès au scrutin (vote à domicile).

À cet égard, un intervenant a néanmoins souligné que pour atteindre un tel objectif, « il ne faudrait pas se contenter du vote électronique. D'autres mesures pourraient également et peut-être même davantage favoriser la participation au scrutin : le décompte des votes blancs [...], la simplification [...] du vote par procuration, la simplification de la tenue des listes électorales... ».

Au-delà, un autre intervenant a souhaité soulever un certain nombre de questions portant sur l'impact réel de l'introduction du vote électronique sur le taux de participation : « Quelles sont les données statistiques qui montrent que le système de vote augmente la participation ? Est-ce qu'une éducation citoyenne et civique ne serait pas plus rentable et efficace pour augmenter le taux de participation ? ».

La sécurisation du vote électronique

Une sécurisation absolue du système de vote s'impose pour tous les intervenants comme la condition préalable à la mise en œuvre de tout vote électronique.

L'objectif du « tout-sécurité » est clairement fixé dans un message : « La solution technique qui sera mise en œuvre pour répondre aux exigences de la réglementation doit partir d'un principe fondamental : la solution de e-voting doit être aussi sûre que le processus de vote traditionnel ». Cet objectif fait d'ailleurs dire à un autre intervenant qu'il est « hors de question de se fier à un organisme ou à toute personne dite de confiance qui serait gardienne des mécanismes de sauvegarde, d'anonymisation et de comptage des bulletins ».

Même si rares sont les messages faisant preuve d'une confiance *a priori* dans des solutions offrant une sécurité sans faille (seulement un intervenant estime que « si la sécurité est suffisante pour déclarer ces impôts, téléprocédure autrement plus complexe, elle doit l'être pour gérer un vote oui ou non ») un tel objectif ne semble néanmoins pas inaccessible à ce participant qui précise que « dans le domaine du e-voting, de nombreux mécanismes sont dès à présent opérationnels et ont dépassé le stade expérimental (dans certain pays) pour identifier l'électeur qui exerce son droit de vote. Concernant la confidentialité du vote, il faut faire une distinction entre l'ergonomie du système mis à disposition de l'utilisateur (minimiser l'assistance d'un tiers pour procéder au choix puis au vote) et la garantie offerte par le système pour ne pas révéler la nature du vote à un tiers non autorisé ».

Par ailleurs, une contribution résume assez bien les aspects de la sécurisation du vote où des intervenants ont exprimé un certain nombre de craintes et estimé qu'il convient de porter un regard attentif. Il précise ainsi qu'en cas d'instauration du vote électronique « *il faudra nécessairement mettre en place des procédures de contrôle de régularité, multiplier les tests de fiabilité, garantir la sécurité de la procédure et la confidentialité des informations, prévoir des canaux de secours locaux en cas de bug... Vaste programme car les menaces seront innombrables, spécialement lorsque sera envisagé le vote à domicile. Du simple plantage au moment du téléchargement des données au virus pénétrant l'ensemble du réseau en passant par le piratage des serveurs et la diffusion de faux logiciels de vote électronique* ».

L'importance des comportements des citoyens face à l'outil internet

Le succès du vote électronique est lié à l'instauration de la confiance et à une progressive évolution des comportements des citoyens face à l'outil internet

L'instauration de la confiance passe notamment par la transparence dans le contrôle des opérations de vote

Pour nombre d'intervenants, la question de la confiance est très importante. Le vote électronique ne pourra réellement s'imposer que si les électeurs ont confiance dans le système de vote qui leur est proposé. À cet égard, une contribution résume bien les nombreuses questions liées à la confiance à savoir le secret du vote, le contrôle des opérations de vote, la transparence du système de vote...

« Avec un vote automatisé, à qui un citoyen lambda doit faire confiance pour garantir des élections honnêtes, libre et respectant le secret de son vote ? Quel est le nombre minimum de personnes (experts, sociétés privées, équipe de maintenance, ministère de l'Intérieur), avec un tel système, qui peuvent "contrôler" le système et lui faire faire autre chose que ce qui est prévu (choisir le résultat des élections) ? [...] Si le processus électoral ne peut être vérifié que par des experts ayant accès au code, capable de le comprendre et de le vérifier... est-ce qu'il est transparent pour les autres personnes ? »

Le contrôle doit pouvoir être effectué par les citoyens eux-mêmes, selon cet autre internaute réclamant « *de la transparence dans l'ensemble du processus électoral, il faut surtout ne pas exclure la majorité des citoyens de pouvoir vérifier le processus. Même des experts indépendants ne sont que des experts. Et le parti des informaticiens pourrait gagner la majorité absolue car le reste de la population est incapable de vérifier* ».

Une nécessaire appropriation sociale et culturelle de l'internet

Des contributions mettent l'accent sur l'appropriation culturelle qu'exige la mise en œuvre de nouvelles techniques « modernisant » les pratiques sociales liées au vote.

Ainsi, pour un intervenant, l'appropriation de l'outil internet est un fait générationnel : « *L'internet fait totalement partie de la vie des générations nées dans les années quatre-vingt-dix. Eux sauront y voir directement les usages et nouvelles pratiques*

sociales induites. Pour nous, j'ai bien peur qu'il nous faille encore ce temps de questionnement, de doutes, de remises en cause forte de nos présupposés pour accepter de voir d'autres portes s'ouvrir ».

Certains estiment que l'éventuelle mise en place du vote électronique ne doit pas aller sans une interrogation sur la modification des comportements électoraux qui seraient en nécessairement induits.

Un intervenant constate ainsi que *« chacun sait que les résultats électoraux s'écartent toujours significativement des derniers sondages précédant le scrutin en raison d'un mystérieux réflexe de l'isoloir. Le vote des indécis du dernier jour procède en effet, derrière le rideau, de deux impulsions possibles et contradictoires : les uns se résignent et plongent dans l'enveloppe le bulletin habituel tandis que les autres, tant qu'à s'être déplacés, se défoulent en choisissant un candidat contestataire ou fantaisiste. D'autres encore optent pour le vote blanc ou nul »*. À ce constat se suivent un certain nombre d'interrogations : *« Quelle sera la part du vote impulsif et irraisonné lorsque, d'un geste de la souris et d'une pression sur la touche Entrée, on donnera son sentiment sur tel ou tel candidat, tel ou tel projet pour son pays ? Quelle sera l'appréhension de l'électeur méfiant quant à la confidentialité de son vote ? Ce facteur n'est pas à négliger quand on observe les préventions encore très fortes des Français à l'égard du commerce électronique. Certains votes honteux se transformeront-ils en votes politiquement corrects ou en abstention ? Le sentiment de protection, de n'être vu par personne, que pourrait aussi procurer le vote à distance, encouragera-t-il au contraire le défoulement ? Le réflexe de l'isoloir risque donc de se trouver bouleversé. Pourra-t-on seulement encore parler d'isoloir, alors que l'ordinateur familial est au contraire un point partagé ? »*

Les actions de fond à mener pour favoriser la mise en place du vote électronique

Même si le e-vote peut favoriser un certain nombre de réformes dans le fonctionnement des institutions et de la démocratie, il convient néanmoins de s'interroger sur son réel apport en termes de renouvellement des pratiques électorales

Simplification et allègement des procédures

Un responsable du service des élections d'une commune de 11 000 habitants précise que *« du point de vue des professionnels de l'organisation des scrutins, l'aspiration à la simplification et à l'allègement des procédures est manifeste : le système électoral français est d'une lourdeur invalidante, et toute erreur dans les innombrables états, listes et procès-verbaux peut prendre des proportions catastrophiques, annulation du scrutin en particulier. La mise en place d'un système de vote électronique laisse espérer de profondes améliorations de ce point de vue : réduction du personnel nécessaire et du nombre de documents à établir et à traiter, enregistrement en temps réel des votes, avec un résultat quasi instantané le soir du scrutin, utilisation intégrale des possibilités offertes par l'informatique, alors que par exemple la plupart des procès-verbaux sont actuellement laborieusement manuscrits en double exemplaire dans chaque bureau de vote »*.

L'une des heureuses conséquences de cette simplification, estime un contributeur, serait la réduction des coûts d'une élection : *« le vote électronique peut être économique, à supposer que tout se passe bien et qu'il soit substitué à la procédure actuelle »*. Toujours concernant les réductions des coûts d'une élection, un internaute signale que *« les gains engendrés par l'utilisation de ces techniques de votation seraient diminués si les électeurs étaient obligés d'aller dans les endroits de votation »* (cf. la proposition de maintenir, avec le vote électronique, l'obligation de se déplacer dans un bureau de vote).

Renouveler la démocratie

Pour plusieurs intervenants, le débat sur le vote électronique et la mise en place de ce dernier n'ont de sens que s'ils sont accompagnés d'une réflexion sur notre système démocratique.

Un participant estime ainsi que *« simplification des procédures et amélioration de la participation des électeurs aux scrutins pourraient permettre d'étendre les champs des consultations électorales : plus nombreuses et sur davantage de sujets (référendums nationaux ou locaux, enquêtes publiques ou consultation des habitants sur les grands projets, dans la lignée de la loi sur la démocratie de proximité par exemple...) »*.

Il a également été rappelé que dans la ville de Vandœuvre-lès-Nancy, à la suite des expérimentations de vote électronique menées lors des élections présidentielles et législatives de 2002, mille enfants des établissements scolaires de la ville ont été récemment invités à voter par internet pour choisir le slogan d'une campagne antitabac.

Un autre participant voit un lien direct entre vote électronique et démocratie directe en se demandant si le e-vote n'est pas *« un moyen de rendre compte de l'opinion publique au sens moderne du terme : non plus une extrapolation de données statistiques produites à partir d'échantillons plus ou moins construits mais une expression sans intermédiaire, bref la parole du peuple ! »*.

Pour quelques participants, le vote électronique est, sans aucun doute, l'outil permettant un véritable renouvellement de l'expression citoyenne : *« Quand pourrais-je réellement m'exprimer instantanément sur un sujet local ou national ? Comment pourrions-nous faire en sorte que les électeurs reprennent confiance dans le vote et prennent le temps de donner leur avis ? Quand aurons-nous les bonnes informations pour prendre les bonnes décisions et voter en connaissance de cause ? Soyez convaincu que beaucoup de citoyens attendent le vote à distance via internet »*. D'ailleurs, selon un contributeur, peut-être est-il prématuré de s'occuper du vote électronique : *« Ne faudrait-il pas d'abord voir dans quelles conditions peut être réellement organisé le débat via les outils numériques puis, dans un second temps, étudier les différents modes de résolution de ce débat. Commencer par le vote électronique (simple outil technique) n'est-il pas mettre la charrue devant les bœufs ? »*

Ce renouvellement de la vie démocratique par une meilleure participation peut déboucher sur une réforme radicale de la communication en période d'élections et des protocoles électoraux : *« Pourquoi ne pas pouvoir changer son vote tout au long de la période d'ouverture du scrutin (une semaine par exemple), pourquoi ne pas*

autoriser les candidats à mener campagne tout au long de cette période de la consultation, pourquoi (toujours durant cette période) ne pas afficher en temps réel les résultats de l'élection (ce que proposent certaines solutions logicielles de votes électroniques, par exemple pour gérer certains processus décisionnels dans une coopérative) ? En effet, je ne vois a priori aucune raison de considérer comme plus "démocratique" le système actuel qui nous fait voter en aveugle, plutôt que le système qui nous permettrait de voter aussi en fonction du vote des autres électeurs (ce que, de toute façon, la foi dans les sondages peut conduire à faire dans une certaine et souvent fausse mesure) ».

Le e-vote est-il un réel outil de renouvellement des pratiques électorales ?

Un certain nombre de participants ont souhaité revenir sur les conditions d'utilité du vote et ainsi montrer que le désintérêt des citoyens vis-à-vis de la « chose publique » n'est pas forcément lié au mode d'organisation des élections.

Un participant s'interroge ainsi sur le réel apport du vote électronique : « *que peut-on attendre du vote électronique que le vote actuel ne nous procure déjà ? Une économie sur le coût d'organisation du scrutin et un dépouillement plus rapide des résultats. Ces deux éléments ne constituent aucunement une avancée démocratique mais des solutions techniques à des problèmes, certes importants, mais non déterminants au regard des risques que cela peut faire courir à la sincérité de l'élection* ». Il poursuit : « *Il est illusoire de penser qu'un simple clic sur la touche vote de son ordinateur ou de son téléphone va révolutionner l'investissement et l'intérêt des citoyens pour leur démocratie. Le doute est de plus en plus important, dans l'esprit des citoyens, sur la réalité du caractère démocratique de notre pays. Voter depuis chez soi n'activera pas, la réflexion politique citoyenne qui ne peut être relancée que par un débat public de qualité* ».

Un autre participant abonde dans le même sens en doutant du lien qui peut exister entre vote électronique et renouvellement des pratiques démocratiques : « *voter, c'est penser que cela sert à quelque chose pour notre société. Aujourd'hui, la démocratie représentative a atteint ses limites. La démocratie participative ne se décrète pas. C'est un travail minuscule, porté par les habitants, dans leur immeuble, dans leur rue, dans leur quartier, dans leur ville. Et il faut espérer que, retrouvant de l'intérêt dans la chose publique grâce à leurs interventions micro locale, ils se mettent à s'intéresser également aux enjeux de territoires plus vastes et donc faire que leur voix retrouve un sens* ».

Corroborant cette position, un contributeur dénonce la mode de la « démocratie de l'instantané » et la promesse « démagogique » de consultations quasi permanentes : « *Quant à s'exprimer instantanément sur un sujet (local ou national), les citoyens seraient peut-être intéressés par des référendums plus fréquents si le débat politique leur en donnait l'envie, mais ce n'est pas la rapidité ou la facilité technique du vote qui nous rendra plus citoyen, bien au contraire ! Un vote est un acte qui doit être réfléchi, et mûri au cours d'un débat. Rien d'instantané là-dedans... La diffusion de l'information peut être beaucoup mieux réalisée via les TIC, c'est certain. Mais quel rapport avec le vote ?* ».

Annexe 6

Les modifications des textes applicables afin de permettre le vote à distance par voie électronique

Le Forum des droits sur l'internet a considéré qu'il doit être possible de voter par voie électronique lorsqu'un vote par correspondance est prévu.

Pour les élections des officiers publics et aux professions réglementées, les élections des usagers du service public et les élections professionnelles dans le secteur public, le vote à distance ne doit être mis en place que si les acteurs concernés le souhaitent (*cf. supra*).

À cet effet, le Forum a recensé un certain nombre de textes prévoyant le recours au vote par correspondance. La liste proposée n'est pas exhaustive.

Les élections dans des organismes publics chargés de gérer des missions de justice et des affaires professionnelles

Justice administrative, juridictions disciplinaires et juridictions spécialisées non pénales

- Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, (Code de justice administrative. Article R. 232-9).
- Commission consultative de la Cour des comptes, (Code des juridictions financières. Article R. 112-29).
- Conseil supérieur de la magistrature, (décret n° 94-199 du 9 mars 1994).
- Juges des tribunaux de commerce, (Code de l'organisation judiciaire. Article L. 413-6).
- Tribunal paritaire de baux ruraux, (Code de l'organisation judiciaire. Article L. 442-3).
- Chambres de commerce et d'industrie, chambres régionales de commerce et d'industrie, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et groupements interconsulaires, (décret n° 91-739 du 18 juillet 1991).
- Chambres de métiers, (décret n° 99-433 du 27 mai 1999).
- Chambres d'agriculture, (Code rural, Article R. 511-39).

Officiers publics et ministériels, professions réglementées

- Huissiers de justice, (décret n° 56-222 du 29 février 1956).
- Notaires, (décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945).
- Greffiers du tribunal de commerce, (Code de l'organisation judiciaire. Article R. 821-17).
- Commissaires-priseurs, (décret n° 45-0120 du 19 décembre 1945).
- Avoués, (décret n° 45-118 du 19 décembre 1945).
- Commissaires aux comptes de sociétés, (décret n° 69-810 du 12 août 1969).
- Géomètre expert, (décret n° 96-478 du 31 mai 1996).
- Experts-comptables, (décret n° 96-764 du 2 septembre 1996).

- Architectes (décret n° 77-1481 du 28 décembre 1977).
- Vétérinaires, (décret n° 90-997 du 8 novembre 1990).
- Médecins et chirurgiens dentistes (décret n° 57-994 du 28 août 1957).
- Pharmaciens, (décret n° 2003-198 du 7 mars 2003).

Les élections des usagers du service public

Enseignement

- Établissements publics locaux d'enseignement (décret n° 85-924 du 30 août 1985).
- Centre national des œuvres universitaires et scolaires (décret n° 87-155 du 5 mars 1987).
- Conservatoire national des arts et métiers (décret n° 88-413 du 22 avril 1988).
- Conseils de l'éducation nationale dans les départements et les académies (décret n° 85-895 du 21 août 1985).
- Conseils académiques de la vie lycéenne (décret n° 91-916 du 16 septembre 1991).
- Instituts universitaires de formation des maîtres (décret n° 90-867 du 28 septembre 1990).
- Conseil national des universités (arrêté du 19 février 1987).

Urbanisme, social

- Offices publics d'aménagement et de construction (Code de la construction et de l'habitation. Article R. 421-8).
- Offices publics d'habitations à loyer modéré (Code de la construction et de l'habitation. Article R. 421-58).
- Organismes d'habitations à loyer modéré (Code de la construction et de l'habitation. Article R. 422-2-1).
- Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales des représentants des affiliés (arrêté du 6 juin 2001).
- Caisses de mutualité sociale agricole (décret n° 84-477 du 18 juin 1984).

Les élections professionnelles dans le secteur public (commissions administratives paritaires et conseil d'administration)

- Commissions administratives paritaires nationales de la fonction publique hospitalière (décret n° 91-790 du 14 août 1991).
- Commissions administratives paritaires de l'Assistance publique hôpitaux de Paris (décret n° 92-1005 du 21 septembre 1992).
- Commissions paritaires d'établissement des établissements publics d'enseignement supérieur (décret n° 99-272 du 6 avril 1999).
- Comités techniques paritaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (décret n° 85-923 du 21 août 1985).
- Commissions administratives paritaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (décret n° 89-229 du 17 avril 1989).
- Commissions administratives paritaires de La Poste (décret n° 94-130 du 11 février 1994).

- Commissions administratives paritaires de France Telecom (décret n° 94-131 du 11 février 1994).
- Commissions administratives des services départementaux d'incendie et de secours (arrêté du 13 janvier 1989).
- Centre national de la fonction publique territoriale (décret n° 87-811 du 5 octobre 1987).
- Conseil supérieur de la fonction publique territoriale. (décret n° 84-346 du 10 mai 1984).
- Conseil d'administration de l'agence France-Presse (décret n° 57-281 du 9 mars 1957).

Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?

Recommandation adoptée le 23 octobre 2003

Introduction

La présente recommandation porte sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens établis vers des contenus illicites. Elle complète ainsi la recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'internet, rendue publique le 3 mars 2003 ³³⁹, qui a posé le principe d'une liberté de lier dans le respect du droit des tiers.

Objectif

La notion de responsabilité juridique suppose que toute personne doit assumer les préjudices qu'elle provoque directement, et parfois indirectement, à un tiers ou à la collectivité. Cette responsabilité est de deux sortes : elle est pénale lorsqu'il est causé un tort aux valeurs de la société ; elle est civile lorsqu'il est porté atteinte à des intérêts privés. Au regard du droit commun, une personne engage sa responsabilité pénale lorsqu'elle accomplit un crime ou un délit intentionnellement ³⁴⁰ et sa responsabilité civile pour la faute ou la négligence qu'elle commet et qui cause un dommage à autrui ³⁴¹.

