

# Le Forum des droits sur l'internet

RAPPORT D'ACTIVITÉ

**a n n é e**  
**2 0 0 4**

Préfacé par  
**Jean-Pierre Raffarin,**  
Premier ministre

© La Documentation française - Paris, 2005  
ISBN : 2-11-005827-7

En application de la loi du 11-mars 1957 (article-41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup>-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

JEAN-PIERRE RAFFARIN, *PREMIER MINISTRE*

5

## Le public, au cœur de l'internet et du Forum des droits sur l'internet

ISABELLE FALQUE-PIERROTIN

7

## Le Forum des droits sur l'internet en 2004

9

## Les nouveaux enjeux de droit et de société en 2004

18

Première partie

## **RECOMMANDATIONS 2004 DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET**

55

## **Les enfants du net (I) : l'exposition des mineurs aux contenus préjudiciables sur l'internet**

57

## **Le courtage en ligne de biens culturels**

123

## **Le télétravail en France**

180

Deuxième partie

## **DOSSIER : CYBERCONSOMMATION : LES NOUVELLES TENDANCES**

249

## **Premier rapport de l'Observatoire Cyberconso**

250

Troisième partie

<b>LES AUTRES TRAVAUX DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET</b>	289
<b>Les actes du colloque au Sénat « Les réponses aux défis du <i>peer-to-peer</i> »</b>	291
<b>Les autres publications en ligne</b>	349

Quatrième partie

<b>LES PERSPECTIVES DE L'ANNÉE 2005</b>	351
<small>ISABELLE FALQUE-PIERROTIN</small>	

<b>Table des matières</b>	357
---------------------------	-----

# Préface

Le développement de l'usage des technologies de l'information et de la communication (TIC) est depuis deux ans, considéré par le Gouvernement comme une condition essentielle de la compétitivité, de la croissance économique et de l'emploi.

La mise en place d'une politique gouvernementale active pour créer un environnement favorable à l'innovation, développer les usages des TIC et intensifier la concurrence sur les marchés concernés a permis un décollage de l'usage d'internet et plus généralement des technologies de l'information dans notre pays.

Les actions conduites dans le cadre du plan RESO 2007 pour construire la confiance sur internet commencent à porter leurs fruits. Des campagnes gouvernementales spécifiques ont été entreprises (« Internet déclaré d'utilité tout public » en 2003, opération « un PC à un euro par jour » pour les étudiants en 2004) et ont rencontré un grand succès. La loi pour la confiance dans l'économie numérique, publiée en juin 2004, a créé un environnement favorable en offrant un cadre législatif adapté.

Ces efforts, engagés par le Gouvernement depuis 2002 pour encourager les Français à s'équiper et à utiliser l'internet, n'ont pas été vains. L'année 2004 connaît ainsi des taux de croissance sans précédent, tant dans l'équipement des foyers en micro-ordinateurs ou l'abonnement au haut débit, que dans le recours au « e-commerce » ou l'usage de l'« e-administration ». La France compte désormais 6 millions d'abonnés haut débit contre 500 000 en 2002. L'adoption de l'internet sans fil progresse également rapidement. L'administration en ligne se développe et les téléservices publics ont enregistré une croissance de 100 % en 2004.

Cette croissance a permis à la France de rattraper son retard par rapport à ses voisins européens, et même de rejoindre le peloton de tête en Europe dans certains domaines.

L'objectif du Gouvernement est de renforcer la remarquable dynamique actuelle, pour faire de la France, d'ici à 2007, un des fers de lance de la société de l'information en Europe.

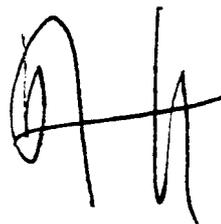
Internet est aujourd'hui installé dans nos vies, sur les lieux de travail, comme dans les foyers. La place qu'il occupe dans notre quotidien appelle une réflexion approfondie et continue sur les atouts mais aussi sur les risques que représente sa diffusion dans notre société.

L'avènement de ce nouveau média, favori des nouvelles générations devant même la télévision, nous donne l'occasion de repenser, sous un angle nouveau, de grandes questions de société. On pense naturellement à la protection de l'enfance face aux contenus pornographiques ou violents qui sont à portée de clic sur le réseau ; à la protection de la vie privée face au besoin accru de contrôle lié notamment à la menace terroriste ; à la piraterie et aux téléchargements de musique ou de films (le *peer-to-peer*) qui menacent les équilibres économiques des industries culturelles.

Internet peut aussi nous apprendre sur le plan de la méthode: cet espace de communication et de partage facilite la mise en place de nouvelles pratiques de débat, de nouveaux modes de coopération plus directs, plus internationaux, mieux adaptés aux défis de notre temps.

Pour faire face à ces enjeux, la France a notamment mis en place le Forum des droits sur l'internet, organisme original tant par son statut que par sa vocation à accompagner la mise en place d'une «corégulation» des problématiques suscitées par l'internet. S'investissant dans toutes les questions de droit et de société liés à l'internet, le Forum a, depuis sa création, progressivement pris sa place dans le paysage institutionnel français, mettant en œuvre une voie de régulation «participative», souple et ouverte à l'ensemble des acteurs de l'internet: pouvoirs publics, entreprises privées, utilisateurs. Cette approche innovante de corégulation commence à faire école sur le plan international en se diffusant en Europe.

Je tiens à saluer ici le travail réalisé par le Forum des droits sur l'internet en 2004 et son apport significatif au développement de la confiance en internet. Par ses recommandations et ses services, comme la médiation pour résoudre les litiges de l'internet, le Forum répond à un véritable besoin, celui de construire la civilité de l'internet.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a vertical line, and ending with a flourish.

Jean-Pierre RAFFARIN,  
*Premier ministre*

## **Le public, au cœur de l'internet et du Forum des droits sur l'internet**

Internet fait désormais partie du paysage quotidien des Français qui sont plus de 20 millions à l'utiliser pour acheter, s'informer, communiquer ... L'avènement du haut débit et des équipements multimédias est venu accélérer cette tendance. Le foyer français est désormais un foyer numérique!

Cette évolution suscite un certain nombre de réflexions: d'une part, elle explique l'explosion du commerce électronique qui bénéficie en outre, d'un environnement juridique protecteur pour le consommateur, avec la mise en place de la loi pour la confiance dans l'économie numérique adoptée en juin 2004; d'autre part, elle crée de nouveaux usages au bénéfice du particulier qui peut, par exemple, devenir vendeur à travers les plates-formes de courtage en ligne ou encore, donner son avis au monde entier grâce à son *blog*. Enfin, cette évolution peut inquiéter certains, des contenus et des usages choquants, notamment pour les jeunes, étant aujourd'hui à portée de clic.

Le monde numérique grand public est donc présent mais il n'est pas sans surprise. Il nous questionne, bouleverse nos usages, et nous oblige à repenser nos cadres juridiques et de valeurs.

Organisme dédié à l'internet, le Forum est, depuis sa création en 2001, un témoin privilégié de cette démocratisation d'internet. Il l'a vu monter à travers ses sites grand public dont la fréquentation a fortement augmenté en 2004. Il a voulu mieux en comprendre les conséquences, en constituant divers groupes de travail (analyse de la cyberconsommation, télétravail ...). Il veut y répondre lui-même en offrant aujourd'hui un nouveau service à destination du grand public.

Certains internautes rencontrent en effet des difficultés sur les réseaux numériques qu'il importe de régler: ces litiges sont liés à l'achat d'un bien ou d'un service, à la reprise de contenus ou d'images sans autorisation, au non-respect des droits d'auteur; il peut également s'agir d'atteinte à la vie privée ou de diffamation. Ces litiges font écho à la diversité croissante des usages du réseau.

Le Forum a décidé de proposer au particulier la possibilité de résoudre à l'amiable ces litiges à travers un service de médiation accessible en ligne, MédiateurDuNet.fr. Ce service a été lancé en septembre, après plus d'un an d'expérimentation.

La médiation, mode souple et souvent rapide de résolution des conflits, vient compléter les moyens déjà à la disposition du public comme les services client des entreprises, les associations de consommateurs ou encore les tribunaux.

Les pouvoirs publics français ont souhaité soutenir cette initiative qui s'inscrit dans le cadre de la politique gouvernementale pour développer la confiance sur internet. Elle est également en phase avec la démarche communautaire qui, depuis 1998, a rendu

publics des recommandations et un projet de directive sur les modes alternatifs de règlements des différends.

À travers ce nouveau service, le Forum se dote d'un nouvel instrument de régulation, complémentaire de ceux qu'il pratique déjà depuis 2001 : l'information et la concertation.

Il finalise sa construction en mettant en œuvre un mode de régulation original, souple et participatif. La médiation consacre la maturité du Forum qui entre ainsi dans la sphère de l'internet grand public.

ISABELLE FALQUE-PIERROTIN

*Conseiller d'État  
Présidente du conseil d'orientation  
du Forum des droits sur l'internet  
Membre de la CNIL*

## **Le Forum des droits sur l'internet en 2004**

Le Forum des droits sur l'internet a poursuivi en 2004 l'accomplissement des missions qui sont les siennes depuis 2001 : l'information et la pédagogie d'une part, la concertation entre les acteurs d'autre part. En complément, le Forum a mis en place une activité nouvelle, en lançant, à compter de septembre, un service de médiation à destination du grand public.

Pour accomplir ses missions, le Forum a complété sa structure, comprenant désormais onze permanents. 2004 a vu également l'adhésion de nouveaux membres. Enfin, la relation qu'entretient le Forum avec les pouvoirs publics a été renforcée par la signature d'une nouvelle convention triennale avec l'État.

### **Fonctionnement du Forum en 2004**

#### Une équipe renforcée

Le Forum fonctionne avec une équipe de onze personnes :

- déléguée générale : Isabelle Falque-Pierrotin ;
- secrétaire générale : Marie-Françoise Le Tallec ;
- assistante : Sophie Ouzeau ;
- responsable communication : Corinne Muller ;
- sept chargés de mission, juristes pour la plupart : Laure Baëté, Franck Bergeron, Jean Gonié, Matthieu Lerondeau, Benoit Tabaka, Yann Tesar, Lionel Thoumyre.

#### Des ressources financières consolidées

En mai 2004, les pouvoirs publics ont renouvelé leur confiance dans l'organisme, à travers la signature d'une nouvelle convention triennale (2004-2006). La subvention du Forum a été reconduite.

*« En trois ans, cet organisme, avec sa démarche novatrice de corégulation réunissant les pouvoirs publics, les entreprises et les utilisateurs, a su prendre sa place et joue un rôle important pour éclairer le gouvernement dans la complexité de l'univers internet »* a déclaré Patrick Devedjian, ministre délégué à l'Industrie lors de l'Assemblée générale des membres du Forum le 25 mai 2004.

Le Forum a étoffé son réseau de membres qui comprend désormais près de soixante-dix acteurs de l'internet. Les adhésions 2004 concernent des membres importants du commerce électronique comme PriceMinister ou Orange dans le collège des acteurs économiques, ou encore le CRIF dans le collège des acteurs non marchands.

## Des organes dirigeants actifs

Le Conseil de surveillance s'est réuni en avril et en novembre 2004. Le professeur Terré a été renouvelé dans son mandat en tant que président du Conseil de surveillance. Serge Bergamelli, directeur des NTIC à la Caisse des dépôts et consignations siège au Conseil de surveillance en remplacement de Michel Gonnet.

Le Conseil d'orientation s'est réuni à cinq reprises en 2004.

Un vote concernant le renouvellement de deux sièges au Conseil d'orientation s'est déroulé le 25 mai 2004 dans le cadre de l'assemblée générale de l'association. Dans le collège acteurs économiques, le siège à pourvoir pour une durée de trois ans est revenu à la FEVAD (Fédération des entreprises de vente à distance). Dans le collège utilisateurs, l'UNAF (Union nationale des associations familiales) a été réélue pour une durée de trois ans.

Par ailleurs, une révision des statuts a été opérée en juin 2004 afin d'introduire notamment une modification de l'article 3 des statuts du Forum pour la mise en place du service de médiation du Forum des droits sur l'internet.

## **Missions du Forum des droits sur l'internet**

### 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 l'actualité du secteur. Il a travaillé avec ses membres sur de nombreux sujets à la demande, dans certains cas, du gouvernement.

### **Avis sur les projets de lois relatives à l'internet ou projets de décrets**

L'actualité législative a été importante en 2004. Le Forum y a participé par le biais d'auditions régulières de plusieurs de ses représentants par les commissions parlementaires, par la réalisation de dossiers d'analyse sur des sujets tels que la LCEN, la réforme de la CNIL ou encore le *peer-to-peer* et la musique en ligne. En outre, le Forum a poursuivi son activité de veille sur les textes de loi.

Le Forum des droits sur l'internet a organisé en septembre 2004 au Sénat un colloque « Les réponses aux défis du *peer-to-peer* ». Cette initiative, nourrie par plusieurs mois de travaux du Forum, a permis aux acteurs de discuter des voies de solutions possibles et de préparer les débats parlementaires relatifs au projet de loi « Droit d'auteur, droits voisins dans la société de l'information ». Ce colloque a rassemblé plus de trente intervenants de haut niveau et 230 participants, provenant de la sphère économique, politique et de la société civile.

## **Les recommandations des groupes de travail**

En 2004, le Forum a rendu publiques trois recommandations, portant à quinze le nombre total de recommandations émises depuis sa création.

### **Protection de l'enfance sur internet, février 2004**

Remise aux ministres délégués à la Famille et à la Recherche et aux Nouvelles technologies, cette recommandation porte sur les moyens de prévenir l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables sur le web et sur les espaces interactifs.

### **Courtage en ligne de biens culturels, juillet 2004**

Saisi par le Conseil des ventes volontaires, le Forum a étudié le régime applicable au courtage en ligne des biens culturels. Cette recommandation, remise au ministre de la Culture et de la Communication, propose des solutions destinées à assurer les objectifs posés par la loi du 10 juillet 2000 dans le respect des règles communautaires relatives au commerce électronique.

### **Télétravail en France, décembre 2004**

Sur mandat du ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, le Forum a analysé les différentes formes de télétravail et mesuré leurs impacts tant au regard du cadre juridique et fiscal que des usages. Les propositions qu'il a remises au ministre du Travail ont été également présentées aux partenaires sociaux, étroitement associés à sa réflexion.

### **Les recommandations émises par le Forum entre 2001 et 2003 <sup>1</sup> ont presque toutes été suivies d'effets.**

Le Parlement a ainsi adopté une réforme des modes d'expression des syndicats conforme à la recommandation « Internet et relations du travail », dans le cadre de la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social du 4 mai 2004.

Deux dispositions proposées par le Forum dans son avis sur la LCEN ont été reprises par le législateur. Il s'agit d'une part, de sanctionner la dénonciation abusive de contenus et, d'autre part, d'instaurer une procédure de notification permettant aux hébergeurs de mieux traiter les demandes de retrait de contenu.

Enfin, les députés ont adopté à l'unanimité la proposition du Forum des droits sur l'internet sur le vote électronique pour les élections professionnelles, dans le cadre de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.

---

1. Conservation des données relatives à une communication électronique, décembre 2001. Internet et modes alternatifs de règlement des différends, juin 2002. Internet et communication électorale, août 2002. Internet et relations du travail, septembre 2002. Développement de l'administration électronique, février 2003. Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, février 2003. Liens hypertextes (1) libertés, mars 2003. Liens hypertextes (2) responsabilités, septembre 2003. Données publiques, avril 2003. Forums de discussion, juillet 2003. Vote électronique, septembre 2003. Projet de décret relatif aux actes authentiques électroniques, novembre 2003.

## Les actions d'information et de sensibilisation

Le Forum mène une action pédagogique auprès des usagers de l'internet sur les enjeux juridiques et recueille leurs avis et propositions. Plusieurs actions nouvelles ont été engagées en 2004 dans ce domaine.

### **L'évolution du site foruminternet.org**

Mis à jour quotidiennement, le site institutionnel du Forum [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org) est l'outil de référence des professionnels et des acteurs de l'internet. En 2004, la fréquentation du site a connu une augmentation de 80 % par rapport à l'année 2003 avec près de 470 000 visiteurs et plus de 1,3 million de pages vues.

Au cours de l'année, plus d'une centaine d'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.

Concernant les forums de discussion abrités par le site, l'année 2004 a été l'occasion de poursuivre la concertation avec le grand public sur les enjeux juridiques de l'internet. À la suite du mandat reçu du secrétaire d'État aux Affaires étrangères Renaud Muselier, le Forum a ouvert et animé pendant cinq mois (du 15 juin au 15 novembre 2004) un forum de discussion recueillant le point de vue des internautes sur les moyens de lutter contre le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme sur l'internet. Les principaux enseignements qui se dégagent des 250 contributions ont été rendus publics en décembre 2004. Ils ont aidé à préparer la réunion des ministres des Affaires étrangères des cinquante-cinq pays membres de l'OSCE à Sofia.