L'objectif du groupe de travail a été de définir précisément les fautes et négligences civiles ainsi que les délits pénaux qui peuvent être reprochés à toute personne établissant un hyperlien vers un contenu illicite, en tenant compte de trois éléments :

- les caractéristiques du créateur d'hyperliens (créateur manuel ou automatique) ;
- la spécificité des liens définie dans le premier rapport ;
- les conséquences autonomes que la création d'un lien peut entraîner.

Méthodologie

Le groupe de travail sur les hyperliens est parti du constat que les dispositions relatives à la responsabilité civile et pénale des intermédiaires techniques prévues par la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ne concernent pas, en l'état actuel de leur rédaction, les créateurs d'hyperliens.

³³⁹ Recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>.

³⁴⁰ Article 121-3 « *il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre* ». Une personne peut également être responsable pénal, dans des cas exceptionnels, en raison de son imprudence, de sa négligence ou de la mise en danger délibérée d'autrui (article 121-3, al. 2 et suivants).

³⁴¹ Articles 1382 et 1383 du Code civil. Ici encore, une personne peut engager sa responsabilité civile de manière exceptionnelle pour le dommage causé par une personne dont elle doit répondre ou une chose qu'elle a sous sa garde (article 1384 du Code civil).

Suite aux auditions effectuées dans le cadre de la première recommandation sur les hyperliens et à quatre auditions complémentaires, le groupe de travail a choisi de résoudre la problématique de la responsabilité du fait des hyperliens établis vers des contenus illicites en faisant essentiellement application du droit commun.

La référence au droit commun présente l'avantage de la flexibilité. Elle permet, sans faire intervenir le législateur européen ou national, de modeler les obligations mises à la charge des créateurs d'hyperliens en fonction de leur rôle sur l'internet, de leur maîtrise sur leurs services, des évolutions de la technique et de l'adoption de nouveaux usages.

Le groupe de travail relève toutefois que, dans le prolongement de la transposition de la directive sur le commerce électronique, certains États membres de l'Union européenne ont aligné le régime de responsabilité applicable aux créateurs d'hyperliens sur celui des hébergeurs (Espagne, article 17 de la loi n° 34/2002 du 11 juillet 2002 et Autriche, article 17 de la loi sur le e-commerce) ou des simples transporteurs de contenu (Autriche, article 14 de la loi sur le e-commerce). À ce titre, il conviendra d'analyser ultérieurement les différentes options retenues par les États membres afin de s'assurer qu'elles n'aboutissent pas à des disparités de régime pouvant favoriser la délocalisation de certaines activités fondées sur les hyperliens (en particulier celle des moteurs de recherche).

Plan du rapport

Ces remarques préalables étant posées, la présente recommandation propose de préciser les contours de la responsabilité pénale et civile des créateurs d'hyperliens au regard du droit commun. Elle envisage également de définir le champ d'application des régimes spéciaux de responsabilité (presse et contrefaçon) aux créateurs d'hyperliens.

La responsabilité pénale du créateur d'hyperliens

Le Forum des droits sur l'internet rappelle que, au regard du droit pénal général, la responsabilité du créateur de l'hyperlien **ne pourrait être engagée que s'il est prouvé qu'il avait l'intention de commettre une infraction à la loi**³⁴² **ou de participer à celle-ci**³⁴³.

Peuvent contribuer à déterminer l'intention coupable du créateur d'hyperliens :

1 – Les informations qui entourent le lien créé.

Le tribunal de grande instance d'Épinal a ainsi démontré l'intention du créateur de lien de commettre une infraction par « *les avertissements donnés aux visiteurs* [du site

³⁴² Article 121-3 du Code pénal : « *il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre* ».

³⁴³ Article 121-7 du Code pénal : « *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* ».

liant] et la reconnaissance de l'illégalité des MP3 vers lesquels ses liens permettaient de se diriger »³⁴⁴.

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a condamné le directeur de la publication du journal *Le Monde* pour la publication d'un entrefilet donnant aux lecteurs les informations nécessaires, et notamment l'adresse internet d'une association, pour se procurer l'ouvrage « *Exit Final* ». Cet ouvrage avait été censuré en France car il contrevient à l'article 223-14 de Code pénal réprimant « *la propagande ou la publicité [...] en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort [...]* ». L'arrêt se fonde sur les informations entourant les moyens de se procurer l'ouvrage pour condamner le directeur de la publication³⁴⁵.

2 – Le fait que le créateur de liens maintienne, en connaissance de cause, la liaison vers un contenu qu'il sait être illicite (avis divergent de l'AFA en annexe 4).

La recommandation du Forum du 6 février 2003 sur le projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » constatait que les critères retenus pour la mise en œuvre de la responsabilité des hébergeurs étaient inspirés du droit commun³⁴⁶. C'est pourquoi nous retrouvons ici le même critère de mise en œuvre de responsabilité pénale que celui prévu pour l'hébergeur par l'article 43-9 du projet de loi.

Rappelons que cette recommandation suggérait au législateur d'adopter un certain nombre de mesures destinées à protéger l'exercice de la liberté d'expression : un système de notification et une sanction pénale visant à empêcher les demandes abusives de retrait de contenus.

Ces mesures ne concernent pas la création d'hyperliens. La protection de la liberté d'expression peut néanmoins être garantie par référence aux principes mentionnés à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le Forum rappelle ainsi que toute action destinée à mettre fin à un trouble illicite doit, lorsqu'elle touche au domaine de la liberté d'expression, être proportionnée au but recherché. En conséquence, les victimes doivent veiller à ce que leurs demandes de déréférencement soient de nature à contribuer effectivement à mettre fin au trouble illicite. Elles commettraient, le cas échéant, une faute ou une négligence susceptible d'engager leur responsabilité civile.

Enfin, toute demande de déréférencement doit être précise et sérieuse, de telle manière qu'elle puisse être traitée par le créateur d'hyperliens :

- « précise » signifie qu'elle doit délivrer toute information permettant au créateur d'identifier le ou les liens visés ainsi que leur emplacement ;
- « sérieuse » signifie qu'elle doit apporter des éléments attestant du caractère illicite du contenu lié.

³⁴⁴ TGI Épinal, 24 octobre 2000, *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=215>.

³⁴⁵ Cass. crim., 13 novembre 2001, *Bull. Crim.* 2001, n° 234, p. 756.

³⁴⁶ Recommandation sur le « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique » du Forum des droits sur l'internet, 6 février 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

3 – Pour les moteurs de recherche uniquement : la configuration de l'algorithme d'indexation dans le but de rechercher des contenus illicites.

La responsabilité civile du créateur d'hyperliens

Au regard du droit civil, la responsabilité du créateur d'hyperliens peut être engagée pour une faute ou une négligence ayant causé un préjudice à un tiers ³⁴⁷.

Il est important de relever que cette faute ou négligence, et la responsabilité qui peut en découler, sont indépendantes de la présence en ligne du contenu illicite, qui relève de la responsabilité de l'éditeur du contenu en cause et, au regard des critères posés par la loi, de celle de l'hébergeur de ce contenu.

À ce titre, une action uniquement intentée à l'encontre du créateur d'un lien et ne visant pas l'éditeur ou l'hébergeur du contenu lié, n'arrêtera pas la diffusion du contenu illicite. Une telle action ne peut donc avoir pour objet de réparer le dommage causé par l'acte de diffusion du contenu illicite. En conséquence, le groupe de travail relève que le dommage causé par le créateur de lien est généré par l'« écho particulier » qu'il donne au contenu lié et non par le contenu lié lui-même.

Dans ce contexte précis, pour déterminer en quoi consiste l'« erreur » ou la « défaillance » du créateur d'hyperlien, le juge doit comparer le comportement qu'il aurait dû avoir à celui qu'il a effectivement eu.

Le Forum des droits sur l'internet propose de décrire l'attitude que l'on peut raisonnablement attendre du créateur d'hyperliens, normalement prudent et avisé, et les actes qu'il est contestable d'exiger de sa part.

Le créateur d'hyperlien engagera sa responsabilité à défaut d'avoir adopté une attitude prudente et avisée, mais ne pourrait être inquiété dans les autres cas.

Il s'agit d'adapter la définition de ces attitudes au caractère automatique ou manuel de la création d'hyperliens.

Responsabilité civile du créateur automatique d'hyperliens

Est visée par la dénomination « créateur automatique d'hyperliens », toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'internet.

On peut raisonnablement attendre de la part de l'exploitant d'un service de création automatique d'hyperliens :

1 – Qu'il s'abstienne de recourir à l'utilisation d'un algorithme de recherche spécifiquement destiné à référencer des contenus illicites.

³⁴⁷ Articles 1382 et 1383 du Code civil.

2 – Qu’il procède rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite ³⁴⁸ (avis divergent de l’AFA en annexe 4).

Dans le but de protéger la liberté d’expression, les demandes de déréférencement doivent être précises, sérieuses et de nature à contribuer effectivement à mettre fin au trouble illicite (voir ci-dessus).

Il faut naturellement tenir compte du fait qu’une mesure de déréférencement ne met pas fin, à elle seule, au trouble illicite. En effet, dès lors que le contenu illicite demeure en ligne, celui-ci continue à être accessible par d’autres voies (autres moteurs de recherche, annuaires, portails, tout autre site sur lequel seraient référencés ce contenu et connaissance directe de l’URL). Par mesure de cohérence et souci d’efficacité, il apparaît donc nécessaire de préserver les moteurs de recherche contre toute action qui ne viserait pas, également, les auteurs directs d’une infraction ou, à tout le moins, leurs hébergeurs.

Ainsi est-il souhaitable, lors de toute demande de déréférencement adressée à un moteur de recherche, que la victime apporte auprès de l’exploitant de moteur de recherche la preuve qu’elle est intervenue ou qu’elle a tenté d’intervenir contre l’éditeur et/ou l’hébergeur du site.

3 – Qu’il offre à l’auteur d’une page une possibilité d’obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, à travers une procédure permettant de s’assurer qu’il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

Le demandeur a corrélativement l’obligation de respecter la procédure d’identification indiquée par le moteur de recherche. Il doit par ailleurs insérer une inscription (« tag ») dans le code source de sa page ou un fichier à la racine de son site interdisant l’indexation ultérieure des pages désignées sur les moteurs de recherche ³⁴⁹.

L’obligation à la charge de l’exploitant du moteur de recherche doit être modulée en fonction de l’état de l’art et des particularités de chaque moteur ; l’exploitant doit donc être libre de choisir une procédure adaptée au but à atteindre en fonction du mode de fonctionnement de son moteur.

En revanche, on ne peut attendre de la part de l’exploitant d’un service de création automatique d’hyperliens :

1 – Qu’il vérifie la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services.

³⁴⁸ Sont visées : la connaissance effective du caractère illicite d’un contenu et la connaissance effective de faits et de circonstances faisant apparaître ce caractère illicite. Il s’agit ici des critères de mise en œuvre de la responsabilité de l’hébergeur prévus par le projet de loi pour la confiance dans l’économie numérique. Pour rappel, le Forum des droits sur l’internet a estimé, dans sa recommandation du 6 février 2003, que ces critères étaient inspirés du droit commun de la responsabilité civile : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

³⁴⁹ Le moteur de recherche *Google.fr* indique ainsi les procédures précises à suivre pour déréférencer une ou plusieurs pages ou les retirer de sa mémoire cache : <http://www.google.fr/intl/fr/remove.html>. Le Forum des droits sur l’internet regrette que certains moteurs de recherche n’indiquent toujours pas, aujourd’hui, les procédures à suivre pour obtenir le déréférencement.

La cour d'appel de Paris a ainsi estimé, dans un arrêt du 15 mai 2002 rendu en matière de référé, que l'obligation faite à la société *Altavista* « de vérifier les effets des liens hypertextes indexés sur son moteur de recherche, qui dépendent de la présence de mots clés ou d'expressions choisis par les auteurs de ces sites, est sérieusement contestable »³⁵⁰. Le principe dégagé par cet arrêt a d'ailleurs été repris au sein d'une ordonnance du TGI Paris du 12 mai 2003³⁵¹.

2 – Qu'il mette en œuvre un procédé empêchant automatiquement, à l'aide d'un système de filtrage sur mots clés ou de toute autre technique automatique destinée à reconnaître des contenus, la fourniture d'hyperliens vers des contenus illicites, si ce procédé peut également conduire à supprimer la fourniture de liens vers des contenus licites.

En effet, il ne semble pas opportun, en l'état actuel de la technique et du droit applicable à la liberté d'expression, d'exiger de la part des moteurs de recherche de recourir à des techniques de filtrage automatisé destinées à sélectionner les contenus en fonction de certains critères, soit lors de l'indexation des contenus au sein de ses bases de données, soit lors des requêtes des utilisateurs.

L'absence d'obligation de filtrage automatique ne nuit pas, cependant, à l'obligation de déréférencement d'URL prévues ci-dessus³⁵² ; elle ne doit pas non plus décourager les éventuelles précautions proportionnées spontanément prises par les exploitants de moteurs de recherche.

Responsabilité civile du créateur manuel d'hyperliens

Est visée par la dénomination « créateur manuel d'hyperliens », toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'internet. Peuvent être concernés : les exploitants de sites web, les portails, les annuaires de recherche et, dans le cas des liens sponsorisés, les exploitants de moteurs de recherche.

On peut raisonnablement attendre de la part du créateur manuel d'hyperliens :

1 – Qu'il vérifie, avant la création d'un lien, la teneur du contenu qu'il souhaite lier et, en cas de doute sur celui-ci lors de sa visualisation, qu'il examine certains éléments l'environnant (par exemple : page de garde ou pages mitoyennes accessibles, URL...).

Le créateur d'hyperlien engagera sa responsabilité s'il a procédé à la création d'un lien vers une page dont les contenus pouvaient raisonnablement lui apparaître comme non conformes au droit. Mais il appartiendra au demandeur de prouver que le créateur de liens n'avait pas rempli son obligation de vérification au moment de la création du lien, ce qui l'obligera notamment à rapporter la preuve que le contenu lié lui était d'ores et déjà préjudiciable au moment de la création du lien.

³⁵⁰ CA Paris, 14^e ch., 15 mai 2002, *Altavista c/Matelsom, Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=505>.

³⁵¹ TGI Paris, référé, 12 mai 2003, *Lorie c/M. G.S. et SA Wanadoo Portails, Juriscom.net* : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=253>.

³⁵² Obligation contestée par l'AFA.

2 – Qu’il conserve une certaine distance à l’égard des contenus susceptibles de causer un préjudice à un tiers.

Le juge devra ainsi analyser si les raisons qui ont poussé le créateur d’hyperliens à établir un lien vers un contenu préjudiciable étaient ou non légitimes. Ainsi, la volonté démontrée par le créateur de lien de nuire aux intérêts du tiers concerné par ce contenu sera génératrice de responsabilité ³⁵³. D’un autre côté, le fait, pour le créateur de lien, de conserver une certaine neutralité ou de se distancier vis-à-vis du contenu préjudiciable, le fera échapper plus facilement à la mise en œuvre de sa responsabilité.

3 – Qu’il procède rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite ³⁵⁴ (avis divergent de l’AFA en annexe 4).

Toujours dans le but de protéger la liberté d’expression, les demandes de déréférencement doivent être précises, sérieuses et de nature à contribuer effectivement à mettre fin au trouble illicite (voir ci-dessus).

Ici encore, la victime devra apporter auprès du créateur d’hyperliens la preuve qu’elle est intervenue ou qu’elle a tenté d’intervenir contre l’éditeur et/ou l’hébergeur du site.

4 – Qu’il offre à l’auteur d’une page la possibilité d’obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, au besoin, pour les portails et annuaires de recherche, à travers une procédure permettant de s’assurer qu’il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

Le demandeur a corrélativement l’obligation de respecter la procédure d’identification indiquée par le créateur d’hyperlien et de fournir tous documents demandés par ce dernier, susceptibles de permettre l’identification.

En revanche on ne peut attendre de la part du créateur manuel d’hyperliens : qu’il vérifie, après établissement de l’hyperlien, l’évolution du contenu du site ou de la page lié(e).

L’absence d’obligation de vérification de l’évolution du site ne nuit bien sûr pas à l’obligation prévue ci-dessus de supprimer les liens établis vers des contenus dont le créateur d’hyperliens a eu connaissance du caractère illicite (voir ci-dessus).

³⁵³ La cour d’appel de Paris estime ainsi que l’hyperlien n’est pas en soi de nature à engager la responsabilité de l’exploitant mais qu’il en est autrement lorsque « *la création de ce lien procède d’une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l’exploitant du site d’origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s’est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé* » : CA Paris, 19 septembre 2001, *NRJ c/Europe 2*, *Foruminternet.org* : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=217>.

³⁵⁴ Voir recommandation sur le « *Projet de loi pour la confiance dans l’économie numérique* » du Forum des droits sur l’internet, 6 février 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

Les régimes spéciaux de responsabilités

Certains régimes de responsabilité dérogatoires au droit commun sont susceptibles de s'appliquer au cas des hyperliens établis vers des contenus illicites. Il s'agit des régimes de responsabilité applicables en matière de presse et en matière de contrefaçon.

Régime de responsabilité applicable en matière de presse

Le régime de responsabilité applicable en matière de presse écrite (article 42 de la loi du 29 juillet 1881) ou audiovisuelle (article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982) rend le directeur de la publication responsable de plein droit des contenus des auteurs qu'il édite.

Le Forum des droits sur l'internet estime que ce régime de responsabilité automatique ne concerne pas le créateur d'hyperlien.

Ce dernier n'ayant pas procédé lui-même à la publication du contenu vers lequel il établit un hyperlien et, de ce fait, ne pouvant en maîtriser la teneur, il n'est pas souhaitable de le considérer comme responsable de plein droit de ce contenu.

La position de forum des droits sur l'internet va ainsi dans le sens de la jurisprudence « *Libération* » qui a refusé d'assimiler le lien effectué vers un sondage d'opinion à un acte de publication ³⁵⁵.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de juger que le fait, pour un journaliste, de citer les propos diffamatoires ou injurieux d'un tiers ne constituait pas une diffamation, ce qui conforte le Forum dans l'idée selon laquelle un hyperlien ne peut être assimilé à un acte de publication au sens de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ³⁵⁶.

Régime de responsabilité applicable en matière de contrefaçon

En matière de contrefaçon, l'élément intentionnel de l'infraction pénale est constitué par la matérialité du délit, à moins que le prévenu prouve sa bonne foi. Ainsi, dès lors qu'une personne réalise une contrefaçon, le prévenu est présumé être de mauvaise foi. Mais cette présomption jurisprudentielle est simple : c'est-à-dire qu'elle peut être renversée par l'apport de la preuve contraire.

Il n'en va pas de même au niveau civil où la présomption de mauvaise foi est, dans la plupart des cas, réputée irréfragable par la Cour de cassation. Dans ce cas, la preuve de la bonne foi du défendeur se révèle inopérante.

³⁵⁵ TGI Paris, 17^e ch., 15 décembre 1998, *M.P. c/July, Légipresse*, janvier-février 1999, 158-III-16 ; *Communication commerce électronique*, octobre 1999, Comm. n° 17, note A. Weber. Dans le même sens, voir Cyril Rojinsky, « Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 155, février 2003, p. 1-10, disponible sur *Juriscom.net* : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=80>.

³⁵⁶ CEDH, 29 mars 2001, *Thoma c/Luxembourg, Légipresse*, décembre 2002, 197-III-226, note B. Ader.

Certains membres du groupe de travail ont néanmoins tenu à rappeler que des décisions d'appel ont accepté de rechercher la bonne foi de certains intermédiaires, tels que les imprimeurs ³⁵⁷, et en ont parfois même mis hors de cause, comme cela s'est produit pour les distributeurs de presse ³⁵⁸. La tendance jurisprudentielle n'en demeure pas moins celle évoquée ci-dessus.

La mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle évite ainsi aux plaignants de rapporter, au niveau pénal, l'élément intentionnel constitutif d'une infraction et aux demandeurs, au niveau civil, d'établir l'erreur ou la défaillance du créateur d'hyperlien.

La responsabilité civile ou pénale de ce dernier peut ainsi être mise en œuvre plus aisément que dans le cadre du droit commun : il suffit pour cela qu'il participe à l'élément matériel du délit de contrefaçon.

Mais en raison de la neutralité des hyperliens ³⁵⁹ simples et de certains hyperliens profonds, le fait de les établir vers des contenus contrefaisants ne pourra généralement pas constituer l'élément matériel de ce délit.

En effet, la neutralité des liens implique, dans ces cas, qu'ils ne participent pas en soi à la réalisation de l'infraction.

Toutefois, l'élément matériel de ce délit sera établi lorsque l'hyperlien créé vers un contenu contrefait correspond à l'une des hypothèses définies dans la recommandation « Hyperliens : statut juridique » où est mis en œuvre un acte de représentation ³⁶⁰ (voir annexe 1).

Certains usages de l'hyperlien peuvent en effet constituer un acte de représentation, faisant ainsi perdre sa neutralité à l'hyperlien et présumer de la mauvaise foi de son créateur. Tel est le cas, notamment, de la transclusion de contenus, c'est-à-dire des techniques du *inline linking* et du *framing*, ou, dans certains cas, du lien effectué vers des fichiers téléchargeables (tels que les fichiers vidéos et musicaux).

Le Forum des droits sur l'internet souhaite préciser que les liens établis par des moteurs de recherche vers des fichiers téléchargeables conservent leur neutralité lorsqu'ils peuvent être directement consultés dans un navigateur comme s'il s'agissait d'une page HTML (tels que les fichiers PDF, doc ou txt).

³⁵⁷ CA Paris, 16 octobre 1956.

³⁵⁸ CA Paris, 1^{re} ch., 28 avril 1998 : *RIDA* octobre 1998, n° 178, p. 263 : « *Considérant que les NMPP, simple distributeur de presse, ne sauraient être tenues de vérifier si les interprètes des œuvres distribuées ont donné leur accord à la reproduction de leur interprétation ou si la succession de Thelonious Monk a donné son accord à la reproduction des photographies de l'artiste ; qu'elles doivent être mises hors de cause* ».

³⁵⁹ Le principe de la neutralité de l'hyperlien a été posé dans la recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>.

³⁶⁰ Recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>. Précisons que les représentants des auteurs d'œuvres musicales et des producteurs de phonogrammes participant au groupe de travail ont estimé (*cf.* p. 17 et suivantes de la recommandation du 3 mars 2003) que les hypothèses où est mis en œuvre un acte d'exploitation sont plus nombreuses que celles définies dans les conclusions générales de la recommandation.

En toute hypothèse, le Forum des droits sur l'internet recommande aux créateurs manuels de tout type de liens d'agir avec la plus grande prudence dès lors qu'ils ont des doutes sur la licéité d'une ressource disponible en ligne.

Synthèse des recommandations

La première recommandation du Forum des droits sur l'internet sur les hyperliens, « Hyperliens : statut juridique », posait le principe d'une « liberté de lier dans le respect du droit des tiers ». Ce principe constitue également le fil directeur de la présente recommandation qui porte sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens établis vers des contenus illicites.

Le groupe de travail est parti du constat qu'aucune des catégories définies au sein de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 ne vise les créateurs d'hyperliens. Il a donc procédé à l'analyse du droit commun et de certains droits spéciaux (propriété intellectuelle et droit de la presse) pour dessiner le contour des obligations pouvant raisonnablement s'imposer à ces acteurs particuliers.

Ces obligations ont notamment été analysées en tenant compte du rôle et des particularités de chacune des deux grandes catégories de créateurs d'hyperliens répertoriées par le groupe de travail : les créateurs automatiques d'hyperliens (ex. les moteurs de recherche) et les créateurs manuels d'hyperliens (ex. l'éditeur d'un site web).

S'agissant des moteurs de recherche, par exemple, le groupe de travail a souhaité prendre en considération le rôle fondamental qu'ils jouent dans la société de l'information consistant à offrir des ouvertures « neutres » sur le web en indexant l'essentiel disponible suivant des critères objectifs et automatiques.

Il a néanmoins été rappelé que, comme tout intervenant dans la chaîne de transmission des informations vers les utilisateurs de l'internet, les moteurs de recherche devaient participer à la lutte contre les activités illicites, dans la mesure de leurs moyens et sans que leur fonction ne soit transformée.

Le groupe de travail n'a pu ignorer, non plus, les difficultés particulières afférentes au déréférencement : le coût de traitement qu'entraîneraient de nombreuses demandes de désindexation et le fait que le déréférencement ne met pas fin, à lui seul, au trouble illicite.

L'objectif de la présente recommandation est donc de définir des moyens permettant de mettre fin à des troubles illicites constatés sur le web qui soient à la fois réalistes pour chacune des catégories de créateurs d'hyperliens et proportionnés au but recherché.

Il conviendra d'analyser ultérieurement les différentes options retenues par les États membres afin de s'assurer qu'elles n'aboutissent pas à des disparités de régime pouvant favoriser la délocalisation de certaines activités fondées sur les hyperliens (en particulier celle des moteurs de recherche).

La présente recommandation s'adresse aux créateurs d'hyperliens et aux victimes de contenus illicites et préjudiciables. Elle propose également une grille de lecture pour le juge.

Définitions

Hyperlien : connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple le réseau internet). Il est composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée.

Créateur automatique d'hyperliens : toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'internet. Exemple : les moteurs de recherche

Créateur manuel d'hyperlien : toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'internet. Exemple : les exploitants de sites web, les portails, les annuaires de recherche et, dans le cas des liens sponsorisés, les exploitants de moteurs de recherche.

Recommandations aux créateurs d'hyperliens

1 - Recommandations aux créateurs automatiques d'hyperliens (les moteurs de recherche)

Le Forum des droits sur l'internet recommande à l'exploitant de tout service permettant la création automatique d'hyperliens :

- de ne pas recourir à l'utilisation d'un algorithme de recherche spécifiquement destiné à référencer des contenus illicites ;
- de procéder rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite ³⁶¹ (avis divergent de l'AFA en annexe 4) ;
- d'offrir à l'auteur d'une page une possibilité d'obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, à travers une procédure permettant de s'assurer qu'il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

L'exploitant est libre de choisir une procédure de déréférencement adaptée au but à atteindre en fonction du mode de fonctionnement de son moteur.

Le propriétaire de la page a corrélativement l'obligation de respecter la procédure d'identification indiquée par le moteur de recherche. Il doit par ailleurs insérer une inscription (« tag ») dans le code source de sa page ou un fichier à la racine de son site interdisant l'indexation ultérieure des pages désignées sur les moteurs de recherche.

³⁶¹ Sont visées : la connaissance effective du caractère illicite d'un contenu et la connaissance effective de faits et de circonstances faisant apparaître ce caractère illicite. Il s'agit ici des critères de mise en œuvre de la responsabilité de l'hébergeur prévus par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Pour rappel, le Forum des droits sur l'internet a estimé, dans sa recommandation du 6 février 2003, que ces critères étaient inspirés du droit commun de la responsabilité civile : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>.

2 – Recommandations aux créateurs manuels d’hyperliens

Le Forum des droits sur l’internet recommande au créateur manuel d’hyperliens :

- de vérifier, avant la création d’un lien, la teneur du contenu de la page qu’il souhaite lier et, en cas de doute sur celui-ci lors de sa visualisation, qu’il examine certains éléments l’environnant (par exemple : page de garde ou pages moyennes accessibles, URL...) ;
- de conserver une certaine distance à l’égard des contenus susceptibles de causer un préjudice à un tiers. Le créateur d’un hyperlien doit, au minimum, s’abstenir de l’accompagner de commentaires qui manifesteraient son approbation vis-à-vis des contenus litigieux présents sur la page liée. Une telle distance ne saurait toutefois prémunir le créateur d’hyperlien contre des poursuites en contrefaçon pour les liens constituant des actes de complicité ou des actes matériels de contrefaçon (voir *infra*) ;
- qu’il procède rapidement au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite ³⁶² (avis divergent de l’AFA en annexe 4) ;
- qu’il offre à l’auteur d’une page la possibilité d’obtenir aussi rapidement que possible le déréférencement de celle-ci, au besoin, pour les portails et annuaires de recherche, à travers une procédure permettant de s’assurer qu’il est effectivement le propriétaire du site sur lequel la page est publiée.

Le demandeur a corrélativement l’obligation de respecter la procédure d’identification indiquée par le créateur d’hyperliens et de fournir tous documents demandés par ce dernier, susceptibles de permettre l’identification.

En toute hypothèse, le Forum des droits sur l’internet recommande aux créateurs manuels de tout type de liens d’agir avec la plus grande prudence dès lors qu’ils ont des doutes sur la licéité d’une ressource disponible en ligne.

Recommandations aux victimes

Le Forum des droits sur l’internet recommande aux victimes de contenus préjudiciables d’agir préalablement contre l’auteur direct de ce contenu (l’éditeur d’un site web, l’auteur d’un message...) et, dans les limites prévues par la loi, contre son hébergeur, lorsque l’un ou l’autre est facilement identifiable et atteignable.

Le Forum rappelle que toute action destinée à mettre fin à un trouble illicite doit, lorsqu’elle touche au domaine de la liberté d’expression, être proportionnée au but recherché. En conséquence, les victimes doivent veiller, au risque d’engager leur responsabilité civile, à ce que leurs demandes de déréférencement soient de nature à contribuer effectivement à mettre fin au trouble illicite.

Enfin, toute demande de déréférencement doit être précise et sérieuse, de telle manière qu’elle puisse être traitée par le créateur d’hyperliens :

- « précise » signifie qu’elle doit délivrer toute information permettant au créateur d’identifier le ou les liens visés ainsi que leur emplacement ;
- « sérieuse » signifie qu’elle doit apporter des éléments attestant du caractère illicite du contenu lié.

³⁶² Voir note 346.

Grille de lecture à l'attention du juge

À propos de la mise en œuvre de la responsabilité pénale de droit commun

Le Forum des droits sur l'internet constate que la responsabilité pénale de droit commun de tout créateur d'hyperliens ne peut être engagée que s'il est prouvé qu'il avait l'intention de commettre une infraction à la loi ou de participer à celle-ci.

À propos de la mise en œuvre de la responsabilité civile de droit commun

De manière générale, le Forum des droits sur l'internet estime qu'il doit être fait obligation à la victime de rapporter la preuve qu'elle est intervenue ou qu'elle a tenté d'intervenir contre l'éditeur et/ou l'hébergeur du site lorsqu'elle engage ou maintient toutes poursuites contre le créateur d'hyperliens.

S'agissant du **créateur automatique d'hyperliens**, le Forum des droits sur l'internet considère que les abstentions suivantes ne sont pas constitutives d'une faute ou d'une négligence susceptibles d'engager sa responsabilité civile :

- le fait de ne pas vérifier la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services ;
- le fait de ne pas avoir mis en place un procédé empêchant automatiquement, à l'aide d'un système de filtrage sur mots clés ou d'une autre technique automatique destinée à référencer des contenus, la fourniture d'hyperliens vers des contenus illicites, lorsque ce procédé peut conduire également à supprimer la fourniture de liens vers des contenus licites ³⁶³.

S'agissant du **créateur manuel d'hyperliens**, le Forum des droits sur l'internet estime nécessaire :

- de considérer comme une faute ou une négligence le fait d'établir un lien vers des contenus qui peuvent raisonnablement être considérés par le créateur comme non conforme au droit et, le cas échéant, sans qu'il ait pris la distance nécessaire à l'égard des contenus susceptibles de causer préjudice à un tiers (le créateur d'un hyperlien doit, au minimum, s'abstenir de l'accompagner de commentaires qui manifesteraient son approbation vis-à-vis des contenus litigieux présents sur la page liée) ³⁶⁴ ;
- de ne pas considérer comme une faute ou une négligence le fait de ne pas vérifier, après établissement de l'hyperlien, l'évolution du contenu du site ou de la page lié(e) ³⁶⁵.

³⁶³ Cette recommandation ne doit pas aboutir, néanmoins, à décourager les éventuelles précautions proportionnées spontanément prises par les exploitants de moteurs de recherche.

³⁶⁴ Il est rappelé qu'une telle distance ne saurait prémunir le créateur d'hyperlien contre des poursuites en contrefaçon pour les liens établis sciemment vers des contenus portant atteinte à un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle.

³⁶⁵ L'absence d'obligation de vérification de l'évolution du site ne fait pas obstacle à l'obligation de supprimer les liens établis vers des contenus dont le créateur d'hyperliens a eu connaissance du caractère illicite.

Sur la mise en œuvre des responsabilités spéciales

Sans préjudice des actes relevant de la complicité, le Forum des droits sur l'internet considère que le créateur d'hyperliens n'est l'auteur principal d'un acte matériel d'une contrefaçon que lorsque :

- les liens sont établis vers des contenus contrefaits ;
- et la nature des liens correspond à l'une des hypothèses définies dans la recommandation « Hyperliens : statut juridique » où est mis en œuvre un acte de représentation (annexe 1) ³⁶⁶.

Le Forum des droits sur l'internet ne considère pas le créateur d'hyperliens comme directeur ou codirecteur de la publication ou producteur au sens de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

³⁶⁶ Recommandation « Hyperliens : statut juridique » du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>.

Annexe 1

Tableaux de synthèse sur les probabilités d'atteintes aux droits des tiers

Les probabilités pour que le lien hypertexte porte atteinte à un droit de propriété intellectuelle sont reportées dans les tableaux ci-dessous.

L'absence de point indique peu ou pas de probabilité de porter atteinte à l'un des droits exposés ci-dessous, les points blancs (o) indiquent une simple probabilité et les points noirs (●) expriment une probabilité plus forte.

Les risques d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle en fonction de la technique du lien

Types de liens <i>Types d'atteintes</i>	Simples	Profonds		Transclusions	
		Page ⁽¹⁾	Fichier ⁽²⁾	Page ⁽¹⁾	Fichier ⁽²⁾
Droit de reproduction					
Droit de représentation			o	●	●
Droit moral	o	o	o	o	o
Droit des marques					
Droit des bases de données				o	

Les risques d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle en fonction de l'usage qui est fait du lien

Types d'usages <i>Types d'atteintes</i>	Multiples	Source dissimulée	Exploitation autonome
Droit de reproduction			
Droit de représentation			o
Droit moral		o	
Droit des marques			
Droit des bases de données	o		o

⁽¹⁾ **Page ou page web** : document HTML accessible sur la toile possédant une adresse propre. Un site web est généralement composé de plusieurs pages web.

⁽²⁾ **Fichier** : fichier téléchargeable ou exécutable de nature variée (Word, PDF, image, son, vidéo, logiciel...) autre qu'une page web.

Source : première recommandation sur les hyperliens : « Hyperliens : statut juridique ».

La lecture des deux tableaux se superpose, permettant ainsi d'envisager un cumul de probabilités.

Annexe 2

Composition du groupe de travail

Corinne COSCAS et **François-Xavier FARASSE**, Bouygues Telecom

Estelle DE MARCO, Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA)

Antoine DROCHON, ingénieur consultant BVD Advanced Media – association Vivre le net

Astrid FLESCH, Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)

Frédéric GOLDSMITH, Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Valéry GRANCHER, webartiste – Éditions du Seuil

Magali JALADE, Bureau de vérification de la publicité (BVP)

Michèle LEMU, Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS)

Christian LUPOVICI, Association des directeurs de bibliothèques universitaires

Valérie MICHEL-AMSELLEM, Conseil de la concurrence

Christine REICHENBACH et **Laura BOULET**, Union des annonceurs (UDA)

Cyril ROJINSKY, avocat

Pierre SIRINELLI, professeur de droit, université Paris I

Guillaume TEISSONNIERE et **Marie-Hélène TONNELIER**, avocats, cabinet Latournerie Wolfrom & Associés

Hubert TILLIET, Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Observateurs de l'administration : **Jacques LOUVIER** et **Axelle HOVINE**, Direction du développement des médias (DDM), services du Premier ministre.

Rapporteur du groupe : **Lionel THOUMYRE**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet.

Annexe 3

Liste des personnes auditionnées

En sus des auditions effectuées pour la recommandation « Hyperliens : statut juridique », les personnes suivantes ont été entendues sur le sujet de la responsabilité du fait des hyperliens créés vers des contenus illicites.

Valérie-Laure BENABOU, professeur agrégé, université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Isabelle CAMUS, avocat, cabinet Nomos

Arnaud DIMEGLIO, avocat, auteur d'une thèse intitulée « Le droit du référencement dans l'internet »

Stéphanie Fougou, responsable juridique, Wanadoo

Alain GIRARDET, magistrat, vice-président de la troisième chambre civile du tribunal de grande instance de Paris

Jean-Jacques GOMEZ, magistrat, conseiller à la Cour de cassation, ancien premier vice-président du tribunal de grande instance de Paris

Cheickne KEITA, Lead Surfer, Yahoo France

Hélène LANGLOIS, responsable juridique, Yahoo France

Pia LINDHOLM, administrateur à la Commission européenne, DG Marché intérieur

Franck POISSON, directeur commercial de Google France

Rémy POULLE, Wanadoo

Guillaume TEISSONNIERE, avocat, cabinet Latournerie Wolfrom & Associés

Marie-Hélène TONNELIER, avocate, cabinet Latournerie Wolfrom & Associés

Annexe 4

Position divergente de l'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA)

S'agissant de l'application du droit commun

L'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA) retient le critère de l'intention de s'associer au contenu illicite vers lequel pointe le lien. Ce régime serait adapté à la neutralité des liens et permettrait l'application d'un même faisceau de critères, modulables en fonction de l'activité de tout créateur.

L'AFA pense que l'obligation de « procéder au déréférencement des pages dont il a eu connaissance du caractère illicite », ne peut être mise à la charge du moteur ou du créateur manuel d'hyperliens sans autres précisions qu'un renvoi à la recommandation du FDI du 6 février 2003, pour les raisons suivantes :

- Le moteur de recherche n'est pas un hébergeur au sens de la directive « Commerce électronique » qui l'exclut expressément de son champ d'application.
- Le moteur de recherche qui supprimerait une occurrence illégale sur simple notification d'un plaignant empêchera la recherche des infractions en ligne, permettant ainsi à leurs auteurs d'agir impunément.
- Les demandes qui leur seront notifiées concerneront tous types de contenus (atteintes à l'image, à la vie privée, ou au droit des marques ³⁶⁷), alors qu'ils n'ont aucune compétence pour apprécier l'illicéité d'un contenu ou les limites de la liberté d'expression. L'obligation de désindexer un contenu sans préciser que celui-ci doit être manifestement illicite à leurs yeux mettrait donc en danger leurs activités :
 - elle menace l'existence des prestataires dont l'activité est d'offrir des liens (portails, annuaires...). Leur pérennité dépendra de leur bonne ou mauvaise appréciation de la légalité d'un contenu tiers qui a évolué. Dès lors, la désindexation systématique des liens, source de financement, l'emportera sur le risque d'un procès trop coûteux ;
 - elle dénature la mission du moteur de recherche, rappelé au sein de la présente recommandation, mettant ainsi en danger la libre circulation de l'information. Son activité portant sur l'hyperlien, lui-même neutre, le fait bénéficier d'une neutralité de même nature que celle du FAI.