### **L'évolution du site DroitDuNet.fr**

Depuis son ouverture en 2003, le site [DroitDuNet.fr](http://DroitDuNet.fr) a fait l'objet de plusieurs mises à jour importantes du fait de l'actualité législative ou réglementaire. En 2004, à la suite de l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique en juin 2004, beaucoup de réponses ont été modifiées. Par ailleurs, de nouvelles fiches d'information ont été mises en ligne, comme celles sur le *spam* et la responsabilité.

La nouvelle rubrique consacrée aux collectivités locales, qui a vu le jour en décembre 2003, s'est enrichie pour regrouper aujourd'hui plus de vingt fiches pratiques destinées à éclairer les acteurs publics locaux et les agents publics sur leurs droits et devoirs dans le cadre de leur utilisation d'internet.

Au total, en 2004, la fréquentation du site a connu une augmentation de 55 % par rapport à l'année 2003, avec près de 330 000 visiteurs et plus de 1,5 million de pages vues.

### **Les événements**

Le Forum a organisé en 2004 trois types d'événements :

---

2. Synthèse disponible sur <http://www.foruminternet.org/publications>.

– Des « Rencontres », manifestations ouvertes au grand public, qui ont porté sur : « Les nouveaux enjeux de la cyberconsommation » le 30 mars ; « Existe-t-il un marché de l'art sur l'internet » le 22 juillet.

– Des « petits-déjeuners », format plus restreint autour de l'intervention d'une personnalité : Patrick Devedjian, ministre délégué à l'Industrie, a été reçu le 25 mai et Alex Turk, président de la CNIL, le 5 octobre.

– Des « matinées d'information juridique » réservées aux membres qui ont été organisées sur : « Publicité en ligne » le 10 février, « Contrat sur internet : ce que change la LCEN » le 25 juin, et « la nouvelle loi informatique et libertés » le 16 novembre.

### **La publication de guides pratiques**

Le Forum commence à développer une collection de guides, véritables outils pratiques à destination du grand public, conçus pour mieux les informer sur les droits et les usages de l'internet.

En avril 2004, deux guides pratiques, *C ton net* et *Parents, l'internet est à vous* ont ainsi été édités en 200 000 exemplaires chacun, grâce à un partenariat avec Okapi pour sensibiliser les adolescents et les parents. Étaient également associés à cette opération les ministères de la Famille et de l'Enfance, de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, l'Union nationale des associations familiales et Wanadoo qui, via leurs réseaux, ont diffusé des exemplaires de ces guides.

En novembre, le Forum des droits sur l'internet a réalisé avec la FEVAD et la CLCV un guide pratique *Achats de Noël 2004 : vive le Net!* pour sensibiliser les consommateurs aux bonnes pratiques et les informer de leurs droits. Le ministère délégué aux Petites et Moyennes entreprises, au Commerce et à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation a soutenu cette initiative.

### **L'ouverture du service de médiation MediateurDuNet.fr**

Souhaitant compléter ses outils de régulation, le Forum a ouvert sur la base de l'expérimentation menée en 2003 (cf. le rapport annuel 2003 p. 12) au grand public, le 16 septembre 2004, un service de médiation. Destiné à résoudre à l'amiable les différends de l'internet, MediateurDuNet.fr vient compléter l'offre de service à destination du grand public du Forum, déjà constituée du service d'information DroitDuNet.fr.

### **Une demande soutenue**

Ce service a rencontré une demande soutenue dès son lancement. Plus de 2 000 cas ont ainsi été soumis par les internautes au cours des quatre premiers mois suivants l'ouverture du service.

L'essentiel des demandes porte sur des différends liés au commerce électronique, ce qui fait de MediateurDuNet.fr un baromètre privilégié de ce secteur d'activité. Les autres cas portent notamment sur des litiges liés aux droits d'auteur et à la diffamation.

## **Un réseau de relations étroites tissées avec les principaux acteurs marchands de l'internet**

Afin de mieux traiter les demandes, le Forum a mis en place, avec les principaux acteurs du « e-commerce », des protocoles de travail et de coopération.

Le Forum travaille à l'évolution et l'adaptation du modèle économique d'un tel service. Dans sa phase de lancement, le service est proposé gratuitement.

### La coopération internationale à travers le réseau européen de corégulation de l'internet

Le réseau européen de corégulation de l'internet ([www.internet-coregulation.org](http://www.internet-coregulation.org)), lancé à l'initiative du Forum en décembre 2003 regroupe des organismes de sept pays européens. Il a débuté son action en 2004 et deux groupes de travail ont été mis en place, à la suite de la première réunion du réseau qui s'est tenue à Paris en mars.

Sous la direction de l'*Oxford Internet Institute*, le premier groupe de travail porte sur la protection de l'enfance et la téléphonie mobile. Ce groupe doit finir ses travaux à l'été 2005.

Le second groupe, conduit par le Forum des droits sur l'internet, traite de la gouvernance de l'internet. Des auditions ont été organisées en juin 2004 au Forum (ETSI, CECUA, Commission européenne et Markus Kummer diplomate suisse en charge du groupe de travail « *Internet governance* » des Nations unies). Markus Kummer a demandé au groupe de travail de fournir des propositions qui alimenteront le rapport final de l'ONU. Le groupe devrait terminer ses travaux en mai 2005.

Le réseau européen de corégulation de l'internet a, par ailleurs, remis aux institutions européennes, le 3 juin 2004, un avis sur la protection des enfants contre l'exposition à des contenus à caractère préjudiciable sur l'internet (incluant les contenus pornographiques et violents). Cet avis reprend les principales propositions de la recommandation que le Forum des droits sur l'internet a remise aux ministres délégués à la Famille et à la Recherche et aux Nouvelles technologies en février 2004.

Enfin, le Réseau européen de corégulation de l'internet a tenu, en octobre 2004, à Londres, sa seconde réunion plénière. Étaient présents, aux côtés des membres du Réseau, des représentants des instances européennes qui siégeaient en tant qu'observateurs (Commission européenne, Conseil de l'Europe).

En conclusion, 2004 a marqué un véritable tournant dans la vie du Forum des droits sur l'internet, avec la mise en place, à budget constant, d'une nouvelle activité, la médiation, parallèlement à la poursuite des activités de concertation, d'information et de coopération internationale.

## **Annexes**

### **Composition du Conseil d'orientation au 25 mai 2004**

**Jean-François ABRAMATIC**, ILOG.

**Sébastien CANEVET**, ISOC.

**Jean-Claude DELMAS**, Wanadoo.

**Antoine DROCHON**, Vivre le net.

**Isabelle FALQUE-PIERROTIN**, présidente.

**Daniel KAPLAN**, FING.

**Marc LOLIVIER**, FEVAD.

**Reine-Claude MADER**, CLCV.

**Jean-Pierre QUIGNAUX**, UNAF.

**Christine REICHENBACH**, UDA.

**Cyril ROJINSKY**, cabinet Rojinsky.

**Pierre SIRINELLI**, université Paris I.

### **Observateurs**

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

**Laurent SOULIER**, représentant du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

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 30 avril 2004**

**Serge BERGAMELLI**, Caisse des dépôts et consignations.

**Isabelle de LAMBERTERIE**, CNRS.

**François TERRÉ**, professeur de droit, président.

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 2004

### Collège des acteurs économiques

#### **Professions juridiques :**

SCP Charlet/Develay  
Jurisconcept  
Juritel  
Cabinet Latournerie Wolfrom et Associés  
Mouvement Jeune Notariat  
Cabinet Cyril Rojinsky  
Webconseil

#### **Banques :**

Caisse des dépôts et consignations  
Fédération bancaire française  
Société Générale

#### **Commerce en ligne :**

eBay  
Fédération des entreprises de vente à distance  
(FEVAD)  
PayPal France SAS  
PriceMinister  
SteelUser

#### **Enseignement :**

Centre national d'enseignement à distance  
(CNED)

#### **Industrie hi-tech / internet :**

Association des fournisseurs d'accès (AFA)  
Agence des médias numériques (AMEN)  
APROGED  
Groupe Berger-Levrault  
Security.com  
Certeurope  
Cirès  
La Fédération nationale des tiers de confiance  
(FNTC)  
Fédération nationale de l'information  
d'entreprises et de la gestion de créances  
(FIGEC)  
Google France  
Groupement français de l'industrie de  
l'information (GFII)  
Groupement interprofessionnel de promotion  
des systèmes d'information médico-sociale  
(GIPSIM)  
Microsoft  
Néoxia  
Omniklès  
Orange France

### Collège des utilisateurs

#### **Associations :**

Association pour le développement de  
l'informatique juridique (ADIJ)  
Association des professionnels de l'information  
et de la documentation (ADBS)  
Aquitaine Europe communication (AEC)  
Association française de droit de l'informatique  
et de la télécommunication (AFDIT)  
Association française pour le nommage  
internet en coopération (AFNIC)  
Association pour la promotion et la recherche  
en informatique libre (APRIL)  
Club du « e-public »  
CréaTIF  
Fondation internet nouvelle génération (FING)  
Free Software Foundation France (FSF)  
Internet Society France (ISOC)  
Observatoire des usages de l'internet (OUI)  
Vivre le Net

#### **Associations de consommateurs :**

Confédération de la consommation, du  
logement et du cadre de vie (CLCV)  
Union nationale des associations familiales  
(UNAF)

#### **Collectivités territoriales :**

Apronet  
Artesi  
Villes-internet

#### **Droit de l'homme et libertés :**

Conseil représentatif des institutions juives de  
France (CRIF)  
Mouvement contre le racisme et pour l'amitié  
entre les Peuples (MRAP)

## Collège des acteurs économiques

Overture  
 Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB)  
 Syndicat professionnel des médias de télécommunications (SPMT)  
 Wanadoo  
 Yahoo France

### **Presse/média/culture :**

Agence civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)  
 Bureau de vérification de la publicité (BVP)  
 France 5  
 Institut national de l'audiovisuel (INA)  
 Société des auteurs compositeurs éditeurs de musique (SACEM)  
 Syndicat national de l'édition (SNE)  
 Syndicat national de l'édition photographique (SNEP)  
 Union des annonceurs (UDA)  
 Vivendi Universal

## Collège des utilisateurs

### **Enseignement et recherche :**

Association du DESS en droit du multimédia et de l'informatique (ADMI)  
 Centre national de la recherche scientifique (CNRS)  
 Institut de recherches et prospectives postales (IREPP)  
 Société française des sciences de l'information et de la communication (SFSIC)

### **Barème des cotisations 2004**

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

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 début d'année ou lors de l'adhésion en une seule fois et calculées sur le montant du budget/chiffre d'affaires prévisionnel de l'année en cours.

## **Les nouveaux enjeux de droit et de société en 2004**

2004, année de la démocratisation numérique avec plus de 25 millions de Français connectés, a été celle de l'adoption d'un grand nombre de textes venant parfaire l'édifice juridique applicable aux contenus diffusés sur les réseaux numériques. Ces interventions législatives consistent, soit en des transpositions de textes communautaires <sup>2</sup> déjà anciens, soit en des ajouts ponctuels dans divers textes pour prendre en compte les nouveaux usages introduits par internet <sup>3</sup>.

Cette introduction du numérique dans les familles n'est pas sans conséquences. Nous sommes entrés dans l'ère du « média center » dans laquelle l'ordinateur possède les fonctionnalités utiles à la vie de tous les jours, agrège des nouveaux usages comme la télévision, le téléchargement de musique en ligne ou la location de vidéos dans des formats numériques. Les échanges électroniques s'installent dans la vie quotidienne et empruntent des formes variées: échanges commerciaux entre particuliers, relations entre l'administration et ses usagers, partage de connaissances ou de ressources. Ceci n'est pas sans bousculer certains principes juridiques, invitant à la réflexion comme celles menées par le Forum des droits sur l'internet en 2004 sur la protection de l'enfance, le courtage en ligne de biens culturels, la propriété intellectuelle ou le télétravail.

Cette maturité croissante du média internet a également incité les États à s'impliquer plus en avant dans la problématique de la régulation de ce nouvel espace. Dans le cadre du Sommet mondial sur la société de l'information, les gouvernements ont souhaité réfléchir aux méthodes de gouvernance applicables à ce réseau mondial. Un groupe de travail a été constitué sous l'égide de l'Organisation des Nations unies afin d'élaborer une définition pratique de la gouvernance de l'internet ainsi qu'une conception commune des sphères de responsabilité respectives des gouvernements, des organisations intergouvernementales, du secteur privé et de la société civile. Ces travaux, qui aboutiront en novembre 2005, seront notamment alimentés par les réflexions menées par le Réseau européen de corégulation de l'internet et pilotées par le Forum des droits sur l'internet.

### **Le phénomène du *peer-to-peer***

Le *peer-to-peer* est un système décentralisé d'échange de fichiers. Il permet aux utilisateurs qui possèdent un tel logiciel de connecter leurs ordinateurs entre eux, sans

---

2. Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, ou loi du 6 août 2004 relative à la protection des données personnelles.

3. Loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social – en matière d'usage de l'internet par les institutions représentatives du personnel, loi du 6 août 2004 relative à l'assurance maladie – créant le dossier médical personnel sous une forme électronique, etc.

passer par l'intermédiaire d'un serveur centralisé, et de s'échanger toutes sortes de fichiers numériques.

Les usages rendus possibles par ces logiciels sont dénoncés comme portant atteinte aux droits d'auteur et droits voisins en permettant et encourageant un vaste pillage des œuvres. Ce phénomène est observable au niveau mondial et présente des risques majeurs pour les auteurs et leurs ayants droit et, plus largement, pour l'industrie culturelle qui dépend des créations réalisées. Certaines études démontrent, en effet, que l'échange massif et gratuit de morceaux de musiques sur *peer-to-peer* a des répercussions sur la vente de disque. D'autres études, parues au courant des deux dernières années, aboutissent à des conclusions plus nuancées. Selon elles, soit l'utilisation du *peer-to-peer* n'impacte pas ou très peu sur la vente de disques, soit le *peer-to-peer* jouerait même en faveur d'une reprise des ventes en permettant d'effectuer la « promotion », à moindre frais, des titres vendus dans le commerce. Toujours est-il que le téléchargement de fichiers sur l'internet est une réalité. On parle de plus de 43 millions de fichiers vidéos téléchargés en France en 2003 et plus de 6 milliards de fichiers musicaux. Et ces fichiers sont, dans leur grande majorité, reproduits et distribués au mépris du droit d'auteur et des droits voisins (99 % des fichiers musicaux échangés sont contrefaits selon l'estimation de l'IDATE).

C'est pourquoi, depuis le début de l'année 2004, l'Europe, et en particulier la France, a rejoint les États-Unis dans la lutte contre le piratage d'œuvres protégées sur l'internet. Si des deux côtés de l'Atlantique le volet répressif n'apparaît pas comme une fin en soi, il reste pour l'heure un moyen de dissuasion et de sensibilisation des internautes adeptes du téléchargement gratuit.

---

***Concernant l'ensemble de ces questions, le Forum des droits sur l'internet a organisé un colloque, le 26 septembre 2004, sur les réponses aux défis du peer-to-peer. Cette manifestation a rassemblé plus de 30 intervenants et 230 participants (acteurs économiques, politiques, société civile), afin d'éclairer les parlementaires qui vont débattre en 2005, des questions de droit d'auteur dans la société de l'information. Les actes du colloque sont publiés dans le présent rapport.***

---

## Le renforcement du dispositif répressif

Face à la crise que connaissent les industries culturelles, plusieurs modifications ont été adoptées par le législateur français afin de renforcer la protection des œuvres numériques et la lutte contre la contrefaçon. Tout d'abord, la **loi dite « Perben II » du 9 mars 2004** a porté les peines pénales pour les actes de contrefaçon de deux à trois ans de prison et de 150 000 € d'amende à 300 000 €. Par ailleurs, lorsque les délits ont été commis en bande organisée, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende.

La **loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004** a, quant à elle, introduit une disposition qui permet aux juges des référés de prévenir ou de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne (site internet, forum de discussion, réseau d'échange de fichiers,

etc.). Le juge des référés peut, désormais, imposer aux hébergeurs ou, à défaut, aux fournisseurs d'accès, des mesures allant de la suppression du contenu jugé manifestement illicite à des mesures de «filtrage» de l'accès à ces contenus, si tant est que celles-ci puissent effectivement prévenir un dommage ou y mettre fin. L'article 8.I. de la loi a inséré, quant à lui, un nouvel article au sein du Code de la propriété intellectuelle qui permet au président du tribunal de grande instance d'ordonner – par le biais de la procédure d'ordonnance sur requête – la suspension de contenus portant atteinte aux droits d'auteur. Le juge peut ainsi ordonner aux intermédiaires techniques de suspendre le contenu d'un service de communication au public en ligne ou, à défaut, de «cesser d'en permettre l'accès», par exemple en imposant aux fournisseurs d'accès de filtrer le contenu des réseaux *peer-to-peer*.