³⁶⁷ Un prestataire d'annuaire membre de l'AFA a reçu de la part du « comité officiel Geneviève et Xavier de Fontenay » une demande de désindexation du « comité Miss France » supposé usurper la marque du premier. Le demandeur a fourni, à l'appui de sa demande, plusieurs jurisprudences lui faisant droit. L'exploitant de l'annuaire a donc procédé à la désindexation de ce site « comité Miss France ». Or, lors des championnats « Miss monde » suivants, la candidate choisie pour la France a été celle du « comité Miss France » et non celle du « comité officiel Geneviève et Xavier de Fontenay ». L'exploitant de l'annuaire a appris à cette occasion que la bataille juridique concernant la marque datait de 1956 et n'était toujours pas tranchée définitivement.

- L'exploitant d'un moteur de recherche n'a donc aucune obligation de désindexer une URL. L'AFA souligne d'ailleurs qu'une décision du juge ordonnant une telle désindexation, de même qu'une demande de désindexation sur notification, sera largement inefficace eu égard aux coûts de désindexation qui en résulteraient, car :
 - la désindexation ne met pas fin au trouble illicite. Un contenu désindexé reste toujours accessible en ligne et réapparaît le plus souvent 5 minutes plus tard sous une URL différente, dans l'index du même moteur, et ceci surtout lorsque le contenu s'adresse sciemment à un public francophone. Ensuite, le contenu désindexé persiste parallèlement sur les autres moteurs de recherche français, francophones, étrangers, ainsi que sur divers sites, portails ou annuaires ;
 - une multitude de demandes de désindexation induirait un coût de désindexation disproportionné à l'objectif à atteindre, compte tenu de cette inefficacité ;
 - ce coût de désindexation serait enfin source de discrimination et d'inégalité économique fortement préjudiciable car seul le moteur français assigné aurait à le supporter, et non les autres moteurs français, francophones ou étrangers.

S'agissant de l'application du droit de la propriété intellectuelle

L'AFA souhaite qu'un lien pouvant porter atteinte à un droit de représentation et étant établi sur un contenu contrefaisant puisse bénéficier du régime de l'erreur de fait, le créateur de lien ayant sollicité l'autorisation d'établir le lien ne pouvant raisonnablement douter qu'il ne s'adressait pas à l'auteur de l'œuvre mais à son contrefacteur.

Projet de décret relatif aux actes authentiques électroniques

Avis communiqué au ministère de la Justice le 18 novembre 2003

Introduction

Contexte

Le Forum des droits sur l'internet a été saisi par le ministère de la Justice pour rendre un avis sur l'avant-projet de décret « Décret n° 2003... relatif aux actes authentiques électroniques pris en application de l'article 1317, alinéa 2, du Code civil ».

L'article 1317, alinéa 2, dispose que :

« L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. »

Cet article a été introduit par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Cette loi pose le principe de l'équivalence fonctionnelle entre le papier et l'écrit, c'est-à-dire qu'elle reconnaît la même force probante à l'écrit sur support électronique qu'à celui sur support papier.

Contenu de l'avant-projet de décret

L'avant-projet de décret fixe les conditions générales dans lesquelles les actes authentiques électroniques dressés par un officier public doivent être établis et conservés, quelles que soient les catégories d'actes concernés : ceux des notaires, des huissiers, des officiers d'état civil, des juges ou des greffiers. Des décrets particuliers viendront ensuite compléter ce dispositif pour chacune de ces professions.

Méthodologie suivie

Afin de rendre son avis sur l'avant-projet de décret, le Forum des droits sur l'internet a constitué un groupe de travail composé d'experts et de membres du Forum intéressés : professionnels des métiers de l'acte authentique, représentant des consommateurs, chercheur au CNRS (voir composition en annexe). Le ministère de la Justice a participé aux travaux en tant qu'observateur.

Les rapporteurs de ce groupe ont procédé à l'audition de plusieurs acteurs du secteur et de personnalités qualifiées. Ils ont reçu l'avis de chacun des membres du groupe de travail sur l'avant-projet de décret. Les débats se sont déroulés du 15 septembre au 9 octobre 2003.

Ce projet d'avis a été adopté par les membres du Forum des droits sur l'internet le 17 novembre 2003.

Compte tenu du délai imparti pour réaliser ce travail, il n'a pas paru souhaitable de se livrer à une analyse du texte, article par article. Le parti pris a été de se concentrer sur quelques points clés, structurants, par rapport à l'esprit et au dispositif prévu par le décret.

Avant toute chose, les membres du groupe de travail tiennent à souligner que **ce projet de texte répond à une attente forte des professionnels** dans la mesure où ils utilisent, d'ores et déjà, les supports électroniques pour établir, transmettre et conserver des actes authentiques et que l'incertitude juridique actuelle ne les satisfait pas.

Recommandations

À propos des différentes catégories d'actes authentiques visées par le décret

- Cet avant-projet de décret correspond à certaines catégories d'officiers publics plus qu'à d'autres. Par exemple, le système de doubles officiers publics ne convient pas à certaines pratiques des huissiers ou de l'état civil. Or, comme l'exposé des motifs le prévoit, l'objectif est d'élaborer un régime juridique général pour toutes les catégories d'officiers publics ³⁶⁸.

C'est pourquoi, il convient que le présent décret se limite à exposer des principes communs qui puissent s'appliquer à l'ensemble des professions visées. Des décrets particuliers, concernant chaque catégorie d'actes authentiques, régleront le détail des différentes pratiques.

Ainsi, l'article 5, qui prévoit l'intervention de plusieurs officiers publics de chaque côté des écrans distants est certes intéressant dans son principe, mais ne sera pas réalisable dans tous les cas.

Par exemple, l'intervention de plusieurs officiers publics soulève un certain nombre de difficultés à la profession des huissiers. D'une part, cela induit un problème de coût dû à la multiplication des intervenants et pose la question de la charge de ce coût. D'autre part, ce système ne peut satisfaire aux situations où il est prévu la remise physique de documents et où l'officier public doit lire les droits de la personne à laquelle l'acte est remis.

Il est donc nécessaire de prévoir des règles de fonctionnement adaptées aux modalités de la remise physique.

³⁶⁸ Second paragraphe de l'exposé des motifs : « *Le projet de décret ici présenté a pour objet de fixer les règles générales applicables à cet effet, quelles que soient les catégories d'actes concernés [...]. Des décrets particuliers viendront compléter ces dispositifs.* »

En conséquence, le Forum des droits sur l'internet recommande que le présent avant-projet de décret se limite à exposer des principes communs qui puissent s'appliquer à l'ensemble des professions visées. Des décrets particuliers, concernant chaque catégorie d'actes authentiques, régleront le détail des différentes pratiques.

Le Forum des droits sur l'internet recommande par ailleurs, pour les actes devant être remis physiquement aux intéressés, une solution transitoire. Cette solution pourrait prévoir :

- qu'une sauvegarde papier de l'acte authentique électronique soit créée et signée par l'officier public (cette sauvegarde constitue une copie authentifiée et non un original) ;
 - que l'officier public fasse porter mention sur l'original électronique que la procédure (par exemple celle du « parlant à ») a été respectée.
- S'agissant des actes nécessitant la « présence personnelle » visés à l'article 6 de l'avant-projet de décret : les membres du groupe de travail ont constaté que la formulation actuelle de cet article aura pour effet d'interdire, *de facto*, l'établissement de l'acte authentique à distance prévu par l'article 5. En effet, l'établissement de la plupart de ceux-ci nécessite, en pratique, « la présence personnelle, devant celui qui dresse l'acte, de ceux qui doivent y concourir » (article 6).

Or, les rédacteurs du présent avant-projet de décret n'ont sans doute pas souhaité limiter ainsi le champ d'application de l'article 5. Il conviendrait donc que le terme de « présence personnelle » soit remplacé par celui, plus précis et restreint, de « présence physique ».

Par ailleurs, la rédaction de l'article 6 suggère que l'outil de création de l'acte authentique soit dans le local où est réalisé l'acte. Le recours à des systèmes de création d'actes à partir d'un site central situé hors du local semble ainsi être proscrit.

Pour éviter toute incohérence entre les articles 5 et 6, le Forum des droits sur l'internet recommande que l'article 6 soit ainsi reformulé : « *L'article 5 n'est pas applicable lorsqu'est requise la présence physique, devant celui qui dresse l'acte, de ceux qui doivent signer l'acte* ».

Avis particulier

L'association « Consommation, logement et cadre de vie » (CLCV) souhaite éviter que les actes judiciaires (assignation, signification d'actes de procédure...) fassent l'objet d'une procédure d'envoi électronique. Selon la CLCV, les actes judiciaires sont ceux qui, par leur nature, nécessitent une remise en main propre sur support papier afin de les rendre plus facilement consultables et, surtout, afin que le destinataire soit bien au fait de l'importance des documents qu'il reçoit. La CLCV craint par ailleurs la désacralisation potentielle des actes authentiques et donc, leur valeur actuelle. Un message électronique, aussi sophistiqué et perfectionné soit-il, peut encore sembler virtuel pour de nombreuses personnes.

À propos de l'articulation entre actes authentiques électroniques et actes authentiques papiers

Il est tout d'abord rappelé que l'acte authentique électronique ne peut être qu'une faculté supplémentaire offerte aux parties ³⁶⁹ et non une modalité nouvelle et exclusive. L'idée selon laquelle ce décret doit assurer la transition entre le papier et l'électronique a ensuite été exprimée au sein du groupe de travail. Il est donc nécessaire qu'un certain nombre d'éléments visuels symboliques destinés à susciter la confiance demeurent présents pour assurer la transition entre les deux modes.

C'est dans cet esprit que le projet de décret emploie les termes d'« *image du sceau* » ou encore de « *signature manuscrite* ».

Ce faisant, il convient de constater que le décret introduit dans l'acte deux images propres à un environnement papier qui, dans l'environnement électronique, n'ont aucune valeur juridique.

Par conséquent, le groupe de travail souhaite que le destinataire de l'acte authentique n'attribue pas l'authenticité de l'acte à ces éléments visibles, sans se préoccuper de la signature électronique.

En outre, certains des membres du groupe craignent que la valeur sous-jacente que l'on pourrait attribuer aux images du sceau et de la signature manuscrite ne remette en cause, dans les faits, le principe de l'équivalence fonctionnelle entre le papier et l'électronique posé par l'article 5 de la loi du 13 mars 2000 ³⁷⁰.

Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande aux rédacteurs du décret de faire porter la mention suivante, à proximité de ces images : « Image de la signature de l'officier public, délivrée à titre informatif ».

Avis particulier

Le Comité interprofessionnel de régulation des échanges sécurisé (CIRES) regrette que, alors même que l'on voudrait susciter la confiance chez l'utilisateur, le parallélisme des formes prévu à l'article 5 semble suggérer la méfiance des rédacteurs du décret vis-à-vis du support électronique.

À propos de la signature électronique

- L'exposé des motifs indique qu'il n'est pas exigé que la signature électronique utilisée par l'officier public réponde aux exigences de la signature sécurisée du décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique. Ce faisant, le texte adopte d'emblée une position de neutralité technologique.

³⁶⁹ Le groupe de travail a également estimé qu'un certain nombre d'actes ne peuvent, pour l'heure, relever uniquement de l'électronique et nécessitent encore une remise « en main propre » sous format papier.

³⁷⁰ Pour assurer l'équivalence fonctionnelle, la loi du 13 mars 2000 a notamment remplacé à l'article 1326 du Code civil les mots « de sa main » par les mots « par lui-même ».

Or, de nombreux articles font référence à une technologie particulière, notamment en employant le terme de « *scellement* » (la notion de scellement de l'acte par la signature électronique se retrouve ainsi aux articles 3, 5, 9, 13 et 14).

Le groupe de travail a souhaité que le décret reste techno-indépendant dans ses articles aussi bien que dans ses motifs, car il est important que la création et la conservation des actes authentiques ne soient pas soumises à une technique déterminée.

En outre, le groupe de travail a noté que le terme de « *scellement* », même s'il est techniquement applicable, est juridiquement inadapté car aucun texte ne l'emploie explicitement.

Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande que la rédaction du décret soit revue pour que le principe de neutralité technologique soit uniformément appliqué au sein du texte.

- Par ailleurs, l'ensemble des membres du groupe de travail s'interroge sur la nécessité de conserver la signature électronique et d'autres éléments dans un fichier distinct relié à l'acte lui-même. Cette notion de fichier distinct figure aux articles 2, 5 et 11 du décret.

Un tel dispositif semble devoir être remis en cause pour les raisons suivantes :

- il impose des contraintes techniques difficiles à satisfaire ³⁷¹ ;
- il ne répond pas au standard actuel (SMIME/PKCS7) qui crée une enveloppe englobant le document, la signature et, éventuellement, le certificat associé.

La notion de « *fichier distinct* » contrarie, de la sorte, le principe de neutralité technologique fixé dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de décret. Dans un certain nombre de cas, il pourrait lui être préféré l'inclusion des informations dans les métadonnées ³⁷² de l'acte.

Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande que la notion de fichier distinct n'apparaisse que dans les décrets particuliers si, toutefois, il y a lieu de les employer pour telle ou telle catégorie d'actes.

- Un autre aspect technique n'a également pas sa place dans un décret général et ne s'applique pas à toutes les catégories d'officiers publics. Il s'agit de l'obligation de « *mention portée sur l'acte* » (article 10). En effet cette disposition est inapplicable en matière d'état civil.

- Enfin, le groupe de travail soulève une impossibilité technique s'agissant des données visibles sur lesquelles doit porter « *la signature électronique de l'officier public qui dresse l'acte, et éventuellement de ceux qui sont appelés à y concourir* » (article 2 § 4).

En effet, la signature d'un document électronique porte nécessairement sur toutes les données informatiques que celui-ci contient, qu'elles soient visibles (contenu de

³⁷¹ La notion de « *fichier* » fait référence à une entité informatique précise qui ne semble pas appropriée à ce qui est implicitement visé par le décret.

³⁷² Le terme de « *métadonnées* » est utilisé pour définir l'ensemble des informations techniques et descriptives ajoutées aux documents pour mieux les qualifier.

l'acte) ou invisibles (type de document, police de caractère utilisée...). Les actes authentiques électroniques ne pourraient donc pas répondre à cette obligation.

On comprend que les rédacteurs de l'avant-projet de décret ont souhaité que les intéressés ne s'engagent que sur la foi de ce qui est visible à l'écran. Une solution serait que le décret énonce de manière affirmative l'objet sur lequel porte la signature (« porte sur les données visibles »), au lieu de prévoir une obligation qui ne sera pas techniquement réalisable (« doit porter sur les données visibles »).

Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande de modifier, à l'article 2, les termes suivants : « ne doit porter sur » par « porte sur ».

Avis particulier

L'association « Consommation, logement et cadre de vie » (CLCV) propose qu'une version papier de l'acte soit dressée au même moment que l'acte électronique et que la version papier soit d'une force probante supérieure à l'acte électronique. La CLCV souhaiterait ainsi que soit ajouté à l'article 3 le paragraphe suivant : « Une version papier de l'acte est dressée au même moment. En cas de divergence entre l'acte authentique électronique et l'acte authentique dressé sur papier, priorité est donnée à ce dernier ».

Les autres membres du groupe de travail notent qu'une telle position irait à l'encontre de la notion d'équivalence fonctionnelle, qui donne la même valeur au document électronique qu'au document papier.

En outre, ils rappellent qu'il existe un certain nombre de garanties procédurales permettant de s'assurer de la valeur probatoire d'un écrit. Ces garanties émanent notamment de l'application des articles 288 et 308 du Nouveau Code de procédure civile.

À propos de la notion d'« original »

La définition de l'original de l'acte qui en est donnée à l'article 3 § 3 (« Est considéré comme l'original de l'acte la version définitive première en date qui est revêtue de la signature électronique de celui qui l'a dressé »), ne convient pas à la majorité des professionnels représentés au sein du groupe de travail qui craignent une hiérarchisation inutile entre les originaux premiers en date et les subséquents. En outre, le caractère unique de l'original est questionné par la pratique : un acte authentique peut être dressé en deux exemplaires (technique de la double minute). L'un et l'autre de ces documents sont considérés comme des originaux.

Certains membres du groupe de travail ont donc estimé que l'original devait être défini comme « l'acte qui existe au moment où la signature requise de l'officier public est apposée ».

Le Forum des droits sur l'internet recommande ainsi que soient préférés aux termes « Est considéré comme l'original de l'acte la version définitive première en date qui est revêtue de la signature électronique de celui qui l'a dressé » ceux

de « Est considéré comme l'original de l'acte, au sens du présent décret, l'acte qui existe au moment où la signature requise de l'officier public est apposée ».

L'ensemble du groupe de travail a néanmoins considéré qu'il était nécessaire de mener une réflexion approfondie sur la notion d'original (également mentionnée aux articles 13, 14 et 15 de l'avant-projet de décret) dans un univers dématérialisé.

Par ailleurs, il a été remarqué que cette notion est intrinsèquement liée aux réflexions entourant l'archivage, celles-ci concernant notamment le maintien et la lisibilité de l'acte original dans le temps.

Par conséquent, il convient de préciser que la définition retenue de l'original ne doit s'appliquer que dans le sens du présent décret.

À propos de la conservation de l'acte authentique électronique

- L'article 1317 al 2 du Code civil fait des conditions de conservation une condition de validité de l'acte authentique électronique. Les modalités pratiques de cette conservation doivent donc faire l'objet d'une attention particulière, d'autant qu'aucuns « principes généraux » n'ont été édictés sur ce sujet³⁷³, pas même dans la loi sur les archives de 1979.

Les membres du groupe de travail ont souhaité que les modalités de conservation tiennent compte des évolutions techniques pour garantir, dans le temps, l'intégrité et la fiabilité de l'acte archivé. Or, les conditions de conservation décrites au sein de l'avant-projet de décret ne semblent pas répondre à cette nécessité.

Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande que le sujet de l'archivage soit approfondi et se propose de mener prochainement une réflexion générale sur ce thème.

- Le groupe de travail a par ailleurs constaté que la création d'une « autorité publique centrale » (APC) agréée par le ministre de la Justice répond favorablement aux vœux de certains professionnels.

La création de cette autorité emporte néanmoins deux séries de remarques. Il convient tout d'abord de s'interroger sur la possibilité de créer une telle autorité publique centrale par décret. En second lieu, se pose à terme la question de la qualité des personnes assurant le fonctionnement de cette autorité. Sur ce point, il semble nécessaire que certaines actions (remplacement de la signature, migration de l'acte...) doivent être assurées par des officiers publics appartenant à la profession habilitée pour les accomplir.

³⁷³ Il convient de noter que des conditions de conservation des archives électroniques ont pu être précisées dans la circulaire concernant la « Taxe sur la valeur ajoutée. Obligations des assujettis. Obligations relatives à l'établissement des factures » (*Bulletin officiel des impôts*, 3 CA, n° 136 du 7 août 2003) prise en application des articles 289, 289 bis du CGI et L. 102 C du LPF (transposition de la directive concernant la facture électronique). Cependant, le caractère limité et particulièrement précis de ces conditions d'archivage empêche de les retenir comme principes généraux de conservation des archives électroniques.

Le Forum des droits sur l'internet recommande ainsi que les personnes en charge de la conservation des actes au sein de l'autorité publique centrale soient des officiers publics ayant la qualité requise.

Avis particulier

La société Certeurope envisage plusieurs solutions techniques. Parmi celles-ci, Certeurope propose de créer un système de traitement qui conserve intacte une copie de l'acte tel qu'il a été dressé par l'officier public et qui maintiendrait disponible un avatar de l'acte authentique en « clair » pouvant être consulté quelle que soit l'évolution des technologies. Certeurope propose ici de conserver une copie de l'acte sous format papier. La maintenance de l'avatar de l'acte (ses conversions dans différents formats) devra bien entendu être garantie par l'APC. Certains éléments devront également être maintenus (date électronique de l'acte si besoin est, et algorithmes de vérification de signature...).

Recommandations et remarques diverses

- À propos de la « pagination » mentionnée à l'article 2 § 2 : le groupe de travail s'interroge sur l'utilité d'imposer une pagination au niveau du système de traitement et de transmission de l'information agréée. Outre le fait que la pagination n'est pas nécessaire pour un document dématérialisé, celle-ci sera assurée par le logiciel permettant de créer l'acte ou de gérer la conversion du format analogique de l'acte en format numérique. Les membres du groupe de travail craignent qu'une telle formulation suggère que chacune des pages soit paraphée, ce qui n'est guère envisageable dès lors que la signature électronique est apposée sur l'ensemble du document.

Le Forum des droits sur l'internet recommande que soit supprimés de l'article 2 § 2 les termes : « il doit permettre d'opérer la pagination de l'acte ».

- À propos de la « datation » mentionnée à l'article 2 § 2 : le groupe de travail souhaite savoir à quoi se rapporte précisément la datation évoquée. S'agit-il d'un simple horodatage ou s'agit-il de la date inscrite dans le document par l'officier public lui-même ? Sur ce point le groupe de travail estime qu'il n'est pas opportun de dater la production de l'acte (horodatage). Ce qui importe seul est la date inscrite dans le document par l'officier public.

Le Forum des droits sur l'internet recommande que le système garantisse la datation au moment de la signature par l'officier public.

Avis particulier

La CLCV souligne qu'il sera nécessaire de procéder régulièrement à des mises à jour des systèmes de traitement et de transmission de l'information et que l'agrément délivré par le ministère de la Justice devra imposer une révision périodique pour être renouvelée.

Annexe 1

Composition du groupe de travail

Philippe BAZIN, avocat, représentant du Comité interprofessionnel de régulation des échanges sécurisés (CIREs)

Stéphanie BRUNENGO-BASSO, avocat, cabinet Brunengo-Basso

Jacques CHARLIN, notaire, représentant du Mouvement jeune notariat

François COUPEZ, juriste, représentant de la Société générale

Isabelle DE LAMBERTERIE, directeur de recherche, Centre national de la recherche scientifique (CNRS)

Fabrice DEVELAY, huissier de justice, SCP Charlet-Develay

François RENOU, directeur technique, CertEurope

David RODRIGUES, juriste, représentant de l'association « Consommation, logement et cadre de vie » (CLCV)

Observateur de l'administration : **Isabelle VENDRYES**, ministère de la Justice

Rapporteurs : **Jean GONIÉ** et **Lionel THOUMYRE**, chargés de mission au Forum des droits sur l'internet

Annexe 2

Liste des personnes auditionnées

Françoise BANAT-BERGER, ministère de la Justice, chef du service des archives

Jean-François BLANCHETTE, post-doctoral Fellow, InterPARES Projet

Isabelle DE LAMBERTERIE, directeur de recherche, Centre national de la recherche scientifique (CNRS)

Fabrice DEVELAY, huissier de justice, SCP Charlet-Develay

Isabelle GUYON-RENARD, juge d'application des peines, tribunal de grande instance de Nantes

Sylvie JONAS, avocate, cabinet Lexvia

Marie-Laure LAFFAIRE, avocate, cabinet Lexvia

Isabelle RENARD, avocate, cabinet August & Debouzy

Deuxième partie

Dossier :
La musique
en ligne

Synthèse du forum de discussion « *Peer-to-peer* : quelle utilisation pour quels usages ? »

20 juin 2003

Introduction

Le Forum des droits sur l'internet a organisé du 6 janvier au 30 mai 2003 un forum de discussion, en collaboration avec la FING (Fondation internet nouvelle génération), sur le thème des réseaux *peer-to-peer*.

Souvent décriés en raison de l'échange de fichiers musicaux ou de films, les réseaux *peer-to-peer* (pair à pair ou « P2P ») étendent aux applications et aux contenus en ligne les principes fondateurs de l'internet : un échange direct entre les utilisateurs, sans serveur ou autorité centrale, ni intermédiaire obligé.

Messagerie instantanée, partage d'idées, stockage distribué ou partage de documents et de fichiers, le P2P intègre de nombreuses applications touchant un grand nombre de domaines et d'usages. Si les réseaux P2P rendent possible la diffusion légale d'œuvres non protégées à une échelle mondiale, ils peuvent également être le vecteur de la copie et du recel illicites de contenus auxquels s'appliquent droit d'auteur et copyright. Certains fichiers peuvent, en outre, contrevenir à des dispositions pénales (racisme, pédo-pornographie, etc.).

À l'heure où la question de l'encadrement juridique et technique de ces réseaux est de plus en plus fréquemment posée, le Forum des droits sur l'internet et la FING ont décidé au mois de janvier 2003 de s'associer pour lancer une réflexion sur ce sujet.

Le forum de discussion a reçu plus de 600 contributions émanant de plusieurs centaines d'internautes qu'ils s'agissent de techniciens, d'associations professionnelles (AFA, SCPP), d'auteurs ou d'utilisateurs des réseaux *peer-to-peer*.

Quels usages des systèmes pair à pair ?

L'un des premiers objectifs de ce forum de discussion était de recenser auprès de l'ensemble des internautes les fonctionnalités offertes par les outils reposant sur une technologie *peer-to-peer*, et parmi ces fonctionnalités, celles utilisées. Même si l'échange de fichiers musicaux, de vidéos ou de logiciels constitue la principale utilisation de ces réseaux, plusieurs internautes ont décrit des fonctionnalités peu connues et dépassant le simple échange de fichiers potentiellement protégés par le droit d'auteur.

L'utilisation dans le milieu de l'enseignement

Un contributeur ³⁷⁴ a indiqué avec précision l'usage possible des techniques redistributives du P2P dans le monde de l'éducation et de la formation professionnelle. En effet, cela permettrait à bon nombre de formateurs ou de pédagogues de mettre en commun les cours et programmes de formation jusqu'alors développés de manière isolée et ainsi d'échanger des ressources pédagogiques numérisées (en faisant reposer cela sur les principes du *copyleft*).

Ce projet de « P2P en ressources formatives » ne viserait pas à faire un recensement des sites internet actuellement disponibles dans le domaine de la formation continue ou initiale, mais à partager des ressources aussi diverses que des cours, des travaux dirigés, des travaux pratiques, des fiches d'exercices, des documents sonores, des vidéos pédagogiques ou des méthodes de formation. Une interrogation pourrait ainsi avoir lieu en prenant en compte plusieurs critères : type d'outil pédagogique, matière, langue utilisée, etc.

Ce réseau rentrerait donc « dans une logique de réappropriation des contenus partagés par les formateurs partageant leurs ressources » ³⁷⁵. Ainsi, il ne se limiterait pas à des cours fabriqués dans « une logique personnelle » mais sur le mode de « synergies collectives ».

Diffusion de contenus interactifs en flux continu

Autre utilisation dont les contributeurs ont fait référence à plusieurs reprises : l'écoute de musique en flux continu. Cette technologie est actuellement utilisée au sein du logiciel *PeerCast*. Lancé en avril 2002, ce projet a pour but de fournir un logiciel de diffusion de radio en P2P non commercial sans passer par un serveur central.

À ce jour, le logiciel permet à tout utilisateur d'écouter en flux continu de la musique, des émissions ou sa propre radio. Cet outil permet également aux internautes, même sur bas débit, d'écouter en *streaming* ces contenus.

En pratique, au travers de ce réseau, sont diffusés aussi bien des radios conventionnelles que des jeunes artistes qui diffusent en direct ou en différé certaines de leurs créations. Pour les utilisateurs, cet outil leur permet notamment de découvrir de nouveaux artistes/interprètes.

Contre toute attente, les utilisateurs de ces réseaux sont surpris de la bonne qualité sonore des morceaux diffusés et estiment qu'avec « des réseaux de plus en plus large bande, ce type d'usage pourrait se développer » ³⁷⁶.

Ces technologies tendent à dépasser la stricte diffusion de contenus musicaux et ouvrent la voie à l'accès à du *streaming* de vidéos.

³⁷⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=72&t=72>

³⁷⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=188&t=72>

³⁷⁶ Hubert Guillaud était avec Daniel Kaplan, animateurs du forum de discussion au titre de la FIG. <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=61&t=52>

Multiplier les puissances de calcul

Hubert Guillaud ³⁷⁷ rappelle que l'un des premiers usages des applications P2P est, sur le modèle des grilles de calcul, de multiplier la puissance de calcul et faciliter le stockage massif des données. Un tel outil permettrait ainsi à une entreprise d'optimiser son parc informatique en utilisant les ressources d'ordinateurs non exploités.

Un autre exemple est celui du *Decrypton* qui a permis de mobiliser 75 000 internautes pour comparer 500 000 protéines du monde vivant dans le cadre des recherches génétiques afin de mettre au point des thérapigénies. Grâce à cette solution de calcul distribué, les recherches qui auraient nécessité 1 170 ans avec un seul ordinateur ont été rendues possibles en moins de deux mois.

Également, relève un intervenant ³⁷⁸, certaines sociétés de télécommunications commencent à s'intéresser au P2P pour désengorger leurs serveurs téléphoniques. Un programme P2P a même été développé pour pouvoir faire passer des appels internationaux aux tarifs locaux *via* d'autres participants au programme.

Faciliter la coopération et le travail collaboratif

Hubert Guillaud poursuit également en décrivant d'autres fonctionnalités offertes par les réseaux P2P. Il peut s'agir d'un outil de gestion des annuaires de liens partagés, d'aider à la lutte contre le *spam* et les virus informatiques (échange des courriers électroniques afin d'identifier les spammeurs ou les nouveaux virus) ou permettre de chercher un document non pas sur des serveurs, mais sur d'autres ordinateurs.

Cette coopération pourrait ainsi s'opérer par le partage de documents (textes, bases de données, etc.). Ainsi, indique Hubert Guillaud, « *au cœur d'une entreprise, d'une administration, le partage de documents (notes d'information, notes de services, agenda, formulaires, etc.), la gestion des versions, sont autant de possibilités souvent sous exploitées pour améliorer le travail collaboratif* ». Outre ces éléments, un autre intervenant ³⁷⁹ rappelle que de nombreux autres échanges sont possibles : jeux, images, livres, BD libres de droit, logiciels libres.

De la même manière, « *que penser de ce projet de radio d'information de proximité en P2P qui se présente comme un dispositif d'information parlée de proximité basé sur l'échange P2P et l'évaluation collective de la crédibilité de chaque contributeur par ses pairs et en fonction de la distance. La sélection des informations à écouter devient ainsi le produit d'un réseau de confiance et non celui d'une programmation définie par une grille de programmes.* » (Voir : <http://musicdish.com/mag/?id=7245>).

Construire des réseaux de proximité ou de secours

Les applications distribuées pourraient également servir aux échanges de proximité ou aux échanges en situation de secours quand les réseaux centralisés ne sont plus accessibles.

³⁷⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=77&t=52>

³⁷⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=55&t=52>

³⁷⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=53&t=52>

Avec les réseaux de voisinages et les réseaux *ad hoc*, il suffit que deux terminaux soient à proximité pour qu'ils puissent communiquer entre eux si besoin est. Les applications qui en découleraient pourraient complètement mêler virtuel et réel. Des élèves d'un même lycée pourraient échanger devoirs et aides sur un réseau P2P et aller s'entraider réellement.

Diffusion des données copyleftées

Le *copyleft* est une logique dans laquelle l'auteur donne l'autorisation à tout le monde de rediffuser l'œuvre à la seule condition que soient préservés ses droits moraux d'auteur initial à savoir que son nom soit reporté sur chaque distribution ou évolution de son œuvre et que chaque distribution ou évolution soit soumise aux mêmes termes.

C'est sur ce fondement que « *Linux a pu être créé conjointement par des milliers de développeurs de par le monde, pour être intégré au sein du système GNU/Linux, développé par ses utilisateurs et entièrement libre, car soumis au Copyleft par sa General Public License* ». Transposé au cas des réseaux *peer-to-peer*, « *des musiciens, vidéastes, auteurs, photographes [...] sont en train de diffuser leurs œuvres sous Copyleft* ». Les réseaux sont donc « *le vecteur idéal d'un tel mode de distribution* »³⁸⁰.

Ainsi, les intervenants ont pu réaliser une liste des diverses fonctionnalités offertes par les réseaux *peer-to-peer*. Néanmoins, la principale application détaillée très longuement dans les nombreuses contributions reste l'échange de fichiers musicaux ou de films, souvent protégés par le droit d'auteur.

L'échange d'œuvres musicales ou cinématographiques entre les internautes

La question de l'échange d'œuvres protégées a permis à plusieurs intervenants de s'exprimer sur le sujet : internautes, société de gestion collective des droits d'auteurs, association de lutte contre l'échange de contenus contrefaisants, artistes, techniciens ou fournisseurs d'accès à l'internet. Avant d'aborder la question de l'encadrement de la diffusion d'œuvres protégées, il est nécessaire de s'arrêter sur le phénomène même du téléchargement de ces fichiers.

Ainsi, les animateurs du forum de discussion ont souhaité interroger les internautes sur les raisons justifiant l'utilisation des réseaux *peer-to-peer*, sur l'usage qui est fait des fichiers ainsi téléchargés et sur les modifications apportées à leur mode de consommation.

Les raisons du téléchargement de fichiers musicaux

Parmi l'ensemble des éléments avancés par les utilisateurs des réseaux *peer-to-peer*, trois causes principales sont souvent évoquées comme justifiant le téléchargement

³⁸⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=478&t=478>

d'œuvres, notamment musicales, sur ces outils. Outre le coût d'acquisition de l'œuvre originale, la diversité du choix offert sur ces réseaux et la volonté de tester le produit sont souvent citées.

Le coût d'acquisition de l'œuvre originale

Un grand nombre d'intervenants critique le coût de vente, dans les circuits de distribution actuels, des œuvres musicales ou cinématographiques voire des logiciels. Pour beaucoup, si l'internaute pirate, c'est qu'il « a choisi de commettre un acte illégal face à la pression du prix actuel de la culture »³⁸¹ et que dans tous les cas, certains n'en auraient pas les moyens financiers d'en acquérir même une partie (cas des logiciels)³⁸². Les réseaux P2P leur permettent ainsi de pouvoir accéder à des produits culturels ou à des outils informatiques qui leur étaient jusqu'alors inaccessibles.

Ainsi, un intervenant prenait le cas d'un DVD : « Qui voudrait payer quatre fois le prix d'une séance de cinéma pour une galette de plastique que l'on va regarder deux ou trois seulement, sur un tout petit écran en plus ? »³⁸³. Au contraire, celui-ci était plutôt favorable à payer le téléchargement d'un film pour quelques euros permettant ainsi quelques visualisations sans limite de temps.

En outre, les mêmes commentaires sont faits à propos des offres de téléchargement payant de morceaux musicaux proposées par certaines maisons de disques. Les contributeurs au forum de discussion critiquent, en effet, le coût d'acquisition des œuvres sur ces plates-formes de même que le peu de diversité proposée. Enfin, un intervenant critique le principe du cloisonnement de telles plates-formes par maisons de disque, car un consommateur ne recherche pas un auteur à partir de son producteur, mais plutôt à partir de son nom ou des titres de ses chansons³⁸⁴.

La diversité du choix offert

Autre argument avancé par les contributeurs : le choix proposé sur les réseaux P2P. Beaucoup d'utilisateurs critiquent la sélection des artistes distribués en France, notamment par les grandes chaînes, et estiment que celle-ci ne reflète pas suffisamment l'existence de petits artistes. À l'inverse, les intervenants découvrent sur les réseaux P2P, grâce notamment à des listes de discussion, de nouveaux artistes dont les albums ne sont pas distribués en France et qu'il est donc impossible de se procurer et d'acheter. Ceci peut aussi bien être des artistes américains, africains ou asiatiques.

Autre aspect : l'indisponibilité des œuvres dans le commerce. Certains internautes utilisent ces systèmes afin d'obtenir des œuvres épuisées et donc impossibles à acquérir par les modes traditionnels de distribution. Tel peut être le cas par exemple d'interprétations classiques³⁸⁵, d'anciens albums uniquement édités au format vinyle et aujourd'hui indisponibles ou d'œuvres cinématographiques non diffusées sur le territoire français (cas de certains films ou dessins animés japonais)³⁸⁶.

³⁸¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=304&t=289>

³⁸² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=148&t=148>

³⁸³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=127&t=127>

³⁸⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=189&t=75>

³⁸⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=84&t=66>

³⁸⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=64&t=21>

Autre situation, citée à plusieurs reprises dans les contributions du forum de discussion, le cas des *fansubbers* (terme provenant de la contraction de *Fan Subtitlers*). Il s'agit du travail accompli par certains internautes et tendant à sous-titrer en français des films d'animation japonais et les diffuser ainsi à destination d'un public plus large. Ce travail est souvent réalisé sur des œuvres qui ne seraient disponibles dans une version française que plusieurs mois voire années après. Ainsi, un contributeur précise que « *le P2P met à disposition des œuvres introuvables autrement, ou qui offrent des traitements de qualité supérieure à d'hypothétiques versions commerciales* [comme par exemple les *fansubbers*] *qui sont rarement traduites ou exportées* »³⁸⁷.

Un intervenant résume cette possibilité au travers de la contribution suivante : « *En téléchargeant des fichiers par l'intermédiaire de ces réseaux, je ne me trouve aucune justification légale, je sais pertinemment que je fraude, mais je sais pertinemment aussi que depuis, j'ai accès à un large pan de culture auquel mes modestes moyens ne me donnaient pas accès. Cependant, je me sens en droit de le faire, ce par la frustration que je pouvais ressentir à cet égard et par un droit d'ingérence culturelle* » qui reposerait non pas sur un droit de choisir entre les produits proposés mais « *le droit de choisir ce que je veux et quand je le veux* »³⁸⁸.

Au final, un contributeur tient à marquer une volonté de non alignement culturel. Il estime en effet que « *les réseaux P2P permettent de s'affranchir du filtrage effectué par les médias de masse qui gouvernent les orientations culturelles des consommateurs [...]* *Que de produits culturels étrangers ai-je découvert depuis mon immersion dans ce monde !* »³⁸⁹. Le P2P serait « *plutôt le principal allié des petits artistes, petits producteurs et autres indépendants du spectacle dont le seul but est de pouvoir vivre de ce qu'ils aiment* »³⁹⁰

Le besoin de tester le produit

De très nombreuses contributions ont mis l'accent sur ce besoin de tester les nouveaux artistes ou albums. « *Télécharger en P2P pour pouvoir se faire une idée du produit avant l'achat* »³⁹¹. En effet, des utilisateurs ont indiqué qu'ils désiraient pouvoir écouter les productions musicales ou cinématographiques et ceci afin de se décider, « *en mon âme et conscience, qu'effectivement, l'auteur mérite mon argent* ».

Ce besoin pourrait être rempli avec les extraits de quelques dizaines de secondes diffusés notamment sur les sites de commerce électronique. Seulement, des utilisateurs le refusent critiquant d'une part, la qualité souvent médiocre de l'extrait, et d'autre part, son caractère par nature partiel et ne permettant pas de saisir tout le travail de l'artiste. Ainsi, et pour expliquer cette situation, un contributeur fait une analogie avec l'acquisition d'un tableau : « *on n'achète pas un tableau en ayant sous les yeux une photocopie monochrome de 2 cm² du coin inférieur gauche* »³⁹². Il devrait donc en aller de même avec la musique.