En application de ces dispositions, plusieurs contrats d'accès à l'internet ont ainsi été suspendus. Pour autant, les ayants droit ne semblent pas pouvoir obtenir la résiliation du contrat d'accès à l'internet. En effet, une ordonnance sur requête du président de la troisième chambre du tribunal de grande instance de Paris a jugé que «*la mesure sollicitée, à savoir la résiliation d'une convention permettant l'accès à internet ne ressort pas de la compétence du juge des requêtes ni d'ailleurs de celle du juge des référés*» et que seule une suspension peut être demandée par cette procédure.

Par ailleurs, **la loi du 6 août 2004 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel**, modifiant les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, a ouvert 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, sous le strict contrôle de la CNIL. Une telle disposition, qui existe déjà dans plusieurs pays européens (Autriche, Danemark, Italie, Portugal et Pays-Bas), permet ainsi aux sociétés de gestion collective des droits d'auteur et aux associations professionnelles de lutte contre la contrefaçon de mettre en place des outils de collecte des adresses IP des utilisateurs des réseaux d'échanges *peer-to-peer*, dans la perspective de poursuites judiciaires.

Enfin, au niveau européen, une **directive intitulée «lutte contre la contrefaçon et le piratage» a été adoptée le 26 avril 2004**. Inspirée des bonnes pratiques des États membres, la directive s'inscrit dans le cadre fixé par l'accord ADPIC, allant même plus loin sur certains points, en prévoyant notamment : la reconnaissance du droit des organismes collectifs de gestion des droits et des organismes de défense professionnels d'ester en justice ; la mise en place de procédures relatives à la protection des preuves et de mesures provisoires telles qu'ordonnances et saisies ; la possibilité pour les autorités judiciaires d'ordonner à certaines personnes de fournir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou services illicites ; le rappel et la destruction, aux frais du contrevenant, des marchandises illicites mises sur le marché et l'harmonisation des modes de calcul des dommages et intérêts.

### L'action infructueuse des ayants droit contre les sociétés éditrices de logiciels de partage de fichiers

Le 26 juillet 2000 constitue le premier volet de l'affaire Napster au travers de la condamnation de la société éditrice du logiciel éponyme. La décision ordonnait à la

société de ne plus permettre l'échange de fichiers protégés par les droits d'auteur mis à disposition par les internautes à travers son serveur. Depuis, les logiciels décentralisés, mettant les internautes directement en relation entre eux, et non plus par l'intermédiaire d'un serveur centralisé, ont pris le relais, à commencer par Kazaa. Alors que l'affaire Napster se terminait en mars 2002 par la condamnation définitive de la société devant la cour d'appel du 9<sup>e</sup> district des États-Unis, quelques jours plus tard, les ayants droit butaient en justice sur ce nouveau protocole d'échange. L'affaire se déroulait cette fois-ci aux Pays-Bas. La cour d'appel d'Amsterdam autorisait Kazaa à poursuivre la distribution de son logiciel d'échange de fichiers, la société éditrice ne pouvant être tenue responsable des comportements fautifs des utilisateurs. Cette décision, qui répondit favorablement à l'argumentation de la défense qui invoquait un arrêt du 17 janvier 1984 de la Cour suprême des États-Unis favorable aux fabricants de magnétoscopes, fut une première pierre à l'édifice d'une suite de décisions statuant dans le même sens. Dernière en date, la décision rendue le 19 août 2004 par la cour d'appel de Los Angeles, favorable aux sociétés Streamcast Networks et Grokster, éditrices des logiciels de *peer-to-peer* Morpheus et de Grokster.

### L'action des ayants droit contre les utilisateurs : premières condamnations

Les sociétés d'ayants droit se sont tournées également vers les utilisateurs qui diffusent des fichiers sur les réseaux d'échange de fichiers. Le 8 septembre 2003, 261 plaintes ont ainsi été déposées aux États-Unis par la RIAA (*Recording Industry Association of America*), le syndicat regroupant les cinq majors du disque. S'en suivent alors différentes actions similaires mettant aujourd'hui en cause plusieurs milliers d'internautes américains.

Le 17 juillet 2003, c'était au tour de l'Espagne d'annoncer l'engagement de poursuites judiciaires à l'encontre de 4 000 utilisateurs ibériques du logiciel Kazaa. Cette action n'avait pas manqué de soulever une controverse juridique sur l'applicabilité de l'article 270 du Code pénal espagnol faisant référence au profit économique. La controverse subsiste encore aujourd'hui malgré l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> octobre 2004, de la réforme du Code pénal espagnol dont les nouvelles dispositions renforcent les sanctions prévues contre le téléchargement à but lucratif d'oeuvres protégées.

De même, le 13 janvier 2004, la BPI (*British Phonographic Industry*) a annoncé son intention d'attaquer en justice les internautes mettant à disposition leurs fichiers musicaux sur les réseaux d'échange de fichiers. De son côté, l'Italie a adopté une loi « antipiratage » renforçant les sanctions de la commercialisation illicite de fichiers téléchargés. La loi, entrée en vigueur le 28 mai 2004, prévoit des peines d'amendes (jusqu'à plusieurs milliers d'euros) et d'emprisonnement (jusqu'à trois ans).

Autre exemple, l'Allemagne, où une décision du 9 juin 2004 a condamné un internaute partageant des milliers de fichiers musicaux et vidéos sur un réseau *peer-to-peer* à l'aide du logiciel Kazaa, à une amende 400 € et au versement de 8 000 € de dommages et intérêts à la Fédération allemande des professionnels du disque, représentante de l'IFPI (la Fédération internationale de l'industrie phonographique).

En France, le 28 janvier 2004, le tribunal correctionnel de Paris condamnait un internaute à six mois de prison ferme pour revente de CD gravés. Circonstances aggravantes pour ce dernier, il était récidiviste. En février, le tribunal correctionnel de Versailles connaissait une affaire similaire et condamnait un internaute proposant sur un *newsgroup* la vente et l'échange de copies de CD audio et de compilations de fichiers musicaux. Le 29 avril 2004, le tribunal correctionnel de Vannes condamnait pour la première fois des internautes français à de la prison avec sursis et à des amendes de plusieurs milliers d'euros pour le téléchargement et le partage de fichiers sur les réseaux *peer-to-peer* alors même que cette utilisation était exclusive de tout commerce. Le 20 juillet 2004, un particulier a été condamné à deux mois de prison avec sursis et à des dommages et intérêts par le tribunal correctionnel d'Arras pour avoir contrefait «*par édition ou reproduction une œuvre de l'esprit au mépris des droits d'auteur*», en l'espèce «*téléchargé sur l'internet des vidéogrammes et phonogrammes gravés sur support inamovible*» et «*non rémunéré l'artiste-interprète et le producteur des vidéogrammes et phonogrammes retrouvés contrefaits à son domicile*».

Concernant le seul téléchargement, le 26 janvier 2004, le secrétaire général du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) déclarait que des poursuites judiciaires allaient être engagées contre les internautes français réalisant des actes de téléchargement. Le 28 juin, la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP), représentant les producteurs de disques, annonçait avoir engagé une vingtaine de plaintes contre X pour obtenir l'identité d'internautes mettant illégalement à disposition des fichiers musicaux sur les réseaux *peer-to-peer* à partir des pseudos et des adresses IP relevés par elle. Le SNEP et la SCPP annonçaient finalement, le 7 octobre 2004, que 50 procédures judiciaires avaient été engagées contre des internautes français dans le cadre d'une vaste opération pan-européenne de lutte anti-piratage représentant plus de 700 plaintes (28 au Royaume-Uni, 174 au Danemark, 100 en Allemagne, 100 en Autriche, 7 en Italie 7 et 50 en France). Une première décision est attendue en France pour le mois de février 2005.

### Les difficultés des ayants droit face aux fournisseurs d'accès, détenteurs des éléments d'identification des internautes

La question de l'identification des internautes par les fournisseurs d'accès à l'internet s'est posée la première fois aux États-Unis. Le 19 décembre 2003, la cour d'appel fédérale de Washington avait imposé aux maisons de disque d'obtenir l'accord préalable d'un juge afin d'obtenir des fournisseurs d'accès à l'internet l'identité des utilisateurs des réseaux d'échange. Cette obligation alourdissait la procédure, obligeant ainsi les ayants droit à engager contre chaque internaute anonyme un «*procès contre John Doe*». Cette décision est devenue définitive le 12 octobre 2004 à la suite de la décision de la Cour suprême des États-Unis de ne pas examiner cette décision. Les ayants droit ne peuvent donc pas, pour l'instant, demander, sans décision de justice, aux fournisseurs d'accès internet de divulguer le nom de leurs abonnés soupçonnés de piratage. Solution tempérée par l'annonce par le Département américain de la justice, au même moment, de renforcer les moyens de lutte contre le piratage en augmentant notamment les effectifs des cinq unités spécialisées dans la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle.

En France, la question problématique ne s'est pas posée puisque la loi oblige les prestataires techniques à ne divulguer l'identité de leurs abonnés que sur intervention du juge. Cependant, les fournisseurs d'accès sont invités à prendre des mesures proactives: le 28 juillet 2004, une «charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique» a ainsi été signée entre pouvoirs publics, ayants droit et fournisseurs d'accès prévoyant l'envoi par les FAIs de courriels d'avertissement aux internautes qui téléchargent et la coupure de leur accès internet. Les premières suspensions d'abonnements sont ainsi intervenues au cours du mois de novembre 2004 à la suite d'ordonnances sur requêtes déposées à la demande de la SCPP.

En Belgique, le 24 juin 2004, la SABAM, société de défense des droits des auteurs, a intenté une action devant le tribunal de première instance de Bruxelles contre le fournisseur d'accès Tiscali, pour que ce dernier empêche ses abonnés d'utiliser les réseaux *peer-to-peer*. Le 26 novembre 2004, les juges ont considéré «*qu'est établie l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales faisant partie du répertoire de la SABAM du fait de l'échange non autorisé de fichiers électroniques musicaux grâce à des logiciels peer-to-peer et ce, au travers de l'utilisation du réseau internet de la SA Tiscali*». Dans ces conditions, les juges estiment que «*la constatation d'une atteinte au droit d'auteur contraint en principe le tribunal à en prononcer la cessation*». Une expertise a néanmoins été ordonnée afin d'examiner les possibilités techniques de procéder à un tel filtrage.

## Le développement d'actions de sensibilisation

La première manifestation en France de ces actions est intervenue en janvier 2004. Du 26 au 31 janvier 2004, le Comité national anticontrefaçon (CNAC) organisait une campagne nationale de sensibilisation sur les risques juridiques de la contrefaçon en général, et sur celle relatives aux œuvres numériques sur l'internet en particulier. Le 19 mai 2004, le ministère de la Culture présentait en Conseil des ministres un plan de lutte contre la piraterie dans les industries culturelles, mélangeant prévention, avec notamment une campagne de sensibilisation des jeunes, et répression avec l'adoption au plan européen d'une «*décision-cadre pour le volet pénal de la lutte contre la piraterie*».

---

***Le Forum des droits sur l'internet a été mandaté en décembre 2004 par le ministre de la Culture et de la Communication et le ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche pour réaliser un guide dans le but de sensibiliser les jeunes internautes aux enjeux de la création artistique et de la protection de la propriété littéraire et artistique.***

---

## Les réponses au débat sur la copie privée

En France, dans sa décision du 30 avril 2004, le tribunal de grande instance de Paris a, pour la première fois, clairement validé les systèmes de protection anticopie. En l'espèce, un particulier s'était procuré le DVD du film de David Lynch, *Mulholland Drive* contenant une mesure de protection anticopie bien que la jaquette du DVD ne

le mentionnait pas. N'ayant pu réaliser une telle copie, il a donc assigné en justice, accompagné de l'association de défense des consommateurs UFC – Que Choisir, les sociétés Films Alain Sarde, Universal Pictures Video France et Studio Canal pour atteinte aux dispositions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Selon les demandeurs, cet article instituerait au profit de l'acquéreur d'une œuvre enregistrée un «*droit à en faire une copie privée*». Les plaignants reprochaient également aux défendeurs le défaut d'information sur la présence du dispositif anticopie.

S'agissant de ce qu'il qualifie «*d'exception précisément circonscrite*», le tribunal a rappelé que l'exercice de cette faculté de copie privée ne doit «*pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur*». Il s'est appuyé à cet égard sur le fameux «test des trois étapes» qui ressort des dispositions de la convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (article 9-2), de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994 (article 13), du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 et de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dite «directive société de l'information» (article 5 et 6) en cours de transposition dans notre droit interne. En conséquence, les magistrats ont considéré qu'une mesure de protection technique pouvait valablement limiter les possibilités pour les acheteurs de produits équipés de celle-ci d'en réaliser des copies.

Enfin, le débat subsiste sur l'étendue de l'exception pour copie privée. Le 13 octobre 2004, une décision du tribunal correctionnel de Rodez relaxait un internaute accusé d'avoir réalisé des copies de films et de dessins animés «*qu'il avait en partie téléchargé sur internet via son ordinateur pour un tiers, le reste ayant été copié sur des CD-Rom prêtés par des amis*». Estimant que «*la preuve d'un usage autre que strictement privé tel que prévu par l'exception de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle par le prévenu des copies qu'il a réalisé n'apparaissant pas rapportée en l'espèce, il convient d'entrer en voie de relaxe à son égard*». Cette décision a été frappée d'appel.

En juillet 2004, le Conseil économique et social s'est également prononcé dans ce sens, estimant que les copies non commerciales relèvent de la copie privée et sont donc légales.

Au Canada, le 31 mars 2004, la cour fédérale d'Ottawa a décidé que le téléchargement de fichiers musicaux sur les réseaux *peer-to-peer* n'était pas assimilable à de la contrefaçon de musique, rejoignant ainsi la position exprimée par la Commission canadienne du droit d'auteur, chargée de la perception des redevances pour la copie privée (SCPCP) selon laquelle le téléchargement de tels fichiers est couvert par l'exception de copie privée. En conséquence, le juge canadien a refusé d'ordonner la communication de l'identité des vingt-neuf utilisateurs de Kazaa poursuivis par la CRIA (*Canadian recording industry association*).

## **Le développement de l'administration électronique**

L'administration électronique constitue aujourd'hui, dans de très nombreux pays européens, un des usages majeurs de l'internet. Une étude réalisée en 2004 par Cap Gemini et la Sofres montre que les internautes français ont recours plus fréquemment aux téléprocédures que leurs homologues britanniques ou allemands. La France se classe au-dessus de la moyenne européenne et se place dorénavant en septième position des membres de l'Union où l'administration électronique est la plus développée.

En France, l'objectif est de permettre aux citoyens de réaliser l'ensemble de leurs démarches administratives en ligne. Ainsi, le 9 février 2004, le Premier ministre a présenté le programme ADELE (ADministration ELEctronique) 2004/2007 proposant 140 mesures qui concerneront près de 300 nouveaux services, reposant sur quatre exigences : être à l'écoute constante des usagers, rendre les services accessibles à tous, créer un pacte de confiance avec les Français et faire mieux en maîtrisant les dépenses de l'État. Concernant le dernier objectif, les mesures prévues sont destinées à améliorer la productivité des administrations et à dégager, à l'horizon 2007, une économie de l'ordre de 1,5 milliard € par an et 10 000 emplois.

La «e-administration» donne lieu à de nombreuses applications dans les divers États. On peut ainsi citer le cas de la *Superior Court of San Joaquin County*, une juridiction californienne, qui a lancé au début de l'année 2004 un service permettant de s'acquitter en ligne des amendes prononcées ou les cautions demandées en utilisant une carte bancaire. En France, les tribunaux administratifs de Paris et Lyon ont lancé en mars 2004 une expérimentation appelée «e-Sagace». Cet outil permet aux requérants, grâce à un code confidentiel affecté à leur dossier, de suivre l'état d'avancement de l'instruction les concernant. Le but est de mettre fin à l'opacité de la procédure administrative. Ce service a été étendu en juin 2004 à l'ensemble des juridictions administratives.

Un autre domaine fait l'objet de nombreux projets : celui de l'identité numérique. Ainsi, la Belgique a annoncé un plan destiné à attribuer à chaque habitant une adresse de courrier électronique gratuite afin de communiquer avec les différentes autorités gouvernementales. Cette adresse serait incluse dans le registre national des identités aux côtés de l'adresse postale, du lieu et de la date de naissance. Cette mesure accompagne les premières phases pilotes de déploiement de la carte d'identité électronique. Le Gouvernement belge a, en effet, diffusé en avril 2004 dans onze villes du pays, des cartes à puce tenant lieu de papier d'identité. Outre les données habituelles (nom, prénom, date, lieu de naissance, photo, nationalité ...), le document sert aussi à son détenteur à apposer sa signature électronique, à attester de l'exercice d'un mandat ou d'une compétence officielle, et permet d'authentifier son identité au moment d'utiliser une application de l'administration en ligne.