³⁸⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=42&t=35>

³⁸⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=40&t=2>

³⁸⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=39&t=2>

³⁹⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=347&t=347>

³⁹¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=21&t=21>

³⁹² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=21&t=21>

Le développement des réseaux *peer-to-peer* aurait changé, en définitive, le mode d'acquisition des produits culturels ou plus exactement aurait mis sur le même plan les œuvres d'art, le cinéma, la musique ou encore les livres. C'est ce besoin de tester, d'écouter, qui constitue l'une des premières raisons invoquées par les internautes pour justifier le téléchargement d'œuvres protégées sur des réseaux P2P. Cette possibilité de téléchargement associée au choix proposé par la multitude de fichiers mis en réseau implique que certaines méthodes soient délaissées : *« Personnellement, je n'ai trouvé que deux moyens pour me faire une idée : aller à la médiathèque, et utiliser les réseaux P2P. Malheureusement, il y a beaucoup moins de choix à la médiathèque que sur le P2P »*.

L'utilisation des réseaux P2P serait *« le meilleur moyen de se faire une idée de ce que l'on veut acheter »*³⁹³.

Le comportement de l'internaute face à l'œuvre téléchargée

Plus précisément, outre les raisons justifiant le recours à ces réseaux, le forum de discussion a été l'occasion pour les internautes de préciser, type de fichier par type de fichier, leur comportement vis-à-vis de l'œuvre téléchargée.

Les œuvres cinématographiques

Pour les films, le prix de vente des DVD semble être à l'origine du choix du téléchargement : *« je ne suis pas d'accord pour payer 40 euros pour un film et surtout pas pour un film dont on se lassera au bout d'une vision »*³⁹⁴ ou *« près de 30 euros pour un film de mauvaise qualité »*³⁹⁵.

Quant au DivX, format de compression utilisé pour la diffusion des films sur les réseaux P2P, ce dernier n'est pas pour autant devenu un concurrent du cinéma : *« Pour un bon film, le plaisir de la salle de cinéma est sans commune mesure, ensuite pour sa vidéothèque personnelle le DivX est presque parfait, mais le DVD offre trop de bonnes choses en plus pour passer à côté »*³⁹⁶.

Par ailleurs, tous les types de film ne font pas l'objet de téléchargements sur les réseaux d'échange. Ainsi, le téléchargement des fichiers DivX semble plutôt concerner des films qualifiés de commerciaux.

Ainsi, un intervenant s'interroge sur l'intérêt à garder un film de qualité « correcte sans plus » dès lors que l'on n'est pas collectionneur³⁹⁷. Il estime que c'est plutôt une suppression au fur et à mesure de la visualisation qui a lieu, plutôt qu'une véritable conservation. D'autres indiquent que la consultation d'un film peut ensuite entraîner l'achat du DVD, mais auprès de magasins spécialisés dans les occasions³⁹⁸.

³⁹³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=64&t=21>

³⁹⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=202&t=191>

³⁹⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=127&t=127>

³⁹⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=240&t=240>

³⁹⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=225&t=191>

³⁹⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=206&t=191>

Les logiciels

Le téléchargement des logiciels semble être guidé d'abord pour essayer le produit avant finalement d'opérer une installation définitive compte tenu des prix de ventes dans les réseaux de distribution.

Néanmoins, même si le téléchargement est possible grâce à l'internet, « *le mal est moindre puisque l'échange sous le manteau existait avant l'internet* »³⁹⁹.

La musique

Dans le cadre musical, le droit de choisir, de tester est l'un des principales explications du téléchargement. Le point intéressant à relever est l'indication, quasi-générale, que suite à ce test, de nombreux contributeurs continuent à acheter des disques dans les réseaux de distribution classique, voire à acheter plus de disques qu'auparavant.

Ainsi, « *s'il m'arrive de télécharger des MP3, par exemple, soit le disque est vraiment chouette et j'achète si je ne l'ai pas déjà acheté avant, soit il est moyen ou médiocre et je n'achète pas. Je conserve le MP3, histoire de peut-être l'écouter de temps en temps mais sans plus* »⁴⁰⁰.

Un autre intervenant précise qu'il n'est pas « *un utilisateur illégal du P2P mais de là à dire que je n'ai jamais téléchargé de MP3, je mentirais. D'ailleurs, le dernier MP3 téléchargé était une musique de Calogero, ayant aimé, j'ai aussitôt acheté l'album* »⁴⁰¹.

Un contributeur indique : « *je ne me sens pas pirate, juste consommateur averti* ». En effet, « *si j'entends parler d'un artiste, alors je m'y intéresse, je télécharge l'album, je l'écoute et s'il m'intéresse je l'achète sinon je le jette. C'est aussi simple que ça [...] je ne vais pas acheter quelque chose les yeux fermés* »⁴⁰².

Une autre piste explorée en matière de musique en ligne est le cas des CD rayés ou devenus inutilisables. « *Le P2P permet de retrouver la copie privée qui s'est endommagée dans le temps.* »⁴⁰³

Rares sont ceux précisant qu'ils n'achètent plus aucune œuvre. Par exemple, un internaute précise : « *j'ai plus de 1 000 chansons en partage [...] je n'achète presque plus de CD sauf ceux de mes artistes favoris et ceux qui ne gagnent pas très bien leur vie* »⁴⁰⁴.

L'encadrement de la diffusion d'œuvres protégées

Même peu présents sur le forum de discussion, les auteurs ou leurs représentants se sont exprimés face au développement des réseaux *peer-to-peer*. Les auteurs

³⁹⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=240&t=240>

⁴⁰⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=65&t=35>

⁴⁰¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=179&t=66>

⁴⁰² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=127&t=127>

⁴⁰³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=225&t=191>

⁴⁰⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=223&t=191>

critiquent ainsi le principe de l'échange des fichiers opéré sans le consentement des artistes. Ainsi, « *je pense qu'on devrait avant tout demander l'avis des artistes avant de balancer leurs œuvres sur les réseaux P2P. Ce serait la moindre des politesses. Or personne ne fait cela, surtout pas les utilisateurs de P2P* »⁴⁰⁵, précise un intervenant qui poursuit en indiquant qu'il souhaite « *que les réseaux P2P soient un lieu d'échange et d'émergence de nouvelles cultures. À la seule condition que l'initiative vienne des créateurs. Il faut respecter les choix des artistes qui souhaitent vivre de leur métier et qui n'ont pas choisi de mettre gratuitement à disposition du monde entier leurs œuvres* »⁴⁰⁶.

L'encadrement des réseaux *peer-to-peer* a également fait l'objet de nombreux débats. Ainsi, la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) a eu l'occasion d'indiquer qu'elle n'a pas « *pour objectif de faire totalement disparaître la piraterie sur internet, mais de la réduire à un niveau suffisamment faible pour que le commerce électronique des contenus musicaux puisse se développer* »⁴⁰⁷.

Interdire les réseaux P2P

La question de l'interdiction pure et simple des réseaux P2P s'est longuement posée. Doit-on imposer aux fournisseurs d'accès de filtrer les ports de communication utilisés par les divers logiciels d'échange de fichiers ? L'ensemble des acteurs (défenseurs des auteurs compris) a estimé que l'interdiction pure et simple ne pouvait être mise en œuvre techniquement. En effet, chaque logiciel de partage de fichier utilise un port de communication différent, déterminé par leurs concepteurs. Ainsi, si une interdiction complète devait être mise en œuvre, le fournisseur d'accès serait tenu de filtrer l'ensemble des ports de communication utilisés. Or, il suffirait alors aux utilisateurs, pour contourner ces mesures, de modifier le port de communication et recourir à ceux utilisés par les applications traditionnelles de l'internet (web, courrier électronique, etc.).

Une telle solution aurait, en outre, pour conséquence d'interdire le développement de toutes les autres applications offertes par ces systèmes. « *Une telle mesure serait extrême et lourde de conséquences. Cela consisterait tout simplement à censurer une technologie qui n'a, à la base, rien d'illégal* »⁴⁰⁸. « *Seuls les fichiers échangés peuvent être sujets à controverse* »⁴⁰⁹.

C'est surtout la neutralité technologique qui est invoquée par l'ensemble des intervenants. La technologie P2P n'est pas par elle-même illégale. Au contraire, elle permet de développer plusieurs applications. C'est seulement l'utilisation que peuvent en avoir certains utilisateurs qui est susceptible – et cela est reconnu de manière unanime – de faire l'objet de mesures.

⁴⁰⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=539&t=539>

⁴⁰⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=136&t=2>

⁴⁰⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=321&t=321>

⁴⁰⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=392&t=376>

⁴⁰⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=25&t=2>

Contrôler les réseaux, l'utilisateur ou les copies

Le contrôle des réseaux : la question du filtrage

Parmi les solutions permettant le contrôle des réseaux *peer-to-peer*, la question du filtrage, par les fournisseurs d'accès à l'internet, a fait l'objet de plusieurs débats notamment à la suite de la contribution de Marc Guez, délégué général de la Société civile des producteurs phonographiques. En effet, la SCPP a eu l'occasion de se prononcer en faveur de la mise en place d'une procédure nationale de filtrage de l'accès aux contenus illicites sur l'internet, en raison notamment du fait que « *la plupart des contenus illicites sont hébergés à l'étranger* » et que « *pour lutter contre cette piraterie importée de l'étranger, il nous faut pouvoir agir au niveau de l'accès à ces contenus illicites* ».

Pour Marc Guez, « *les technologies existent. Elles sont utilisées par de nombreuses entreprises pour le filtrage de l'accès de leurs employés à des sites sans rapport avec leur activité professionnelle. Elles permettent un filtrage à un niveau extrêmement fin, puisque l'on peut filtrer l'accès, non seulement à un serveur entier, à une partie d'un serveur, à une page d'un serveur, mais à un élément isolé illicite d'une page, sans interdire l'accès au reste des éléments licites figurant sur la page. Plusieurs experts ont indiqué qu'une déclinaison de ces systèmes au niveau national était non seulement possible, mais ne devait pas avoir pour effet de ralentir de manière significative les délais de transmission des contenus demandés. Des tests réalisés en Allemagne ont confirmé ces analyses. Le modèle pourrait être celui utilisé pour la sécurisation des cartes bancaires : bien qu'il existe un nombre considérable de cartes bancaires en circulation, un simple appel à votre banque permet d'interdire mondialement et avec une grande fiabilité l'utilisation de la carte bancaire que l'on vient de vous voler* ».

Certains intervenants restent sceptiques sur ces mesures, compte tenu de l'intervention de nombreux éléments techniques et sociologiques. Ainsi, Franck Lefèvre ⁴¹⁰ rappelle dans une contribution que « *le filtrage des données est une pratique consistant à analyser les données et à appliquer au trafic des règles afin que soient transportées certaines informations et pas d'autres qui seront alors "bloquées"* » et que ce filtrage mélange deux techniques.

La première porte sur le protocole, « *c'est-à-dire la technique utilisée par les ordinateurs concernés pour communiquer entre eux* ». Or, et contrairement à l'ère *Napster*, nous sommes « *aujourd'hui dans une situation dans laquelle de multiples protocoles sont utilisés par ces logiciels, ces protocoles mettant généralement en œuvre des techniques rendant leur filtrage très complexe* ». En conséquence, « *le filtrage de ces applications par le protocole, à l'inverse de celui d'HTTP, doit donc être considéré comme impossible dans la pratique. Toute énergie dépensée ici ne générera que de nouvelles têtes sur l'hydre. Si les éditeurs de musique avaient laissé un standard unique s'imposer naturellement, à l'instar d'HTTP, ils auraient pu facilement le noyauter car la masse de logiciels l'utilisant aurait certainement alors été trop importante pour qu'une migration soit en tout cas rapide* ».

⁴¹⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=331&t=331>

La seconde porte directement sur les contenus. « *Il s'agit alors d'analyser le contenu des paquets de données qui transitent sur le réseau pour essayer d'en déterminer le contenu et d'y appliquer les règles de diffusion* ». Néanmoins, cette technique « *relativement aisée à mettre en œuvre pour les contenus du web* » ne l'est pas pour « *des fichiers binaires contenant de la musique dont le cryptage est des plus aisé et interdit totalement leur analyse par un dispositif intermédiaire* ».

Pour les fournisseurs d'accès ⁴¹¹, ces mesures sont également inefficaces actuellement, comme ont pu le montrer trois études dont une financée par le gouvernement australien et une deuxième par le gouvernement canadien. D'autre part, l'AFA précise que « *sur le plan juridique, la loi prévoit actuellement un filtrage sur décision de l'autorité judiciaire. Or le juge a une interdiction formelle de rendre des décisions de portée générale, ou autrement dit nationale* ». En conséquence, aucune mesure générale de filtrage ne pourrait être ordonnée.

Contrôler l'utilisateur

Le forum de discussion a aussi été l'occasion pour les internautes de débattre du projet de loi modifiant la loi de 1978 relative à l'informatique et les libertés qui a intégré, lors de son passage au Sénat, un amendement permettant à des entreprises privées de conserver des données personnelles relatives à une infraction dans le but de poursuivre ces infractions. En pratique, ce texte permet désormais à une société de gestion collective des droits d'auteur de collecter sur les réseaux P2P et de conserver les données de connexion des utilisateurs de ces réseaux aux fins de poursuites judiciaires.

Par ailleurs, les intervenants ont également discuté des avertissements envoyés par certains fournisseurs d'accès à l'internet à leurs abonnés qui avaient mis à la disposition du public sur les réseaux *peer-to-peer* des fichiers présumés contrefaisants.

L'association RetSpan, dont l'objet est de lutter contre le piratage de contenus protégés, indiquait que « *nous ne pouvons que nous réjouir de cette prise de conscience des FAI. Malheureusement, pour l'instant, le fait d'identifier un pirate via son adresse IP n'est pas approuvé par tous. Mais la loi ne l'interdit pas formellement. Cette interdiction vient de l'interprétation que fait la CNIL de la loi. RetSpan conteste cette interprétation de la loi et fera tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir l'autorisation formelle d'utiliser les adresses IP dans les processus d'identification des pirates* » ⁴¹².

L'objectif de cette mesure n'est pas, selon RetSpan, « *d'envoyer la police chez tous les pirates qui téléchargent de la musique, des films ou de logiciels illégalement. Nous préférons envoyer aux pirates des avertissements ou bien demander aux fournisseurs d'accès de faire pression sur leurs clients pour que ces pratiques cessent* » ⁴¹³.

⁴¹¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=323&t=321>

⁴¹² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=386&t=369>

⁴¹³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=393&t=369>

Néanmoins, de nombreux internautes ont contesté ces mesures et la constitution de tels fichiers informatiques au motif notamment que les sociétés privées n'ont aucun droit pour « *enquêter sur les internautes* »⁴¹⁴. Pour beaucoup, de tels fichiers porteraient une atteinte relativement forte à la vie privée et aux libertés publiques. Un participant indique également que « *le Code pénal prévoit aussi des sanctions pour les individus ou les entreprises faisant du traitement automatisé d'infractions en se servant d'identifiants uniques permettant indirectement de remonter à des coordonnées personnelles. Une adresse IP est de cet ordre, je crois* »⁴¹⁵. Un autre s'interroge sur le fait suivant : « *ces recherches antipirates ne pourraient-elles pas s'assimiler à de l'écoute téléphonique illégale, puisque les informations passent par ligne téléphonique (RTC ou ADSL) ?* »⁴¹⁶.

De même, sur le fond, des intervenants ont contesté la construction « *d'un faisceau de présomption de culpabilité* »⁴¹⁷ d'autant que les solutions mises en place ne pourraient pas démontrer avec exactitude le caractère contrefaisant de l'œuvre diffusée (notamment dès lors que seul le titre de l'œuvre est pris en compte) et ne prendrait pas en compte le cas du partage volontaire de l'œuvre par l'auteur du morceau ou par sa maison de disque⁴¹⁸.

Pour Retspan, « *il n'y a pas d'inversement de la présomption d'innocence à partir du moment où un éditeur de musique nous affirme qu'il n'a donné à personne l'autorisation de diffuser telle ou telle musique sur les réseaux P2P. Ainsi, si on trouve (après vérification) cette musique sur KaZaA, il y a tout lieu de penser qu'il y a un délit. Par prudence, on demande à l'utilisateur de se justifier (s'il est en mesure de le faire)* »⁴¹⁹.

Autre modalité de contrôle de l'utilisateur abordé dans le forum de discussion : les limitations des taux de transfert des données. À un moment où les fournisseurs d'accès à l'internet britanniques se trouvent confrontés à une augmentation de leurs dépenses d'investissements techniques, une contribution critique la mesure prise par un petit fournisseur d'accès français décidant de « *faire payer ce qui entre dans nos ordinateurs [...] plus vous payez, plus vous avez droit à un volume de trafic important* »⁴²⁰.

Néanmoins, que ce soit les avertissements envoyés par les fournisseurs d'accès ou les mesures de filtrage, plusieurs intervenants estiment que ces politiques risquent d'aboutir à une fuite de clients et qu'au final, « *une telle solution n'est pas viable pour les FAI* »⁴²¹.

Contrôler l'usage du fichier et de sa copie

La question des systèmes de *Digital Rights Management* (DRM) n'a été que très peu abordée par les intervenants du forum de discussion. Les DRM constituent un procédé permettant de diffuser des contenus par voie numérique tout en protégeant les droits d'auteur. Pour un intervenant, « *la protection des œuvres numériques est*

⁴¹⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=482&t=452>

⁴¹⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=453&t=369>

⁴¹⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=457&t=452>

⁴¹⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=552&t=539>

⁴¹⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=391&t=369>

⁴¹⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=395&t=369>

⁴²⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=623&t=623>

⁴²¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=641&t=623>

techniquement impossible ». Même si des mesures techniques peuvent être mises en place, dès lors que « *le contenu est accessible, la copie est toujours possible* »⁴²². En effet, il suffirait alors pour l'utilisateur, lors de l'écoute du morceau protégé, d'en réaliser une copie non protégée – et de moins bonne qualité – et ensuite de la rediffuser sans aucune restriction.

En outre, un contributeur indique que « dans le cas de réseau *peer-to-peer*, les risques sont notables de voir quelques grosses sociétés, éditeurs de logiciels ou constructeurs de périphériques, s'entendre avec les majors ou les sociétés collectives de gestion de droits d'auteur pour mieux contrôler l'utilisation que le consommateur peut faire de l'œuvre dans un environnement numérique ». La mise en œuvre de systèmes de DRM aurait ainsi pour conséquence d'opérer une « *diminution de l'offre pour le consommateur et l'impossibilité pour les petits éditeurs ou pour les auteurs-développeurs indépendants de proposer leur travail sans payer des royalties car les solutions DRM sont pour la plupart brevetées* »⁴²³.

Polluer les réseaux

La technique dite du « *spoofing* » a été abordée. Elle consiste à offrir en téléchargement dans les réseaux P2P des fichiers portant les mêmes identifiants que ceux majoritairement échangés, mais un contenu fortement dégradé ou pas de contenu du tout. Utilisées à certaines occasions par l'industrie du disque, ces mesures semblent inopérantes. Ainsi, un contributeur précise que « *les réseaux P2P peuvent s'équiper d'un système de cotation des titres, et la masse des utilisateurs peut facilement et rapidement écarter les leurres* »⁴²⁴.

Inventer un nouveau mode de rémunération

Les utilisateurs ne semblent pas réfractaires au fait de payer des droits d'auteur sur les œuvres téléchargées sur les réseaux P2P, bien au contraire. Plusieurs intervenants évoquent cette possibilité.

Le micro-paiement

Une des premières solutions tendant à mettre en place un mode de rémunération pourrait être l'instauration d'un micro-paiement.