Dans d'autres pays européens, la carte d'identité électronique se met en place progressivement. Au Royaume-Uni, ceci représente un changement majeur pour un pays où les citoyens ne disposent pas de carte d'identité papier. À cet effet, une première carte d'identité électronique, comportant des données biométriques

(empreinte digitales et faciales, scan de l'iris de l'œil), est testée par près de 10 000 personnes. En France, le ministre de l'Intérieur a déclaré en septembre 2003 que la carte d'identité électronique serait opérationnelle en 2006, après la numérisation de la carte grise et du passeport.

Au-delà de ces multiples projets qui diffèrent selon les pays, deux domaines font l'objet d'intérêts communs : le vote électronique et la dématérialisation de la parution des normes législatives et réglementaires.

## La généralisation des expériences de vote électronique

Avec l'année 2004, le vote électronique est passé dans sa phase opérationnelle aussi bien en France qu'à l'étranger. En France, la première étape avait été marquée par la loi du 2 juillet 2003 portant habilitation du Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures de simplification et de codification du droit. L'ordonnance du 12 novembre 2003 avait ainsi rendu possible le recours au vote électronique pour les élections au sein des chambres de commerce et d'industrie, des chambres de métiers et des chambres d'agriculture. Une série de textes réglementaires est venue préciser ces premières mesures. Ainsi, un décret du 29 juillet 2004 indique que « *pour voter par voie électronique, l'électeur, après connexion au site internet ou à tout autre réseau accessible à tous les électeurs, s'identifie, exprime son vote et le valide au moyen des instruments d'authentification qui lui ont été attribués* ». Cet électeur vérifie ensuite l'inscription sécurisée de son vote par le système de vote électronique. Enfin, la transmission du vote et l'émargement de l'électeur font l'objet d'un accusé de réception électronique sur lequel figure la date de ladite réception. Testé à l'occasion du renouvellement des chambres du commerce et de l'industrie du 13 octobre au 3 novembre 2004 par cinq villes, les résultats ont été encourageants, la participation ayant été plus importante que dans les autres communes.

Poursuivant ce déploiement, un décret et un arrêté du 3 décembre 2004 ont autorisé le vote par voie électronique à l'occasion de l'élection des conseils des universités de Lyon II et de Nantes. Un arrêté, pris après avis de la CNIL, a réglé les modalités précises de l'élection. En particulier, l'élection par voie électronique doit être mise en œuvre sur décision du président ou du directeur de l'établissement, après avis du conseil d'administration de l'établissement et consultation des représentants des étudiants au conseil d'administration, au conseil scientifique et au conseil des études et de la vie universitaire ou aux conseils exerçant leurs attributions. La mise en place du vote par voie électronique exclue également toute autre modalité de vote.

Rappelons pour mémoire que le Forum des droits sur l'internet, avait souhaité, le 26 septembre 2003, dans sa recommandation sur l'avenir du vote électronique en France, « *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* » et en particulier à l'occasion des « *élections des représentants des étudiants au sein des universités* ».

De même, l'article 54 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique modifie le Code du travail afin de pouvoir procéder aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise par voie électronique. En

pratique, le texte insère à la première phrase du premier alinéa des articles L. 423-13 et L. 433-9 du Code du travail, les mots « *ou par vote électronique, dans les conditions et selon les modalités définies par décret en Conseil d'État* ». Jusqu'à présent, la jurisprudence estimait que le vote électronique pour les élections professionnelles n'était pas permis. Pour autant, le Forum des droits sur l'internet s'était déclaré à deux reprises, favorable au principe du vote électronique au sein de l'entreprise dès lors que les conditions techniques garantissent la confidentialité du vote et la sincérité du scrutin. Il avait recommandé que « *soient modifiées les dispositions du Code du travail qui n'admettent, pour l'instant, que le vote sur support papier* ». Suivant ces recommandations, la loi a donc instauré la possibilité de procéder par voie électronique à la tenue des élections professionnelles dans le secteur privé. Le choix des modalités de ce vote (vote à distance, vote sur un kiosque à voter, etc.) devra être réglé par un accord d'entreprise réunissant les partenaires sociaux.

L'année 2004 a également été l'occasion pour les avocats d'utiliser, une nouvelle fois, l'outil internet pour procéder à l'élection du bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris. Cette élection a cependant fait l'objet d'une contestation par l'un des candidats, celui-ci arguant de dysfonctionnements du vote. Des problèmes similaires avaient été rencontrés lors des opérations menées en novembre 2004 par le barreau de Lyon entraînant une annulation de ce scrutin.

Au niveau des élections politiques, le vote électronique, exclusivement par machines à voter, a été testé à l'occasion des élections cantonales, régionales et européennes de 2004. Ce changement fait suite à la publication au *Journal officiel* du 27 novembre 2003 d'arrêtés approuvant le règlement fixant les conditions d'agrément des machines à voter et fixant les conditions d'agrément des organismes chargés de vérifier la conformité des machines à voter au règlement précité et d'un avis aux constructeurs de machines à voter. Sur ces fondements, un premier modèle de machine à voter électronique, développée par la société néerlandaise Nedap, a été agréé par un arrêté du 23 février 2004. Deux nouvelles machines ont ensuite été agréées par des arrêtés du 14 avril 2004 (Société RDI Consortium Univot) et du 7 mai 2004 (Société Indra Sistemas). Entre-temps, le ministère de l'Intérieur a procédé à la publication de la liste des communes autorisées à utiliser des machines à voter. Par un premier décret du 18 mars 2004, 33 communes ont reçu cette autorisation, suivies par vingt nouvelles désignées par un nouveau décret en date du 27 mai 2004 et deux nouvelles par un décret du 30 août 2004. Au total, ce sont donc cinquante-cinq communes françaises qui sont autorisées à utiliser des machines à voter et donc à proposer du vote électronique par ce biais.

En pratique, plusieurs communes se sont lancées dans de telles expérimentations. Tel est le cas, par exemple, de la ville de Brest à l'occasion des élections cantonales et régionales de mars 2004. Cette commune a poursuivi ce test, avec d'autres comme Vandœuvre-lès-Nancy, à l'occasion des élections européennes de juin 2004. Dans cette seconde commune, les vingt et un bureaux de vote étaient équipés de tels outils. Ces tests ont été plutôt concluants, la ville de Brest enregistrant une participation supérieure de 3 % par rapport au scrutin de 1998 et ne connaissant que quelques problèmes jugés mineurs, comme la difficile lecture des bulletins de vote reproduits en fac-similé.

Ira-t-on jusqu'à l'instauration d'un vote par internet pour les élections politiques ? À l'occasion de plusieurs interventions, le Premier ministre a pu indiquer que les prochaines élections européennes de 2009 devraient être l'occasion de procéder à une expérience en la matière. Il a également pris position en faveur de la mise en place d'un vote par internet à l'occasion du référendum sur la Constitution européenne devant intervenir en 2005.

L'ensemble de ces expérimentations a été examiné par la Commission nationale à l'informatique et aux libertés (CNIL) qui s'est assurée du respect de sa délibération du 1<sup>er</sup> juillet 2003 en matière de sécurité des systèmes de vote électronique. Elle a notamment insisté sur la nécessité de renforcer l'expertise des systèmes de vote et d'établir un bilan. Elle rejoint en cela les recommandations du Forum des droits sur l'internet du 26 septembre 2003 qui estimait que les votes électroniques menés pour les scrutins publics devaient faire l'objet d'un suivi et d'une évaluation spécifiques au travers, par exemple, de la création d'un observatoire.

En Europe, les élections européennes de juin 2004 ont permis de constater une volonté de généralisation du vote électronique avec néanmoins plusieurs obstacles. Ainsi, en Irlande – où de tels outils avaient été testés à l'occasion d'un référendum sur l'Europe en septembre 2003 – un rapport, rendu en avril 2004, a estimé qu'il était nécessaire de reporter l'utilisation des machines dès lors que le collège d'experts n'avait pas eu le temps d'établir avec certitude que les machines à voter répondaient à une exigence de sécurité suffisante. D'autres expérimentations ont néanmoins été menées. En octobre 2004, le Conseil supérieur de la gestion des eaux du Rijnland, quatrième élément de l'organisation administrative néerlandaise, a été élu par l'intermédiaire d'un vote électronique. En Autriche, le groupe de recherche « e-Voting.at » de l'université économique de Vienne a réalisé en avril 2004 un test électoral de vote électronique lors des élections présidentielles. 20 000 étudiants auraient pu voter par voie électronique, mais seulement 1 000 ont participé. Ce vote n'a néanmoins pas été pris en compte dans le décompte des voix. En Suisse, les autorités ont souhaité poursuivre des tests déjà entrepris en permettant de procéder à un vote par internet à l'occasion d'un référendum organisé en septembre 2004. 2 273 personnes, représentant 22 % des voix, ont ainsi voté par l'internet. Au Royaume-Uni, et malgré les critiques émises en 2003, le Gouvernement a présenté en mai 2004 son plan destiné à procéder à la généralisation du vote électronique à l'occasion des élections de 2007. L'objectif est de réduire l'abstention notamment de la part des jeunes électeurs.

Face à cette généralisation, le Conseil de l'Europe a adopté, le 30 septembre 2004, la recommandation (2004)11 du Comité des ministres aux États membres sur les normes juridiques, opérationnelles et techniques relatives au vote électronique. L'objectif de ce texte est de fixer des normes communes sur le vote électronique, fondées sur les principes du vote démocratique, au travers, notamment, de l'interopérabilité des systèmes de vote.

Aux États-Unis, et après les difficultés rencontrées à l'occasion des élections présidentielles de 2000, plusieurs États dont la Californie et la Floride ont souhaité proposer des machines à voter à l'occasion des élections de novembre 2004. Beaucoup de critiques ont été émises à l'encontre des outils utilisés. De ce fait, la Californie a adopté un texte interdisant l'utilisation de machines ne délivrant pas de

récépissé papier permettant à l'électeur de vérifier l'enregistrement de son vote en faveur de tel ou tel candidat. De même, le Pentagone a suspendu en février 2004 son projet de vote électronique par l'internet destiné à permettre aux Américains installés à l'étranger de voter aux élections présidentielles. Les autorités étaient inquiètes quant à la fiabilité et à la sécurité du système. Néanmoins, même si quelques difficultés ont pu apparaître, comme par exemple la suppression de 4 500 votes en Caroline du Nord, l'utilisation de machines à voter électroniques aux USA, s'est déroulée dans de bonnes conditions.

### Le processus de dématérialisation du *Journal officiel* est engagé

Parmi les mesures phares en matière de développement de l'administration électronique figure la dématérialisation des procédures de parution des normes législatives ou réglementaires dans une publication officielle.

En Europe, une telle évolution a débuté le 24 décembre 2002 en Belgique lorsque le législateur a adopté une loi précisant que la publication des textes au Moniteur belge se faisait en trois exemplaires papier. L'article 475 de la loi précisait néanmoins que «*toute autre mise à disposition du public est réalisée par l'intermédiaire du site internet de la direction du Moniteur belge*».

Cette innovation a eu pour conséquence de rendre consultable le journal officiel belge exclusivement sur l'internet ou en se déplaçant à la direction du Moniteur belge. Arguant de la discrimination que ces dispositions introduisaient à l'égard des usagers ne disposant pas de matériel informatique, une organisation syndicale agréée introduisit un recours en annulation de celles-ci devant la cour d'arbitrage sur le fondement des articles 10 («*Les Belges sont égaux devant la loi*») et 11 («*La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination*») de la Constitution.

Les requérants se référaient à une recommandation en date du 9 septembre 1999 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative au service universel communautaire relatif aux nouveaux services de communication et d'information selon laquelle les nouveaux services de communication ne devraient pas remplacer les modes traditionnels de communication avec les autorités publiques.

Rappelant que «*le principe d'égalité et de non-discrimination peut être violé lorsque le législateur traite de la même manière des personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes*», la cour d'arbitrage s'est livrée à un examen de la proportionnalité des dispositions attaquées au regard du «*droit inhérent à l'État de droit*» pour toute personne de prendre connaissance en tout temps des textes officiels.

Suivant l'argumentation des requérants, la cour d'arbitrage a considéré «*qu'un nombre important de personnes se verront privées de l'accès effectif aux textes officiels, en particulier par l'absence de mesures d'accompagnement qui leur donneraient la possibilité de consulter ces textes, alors qu'elles avaient la possibilité, antérieurement, de prendre connaissance du contenu du Moniteur belge sans devoir disposer d'un matériel particulier et sans avoir d'autre qualification que de savoir lire*». Ainsi,

«faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes. Elle n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution». En conséquence, la cour a annulé, dans son arrêt du 16 juin 2004, les articles 474 et 475 de la loi programme du 24 décembre 2002, en prenant soin de préciser le maintien définitif des effets des publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005.

En France, un dispositif proche a été créé par l'ordonnance du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, prise en application de l'article 4 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. Selon l'article 3 de ce texte, la publication des lois, ordonnances et décrets est assurée le même jour, sur papier et sous forme électronique «dans des conditions de nature à garantir leur authenticité».

Deux décrets sont venus apporter des précisions. Tout d'abord, par un texte en date du 28 mai 2004, le Gouvernement a fixé la liste des actes individuels ne devant pas faire l'objet d'une publication sous forme électronique. Cette exception est notamment dictée par un souci de protection de la vie privée des personnes qui peuvent être visées par l'acte en question.

Ensuite, et par un second décret en date du 29 juin 2004, les pouvoirs publics ont fixé la liste des textes dont la publication, dans la seule version électronique du Journal officiel de la République française, suffit à assurer l'entrée en vigueur. Cette possibilité a été ouverte par l'article 5 de l'ordonnance qui prévoit, pour certains actes administratifs, que «la publication au Journal officiel sous forme électronique suffit à assurer l'entrée en vigueur».

Tel est le cas des actes réglementaires, autres que les ordonnances, qui sont relatifs à l'organisation administrative de l'État, aux fonctionnaires et agents publics, aux magistrats et aux militaires, au budget de l'État. Tel est le cas aussi des décisions individuelles prises par le ministre chargé de l'économie dans le domaine de la concurrence et des actes réglementaires des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale, autres que ceux qui intéressent la généralité des citoyens.

Enfin, la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit a ajouté un article 5-1 à l'ordonnance du 20 février 2004 en prévoyant que «la publication des actes et documents administratifs au bulletin officiel d'un ministère diffusé sous forme électronique dans des conditions garantissant sa fiabilité produit les mêmes effets de droit que leur publication sous forme imprimée».

## **Le commerce électronique**

C'est un sentiment général corroboré par les chiffres: 2004 a encore été une année de très forte croissance du commerce électronique en France. Les chiffres les plus récents montrent une progression des ventes en ligne de plus de 60 % par an. La France compte aujourd'hui plus de 12 millions de cyberacheteurs qui affichent, pour 99 % d'entre eux, une intention de ré-achat en ligne. C'est dans ce contexte qu'a été

promulguée le 21 juin 2004, la loi pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique, qui consacre un grand nombre de ses articles aux questions de commerce électronique.

Deux domaines sont régis par ces nouvelles dispositions : le renforcement de la protection du consommateur et l'encadrement de la publicité par courrier électronique.

Tout d'abord, la loi impose aux acteurs du commerce électronique de faire figurer sur leurs sites internet plusieurs mentions légales complémentaires (adresse de courrier électronique, numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés, etc.). En outre, le texte pose une condition de validité du contrat électronique : le double-clic. Un contrat sera considéré comme conclu lorsque l'internaute aura, premièrement, validé une page lui présentant le détail de sa commande et lui permettant des modifications et, deuxièmement, validé une seconde page lui communiquant le détail définitif de sa commande. Enfin, et en matière d'inexécution contractuelle, le texte transpose aux acteurs de la vente à distance le régime juridique instauré en 1992 en matière de voyages à forfait. La loi rend ainsi le cybermarchand responsable de plein droit de l'ensemble des obligations prévues au contrat, sauf faute du cocontractant ou cas de force majeure. Sa responsabilité pourra notamment être retenue en cas de perte ou d'avarie de l'objet au cours de son transport même si celui-ci est opéré par un tiers.

Concernant la prospection directe par courrier électronique, la loi transpose en droit français le principe de l'*opt-in*, c'est-à-dire l'obligation du recueil préalable du consentement de l'internaute à recevoir de la publicité par courriel. Cette exigence connaît cependant une exception au profit des acteurs marchands vis-à-vis de leurs fichiers clients. Ils pourront leur adresser de la publicité sous réserve que celle-ci vise des produits ou services « analogues » à ceux acquis précédemment. Dans tous les cas, chaque message devra comporter un objet explicite et donner les moyens de se désabonner sans frais.

---

***Le Forum des droits sur l'internet a publié le 15 juin 2004 un dossier décrivant le nouveau cadre juridique pour l'internet fixé par la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Les nouvelles règles de droit relatives à la communication au public en ligne y sont rappelées, expliquées et classées par profils de personnes concernées par les textes.***

---

Dans le domaine de l'accès à l'internet, la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (article 114) a ajouté trois nouveaux articles au Code de la consommation (L. 121-83, 84 et 85) prévoyant notamment que « *tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* ». Pour les contrats à durée déterminée ne comportant pas de clause déterminant précisément les hypothèses pouvant entraîner une modification contractuelle ou de clause portant sur la modification du prix, le consommateur peut exiger l'application des conditions initiales jusqu'au terme de la durée contractuelle.

Par ailleurs, et faisant suite aux conclusions d'un rapport remis au Premier ministre le 9 juillet 2003, une proposition de loi déposée par le député Luc Chatel, débattue en 2004, a été adoptée définitivement le 20 janvier 2005. Parmi les dispositions discutées, le texte crée un nouvel article L. 136-1 au Code de la consommation destiné à encadrer la reconduction des contrats. Applicables aux contrats de prestation de service – notamment les contrats conclus avec des fournisseurs d'accès à l'internet –, les nouvelles dispositions veulent imposer au professionnel « d'informer le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite ». À défaut d'avoir reçu une telle information, « *le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction* ». Dans une telle situation, le professionnel est tenu de rembourser les avances effectuées après cette date. Les nouvelles dispositions entreront en vigueur six mois après la date de promulgation de la loi et s'appliqueront à l'ensemble des contrats, y compris ceux en cours.

Parallèlement, un premier texte de transposition de la directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation a été présenté au Parlement en juin 2004. Il prévoit d'offrir au consommateur une action en garantie uniforme fondée sur une notion nouvelle de conformité du bien au contrat englobant le vice caché et la délivrance conforme tels qu'ils sont connus en droit Français. Cette réforme devrait être adoptée en 2005 par voie d'ordonnance, conformément à l'autorisation délivrée par la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit au Gouvernement.

## La poursuite de la lutte contre le *spamming*

La France, comme rappelé précédemment, s'est dotée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, d'un dispositif juridique encadrant la prospection directe par courrier électronique. Prévu aux articles L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques et L. 121-20-5 du Code de la consommation, le texte prévoit qu'est « *interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen* ». Le consentement exigé par ce texte s'entend de toute « *manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe* ».

Le champ d'application de la nouvelle mesure demeure limité puisque constitue une prospection directe « *l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services* ». Par ailleurs, une exception est également prévue puisqu'une telle prospection est possible sans autorisation si « *les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui [...] à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues 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'op-*

*poser, 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».*

Enfin, et dans tous les cas, le texte interdit d'adresser des messages «*sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais*». De même, il est également interdit 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.

Afin de veiller au strict respect de ces dispositions, la loi confie à la DGCCRF et à la CNIL des missions en la matière. La DGCCRF détient des pouvoirs d'instruction et de dénonciation au parquet des faits dont elle aurait connaissance et ceci, dès lors que le non-respect de ces dispositions est sanctionné par une contravention de la quatrième classe en vertu de l'article R. 10-1 du Code des postes et communications électroniques. Par ailleurs, La CNIL est chargée par la loi de veiller, pour ce qui concerne la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique, au respect des dispositions applicables en utilisant les compétences qui lui sont reconnues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. À cette fin, elle peut notamment recevoir par tous moyens, les plaintes relatives aux infractions aux dispositions du présent article. Elle peut également prononcer des sanctions pécuniaires dès lors que cette faculté lui a été ouverte par la loi du 6 août 2004.

Parallèlement au renforcement de ce dispositif législatif français et suite à l'adoption en 2003 par un grand nombre d'États de dispositions destinées à la lutte contre le spamming, l'année 2004 s'est principalement concentrée sur la répression des auteurs d'envois de courriers électroniques non sollicités.

En France, le Tribunal de commerce de Paris a condamné le 6 avril 2004 à 5 000 € de dommages et intérêts, à la demande de Microsoft et d'AOL, une société qui avait envoyé de nombreux messages électroniques non sollicités. Comme argument en faveur de la condamnation, les deux géants de l'internet avaient invoqué une violation des dispositions contractuelles les liant au spammeur. Le tribunal de grande instance de Paris a également eu à connaître de cette problématique. Par une ordonnance de référé du 5 mai 2004, les magistrats ont sanctionné, en se fondant sur l'atteinte au droit des marques, une société qui avait réalisé un envoi massif de messages publicitaires en utilisant une adresse fournie par *hotmail*. Les juges considèrent que cette utilisation constitue «*une atteinte à la marque dans un but purement commercial, par un moyen pouvant être assimilé à un usage de marque, pour des services similaires, soit des services de publicité, marketing et de promotion*».

Enfin, mais s'inscrivant à contre-courant de la tendance jurisprudentielle, le tribunal de grande instance de Paris a relaxé, le 7 décembre 2004, un internaute accusé sur le fondement des anciennes dispositions de l'article 226-18 du Code pénal d'avoir procédé à une collecte frauduleuse de données nominatives destinées à un envoi de courriers électroniques publicitaires. L'internaute était poursuivi pour avoir collecté frauduleusement des données nominatives à l'aide de deux logiciels. Après avoir rappelé que les adresses de courrier électronique peuvent constituer des données nominatives, les juges indiquent que la notion de collecte est synonyme de recueil

et de rassemblement ce qui implique «leur enregistrement ou leur conservation dans un fichier». Néanmoins, et même si une collecte est prouvée, ils précisent «que le consentement express des intéressés, qu'il intervienne a priori ou a posteriori, n'est pas exigé en tant que tel par la loi pour caractériser la loyauté de la collecte». Pour les juges, dès lors qu'il existe un principe de «l'accessibilité universelle de l'internet», un recueil de données nominatives disponibles sur «des espaces publics, opération qui n'est interdite par aucune disposition expresse et n'implique l'usage d'aucun procédé frauduleux, ne peut être, du seul fait qu'il serait effectué sans que les intéressés en soient informés, considéré comme déloyal». Les juges ont donc relaxé l'internaute. Le ministère public a néanmoins décidé de faire appel de la décision.

En Europe, de même, des condamnations ont été prononcées à l'encontre de «spammeurs». Ainsi, le 21 janvier 2004, une juridiction danoise a condamné à une amende de 400 000 couronnes danoises un internaute qui avait envoyé plus de 15 000 courriers électroniques non sollicités. Le 8 avril 2004, un «spammeur» néerlandais a été condamné à verser 25 000 \$ à la *Federal Trade Commission* américaine pour avoir envoyé des courriers électroniques publicitaires contenant des objets non explicites et dépourvus d'adresses de désabonnement effectives. En Russie, un étudiant a été condamné à payer une amende de 3 000 roubles pour avoir créé un logiciel pouvant aboutir à la saturation des systèmes informatiques au travers de l'envoi massif de données. Enfin, aux États-Unis, plusieurs condamnations sont intervenues sur la base des nouvelles règles fédérales instaurées par le *Can Spam Act* ou des législations des États fédérés. Dans de nombreux cas, les fournisseurs d'accès étaient parties à ces procédures.

Enfin, au cours de l'année 2004, plusieurs États ont constitué des groupes de travail au niveau national ou international afin de réfléchir de façon prospective aux moyens de lutte contre le *spam*. Ainsi, le 16 janvier 2004, la Direction du développement des médias, a lancé en France un groupe de contact, rassemblant de nombreux acteurs dont le Forum des droits sur l'internet. L'objectif de ce groupe est de favoriser la concertation entre les acteurs publics et privés de la lutte contre le *spam*, et la coordination de leurs actions, en France comme à l'international; son travail porte notamment sur l'élaboration d'une définition du *spam*, sur la réalisation d'une étude statistique afin de mieux comprendre le phénomène en France afin de lutter efficacement contre celui-ci, sur l'étude du modèle économique de la publicité commerciale non sollicitée, sur l'élaboration de mesures concrètes permettant l'exercice effectif du droit d'opposition ou sur les outils techniques de filtrage permettant de bloquer la réception de ces messages. Une structure identique a également été constituée en Espagne en février 2004. Le 12 juillet 2004, un groupe a également été créé dans le cadre de l'OCDE. Son objectif est d'allier les efforts des pouvoirs publics, des acteurs économiques et de la société civile pour apporter la meilleure solution qui soit aux problèmes soulevés par le *spam*: perte de productivité pour les entreprises, saturation des réseaux, diffusion de virus, coûts induits, etc. Parmi les actions envisagées par le groupe de réflexion, figurent la coordination des politiques internationales de lutte contre le *spam*, l'incitation à l'adoption de pratiques optimales par les entreprises industrielles et commerciales, la promotion de meilleures mesures techniques pour combattre le *spam*, la sensibilisation et plus ample information des consommateurs et aussi l'amélioration de l'application transfrontière des lois.

## Le phénomène des ventes aux enchères entre particuliers

En France, les relations commerciales entre particuliers se développent de manière importante et on recense plus de 5 millions d'utilisateurs français des plates-formes de courtage en ligne appelées le plus souvent des «sites de ventes aux enchères». Cet usage constitue une des nouvelles tendances de la vente à distance que le Forum des droits sur l'internet avait identifié par l'intermédiaire de son Observatoire de la cyberconsommation à l'occasion de son rapport du 30 mars 2004.

En Allemagne, l'un des premiers marchés européens où ces transactions représentent plus de 25 % du commerce électronique, plusieurs juridictions ont pu se prononcer sur des problématiques relatives à des ventes qui se sont déroulées sur des plates-formes de courtage en ligne. Ainsi, un tribunal berlinois a refusé le 19 décembre 2003 d'engager la responsabilité contractuelle d'un utilisateur de ces plates-formes à la suite d'enchères réalisées par son enfant mineur sans son consentement. Les juges ont considéré qu'il revenait aux vendeurs de supporter le risque d'une mauvaise utilisation des pseudos des acheteurs. De même, par une décision du 26 mai 2004, un juge d'Erlangen a ordonné à une société d'enchères de retirer les commentaires négatifs publiés en marge du profil d'un vendeur, le tribunal considérant que ces derniers n'étaient pas objectivement justifiés.

Ces juridictions ont également pu apprécier l'applicabilité de certaines législations aux cas de ventes aux enchères réalisées par des particuliers, voire des professionnels. Ainsi, le 15 juin 2004, un tribunal de Francfort a estimé qu'un particulier qui met régulièrement en vente aux enchères des livres à l'état neuf doit respecter les dispositions relatives au prix unique du livre. En l'espèce, un internaute avait mis en vente sur un site des livres qu'il avait reçu *via* les services de presse de diverses maisons d'édition. En six semaines, ce dernier avait vendu quarante-huit ouvrages dont certains à un euro. Saisie par un libraire, les juges ont sanctionné cet internaute estimant que la loi sur le prix unique s'applique à toute personne vendant régulièrement des ouvrages. De même, la Cour suprême allemande a jugé, le 18 novembre 2004, que le droit de rétractation de quatorze jours qui s'applique aux transactions réalisées à distance, entre un particulier et un professionnel, devait également à s'appliquer aux ventes réalisées par un professionnel sur les plates-formes de courtage en ligne.

---

***Le Forum des droits sur l'internet a constitué en juin 2004 un groupe de travail sur les relations commerciales entre particuliers. Il examinera le champ d'application du droit de la consommation et s'intéressera à la protection du consommateur face à ce nouveau type d'usages.***

---

Autre problématique ayant fait l'objet de plusieurs débats en France en 2004, la question de la vente de «biens culturels» au travers de ces plates-formes. En octobre 2004, plusieurs archéologues britanniques ont critiqué la vente de «vestiges du patrimoine britannique» sur certains sites de courtage en ligne et ont demandé une application stricte des dispositions législatives relatives à l'archéologie, exigeant que «tous les objets et pièces de monnaie en or ou en argent vieux de plus de trois siècles soient présentés pour examen à des archéologues» avant leur vente.

---

***Le Forum des droits sur l'internet a remis le 22 juillet 2004 au ministre de la Culture et de la Communication une recommandation portant sur le courtage en ligne de biens culturels. Son objectif est d'encadrer le commerce des biens culturels dans un souci de protection du patrimoine culturel national, de sécurité juridique des transactions, et de développement du commerce électronique dès lors que l'internet peut être un vecteur important de développement du marché de l'art français.***

---

Outre ces questions, divers États ont mené un certain nombre d'actions à l'encontre de quelques utilisateurs qui profitaient de l'engouement suscité par ces plates-formes pour organiser un réseau de fraudes. En France, plusieurs filières plus ou moins organisées ont été démantelées au cours de l'année 2004. En particulier, un internaute sedanais a été interpellé en novembre 2004 à la suite de cinq plaintes déposées par des acheteurs qui n'avaient jamais réceptionné les biens commandés (téléphones portables d'une valeur variant entre 400 et 500 €). Au Royaume-Uni, les juges ont banni de l'internet, le 24 octobre 2004, un mineur qui avait collecté plus de 80 000 € à partir de ventes sur eBay mais sans jamais envoyer les biens aux acheteurs.

En Nouvelle-Zélande, le ministre de l'Intérieur s'est déclaré favorable en juillet 2004 à l'adoption d'un code de bonne conduite, destiné à aider les utilisateurs à se prémunir de la fraude sur les sites d'enchères. Enfin, aux États-Unis, pays où ces outils sont le plus fréquemment utilisés, huit internautes ont été condamnés en novembre 2004 à verser, sous forme de remboursement ou d'amendes, près de 90 000 € pour avoir artificiellement fait monter les enchères sur les produits qu'ils avaient mis en vente.

## **La vente de produits et les activités réglementées**

### La vente d'alcool et des produits du tabac

En matière de ventes de produits réglementés, le développement de l'internet a des conséquences assez préoccupantes : il rend difficile, pour un État, de maintenir une législation restrictive, encadrant la vente de ces produits. Des consommateurs peuvent facilement se procurer les produits incriminés sur des sites étrangers et les importer en toute illégalité sur leur territoire national.

Ainsi, aux États-Unis, la problématique de la vente d'alcool en ligne a vu le jour sous l'angle de la commercialisation directe de leurs produits par les producteurs. À ce sujet, la législation de plusieurs États américains interdit aux vigneronns de vendre leur production directement au consommateur final, sans passer par un revendeur. Or, le développement de l'internet ouvre la voie à de tels canaux de distribution. Favorables à un *statu quo* en la matière, les revendeurs (cavistes) ont décidé de saisir la Cour suprême qui a décidé en décembre 2004 de procéder à l'examen de la question. Les requérants pointent du doigt les difficultés tendant au contrôle de l'âge des acheteurs dans un tel dispositif, la vente d'alcool étant, aux États-Unis, interdite aux mineurs. Cet argument a été balayé par les producteurs qui se fondent sur un rapport de la

*Federal Trade Commission* de juillet 2003 qui relevait que les États fédérés tolérant l'achat direct par les particuliers ne connaissaient pas de problèmes particuliers en matière d'achats par des mineurs.

Cette question de l'âge de l'acheteur a incité plusieurs États fédérés à adopter au cours de l'année des législations particulières destinées à interdire la vente à distance de cigarettes et autres produits du tabac à destination de particuliers. Prolongeant ces mesures, le procureur du Texas a obtenu, en septembre 2004, d'un juge une ordonnance enjoignant à une société de stopper la vente de tabac en ligne jusqu'à ce qu'il ait établi un système permettant de vérifier que l'acquéreur est au moins âgé de 18 ans.

En France, la vente de tabac sur l'internet s'est retrouvée sous le feu des projecteurs à la suite de la décision du Gouvernement d'accroître la fiscalité pesant sur les produits du tabac comme les cigarettes. Face à cette décision, plusieurs sites internet – souvent francophones – se sont ouverts et ont proposé aux internautes français d'acquérir et d'importer sur le territoire national des produits de tabacs. Or, en France, de telles propositions demeurent illégales dès lors qu'il existe un monopole en matière de commercialisation des tabacs sur le territoire. Ainsi, un acheteur s'exposerait aux sanctions applicables en matière de consommation de cigarettes de contrebande soit, selon les articles 1791 et 1810 du Code général des impôts, de 15 à 750 € d'amende, plus une pénalité allant jusqu'à trois fois la différence des taxes, la confiscation de la marchandise et une peine allant jusqu'à six mois d'emprisonnement, obligatoirement prononcée en cas de récidive.

Se fondant sur ces dispositions, le premier trafic de cigarettes par internet en France a été démantelé au cours du mois de février 2004. Huit personnes ont été interpellées et mises en examen. *Via* un système complexe s'étendant sur plusieurs pays, les trafiquants avaient réussi à écouler plus de 24 000 cartouches de cigarettes. Au lendemain de ces premières arrestations, les autorités ont annoncé que les clients des sites de ce type pourraient être sanctionnés à hauteur de leurs achats.