En effet, « *avec internet, tout internaute peut se comporter comme une radio ou une télé et mettre à disposition d'autres internautes des contenus qu'il a achetés sur un support quelconque. Au lieu de vouloir l'empêcher de mettre ses contenus en ligne ce qui est techniquement impossible, il vaudrait mieux faire en sorte qu'il paye une somme ridicule chaque fois que quelqu'un télécharge un fichier sur son ordinateur* ».

En pratique, un tel outil nécessiterait de « *créer un service utilisant un protocole dérivé des protocoles P2P existants mais encapsulant des mécanismes de micro-paiement* ». Ainsi, chaque utilisateur pourrait déclarer les œuvres qu'il désire proposer en téléchargement et le nombre de téléchargement qu'il souhaite réaliser. Les

⁴²² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=553&t=528>

⁴²³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=262&t=254>

⁴²⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=305&t=301>

sommes induites seraient ensuite « reversées aux auteurs et, s'il y a lieu, aux producteurs et artistes-interprètes. On peut imaginer que le public proposera des œuvres d'artistes peu connus et qu'il apprécie ce qui, peut-être, encouragera la diversité culturelle en finançant des auteurs qui ne peuvent accéder aux circuits de distribution classique »⁴²⁵.

Une autre solution reposerait, plus simplement, sur le paiement direct d'un prix pour le téléchargement de fichiers. L'internaute pourrait ainsi déclarer les téléchargements réalisés auprès de société de gestion collective des droits d'auteur et régler « les droits d'auteur directement à la SACEM via un formulaire imprimable sur leur site »⁴²⁶.

En pratique, on pourrait voir se développer « des services de cinéma en ligne, et pour 4-5 euros, regarder un film en ligne. Même si la qualité est encore insuffisante et l'offre cloisonnée par distributeurs, les prix devraient être en dessous de ceux pratiqués par un vidéoclub »⁴²⁷.

L'instauration d'une redevance spécifique

De nombreux internautes se sont déclarés favorables au paiement de droits d'auteur, ne voyant pas « pourquoi on leur impose l'achat du CD dans le commerce »⁴²⁸. Ainsi, un intervenant se déclare « partisan d'un paiement forfaitaire pour les droits d'auteur [...] et laisser libre cours aux échanges de fichiers qui du coup deviendraient légaux »⁴²⁹.

Le montant pourrait ainsi être fonction « du nombre de fichiers complets téléchargés dépassant une certaine limite »⁴³⁰ et pourrait être perçu par les fournisseurs d'accès.

D'autres utilisateurs envisagent la mise en place d'une « rémunération pour téléchargement privé » qui serait assise sur le modem⁴³¹ en fonction de son débit⁴³² et non pas sur le disque dur car une personne détentrice d'un disque dur n'a pas forcément l'accès à l'internet. Une autre solution pourrait être la mise en œuvre d'un forfait plus ou moins adapté « calculé en fonction du débit de l'utilisateur ou de la bande passante totale qu'il utilise chaque mois »⁴³³.

Une autre proposition repose sur la mise en place d'une redevance auprès des utilisateurs pour la conservation du fichier, l'utilisateur ayant alors le choix « entre garder et payer ou supprimer le fichier »⁴³⁴.

Innover dans les produits proposés

Plusieurs internautes ont émis le souhait de faire évoluer le schéma actuel et finalement de proposer des produits innovants, aussi bien dans les circuits de distribution traditionnels que dans les réseaux *peer-to-peer*.

⁴²⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=566&t=528>

⁴²⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=41&t=2>

⁴²⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=240&t=240>

⁴²⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=541&t=522>

⁴²⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=544&t=539>

⁴³⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=462&t=75>

⁴³¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=357&t=75>

⁴³² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=356&t=75>

⁴³³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=106&t=75>

⁴³⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=81&t=75>

Un premier constat est à réaliser : certains internautes critiquent la qualité des œuvres diffusées sur les réseaux *peer-to-peer*⁴³⁵ : le « *MP3 reste un format compressé et ne vaut pas la qualité de celle d'un CD bien enregistré* »⁴³⁶. Les formats traditionnels conservent donc tout leur intérêt.

Les projets d'évolution des réseaux P2P

Un intervenant⁴³⁷ a proposé une idée ayant pour objectifs d'une part, de faciliter l'échange de fichiers et d'autre part, de rendre acceptable un modèle payant pour l'utilisateur. Il s'agirait « *d'un système de recherche optimisé des MP3 échangés en peer-to-peer combiné à une allocation prioritaire de la bande passante nécessaire à leur téléchargement aux internautes qui acquittent via leur FAI une taxe reversée à tous les ayants droit des données mises en partage* ».

Cette solution s'accompagnerait d'un moteur de recherche aux fonctionnalités nouvelles, qui pourrait être consulté moyennant le paiement d'un prix ou d'un abonnement, et qui recommanderait « *automatiquement à un internaute l'écoute d'une musique qu'il ne connaît pas mais qu'il pourrait très certainement apprécier* », en fonction des téléchargements déjà opérés.

Une autre technique pourrait reposer sur l'achat de licence de diffusion, autorisant un internaute à procéder à la diffusion de dix, vingt, cinquante ou cent œuvres. Ainsi l'utilisateur pourra « *choisir quelles œuvres mettre à disposition* » et devra « *publier sur le réseau, dans un fichier log. txt les logs de [son] activité de média. Ils seront anonymes et n'importe qui pourra y accéder* »⁴³⁸.

Baisser les prix de vente des produits

Une demande de baisse du prix de vente des CD et DVD apparaît dans les contributions du forum de discussion, une baisse qui aurait, selon les intervenants, pour conséquence de permettre l'acquisition d'un nombre plus important de produits.

Outre les circuits traditionnels de vente, la demande de baisse du prix de vente vise également les offres de téléchargement de la musique en ligne. « *On devine que la boulimie de MP3 demande d'autres tarifs, plus adaptés aux portefeuilles des adeptes du P2P. Ces tarifs me font penser aux tarifs de ceux, qui, il y a quelques années, pensaient pouvoir vendre à prix d'or tout et n'importe quoi sur le web, alors qu'à côté des services gratuits proliféraient* »⁴³⁹.

Un autre internaute propose ainsi que le prix de vente « *pour contrer le gratuit devrait plus se situer entre 0,25 et 0,50 cts* »⁴⁴⁰. À ce titre, l'offre proposée par Apple, permettant de télécharger un morceau pour 0,99 cent et de le copier dix fois, semble séduire quelques participants⁴⁴¹.

⁴³⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=376&t=376>

⁴³⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=54&t=2>

⁴³⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=351&t=351>

⁴³⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=360&t=351>

⁴³⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=461&t=461>

⁴⁴⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=635&t=621>

⁴⁴¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=656&t=656>

Faire évoluer l'industrie musicale

L'industrie musicale pourrait, selon certains intervenants, non plus considérer le P2P comme une menace mais comme un nouvel outil. En cela, elle pourrait se servir de ces réseaux dans un but promotionnel. Cela « *permettra de vendre plus d'albums* »⁴⁴² et ainsi, « *si votre musique n'est pas téléchargée, alors vous avez un problème* » car « *le MP3 est le plus formidable outil marketing jamais inventé* »⁴⁴³.

Un intervenant propose également une « *approche qui vise à responsabiliser les consommateurs tout en leur laissant un choix important sur les architectures de diffusions, de codec et sur les possibilités d'exploitation de la musique* ». L'objectif serait non pas de payer pour acheter un contenu, même illimité, mais de faire payer un service à forte valeur ajoutée. En pratique, il s'agit de mettre en place « *une infrastructure de diffusion [...] ouverte, les intermédiaires proposant des services à valeur ajoutée (éditorial, conseils musicaux, services prioritaires, qualité des fichiers, accès sur des réseaux additionnels type wifi) : c'est de cette compétition que naîtrons des services intéressants et des audiences permettant de faire obstacle à un usage illégal de ces mêmes réseaux* »⁴⁴⁴.

De manière générale, les intervenants critiquent le manque de créativité marketing de l'industrie musicale, de telles initiatives « *seraient bien plus porteuses de sens et d'avenir* »⁴⁴⁵ que les mesures de contrôle souhaitées. Ainsi, le changement de comportement pourrait provenir de produits interactifs offerts par l'industrie musicale.

Un contributeur cite ainsi le cas de Prince qui a offert, au travers de son club web payant, « *l'accès inédit à certains enregistrements, des accès privilégiés aux concerts, et la vente directe des albums* »⁴⁴⁶.

RetSpan propose, quant à lui, « *si les professionnels veulent faire un geste envers leurs consommateurs, qu'ils mettent des coupons avec un code unique dans chaque pochette de CD. Et quand un consommateur dispose de dix coupons, il peut télécharger ou commander un CD gratuitement* »⁴⁴⁷.

Enfin, outre l'échange de fichiers musicaux, les intervenants du forum de discussion se sont arrêtés au travers de plusieurs fils de discussion sur la problématique de la diffusion de fichiers pornographiques voire pédo-pornographiques *via* les réseaux P2P et la protection de l'enfance.

⁴⁴² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=554&t=539>

⁴⁴³ Propos de John Snyder, président d'Artist House Records, cités par Daniel Kaplan <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=364&t=364>

⁴⁴⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=570&t=570>

⁴⁴⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=15&t=15>

⁴⁴⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=21&t=21>

⁴⁴⁷ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=2&t=2>

La protection de l'enfance et la lutte contre les réseaux d'échange de fichiers pédo-pornographiques

La protection de l'enfance est également une problématique qui tend à se développer à propos des réseaux P2P. En effet, « *il est ainsi possible de trouver, via les logiciels peer-to-peer, des millions de fichiers non adaptés et qui peuvent choquer un jeune public : images ou vidéos érotiques ou pornographiques, films (fictions ou documents authentiques) montrant des scènes de viol, de mort violente, des accidents, des exécutions mortelles ou d'autres atrocités pouvant choquer ou offenser les enfants* », indique un des intervenants ⁴⁴⁸.

Par ailleurs, la présence de contenus pornographiques mettant en scène des mineurs sur les réseaux *peer-to-peer* est une réalité. Ainsi, ces fichiers illégaux « *se cachent parfois derrière des noms de fichiers très classiques. Ainsi, il n'est pas rare de tomber sur des images pédophiles ou pseudo-pédophiles en effectuant une recherche sur les réseaux peer-to-peer, à partir d'un mot-clé tel que le nom d'une jeune star, le nom d'un acteur ou bien encore le nom d'un personnage de dessin animé* ».

Alors que les solutions de filtrage parental mises en œuvres par les fournisseurs d'accès sont considérées comme inopérantes ⁴⁴⁹, de même que celles disponibles dans certains logiciels P2P ⁴⁵⁰, les intervenants se sont interrogés sur les mesures qui devraient être prises afin, d'une part, de protéger le jeune public et d'autre part, lutter contre la diffusion des contenus pédo-pornographiques.

Concernant la protection du jeune public, il a été envisagé « d'encourager la création de réseaux spécifiquement dédiés aux contenus » pornographiques. En effet, « *si on ne peut pas empêcher les amateurs de s'échanger des fichiers pornographiques, alors autant éviter qu'ils le fassent sur les réseaux grand public* » ⁴⁵¹. Néanmoins, cette solution imposera que les utilisateurs respectent l'étanchéité entre les divers réseaux ⁴⁵².

Concernant les contenus pédo-pornographiques, et contrairement aux sites internet proposant de tels fichiers illégaux de manière centralisée, « *les contenus multiples proviennent de plusieurs pays et les contenus ne sont pas hébergés sur des serveurs fixes mais sur des ordinateurs connectés de manière non permanente* » ⁴⁵³ rendant plus difficile leur disparition. Dans un tel contexte, RetSpan propose ainsi de mettre en œuvre une identification « *des utilisateurs via leur adresse IP pour empêcher les abus (distribution massive de contenus offensants et illicites)* ».

Néanmoins, une telle solution pourrait s'avérer insuffisante. En effet, « *Si vous mettez en place des systèmes logiciels ils seront de suite contournés par des gens plus malins que vous* » ⁴⁵⁴.

⁴⁴⁸ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=501&t=501>

⁴⁴⁹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=501&t=501>

⁴⁵⁰ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=501&t=501>

⁴⁵¹ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=13&t=1>

⁴⁵² <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=14&t=1>

⁴⁵³ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=514&t=501>

⁴⁵⁴ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=520&t=501>

En outre, la question de la personne en charge de l'identification est vivement contestée. En effet, si aucun intervenant « *n'est opposé à ce que les données personnelles correspondant aux numéros IP soient communiquées par les FAI aux entités juridiques compétentes (police, gendarmerie, RG, etc.) si elles jugent nécessaire de lancer une instruction* », il devient « *inacceptable que ce type de données soit communiqué à des groupements privés en tout genre sur le simple fait que ceux-ci s'autoproclament défenseurs de telle ou telle cause, aussi noble soit-elle* »⁴⁵⁵.

La solution est plutôt « *entre les mains de chacun : si on tombe sur une IP partageant ce type de fichier, rien n'empêche de la faire suivre à la préfecture. La balle est alors dans le camp des autorités* »⁴⁵⁶.

Conclusion

De l'ensemble des contributions des internautes, plusieurs idées clés peuvent être relevées :

- La technologie *peer-to-peer* offre de nombreuses possibilités permettant d'améliorer le travail collaboratif, de développer des puissances de calcul, de permettre un partage de connaissance ou de créer des réseaux de proximité. Pour toutes ces raisons, et compte tenu du principe de neutralité technologique, **l'ensemble des intervenants s'oppose à une interdiction de cette technologie.**
- **Les utilisateurs des réseaux *peer-to-peer* revendiquent** – en matière de téléchargement d'œuvres protégées – **un droit à la diversité** et une volonté de non alignement culturel.
- **Les internautes contestent le coût élevé d'acquisition des œuvres musicales et cinématographiques** dans les circuits actuels de vente, que ce soit dans les magasins spécialisés ou au travers de plates-formes de téléchargement payant de musiques ou de films.
- Néanmoins et malgré le téléchargement d'œuvres musicales ou cinématographiques, **les internautes continuent, dans leur grande majorité, à acquérir parallèlement ces œuvres dans les circuits de vente traditionnels.** Certains estiment d'ailleurs que le téléchargement joue, pour eux, le rôle de préparateur de l'acte de consommation et leur permet ainsi d'acheter en tant que **consommateur exigeant.** En outre, **les œuvres fournies dans des formats traditionnels (CD, DVD...) conservent de leur intérêt** compte tenu de la qualité, quelques fois mauvaise, des fichiers proposés en téléchargement.
- **Les utilisateurs se déclarent favorables à la mise en place de dispositifs innovants permettant d'assurer une rémunération des droits d'auteurs et des droits voisins** au travers, par exemple, de solutions de micro-paiement ou par la mise en œuvre d'une redevance.

⁴⁵⁵ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=511&t=501>

⁴⁵⁶ <http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=13&i=18&t=1>

- **Les utilisateurs de ces réseaux sont réticents à un système de filtrage des fichiers mis à leur disposition ou à un contrôle de l'activité de l'utilisateur par des acteurs privés**, susceptibles selon eux, d'être attentatoire à leur vie privée. En particulier, **ils contestent la collecte de données personnelles réalisée par des personnes privées**, et souhaitent que seules les autorités de police, y compris en matière de contenus pédo-pornographiques, soient habilitées à conserver de telles informations.
- Enfin, **les internautes invitent l'industrie du disque à innover dans ce nouvel univers numérique** et notamment à diminuer le prix de vente de leurs produits, y compris sur leurs plates-formes de vente en ligne. De même, les internautes attendent des maisons de disque qu'elles développent des produits interactifs à forte valeur ajoutée pouvant susciter un vif intérêt.

Troisième partie

Les perspectives de l'année 2004

Les perspectives de l'année 2004

Isabelle Falque-Pierrotin

Le Forum des droits sur l'internet est, de part notamment sa composition, en étroite relation avec le Réseau dont il suit et anticipe les évolutions. En effet, ses membres ainsi que ses nombreux contacts français et étrangers lui permettent d'avoir une perspective fine sur les grandes tendances du secteur. Il apparaît ainsi que l'internet se trouve aujourd'hui dans une phase de maturité. C'est cette maturation du Réseau que le Forum accompagnera durant l'année 2004.

Dans ce cadre, des actions à destination du grand public pour lequel internet devient un outil pratique seront entreprises. Au premier rang de celles-ci, la mise en place d'un service de médiation destiné à régler les différends liés au réseau. Cette démarche a pour objectif majeur de permettre un règlement souple, rapide et efficace des différends qu'internet peut susciter, notamment dans le cadre du commerce électronique.

Par ailleurs, les contacts établis à l'étranger par le Forum lui ont permis de constater que des problématiques communes se dessinaient de façon franche et qu'une même vision de la corégulation se dessinait. C'est la raison pour laquelle le Forum est à l'initiative de la création du réseau européen de corégulation de l'internet qui, tout au long de l'année 2004, poursuivra ses travaux.

Ce programme de travail ambitieux répond à la volonté du Forum d'être le lieu de référence des enjeux numériques qui touchent aujourd'hui un vaste public.

Les thèmes de travail en 2004

• « Les enfants du Net » : protection de l'enfance sur l'internet

Le Forum des droits sur l'internet remettra en février 2004 un premier rapport sur ce thème à Christian Jacob, ministre délégué à la Famille, dans le cadre du Conseil consultatif de l'internet placé auprès de Claudie Haigneré, ministre déléguée à la Recherche et aux Nouvelles Technologies. Ce premier volet porte sur les moyens de prévenir l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables sur le web (messages violents, pornographiques ou portant atteinte à la dignité humaine), et sur les espaces interactifs (tchats, P2P...). Il étudie les moyens juridiques, techniques et pédagogiques de prévenir l'exposition des enfants à ce type de contenus.

Les travaux du Forum sur la protection de l'enfance sur l'internet donneront lieu, en juin 2004, à un second rapport relatif à la lutte contre la pornographie infantile et les pratiques des « prédateurs sexuels » sur l'internet.

• Courtage aux enchères de biens culturels sur l'internet

Le Forum a lancé en mai 2003 un groupe de travail destiné à analyser les dispositions de l'article 3 de la loi du 10 juillet 2000 relative aux ventes volontaires de biens

mobiliers afin, notamment, de dégager une définition des biens culturels. Ce texte exclut de la réglementation applicable aux sociétés de ventes volontaires, les opérations de courtage aux enchères réalisées sur l'internet, sauf celles portant sur des biens culturels. La question de la délimitation du champ des biens culturels a fait l'objet d'un avis du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques qui a été contesté par les sociétés de courtage en ligne au motif que la vente de produits de faible valeur ou de consommation courante serait soumise à cette législation. L'objectif de ce groupe de travail est de procéder à l'analyse du dispositif applicable aux opérations de courtage en ligne portant sur des biens culturels au regard d'une part, des réglementations communautaires et, d'autre part, de la pratique constatée en ce domaine et ainsi d'établir une protection suffisante de ces biens. Ses recommandations seront publiées au printemps 2004.

- **Le télétravail**

Le Forum des droits sur l'internet a été mandaté, fin juillet 2003, par le ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, François Fillon, pour constituer un groupe de travail dans le but d'analyser les différentes formes de télétravail, de mesurer leurs impacts tant au regard du cadre juridique et fiscal que des usages et de faire des propositions au gouvernement. Les expériences étrangères seront également étudiées. Ce groupe, constitué d'experts, de membres du Forum des droits sur l'internet et de représentants des administrations concernées, s'est livré à de nombreuses auditions et a travaillé en étroite liaison avec les partenaires sociaux. Le groupe de travail remettra ses recommandations au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité à l'automne 2004.