## Le développement des « e-pharmacies »

La question de la vente de médicaments et produits pharmaceutiques ou parapharmaceutiques sur l'internet est apparue à travers la pratique du spamming, de nombreux messages vantant les qualités de produits pharmaceutiques. Aujourd'hui, la problématique a dépassé ce premier stade, plusieurs États ayant souhaité autoriser la vente de médicaments par des pharmacies virtuelles.

En Europe, les pharmacies en ligne existent déjà aux Pays-Bas et ont fait l'objet d'un premier contentieux qui a abouti à un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 11 décembre 2003. En l'espèce, depuis le 8 juin 2000, la société néerlandaise DocMorris offre à la vente sur l'internet des médicaments à usage humain, soumis ou non à prescription médicale, notamment à destination des consommateurs finaux résidant en Allemagne. Saisies par l'Ordre des pharmaciens allemands, les juridictions allemandes ont souhaité requérir l'interprétation de la CJCE sur cette problématique.

Dans son arrêt du 11 décembre 2003, les juges communautaires ont considéré tout d'abord qu'une interdiction nationale de vente par correspondance de médicaments

dont la vente est réservée exclusivement aux pharmacies dans l'État membre concerné constitue une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 28 du traité CE. Dans ces conditions, l'article 30 du traité CE peut être invoqué pour justifier une interdiction nationale de vente par correspondance des médicaments dont la vente est réservée exclusivement aux pharmacies dans l'État membre concerné, pour autant qu'elle vise les médicaments soumis à prescription médicale. En revanche, cet article ne saurait être invoqué pour justifier une interdiction absolue de vente par correspondance des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale dans l'État membre concerné. Suite à cette décision, plusieurs changements ont pu être relevés.

Tout d'abord, la législation danoise a été modifiée afin de permettre à d'autres acteurs que les pharmacies de vendre certains produits et surtout, d'autoriser les citoyens danois à acquérir leurs médicaments dans d'autres États. Cette seconde possibilité a été exploitée par une société danoise qui a répertorié sur son site les diverses pharmacies étrangères accessibles sur l'internet. Une réaction a eu lieu de la part de l'Ordre des pharmaciens danois qui a appelé à la fermeture du site.

Allant plus loin, l'*Office of Fair Trading* a invité le gouvernement britannique à procéder à la modification des dispositions existantes afin de permettre la création de pharmacies en ligne lesquelles répondent à une demande de la part des malades.

En Amérique du Nord, le débat existe également. Les pharmacies virtuelles canadiennes sont largement développées et proposent un large choix de produits à des prix souvent inférieurs à ceux pratiqués sur le sol américain. Une telle politique a suscité plusieurs réactions de la part du Gouvernement américain même si une étude réalisée en juin 2004 démontrait que les médicaments prescrits par les pharmaciens canadiens étaient moins risqués que ceux achetés auprès d'autres sites internet. En premier lieu, le Sénat américain a organisé un débat en 2004 afin de décider si l'importation des médicaments, notamment en provenance du Canada, devait être légalisée ou non. En outre, le Gouverneur de l'Etat de Floride s'est déclaré très critique envers le secteur des pharmacies canadiennes sur l'internet, estimant qu'elles nuisent à la santé des citoyens américains. Il a ainsi interdit en juin 2004 à plusieurs entreprises toute importation et revente de produits en provenance du Canada. À l'inverse, au cours de l'année 2004, quatre États américains, le Wisconsin, le Missouri, l'Illinois et le Kansas, ont souhaité aider leurs citoyens à réduire les dépenses de santé en autorisant la commande de médicaments auprès de «e-pharmacies», mêmes situées à l'étranger. De même, la Californie a envoyé une délégation au Canada afin d'enquêter sur ces officines virtuelles. Cet attrait a néanmoins causé une seconde réaction, cette fois-ci de la part du Canada dont le ministre de la santé a indiqué que le pays ne souhaitait pas devenir le fournisseur des 280 millions d'Américains, sous peine de mettre en danger leur propre approvisionnement.

## Les casinos en ligne

Les jeux d'argent en ligne représentent un marché important. Selon un rapport de la Direction des relations économiques extérieures du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, publié en décembre 2003, ce marché représenterait près de 30 milliards \$, plus d'un millier de sociétés et quinze millions de joueurs. En 2005, il devrait atteindre près de 85 milliards \$.

Face à cet enjeu, la politique des États varie. Ainsi, les États-Unis, le Luxembourg ou le Pays-Bas maintiennent une interdiction totale des jeux en ligne. Dans d'autres États comme le Danemark, l'Autriche, l'Allemagne, la Suède ou la France (pour la Française des jeux ou le PMU), de rares autorisations ont pu être délivrées. Enfin, quelques pays autorisent plus largement ces activités (Malte, Antilles néerlandaises, Ile de Man, etc.). Les acteurs du commerce électronique sont, de façon générale, relativement prudents par rapport à ce secteur, en raison notamment de plaintes délivrées à leur encontre. Ainsi, les principaux moteurs de recherche (Google, Yahoo) ont décidé de refuser toute publicité portant sur un service de jeux en ligne. De même, la société de paiements en ligne Paypal a décidé de sanctionner financièrement – et jusqu'à 500 \$ – ses utilisateurs qui useraient de ses services pour jouer en ligne.

C'est dans ce contexte que plusieurs tentatives de modification ont pu intervenir. En France, à l'occasion de l'examen par le Parlement au cours de l'été du projet de loi relatif à l'assurance maladie, une légalisation des casinos en ligne a été tentée à l'initiative du député Charles de Courson. Ce dernier avait déposé un sous-amendement visant à prévoir que «*l'exploitation des casinos en ligne est autorisée en France à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, dans le respect des règles de droit français applicables aux jeux de casino. Un décret en Conseil d'État fixera les règles en la matière*». Cette tentative n'a pas eu de suite, l'amendement ayant été retiré au cours de la discussion parlementaire.

Au Royaume-Uni, un nouveau dispositif a été présenté le 18 octobre 2004. Ce *Gambling Bill* modifie profondément les règles applicables aux jeux et paris qui se déroulent sur le territoire britannique. Ce projet de texte s'articule autour de trois objectifs : la protection des mineurs contre le jeu, la lutte contre la criminalité organisée et le contrôle du caractère honnête du jeu. Le champ d'application de cette disposition demeure vaste dès lors qu'elle vise toutes les formes de jeux, y compris celles réalisées en ligne.

Pour sa part, le Canada a commencé à procéder à la légalisation de certains jeux d'argent en ligne. À la fin de l'année 2003, il a ainsi modifié un texte ouvrant la voie à une autorisation possible des paris sportifs en ligne portant exclusivement sur les courses de chevaux. Le premier site ouvert en janvier 2004, a été immédiatement contesté notamment par la Commission des courses de l'Ontario qui a décidé en septembre 2004 de saisir la Cour fédérale afin qu'elle juge de la légalité de ce site. La Commission invoque le fait que la modification textuelle opérée à l'époque par le ministre de l'Agriculture aurait été faite en méconnaissance de ses compétences.

En Australie, le Parlement a examiné un projet de loi tendant à bloquer l'utilisation de carte bancaire des internautes australiens sur les sites de jeux et paris en ligne situés en dehors de leur territoire. Ce texte a reçu une forte opposition du milieu bancaire qui revendique un droit pour ses clients de «*dépenser leur argent comme ils l'entendent*».

Aux États-Unis, des projets de texte adoptés par les divers États fédérés ont renforcé la protection des consommateurs et par là même, restreint l'activité des casinos virtuels. Ainsi, ces textes ont interdit l'utilisation des cartes bancaires américaines et, plus généralement, de toute forme de monnaie électronique sur ces sites. Suite notamment à ces mesures, un conflit a éclaté avec les autorités d'Antigua et Barbuda au sujet des restrictions imposées par le gouvernement américain aux activités

de jeux et paris en ligne *offshore*. Les autorités antillaises ont saisi l'Organisation mondiale du commerce (OMC) se fondant sur une violation de l'accord général sur le commerce et les services. Dans une sentence prononcée le 11 novembre 2004, le panel de l'OMC a fait droit aux revendications des autorités d'Antigua et Barbuda en estimant que la législation fédérale et les législations des divers États fédérés violaient les dispositions de l'Accord général sur le commerce. Antigua invoquait le fait que ces restrictions menaçaient le travail de près de 3 000 travailleurs, soit 5 % de la population des îles. Les États-Unis ont décidé de faire appel de la sentence.

## **La protection juridique des noms de domaine**

En matière de noms de domaine, l'année 2004 a principalement été marquée par l'évolution de toutes les règles applicables à l'attribution des noms de domaine représentant la zone géographique française. À l'étranger, quelques décisions sont également venues apporter des précisions intéressantes en la matière. Ainsi en Allemagne, la cour régionale de Hambourg a jugé le 16 juin 2004 que seules les sociétés anonymes (Aktiengesellschaften ou AG) pouvaient utiliser comme extension à leur nom de domaine celui attribué par Antigua et Barbuda (.ag). La juridiction sanctionne ainsi, sur le fondement des dispositions applicables en matière de concurrence déloyale, le dépôt par une SARL allemande (GmbH) d'un nom de domaine sous cette extension.

Aux États-Unis, la date du 20 avril 2004 constitue un tournant. En effet, Gary Kremen, propriétaire du nom «sex.com» et la société VeriSign ont décidé de mettre fin au litige les opposant depuis bientôt huit années. Gary Kremen avait engagé la responsabilité de VeriSign, en sa qualité de gestionnaire des noms de domaine en .com, suite à l'attribution fautive à un autre internaute de ce nom de domaine. Le propriétaire initial avait pu en obtenir la rétrocession mais après une très longue procédure judiciaire contre un internaute. Il s'était ensuite retourné contre la société américaine afin d'obtenir plusieurs millions d'euros de dommages et intérêts. Les conditions de la transaction signée en 2004 ne sont pas connues mais ont été qualifiées de «justes» par Gary Kremen.

### L'évolution de la réglementation des noms de domaine en .fr

Le 11 mai 2004 a constitué une date charnière dans le domaine de l'enregistrement des noms de domaine de la zone .fr. En effet, le Conseil d'administration de l'AFNIC (Association française de nommage internet en coopération) a décidé, à cette date, d'assouplir les règles d'attribution des noms de domaine. Désormais, toutes les personnes morales et les personnes physiques identifiées dans les bases de données publiques (greffe des tribunaux de commerce, INPI ou INSEE) peuvent enregistrer les noms qu'ils désirent. Afin de pouvoir traiter l'afflux massif de demandes, cette ouverture s'est opérée en plusieurs jours, correspondant à l'ordre alphabétique des noms de domaine. Au cours des quatre premiers jours, près de 50 000 sites ont été déposés. Afin d'améliorer le traitement des litiges en cas de cybersquatting, l'AFNIC a mis en place une procédure alternative de règlement des litiges (PARL) et a, pour

ce fait, agréé deux organismes: le service d'arbitrage de l'OMPI et le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris. Une seconde étape est programmée en 2005 avec l'ouverture définitive du .fr aux particuliers.

Cette déréglementation a fait renaître le spectre de l'enregistrement abusif de noms de domaine. Une première réaction est intervenue par l'intermédiaire d'une proposition de loi déposée au Sénat tendant à protéger le nom des collectivités locales sur l'internet. Le texte, adopté à l'unanimité, en première lecture, par la chambre haute le 22 juin 2004, prévoit un droit exclusif pour les collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), les assemblées parlementaires et les élus de République française d'enregistrer leurs noms comme noms de domaine sur les domaines français de l'Internet. En outre, un nom de domaine n'est susceptible en aucun cas d'être attribué, s'il porte atteinte au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale, d'un EPCI ou d'une assemblée parlementaire, ou s'il risque de créer une confusion avec leur site officiel.

Suite à cette adoption en première lecture, le Conseil d'administration de l'AFNIC a modifié le 2 juillet 2004 sa charte de nommage. Désormais, l'AFNIC pose le principe que le titulaire du nom de domaine d'une collectivité territoriale doit être une collectivité. Tout nom de domaine ne respectant pas ce principe sera supprimé. Pour les noms de domaine enregistrés sous ces préfixes par des tiers entre le 11 mai et le 7 juillet, deux solutions ont été offertes: la suppression dudit nom de domaine ou la transmission de ce nom à la collectivité concernée. Par ailleurs, l'AFNIC a décidé de protéger le nom des collectivités territoriales de tout enregistrement direct en .fr (de type collectivite.fr). Pour se faire, l'AFNIC a décidé de rendre inaccessible les noms de domaine des collectivités apparaissant sur une liste fournie par les pouvoirs publics.

Cette seconde décision de l'AFNIC fait suite aux premières décisions des tribunaux français et des arbitres participant au PARL. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nanterre a sanctionné, le 28 juin 2004, un internaute qui avait enregistré abusivement le nom de domaine michel-edouard-leclerc.fr. De même, le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI a ordonné, le 6 septembre 2004, à une société de restituer le nom de domaine cybermut.fr enregistré abusivement. Par une décision du 21 octobre 2004, le Conseil d'administration de l'AFNIC décidait le blocage pendant trois mois de 4 465 noms de domaine enregistré par une société luxembourgeoise. Mécontente, celle-ci répliqua en saisissant la justice. En réplique, plusieurs sociétés s'estimant victime d'un enregistrement abusif obtinrent du juge la rétrocession de leurs noms de domaine par une ordonnance du 9 novembre 2004 du tribunal de grande instance de Versailles. Le 14 décembre 2004, le tribunal confirmait cette première ordonnance estimant « *qu'il n'apparaît nullement que la mesure de blocage des noms de domaine que l'AFNIC a été amenée à prendre pour qu'il soit porté remède aux agissements réitérés [du déposant] soit constitutive d'un trouble manifestement illicite* ».

Parallèlement à la déréglementation mise en œuvre par l'AFNIC, la France s'est dotée d'un environnement législatif relatif à l'attribution des noms de domaine correspondant aux zones géographiques françaises. Initialement intégrées dans le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, les nouvelles dispositions ont été intégrées à l'article L. 45 du Code des postes et communications électroniques par

la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. Selon ce texte, le ministre chargé des communications électroniques désigne, après consultation publique, les organismes chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine, au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'internet, correspondant au territoire national. L'exercice de leur mission ne confère pas aux organismes ainsi désignés des droits de propriété intellectuelle sur les noms de domaine.

Ces organismes devront attribuer les noms de domaine «*dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle*». Afin d'éviter toute dérive potentielle, le texte précise que le ministre veille au respect par ces organismes des principes énoncés au deuxième alinéa. Il peut en cela procéder au retrait de la désignation d'un organisme, après avoir mis ce dernier à même de présenter ses observations, en cas de méconnaissance par celui-ci des dispositions du présent article. Enfin, chaque organisme doit adresser au ministre chargé des communications électroniques un rapport d'activité annuel.

Par souci de clarté, l'article L. 45 précise que l'attribution et la gestion des noms de domaine rattachés à chaque domaine de premier niveau (.fr, .re, .tf, .pf, et .nc) «*sont centralisées par un organisme unique*».

## **La lutte contre la cybercriminalité**

En France, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite «loi Perben II» est venue renforcer les dispositifs existant en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées en mettant en œuvre, notamment, des moyens d'investigations supplémentaires.

En matière de protection de l'enfance sur l'internet, le texte a modifié tout d'abord l'article 227-23 du Code pénal en portant à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende les peines en matière de diffusion, fixation, enregistrement ou transmission de l'image ou de la représentation d'un mineur de nature pornographique. La loi a renforcé ce dispositif en prévoyant que ces infractions seront passibles de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elles seront commises en bande organisée.

---

***Le Forum des droits sur l'internet a remis le 11 février 2004 au ministre délégué à la Famille une recommandation sur les mineurs et les contenus préjudiciables sur internet. Ce rapport porte sur les moyens juridiques, techniques et pédagogiques 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 (t'chats, peer-to-peer ...). Un deuxième rapport portant sur la lutte contre la pornographie enfantine et la pédophilie sur l'internet sera publié en janvier 2005.***

---

En matière de lutte contre les infractions de provocation à la haine, à la discrimination et à la violence raciale, de contestation de crime contre l'humanité, de diffamation de nature raciale ou d'injures de nature raciale, les nouvelles dispositions prévoient, afin de faciliter l'exercice des poursuites, que le délai de prescription de ces délits prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est porté de trois mois à un an.

---

**À la demande du secrétaire d'État aux Affaires étrangères, le Forum des droits sur l'internet a ouvert et animé du 15 juin au 15 novembre 2004 un forum de discussion pour recueillir le point de vue des internautes sur les moyens de lutter contre le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme sur l'internet. Une synthèse de ces débats a été publiée le 3 décembre 2004 et remise au secrétaire d'État.**

---

Souhaitant lutter contre la contrefaçon, la loi Perben II a également modifié les *quanta* des peines applicables en matière de contrefaçon. Ainsi, la contrefaçon en matière de droit d'auteur ou de droit des marques est dorénavant punie de trois ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende. Par ailleurs, dès lors que les délits ont été commis en bande organisée, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende. Par ailleurs, la loi a intégré de nouvelles dispositions visant spécifiquement la diffusion d'informations relatives à la conception d'engins explosifs. Ainsi, est condamnable «*le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole*». Aux termes de ce nouvel article 322-6-1 du Code pénal, la personne qui diffuse de telles informations s'expose à une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

En outre, la loi Perben II a prévu de punir dorénavant de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait d'organiser des loteries interdites. Ces peines sont encourues par les auteurs et entrepreneurs de ces loteries, qu'ils soient français ou étrangers. En outre, le texte est venu également encadrer la publicité en faveur de ces loteries. En effet, «*ceux [...] qui, par tout moyen de publication, auront fait connaître l'existence des loteries prohibées [...] seront punis de 4 500 € d'amende*».

Par ailleurs, le texte a modifié le régime juridique applicable aux interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications, opérées en matière de poursuites de certaines infractions commises en bandes organisées et énumérées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Aux termes du nouvel article 706-95 de ce Code, «*le juge des libertés peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications [...] pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois*». Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention. Néanmoins, dans une telle situation, les opérations ne sont pas menées par le juge d'instruction mais par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat. Le juge des libertés est, quant à lui, informé sans délai des mesures prises.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique a, quant à elle, modifié les dispositions du Code pénal relatives aux « atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données » des articles 323-1 et suivants. Elle procède tout d'abord à une augmentation des peines. Dorénavant, l'intrusion ou le maintien frauduleux dans un tel système est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende (article 323-1 du Code pénal). Le fait que des données ou le système aient été atteints suite à cette intrusion ou à ce maintien est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Enfin, l'altération directe du fonctionnement du système est quant à elle désormais punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, au même titre que l'introduction frauduleuse de données dans un système de traitement automatisé ou l'altération de données figurant dans ce système.

Elle crée en second lieu une nouvelle infraction, introduite dans un nouvel article 323-3-1 du Code pénal, visant l'importation, la détention, l'offre, la cession ou la mise à disposition d'un équipement, d'un instrument, d'un programme informatique ou de toutes données conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données prévues aux articles 323-1 et suivants du même Code. Cette infraction est punie des peines prévues pour l'atteinte elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.

## La préparation du nouveau régime de conservation des données de connexion

Le 12 juillet 2002, les quinze États membres de l'Union européenne ont adopté la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques qui impose aux États de se doter de législations encadrant la conservation des données relatives à l'établissement d'une communication. En France, cela fût fait par la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, modifiée en dernier lieu par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Néanmoins, les décrets d'application n'ont pas encore été publiés au Journal officiel.

En Europe, le 28 janvier 2004, le parlement italien a voté le décret-loi posant un principe de conservation de ces éléments d'identification pendant une période de cinq ans. En Allemagne, le ministre de l'Intérieur a annoncé en juin 2004 son souhait d'avoir une conservation pendant au moins douze mois des données de connexion, contre quatre-vingt-dix jours dans la législation actuelle.

Parallèlement à ces mesures, la France, l'Irlande, la Suède et le Royaume-Uni ont présenté le 28 avril 2004 un projet de décision-cadre de l'Union européenne sur la rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises *via* des réseaux de communications publics, aux fins de la prévention, la recherche, la détection, la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme.

Aux termes de l'article 4 de ce projet de texte communautaire, chaque État membre serait tenu de prendre les mesures nécessaires afin de veiller à ce que les données soient retenues pendant une période d'au moins douze mois et de maximum trente-six mois après leur création. Bien évidemment, le texte prévoit que les États membres

peuvent fixer des périodes de rétention plus longues en fonction de critères nationaux pour autant qu'une rétention plus longue constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée dans une société démocratique. Discuté lors de la réunion du Conseil des ministres de la Justice et de l'Intérieur de l'Union européenne les 2 et 3 décembre 2004, un texte définitif n'a pas encore été adopté.

## La responsabilité des acteurs de l'internet

### La responsabilité des hébergeurs

Issu de la directive du 8 juin 2000, le régime de responsabilité de certains acteurs de l'internet a été modifié par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Révisant les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, la LCEN prévoit en son article 6-I que les hébergeurs, c'est-à-dire toute personne assurant «*le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de message de toute nature fournis par des destinataires de ces services*» ne peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée du fait des activités ou des informations stockées que s'ils «*n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère*» ou si, «*dès le moment où [ils] ont eu cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible*».

En matière d'acquisition de la connaissance des faits litigieux, le législateur a mis en œuvre une procédure de notification. Selon le texte, les hébergeurs sont présumés avoir eu connaissance de ces faits dès lors qu'un certain nombre d'informations leur aura été communiqué : date, identité du notifiant, identité du destinataire, description des faits et localisation précise, les motifs du retrait et la mention des dispositions légales justifiant ce retrait et une copie d'une correspondance adressée à l'auteur ou l'éditeur des informations litigieuses demandant leur interruption ou leur modification.

Saisi sur la constitutionnalité du texte, le Conseil constitutionnel a indiqué, dans sa décision du 10 juin 2004, que l'hébergeur ne pourra voir sa responsabilité engagée, pour ne pas avoir retiré une information dénoncée comme illicite par un internaute, que si celle-ci présente «*manifestement un tel caractère*» ou si son retrait a été «*ordonné par un juge*». En cas de notification abusive, les notifiants s'exposent à une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Ce régime aménagé ne s'applique pas dès lors que les contenus ont été créés par une personne agissant sous le contrôle ou l'autorité de l'hébergeur. Selon la Commission européenne, le terme «*contrôle*» fait référence au «*contrôle des activités et non à celui des informations elles-mêmes*».

Suite à la publication du texte, une première application de ces dispositions est intervenue, à travers une décision du 15 novembre 2004 du tribunal de grande instance de Paris. En l'espèce, le Comité de défense de la cause arménienne (CDCA) avait saisi le 22 juin 2004, jour d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la société Wanadoo prise en sa qualité d'hébergeur du site internet du Consul général de Turquie en France, contestant la présence sur ce site d'une référence «*au soi-disant génocide arménien*».

Le litige était particulièrement intéressant compte tenu de l'interprétation de l'article 6-I donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 10 juin 2004.

En l'espèce, le texte précité constituait-il une information « *manifestement illicite* » ? Les magistrats parisiens ont répondu par la négative. En effet, le tribunal a précisé tout d'abord que le génocide arménien ne faisait pas partie des crimes dont la contestation était punissable. D'autre part, la loi du 29 janvier 2001 reconnaissant l'existence du génocide arménien de 1915 ne crée pas de délit de contestation de ce génocide. Dans ces conditions, la contestation du génocide arménien n'était pas constitutive d'une infraction pénale, les propos n'étaient pas manifestement illicites et le prestataire n'avait pas à procéder à leur retrait dès la notification opérée par le CDCA.

Le tribunal a également apprécié la responsabilité personnelle du consul général de Turquie en sa qualité de directeur de la publication du site. Les juges ont débouté l'association en se fondant sur les stipulations de la convention de Vienne du 24 avril 1963 conférant une immunité juridictionnelle aux diplomates étrangers en poste en France.

En Europe, le nouveau régime de responsabilité des intermédiaires techniques institué par la directive du 8 juin 2000 a fait l'objet de plusieurs études pratiques. Une étude menée en mai 2004 par l'université d'Oxford a démontré que les hébergeurs britanniques supprimaient plus facilement des contenus licites, tombés dans le domaine public, que leurs homologues américains. Des conclusions identiques ont été obtenues aux Pays-Bas suite à une étude comparative des politiques des divers hébergeurs de données réalisées en septembre 2004.

## **La responsabilité des sociétés de courtage en ligne**

Concernant le cas des sociétés de courtage en ligne, appelées communément des « sites de vente aux enchères », les juges français ont pu considérer qu'ils relevaient du régime de responsabilité des hébergeurs. Confirmant une lignée jurisprudentielle européenne et américaine, le tribunal de grande instance de Paris a jugé, le 26 octobre 2004, que les sociétés de courtage en ligne sous forme d'enchères, comme la société eBay, relevaient du régime de responsabilité applicable aux hébergeurs tel que prévu par la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 applicable aux faits de l'espèce.

À l'occasion d'une recherche sur l'internet, la société Poiray faisait constater qu'il était proposé à la vente sur le site iBazar, aujourd'hui racheté par eBay, un bijou dont elle possédait les droits exclusifs. La société décida de l'acquérir et il apparut après expertise, qu'il s'agissait d'une contrefaçon. La société Poiray décida alors de saisir la justice à l'encontre de la plate-forme de courtage en ligne. Elle faisait grief à la société américaine de « *ne pas avoir fourni les coordonnées permettant l'identification du vendeur de l'objet contrefaisant* » et, en sa « *qualité d'éditeur, d'animateur et de propriétaire d'un site de vente aux enchères et d'intermédiaire commissionné de ne pas avoir vérifié que l'enchère relative au "cœur entrelacé" portait bien sûr un bijou authentique alors qu'elle était débitrice de cet objet par sa mise en vente* ».

Sur le premier point, les magistrats ont énoncé que la société eBay n'a pas été mise en demeure, ni avant l'introduction de la présente instance, ni postérieurement à celle-ci de communiquer les coordonnées du vendeur du bijou contrefaisant. Or, et dès lors que « *la pratique d'un pseudonyme sur un site internet n'est pas illicite en soi* », seules doivent s'appliquer les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, alors applicables, « *faisant uniquement obligation aux hébergeurs de détenir et de conserver les*

*données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires».*

Par ailleurs, concernant la responsabilité de eBay, les juges ont rappelé qu'il ressort de l'article 43-8 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 que les personnes hébergeant des données ne peuvent voir leur responsabilité pénale ou civile engagée du fait du contenu des services qu'elles stockent que *«si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas réagi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu»*. Or, et préalablement à cette action judiciaire, il apparaissait que la société Poiray n'avait saisi aucune autorité judiciaire. *«Dans ces conditions, relèvent les magistrats, la société eBay, en qualité d'hébergeur ne saurait voir sa responsabilité engagée»*.

Au surplus, le tribunal indiquait que *«l'intérêt financier de la société eBay sur la vente, par le système du commissionnement proportionnel au montant de l'enchère final, est sans influence sur la vente elle-même qui ne s'effectue qu'entre l'utilisateur acquéreur et l'utilisateur vendeur»*. En conséquence, et faute pour la société eBay de participer autrement que par une activité de courtage à l'offre en vente et à la vente du modèle de bijou contrefaisant, *«le grief de contrefaçon formulé à son encontre n'est pas fondé»*.

Cette solution devrait être confirmée sous l'emprise de la LCEN dès lors que les juges ont pris soin, dans leur décision, de viser également les dispositions de la directive du 8 juin 2000 non encore transposée au moment des faits.

Par ailleurs, l'année 2004 a été l'occasion de poursuivre le feuilleton judiciaire le plus connu dans le domaine du droit de l'internet: l'affaire Yahoo! Cette affaire qui oppose plusieurs associations françaises à la société américaine, s'était conclue le 20 novembre 2000 par une décision du tribunal de grande instance de Paris. Celle-ci ordonnait à l'entreprise américaine de *«prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo. com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis»*. Saisi par la société américaine, la cour de District de San José avait, le 7 novembre 2001, considéré que *«bien que la France ait le droit souverain de contrôler le type d'expression autorisée sur son territoire, cette cour ne pourrait appliquer une ordonnance étrangère qui viole la Constitution des États-Unis en empêchant la pratique d'une expression protégée à l'intérieur de nos frontières»*.

Néanmoins, dans sa décision du 23 août 2004, la cour d'appel du 9<sup>e</sup> District annule le premier jugement pour des questions de procédure. En effet, elle relève que *«La France est dans son droit, comme nation souveraine, de voter des lois contre la diffusion de contenus racistes et nazis en réponse aux terribles agissements des armées nazie durant la Seconde Guerre mondiale. De même, [les associations] sont dans leur droit de saisir la justice en France à l'encontre de Yahoo! afin de faire sanctionner les violations aux lois françaises»*. Pour autant, *«Yahoo! doit attendre que [les associations] viennent aux États-Unis pour demander l'application du jugement français avant de revendiquer l'application du Premier amendement»*.

Ainsi, les magistrats estiment que la société américaine ne pouvait pas, suite à la décision française, saisir les juridictions américaines afin de faire constater l'incompatibilité du jugement français avec les principes de la liberté d'expression fixés par

le Premier amendement. Au contraire, Yahoo! devait attendre que les associations françaises demandent aux juridictions américaines d'appliquer le jugement français pour faire prévaloir ces dispositions.

En France, cette affaire a également connu quelques suites. Le tribunal correctionnel de Paris s'était déclaré compétent, le 26 février 2002, pour examiner la responsabilité pénale de la société américaine et de son ancien PDG, Timothy Koogle en précisant que *«la mise à disposition du public d'un site de vente aux enchères d'objets nazis, qui peut être vu et reçu sur le territoire national et auquel l'internaute peut accéder, du fait de la simple existence d'un lien informatique search qui l'y invite, caractérise l'élément de publicité nécessaire à la constitution du délit d'apologie de crime de guerre, et ce sans qu'il soit besoin que l'internaute soit spécialement démarché par le propriétaire du site. Cet élément de publicité suffit donc à emporter la compétence des tribunaux français et l'application de la loi pénale française»*. En particulier, le tribunal relevait que *«à l'instar de la décision du juge de première instance du District du nord de la Californie, un juge français demeure libre d'adopter les principes de compétence pénale internationale qui sont les siens pour sanctionner certaines infractions commises toute ou pour partie à l'étranger, et qui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts nationaux»*. En appel, les juridictions françaises confirment ce point. Dans un arrêt du 17 mars 2004, la cour d'appel de Paris relève que *«la seule loi applicable ne saurait être celle du pays sur lequel le site est physiquement localisé, pas plus d'ailleurs que celle du pays où est implanté le fournisseur d'hébergement ou celle dont la société qui l'exploite a la nationalité»*. Pour les juges, *«l'élément constitutif essentiel de l'infraction, en droit de la presse, est la publicité qui peut revêtir différentes formes en fonction du vecteur de communication»*. Ainsi, *«si la société exerce son activité dans son pays à destination de ses résidents, elle développe et amplifie son activité auprès des internautes du monde entier, dont ceux de la France»*. En conséquence, les juges ont reconnu la compétence des tribunaux français et renvoyé les parties devant le tribunal pour apprécier les arguments sur le fond de l'affaire.

### **La responsabilité des fournisseurs d'accès à l'internet**

Insérant un nouvel article L. 32-3-3 dans le Code des postes et télécommunications, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit que les fournisseurs d'accès, entendus comme *«les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne»*, ne peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée que dans les cas où, soit, ils sont à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit, ils sélectionnent ou modifient les contenus faisant l'objet de la transmission.

### **La responsabilité des opérateurs assurant une activité de caching**

Le nouvel article L. 32-3-4 du Code des postes et télécommunications institué par la LCEN, dispose que *«toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants : 1) elle a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux*

*règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données; 2) elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement connaissance soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible».*

## **La responsabilité des acteurs du référencement**

En France, plusieurs différends ont concerné les moteurs de recherche. La première problématique abordée par les tribunaux fût celle du référencement de sites pornographiques comportant le nom de certaines artistes ou chanteurs. Ainsi, le 15 décembre 2003, le tribunal de grande instance de Paris, a rejeté en référé le recours dirigé à l'encontre de Google à la suite de l'apparition dans les premiers résultats, lors d'une recherche sur l'expression «eva star ac», de liens pointant vers des sites pornographiques. Dans cette première affaire, les juges ont considéré qu'aucune obligation de contrôle ni d'alerte ne pouvait être mise à la charge d'un moteur de recherche et qu'il n'apparaissait pas que le référencement contesté avait fait l'objet d'une contrepartie financière. Dans une seconde affaire aux faits similaires, jugée le 10 novembre 2004, les magistrats ont estimé que le moteur «*qui n'exploite pas le site incriminé, ne saurait voir sa responsabilité recherchée en tant que moteur de recherche sur le fondement des dispositions de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, invoquée par le demandeur, et qui ne vise que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs définis aux articles 6-1-1 et 6-1-2*».