- **L'observatoire Cyberconso**

Afin d'orienter ses travaux en matière de commerce électronique, le Forum a créé en septembre 2003 un observatoire permanent de la cyberconsommation : Cyberconso. Composé d'experts extérieurs et de membres de l'équipe du Forum des droits sur l'internet, son premier objectif est de mieux cerner les attentes du cyberconsommateur. À cette fin, une enquête « terrain » a été lancée auprès des internautes du 19 septembre 2003 jusqu'au 19 mars 2004 pour recueillir leurs témoignages concernant les achats en ligne (types d'achats réalisés et montants, sites de commerce électronique choisis, éventuels problèmes rencontrés lors de l'achat ou après la livraison, solutions mises en œuvre). En outre, et afin de déterminer les questions juridiques qui méritent de faire l'objet d'un examen plus approfondi par le Forum, l'observatoire CyberConso a procédé à l'audition des très nombreux acteurs du commerce électronique. Son premier rapport sera publié au cours du mois d'avril 2004.

Il convient également de noter que les membres du Forum ont sollicité son intervention sur de nouveaux sujets qui ont suscité le lancement de nouveaux groupes en 2004 :

- **Propriété intellectuelle et P2P**

L'utilisation de plus en plus importante des réseaux d'échange de fichiers de pair-à-pair (P2P) depuis 1999 constitue un phénomène majeur de l'internet. Ce groupe de réflexion est destiné à effectuer une veille sur les solutions techniques, économiques

et juridiques retenues pour lutter contre la contrefaçon d'œuvres sur l'internet, et essentiellement sur les réseaux P2P, et/ou rémunérer les ayants droit qui en sont, le cas échéant, victimes. Il s'agit d'évaluer, au cas par cas, les avantages et les inconvénients de chacune des voies de solutions proposées.

- **L'archivage électronique**

À la demande de ses membres, le Forum des droits sur l'internet a souhaité réunir les acteurs intervenant dans les opérations d'archivage (juristes et techniciens, représentants des pouvoirs publics et du secteur privé) pour identifier les conditions de nature à favoriser une pratique sûre de l'archivage électronique. Les travaux porteront principalement sur les politiques d'archivage du secteur privé. Le groupe de travail, qui sera lancé en mars 2004, élaborera un texte qui posera les principes généraux devant entourer les modalités de conservation d'un document électronique pour en assurer son intégrité, la fidélité de sa restitution et sa disponibilité tout au long de sa période d'utilité administrative ou opérative. Les travaux seront menés conjointement avec la Mission économie numérique (MEN) et feront l'objet d'une recommandation fin 2004.

- **Publicité en ligne**

Certaines formes publicitaires sur l'internet soulèvent des interrogations juridiques relatives, notamment, à la protection du consommateur, à la concurrence déloyale, à la protection du droit des marques et au respect de divers textes régissant la publicité et les communications commerciales. C'est pourquoi le Forum des droits sur l'internet souhaite mener une étude de terrain approfondie, en commençant par l'audition d'acteurs majeurs de la publicité en ligne, de manière à répertorier les techniques existantes et comprendre précisément la manière dont elles fonctionnent. Il s'agira ensuite d'identifier les textes relatifs à la publicité et aux communications commerciales, puis de définir la manière dont ils s'appliquent aux techniques répertoriées.

D'autres groupes de travail seront créés en 2004, en fonction de l'actualité, de saisine des pouvoirs publics ou des membres.

L'information et la sensibilisation

- **Des guides pratiques pour accompagner l'utilisation d'internet des enfants et de leurs parents**

Le Forum des droits sur l'internet, le ministère délégué à la Famille et le ministère délégué à la Recherche et des Nouvelles Technologies se sont associés pour réaliser en 2004 des guides pratiques destinés aux enfants et aux parents. *Wanadoo*, premier fournisseur d'accès français, *Okapi*, le magazine destiné aux adolescents du groupe Bayard Presse et l'Union nationale des associations familiales (UNAF), ont souhaité participer à cette initiative. La sortie de ces guides est prévue pour avril 2004.

- **Les rencontres**

Le Forum poursuivra en 2004 son programme de rencontres-débats. Une première rencontre aura lieu, courant avril, sur le e-commerce.

- **Un colloque sur la propriété littéraire et artistique**

Le Forum des droits sur l'internet organisera au cours de la deuxième partie de l'année 2004 un colloque sur la propriété littéraire et artistique. L'objectif de ce colloque est de faire le point sur les solutions aux problèmes *peer-to-peer*, sur le plan économique, technique et juridique.

La coopération internationale

Une réunion des membres du réseau européen de corégulation de l'internet se tiendra à Paris en mars 2004, avec pour objectif principal de déterminer les sujets communs de réflexion et d'action pour l'année 2004. La protection de l'enfance, la lutte contre le spam ou encore le nommage sont envisagés.

Par ailleurs, le Forum participera au suivi du Sommet mondial pour la société de l'information (SMSI), dans le cadre duquel il sera amené à formuler un certain nombre de propositions dans la perspective du sommet de Tunis de 2005.

Une nouvelle mission : la médiation

Compte tenu de l'expérience menée en 2003, il apparaît nécessaire de lancer au Forum un véritable service de médiation à destination du grand public. Ce service, qui devrait voir le jour au cours de l'année 2004, est un outil réel de construction de la confiance dans l'internet et les réseaux numériques. Il va apporter aux utilisateurs une réponse simple et rapide aux différends qu'ils peuvent rencontrer dans leurs usages de l'internet.

Conclusion

Le complément de ses activités va permettre au Forum des droits sur l'internet de prendre un nouvel essor en 2004. Alors que la convention triennale qui le lie à l'État vient d'être renouvelée pour trois ans, la largeur du spectre qu'il embrasse et l'enracinement de ses travaux dans des problématiques au cœur de l'internet vont le conduire à exercer progressivement le rôle de référent en France et à devenir une véritable force de proposition au niveau européen.

Table des matières

Préface

ERKKI LIIKANEN,

*Commissaire européen chargé des entreprises et de la société
de l'information*

5

Lancement du réseau européen de corégulation de l'internet

ISABELLE FALQUE-PIERROTIN

7

Le Forum des droits sur l'internet en 2003

9

Organisation du Forum en 2003

9

Les actions de concertation entre les acteurs publics et privés sur les enjeux juridiques de l'internet

9

Avis sur les projets de lois ou décrets relatifs à l'internet

9

Les recommandations des groupes de travail en 2003

10

Le rôle essentiel joué par les membres

10

Les actions d'information et de sensibilisation

10

L'évolution du site du Forum

11

L'ouverture de DroitDuNet.fr

11

La médiation des différends liés à l'internet

12

La coopération internationale

12

Annexes

14

Composition du Conseil d'orientation au 31 décembre 2003

14

Composition du Conseil de surveillance au 31 décembre 2003

14

Les adhérents du Forum des droits sur l'internet au 31 décembre 2003

14

Barème de cotisations 2003

16

Les nouveaux enjeux de droit et de société en 2003

17

La propriété intellectuelle à l'heure du numérique

17

La réponse judiciaire dans la lutte contre l'échange de fichiers
contrefaisants

18

La réponse politique dans la lutte contre l'échange de fichiers
contrefaisants

21

Le besoin d'établir un équilibre entre protection patrimoniale
des œuvres et accès au savoir

24

La lutte contre le <i>spamming</i> et l'encadrement de la prospection commerciale par courrier électronique	25
Une prise de conscience politique au niveau national et international	26
Une importante volonté de répression du <i>spamming</i>	28
La protection de l'enfance	30
Le développement de l'administration électronique et la mise en œuvre du vote électronique	32
La dématérialisation au sein des collectivités territoriales	33
Le paiement en ligne des amendes routières	33
La généralisation du vote électronique	34
Le commerce électronique	36
L'encadrement des contrats d'accès à l'internet	36
Le retour de l'erreur sur le prix	37
L'encadrement des pratiques commerciales	38
Les réseaux de distribution sélective	40
L'encadrement des jeux d'argent en ligne	42
Les responsabilités autour du lien hypertexte	44
Le statut du lien au regard de la propriété intellectuelle	44
La responsabilité du lien hypertexte pointant vers un contenu illicite	46
La problématique du lien sponsorisé	46
Les relations du travail et internet	47
L'action des syndicats	47
La responsabilité de l'employeur vis-à-vis de l'usage réalisé par son salarié	48
L'utilisation d'internet par un agent public	49
La responsabilité des acteurs de l'internet	51
La responsabilité des sociétés de courtage en ligne	51
La responsabilité de l'administrateur d'une liste de discussion	52

Première partie

RECOMMANDATIONS 2003 DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET

Le développement de l'administration électronique	57
Introduction	57
Consolider le cadre juridique de l'administration électronique	58

Profiter de l'administration électronique pour consacrer une véritable démarche de service aux usagers	59
Généraliser les meilleures pratiques pour assurer la confiance des usagers	61
Apprendre à gérer le courrier électronique des usagers de l'administration	63
Introduire progressivement la signature électronique sans en faire un préalable au déploiement des téléservices	64
Permettre la gestion des incidents et des recours administratifs et contentieux en ligne	66
Satisfaire de nouveaux besoins en matière de services publics en ligne	67
Réduire les formalités liées à certains événements de la vie : pour des « grappes de services » à la française	68
Permettre de gérer les besoins courants	69
Mettre en place le paiement par carte bancaire	69
Développer les services de justice en ligne	70
Définir les conditions de mise en place d'un portail administratif personnalisé	71
Le contexte : le projet monservicepublic.fr, le Livre blanc de la mission Truche et le débat public organisé par le Forum des droits sur l'internet	71
À quels besoins doit répondre un portail administratif personnalisé ?	73
Comment assurer le respect des principes essentiels en matière de protection des données personnelles administratives ?	75
Quelles sont les modalités pratiques de fonctionnement du portail administratif personnalisé ?	78
Conclusion	82
Synthèse des recommandations	83
Consolider le cadre juridique de l'administration électronique	83
Satisfaire de nouveaux besoins en matière de services publics en ligne	84
Définir les conditions de mise en place d'un portail administratif personnalisé	85
<i>Annexes 1 : Composition du groupe de travail</i>	86
<i>Annexe 2 : Administration électronique et protection des données personnelles</i>	87
<i>Annexe 3 : Comparaison internationale en matière de services administratifs personnalisés en ligne : Irlande, Royaume-Uni, Canada</i>	99
L'Irlande	99

Le Royaume-Uni	101
Le Canada	103
Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique	105
Introduction	105
La définition de la communication publique en ligne (article 1 ^{er} du projet de loi)	105
La responsabilité des fournisseurs d'hébergement (article 2 du projet de loi)	106
Éclaircissement de la qualification d'hébergeur	107
Mise en œuvre de la responsabilité des hébergeurs	108
La lutte contre les contenus illicites (articles 2 et 3 du projet de loi)	110
Les positions minoritaires	111
SACEM et SNEP	111
GESTE	112
ISOC	113
Hyperliens : statut juridique	115
Introduction	115
L'hyperlien ou l'essence du web	117
Le lien, instrument d'une communication multidirectionnelle	117
Définitions et techniques de liaison	123
Conclusion intermédiaire	127
L'hyperlien confronté au monopole d'exploitation de la propriété intellectuelle	128
Débat sur la mise en œuvre des droits patrimoniaux	128
Application du droit moral	139
Le droit des bases de données	140
Le droit des marques	144
Hyperliens et concurrence	145
L'apport du droit de la concurrence à l'analyse juridique de l'hyperlien	146
Le droit de la concurrence déloyale	149
Recommandations générales du Forum des droits sur l'internet	155
Conception générale de l'hyperlien	156
Recommandations pratiques à destination des acteurs	157
<i>Annexe 1 : Composition du groupe de travail</i>	160

<i>Annexe 2 : Liste des personnes auditionnées</i>	161
<i>Annexe 3 : Tableaux de synthèse</i>	162
Quelle politique de diffusion des données publiques ?	165
Introduction	165
État des lieux de la diffusion des données publiques en France et à l'étranger	166
Le régime de la diffusion des données publiques aux États-Unis	166
Le régime de la diffusion des données publiques au Royaume-Uni	169
Le régime de la diffusion des données des instances communautaires	171
Le cadre français applicable à la diffusion des données publiques	174
Les principaux producteurs et détenteurs des données publiques	175
Le cadre juridique de la diffusion des données publiques	181
Le cadre particulier applicable à la diffusion des données juridiques	185
La construction du cadre européen de la diffusion des données publiques	188
La notion de données publiques	191
Les principes devant entourer la diffusion des données publiques	193
Principe d'identification préalable	193
Les obligations imposées aux producteurs et détenteurs des données publiques	194
Les obligations imposées aux rediffuseurs : l'obtention d'une licence	204
La protection des données personnelles	207
Le rejet de la notion de données publiques essentielles : quelles données doivent être diffusées gratuitement ?	209
Les principes devant entourer la diffusion gratuite des données publiques	213
La gratuité de diffusion ne doit pas être limitée	213
L'État devra veiller à ne pas porter atteinte à la concurrence dans le cadre de la diffusion gratuite des données publiques	213
L'État devra veiller à la mise à jour et la validité de l'information	214
La rediffusion des données publiques diffusées gratuitement	215
La nécessité d'opérer une régulation du secteur de la diffusion des données publiques	216
Le médiateur de l'édition publique	216
Le comité du service public de diffusion du droit par l'internet (SPDDI)	217
	395

La création de structures de concertation	217
Conclusion : la transposition normative	223
<i>Annexe 1 : Composition du groupe de travail</i>	224
<i>Annexe 2 : Personnes auditionnées par le groupe de travail</i>	225
<i>Annexe 3 : Avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et autres droits voisins</i>	226
<i>Annexe 4 : Éléments bibliographiques</i>	227
Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums	229
Introduction	229
Aspects techniques et particularités des forums de discussion électroniques	231
Aspects techniques	231
Différences essentielles entre les forums électroniques et les réunions « physiques »	234
Organisation et usages des forums web	235
Généralités relatives à l'organisation des forums web	235
Cas concrets d'organisations de forums web	237
L'usage des forums de discussion (aspects sociologiques)	241
Régulation des forums de discussion	243
L'affichage d'une charte	243
La modération	244
Gestion des litiges	249
Analyse juridique	250
Rappels sur la liberté d'expression	252
Le droit commun de la responsabilité	255
L'applicabilité du régime de responsabilité des hébergeurs aux organisateurs de forums de discussion	256
Recommandations générales du Forum des droits sur l'internet	261
Grille de lecture à l'attention du juge en cas de contentieux	262
Recommandations aux organisateurs de forums de discussion	265
<i>Annexe 1 : Composition du groupe de travail</i>	267
<i>Annexe 2 : Liste des personnes auditionnées</i>	268
<i>Annexe 3 : Charte de participation – Conseils et exemple</i>	269
Conseils pour l'élaboration d'une charte de participation	269
Exemple de charte des utilisateurs d'un forum de discussion	269

Quel avenir pour le vote électronique en France ?	273
Synthèse des recommandations	273
Les principes du déploiement du vote électronique	273
Le déploiement du vote électronique doit être progressif et raisonné	273
Le déploiement du vote électronique doit se faire selon un certain nombre de modalités pratiques	274
Introduction	275
Les constats et les problématiques	277
Les modalités du vote électronique et le champ de la recommandation	277
Les avantages et les risques liés à la mise en place du vote électronique	278
Premiers bilans d'expériences de vote électronique	286
Les principes et le plan d'action du déploiement du vote électronique	295
Les principes du déploiement du vote électronique	295
Le plan d'action du déploiement du vote électronique	299
Les modalités pratiques, techniques et juridiques du déploiement du vote électronique	303
La déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés	304
La gestion électronique de la liste électorale	304
La sécurisation du vote	305
Les solutions d'authentification des électeurs	306
Les conditions de confidentialité du vote et de sincérité du scrutin	307
Le déroulement du vote électronique	309
Favoriser l'appropriation et la confiance de l'électeur dans le système de vote électronique	311
Favoriser le contrôle des opérations de vote	312
Assurer l'évaluation du vote électronique	313
Conclusion	314
<i>Annexe 1 : Composition du groupe de travail</i>	315
<i>Annexe 2 : Liste des personnes auditionnées</i>	316
<i>Annexe 3 : Glossaire</i>	318
<i>Annexe 4 : Modalités de vote au sein de l'Union européenne pour les élections à caractère politique</i>	321
<i>Annexe 5 : Synthèse du forum de discussion sur le vote électronique</i>	322
Les définitions du vote électronique	322

La question spécifique du vote par internet à domicile	322
La sécurisation du vote électronique	324
L'importance des comportements des citoyens face à l'outil internet	325
Les actions de fond à mener pour favoriser la mise en place du vote électronique	326
Annexe 6 : Les modifications des textes applicables afin de permettre le vote à distance par voie électronique	329
Les élections dans des organismes publics chargés de gérer des missions de justice et des affaires professionnelles	329
Les élections des usagers du service public	330
Les élections professionnelles dans le secteur public (commissions administratives paritaires et conseil d'administration)	330
Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?	333
Introduction	333
La responsabilité pénale du créateur d'hyperliens	334
La responsabilité civile du créateur d'hyperliens	336
Responsabilité civile du créateur automatique d'hyperliens	336
Responsabilité civile du créateur manuel d'hyperliens	338
Les régimes spéciaux de responsabilités	340
Régime de responsabilité applicable en matière de presse	340
Régime de responsabilité applicable en matière de contrefaçon	340
Synthèse des recommandations	342
Définitions	343
Recommandations aux créateurs d'hyperliens	343
Recommandations aux victimes	344
Grille de lecture à l'attention du juge	345
Annexe 1 : Tableau de synthèse sur les probabilités d'atteintes aux droits des tiers	347
Annexe 2 : Composition du groupe de travail	348
Annexe 3 : Liste des personnes auditionnées	349
Annexe 4 : Position divergente de l'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA)	350
S'agissant de l'application du droit commun	350
S'agissant de l'application du droit de la propriété intellectuelle	351

Projet de décret relatif aux actes authentiques électroniques	353
Introduction	353
Recommandations	354
À propos des différentes catégories d'actes authentiques visées par le décret	354
À propos de l'articulation entre actes authentiques électroniques et actes authentiques papiers	356
À propos de la signature électronique	356
À propos de la notion d'« original »	358
À propos de la conservation de l'acte authentique électronique	359
Recommandations et remarques diverses	360
<i>Annexe 1 : Composition du groupe de travail</i>	361
<i>Annexe 2 : Liste des personnes auditionnées</i>	362

Deuxième partie

DOSSIER : LA MUSIQUE EN LIGNE

Synthèse du forum de discussion

« Peer-to-peer : quelle utilisation pour quels usages ? » 365

Introduction 365

Quels usages des systèmes pair à pair ? 365

 L'utilisation dans le milieu de l'enseignement 366

 Diffusion de contenus interactifs en flux continu 366

 Multiplier les puissances de calcul 367

 Faciliter la coopération et le travail collaboratif 367

 Construire des réseaux de proximité ou de secours 367

 Diffusion des données copyleftées 368

L'échange d'œuvres musicales ou cinématographiques entre les internautes 368

 Les raisons du téléchargement de fichiers musicaux 368

 Le comportement de l'internaute face à l'œuvre téléchargée 371

 L'encadrement de la diffusion d'œuvres protégées 372

La protection de l'enfance et la lutte contre les réseaux d'échange de fichiers pédo-pornographiques 381

Conclusion 382

Troisième partie

LES PERSPECTIVES DE L'ANNÉE 2004

Les thèmes de travail en 2004	387
L'information et la sensibilisation	389
La coopération internationale	390
Une nouvelle mission : la médiation	390
Conclusion	390