Dans le domaine des liens sponsorisés, après l'affaire «Bourse des vols», de nouvelles actions ont été engagées par notamment la société Louis Vuitton ou le groupe d'assurances Axa. En effet, la société se plaignait du fait que des publicités pour des sociétés d'assurances concurrentes apparaissaient sous forme de liens sponsorisés, lors de requêtes effectuées sur les termes «Axa» ou «Direct Assurance». En Allemagne et pour la première fois, un tribunal d'Hambourg a rejeté les plaintes déposées par une société à l'encontre de la version allemande de Google. Il était reproché au moteur de recherche d'afficher des publicités lorsque les internautes saisissaient les marques déposées par ladite société. Cette décision doit encore être confirmée.

---

***Le Forum des droits sur l'internet a constitué en mars 2004 un groupe de travail qui est notamment destiné à s'intéresser à la définition et à l'identification de la publicité en ligne ainsi qu'à des sujets plus spécifiques tels que les liens sponsorisés ou les pop-up. Le rapport de ce groupe est attendu pour le printemps 2005.***

---

## **La question de la surveillance générale des sites internet**

Après de vives discussions sur cette question au cours des débats parlementaires, le législateur français s'en est tenu, sur ce point, à une stricte transposition de la directive communautaire du 8 juin 2000 et a affirmé, dans la loi du 21 juin 2004, que les

prestataires techniques ne sont soumis à aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent. Néanmoins, le juge conservera la possibilité d'imposer une telle mesure de surveillance, ciblée et temporaire.

Par ailleurs, et dans le cadre de sa lutte contre les infractions d'apologie de crimes contre l'humanité, d'incitation à la haine raciale ainsi que de pornographie infantile, le législateur a souhaité que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs mettent en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter ces infractions à leur connaissance.

Outre la mise en place de ce dispositif de signalement, les prestataires techniques ont également l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes de l'existence de ces infractions qui leur sont signalées et qui sont exercées par leurs utilisateurs et de rendre public les moyens qu'ils consacrent à leur lutte.

Le non-respect de ces obligations est sanctionné d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Les personnes morales sont passibles d'une amende de 375 000 € d'amende et d'une interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. Elles peuvent également être condamnées à l'affichage ou à la diffusion de la décision de condamnation.

En application de ces dispositions, une charte contre les contenus pédopornographiques ou incitant à la haine raciale, a été signée le 14 juin 2004 par les fournisseurs d'accès à l'internet et les hébergeurs français, membres de l'AFA, sous l'égide du ministère délégué à l'Industrie.

## **Internet au travail**

La question de l'usage de l'internet au sein des entreprises est une des préoccupations constantes des entreprises, des juges mais également du législateur qui a eu l'occasion, au cours de l'année 2004, d'apporter des précisions relativement importantes en cette matière, notamment en matière de liberté d'expression des institutions représentatives du personnel.

### L'utilisation des nouvelles technologies au sein de l'entreprise toujours en question

L'utilisation des outils informatiques mis à la disposition des salariés pour naviguer sur l'internet constitue encore l'un des freins au développement de l'internet au sein des entreprises. Une étude de PricewaterhouseCoopers, publiée en avril 2004 et réalisée au Royaume-Uni, montrait qu'une entreprise sur cinq souffrait d'une utilisation abusive de l'internet par ses salariés avec une moyenne d'un incident par semaine.

En France, le sujet a fait l'objet de deux précisions jurisprudentielles de la part de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 2 juin 2004 de la chambre sociale, les juges ont considéré que le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement

constitutif d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Dans un autre arrêt en date du 19 mai 2004, la chambre criminelle est venue qualifier d'abus de confiance le fait pour un salarié d'avoir utilisé l'ordinateur et la connexion internet mis à sa disposition pour les besoins de son activité professionnelle pour visiter des sites à caractère érotique ou pornographique, pour stocker sur son disque dur de nombreux messages et photographies de même nature, pour envoyer et recevoir des courriers électroniques se rapportant à des thèmes sexuels et pour alimenter le site personnel qu'il avait créé. Les juges ont considéré que le préjudice économique était constitué par le coût des connexions téléphoniques.

Au Luxembourg, le Tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette a confirmé, le 21 novembre 2003, le licenciement d'un salarié suite à un usage abusif de l'intranet au sein de l'entreprise. Le tribunal a considéré «*qu'il est inadmissible que le salarié utilise, comme en l'espèce, le matériel mis à sa disposition par son employeur pour envoyer pendant son temps de travail à d'autres personnes des images à caractère particulièrement choquant, représentant des victimes d'accidents de la circulation cruellement déchiquetées*». Il estime que «*les fautes reprochées à la salariée sont en effet de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail, cette impossibilité étant de caractère moral et résultant de la perte de confiance éprouvée par l'employeur – élément essentiel de toute relation de travail – à la suite des agissements contraires aux bonnes mœurs et constituant une atteinte manifeste à la sensibilité du destinataire des images incriminées*».

Aux États-Unis, un juge fédéral de l'État du Massachusetts a jugé le 3 juin 2004 qu'un employeur ne pouvait utiliser le courrier électronique pour notifier à ses salariés les nouvelles dispositions du règlement intérieur de l'entreprise. Le juge a considéré que la réception d'un courrier électronique dans une boîte aux lettres virtuelle n'était pas équivalente à la réception d'un courrier papier.

---

***Le Forum des droits sur l'internet a remis, le 14 décembre 2004, au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la solidarité sa recommandation relative au télétravail en France. Le Forum s'est attaché pour l'occasion à considérer le télétravail dans toutes ses dimensions: mesure de la charge et du temps de travail, équipement informatique, santé et sécurité ou lien avec les institutions représentatives du personnel.***

---

## Réforme des modes d'expression des syndicats

Avec une présence de plus en plus forte des systèmes d'information au sein de l'entreprise (intranet, messageries, etc.), plusieurs syndicats ont souhaité pouvoir utiliser ces moyens informatiques. Deux situations étaient à distinguer: l'utilisation de l'internet par les syndicats et le recours à l'intranet ou aux messageries professionnelles pour l'information syndicale. Sur le premier point, la situation est claire, et a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 mai 2004. Il ne résulte d'aucune disposition du Code du travail, relatif à la diffusion de tracts syndicaux à l'intérieur de l'entreprise, que l'employeur puisse s'opposer à la reproduction par un syndicat d'un bulletin d'information sur le site internet dont il dispose à l'extérieur de l'entreprise.

Concernant le recours aux moyens informatiques proposés par l'employeur et jusqu'au mois de mai 2004, le Code du travail ne contenait aucune disposition reconnaissant un droit d'utilisation de l'intranet (réseau interne de l'entreprise) par les organisations syndicales, ni plus généralement par les institutions représentatives du personnel (IRP). Toutefois, l'intranet constituant désormais une modalité de communication importante au sein d'un nombre croissant d'entreprises, il est susceptible d'être un outil d'information, de formation et de dialogue à destination de l'ensemble des salariés. Le Forum des droits sur l'internet avait considéré, dans ses recommandations du 17 septembre 2002, que les organisations syndicales et, plus largement, l'ensemble des institutions représentatives du personnel, pouvaient utiliser ce mode de communication pour communiquer entre elles et avec les salariés en disposant des moyens techniques indispensables à cet effet et d'un espace réservé sur le site intranet de l'entreprise. Le Forum avait estimé que la voie de l'accord entre partenaires sociaux devait être retenue pour déterminer les modalités d'utilisation de l'intranet par les IRP. Cet accord devait dégager un juste équilibre entre les impératifs de sécurité et de responsabilité à la charge de l'employeur et l'expression des syndicats au sein de l'entreprise.

En matière d'envoi de tracts par courriel, le droit positif demeurait cependant peu explicite. L'article L. 412-8 du Code du travail prévoyait qu'ils pouvaient être librement diffusés aux salariés au sein de l'entreprise, aux heures d'entrée et de sortie du travail. Néanmoins, transposé à l'internet, ces dispositions demeuraient inapplicables. Des juges avaient pu estimer que l'envoi à l'ensemble des salariés de tracts syndicaux par la messagerie interne de l'entreprise ne pouvait être considéré comme équivalent à la diffusion des tracts papiers.

La loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social est venue clarifier la situation en modifiant l'article L. 412-8 du Code du travail en y insérant un alinéa supplémentaire. Selon cette nouvelle disposition, *«un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise. Dans ce dernier cas, cette diffusion doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne pas entraver l'accomplissement du travail. L'accord d'entreprise définit les modalités de cette mise à disposition ou de ce mode de diffusion, en précisant notamment les conditions d'accès des organisations syndicales et les règles techniques visant à préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message»*.

Ce texte fixe donc les conditions de l'utilisation par les syndicats des outils électroniques de l'entreprise. Le tribunal de grande instance de Nanterre, dans une ordonnance de référé du 26 octobre 2004, en a d'ores et déjà fait application en jugeant *«qu'en application de l'article L. 412-8 du Code du travail les publications et tracts de nature syndicale ne peuvent être diffusés, ni sur un site syndical mis en place sur intranet de l'entreprise, ni sur la messagerie électronique de l'entreprise, sauf accord d'entreprise»*.

## L'encadrement des offres d'emploi en ligne

La loi de programmation pour la cohésion sociale, adoptée définitivement le 20 décembre 2004, a conféré une base légale à la proposition d'offres d'emplois faite par divers sites internet. Jusqu'à cette date, les dispositions de l'article L. 311-4 du Code du travail faisait interdiction à toute personne de faire connaître ses offres ou demandes d'emploi par voie d'affiche ou par tout autre moyen de publicité. Cette interdiction générale connaissait des exceptions pour les insertions d'offres et demandes d'emploi dans la presse.

Dorénavant, le Code du travail précise que la vente d'offres ou de demandes d'emploi, quel que soit le support utilisé, est interdite. Toutefois, cette interdiction ne fait pas obstacle à l'insertion, à titre onéreux, d'offres ou de demandes d'emploi dans une publication ou un autre moyen de communication payant. Par ailleurs, toute offre d'emploi publiée ou diffusée doit être datée. À chaque publication d'offre d'emploi, l'employeur sera tenu de faire connaître son nom ou sa raison sociale et son adresse au responsable du site internet. Les sites ne seront plus tenus de communiquer immédiatement l'ensemble des offres aux services de l'Agence nationale pour l'emploi.



Première partie

**Recommandations**  
**2004**  
**du Forum des droits**  
**sur l'internet**



# Les enfants du net (I) : l'exposition des mineurs aux contenus préjudiciables sur l'internet

*Recommandation publiée le 11 février 2004*

## Introduction

La protection de l'enfance est un objectif politique majeur de la plupart des démocraties. Elle correspond à la volonté d'une nation de transmettre des valeurs communes, humanistes, et donc aussi à la représentation que celle-ci a d'elle-même. Dès 1924, la déclaration de Genève est une première tentative de codifier les droits fondamentaux des enfants; la Convention européenne des droits de l'homme mentionne cette dimension et, en 1989, la Convention internationale sur les droits de l'enfant consacre l'enfant comme personne spécifique à protéger.

Cet objectif est suffisamment consensuel pour être confronté à d'autres principes, au premier rang desquels, la liberté d'expression.

En effet, dans de nombreux pays, la liberté d'expression admet un encadrement tendant à protéger les jeunes publics de l'exposition à certains contenus et messages que l'on estime nuire à leur bien-être et à leur épanouissement. C'est le sens de l'article 17 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989, qui exige que « [les États parties] favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être [...] »<sup>4</sup>. C'est aussi le sens de l'article 10 (« Liberté d'expression »), alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, qui précise que « 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 protection de la santé ou de la morale [...] »<sup>5</sup>.

---

4. « [...] compte tenu des dispositions des articles 13 et 18 », qui prévoient notamment que: (article 13) « L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant », et que (article 18): « 1). Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. 2) Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institution, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants ».

5 Cf. le texte de la convention sur le site [www.justice.gouv.fr/textfond/enfant.htm](http://www.justice.gouv.fr/textfond/enfant.htm).

Ces dispositions se sont ainsi traduites en France et en Europe par un encadrement spécifique de la presse écrite, de la radio et de la télévision. L'efficacité de ce dispositif a régulièrement été analysée, certains dénonçant les excès de certaines chaînes ou radios, d'autres pointant nos insuffisances en termes d'éducation aux médias ou de programmes pour la jeunesse, la plupart des acteurs publics ou privés s'accordant, selon le rapport du CIEM de mai 2002, sur une position assez attentiste.

L'irruption d'internet dans la vie quotidienne des Français change la donne!

Alors que cet outil est en passe de devenir le média de référence des jeunes, que le nombre d'utilisateurs de l'internet va toujours croissant<sup>6</sup>, certains contenus et usages ayant cours sur le réseau suscitent de l'inquiétude: images pornographiques ou violentes rencontrées au cours d'une recherche d'information, *spams* pornographiques que chacun peut trouver dans sa boîte aux lettres, publicités douteuses ... les exemples sont nombreux et témoignent de l'exposition croissante, souvent involontaire, des jeunes à des contenus pouvant être choquants.

Les récents rapports de la Défenseure des enfants au ministre de la Justice sur *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication*<sup>7</sup> et de Blandine Kriegel au ministre de la Culture sur *La violence à la télévision*<sup>8</sup> esquissaient cette problématique, mais leur réflexion, avant tout centrée sur les médias traditionnels, n'apportait pas réponse.

C'est dans ce contexte que le Forum des droits sur l'internet a reçu de Christian Jacob, ministre délégué à la Famille, en février 2003, la mission d'étudier la question spécifique de la protection de l'enfance sur l'internet et de lui remettre des recommandations.

## Champ des recommandations

– La protection de l'enfance sur internet est un objectif extrêmement large qui nécessite de traiter de questions fort hétérogènes: exposition à des contenus pornographiques ou violents, jeux de hasard, atteintes à la vie privée, *spam*, intimidation ... Sans méconnaître l'ensemble de ces questions, le rapport a choisi de partir d'une analyse de l'exposition des jeunes aux contenus qui leur seraient «préjudiciables» tels que les identifie le Code pénal, puis de réfléchir, à partir de là, aux moyens permettant plus largement d'assurer la protection de l'enfance sur l'internet.

La notion de contenus préjudiciables recouvre deux réalités de natures et de portées distinctes. On considère ici comme «préjudiciables» les messages violents, pornographiques et attentatoires à la dignité humaine, qui ne sont illicites que lorsqu'ils sont rendus accessibles aux mineurs (article 227-24 du Code pénal). Il faut évidemment y

---

6. 21,7 millions de Français de 11 ans et plus se sont connectés à l'internet au cours du mois de novembre 2003 selon Médiamétrie, cité par le *Journal du Net* [www.journaldunet.com/cc/01\\_internautes/inter\\_nbr\\_fr.shtml](http://www.journaldunet.com/cc/01_internautes/inter_nbr_fr.shtml).

7. *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication*, rapport de Claire Brisset, Défenseure des enfants, à Dominique Perben, ministre de la Justice, décembre 2002.

8. *La violence à la télévision*, rapport de Blandine Kriegel à Jean-Jacques Aillagon, ministre de la Culture et de la Communication, décembre 2002.

ajouter les contenus proprement illicites (pornographie enfantine ...), contre lesquels des actions de lutte spécifiques doivent être menées.

Le Forum rendra d'ailleurs public en juin 2004 le second volet de ses travaux sur la protection de l'enfance sur l'internet, consacré à ce deuxième type de contenus et pratiques.

– Les recommandations s'intéressent à l'ensemble des pratiques observées sur internet: si le web demeure le plus visible des canaux d'accès aux contenus et usages du réseau, il convient aussi de prendre en compte les forums ou les chats, les nouveaux supports (téléphone mobile) et les nouvelles applications (réseaux d'échanges *peer-to-peer*, messagerie instantanée...), d'autant que celles-ci progressent à un rythme soutenu chez les jeunes.

## Méthodologie

Les présentes recommandations résultent de la concertation, au sein d'un groupe de travail, d'une diversité d'acteurs représentatifs des parties concernées par ce débat: représentants de l'administration (ministères de la Justice, de l'Intérieur, de l'Éducation nationale, Direction du développement des médias, Défenseur des enfants), des utilisateurs de l'internet (*Internet Society*, Union nationale des associations familiales, association la Voix de l'Enfant) et des acteurs économiques (Association des fournisseurs d'accès et de services internet, MSN). Le groupe de travail a par ailleurs auditionné experts et acteurs concernés.

Ces recommandations ont été approuvées par le Conseil d'orientation du Forum des droits sur l'internet le 5 février 2004, et remises au ministre délégué à la Famille le 11 février 2004.

Le rapport du Forum sera mis en ligne, dès sa remise, sur les sites du Forum<sup>9</sup> et du ministère délégué<sup>10</sup> afin de recueillir les réactions des internautes au sein d'un forum de discussion.

## Destinataires des recommandations

Ces recommandations s'adressent à une diversité d'acteurs qui partagent, à des degrés divers, la responsabilité de la prévention de l'exposition des jeunes publics à ces contenus préjudiciables: acteurs publics, parents, associations, médias, fournisseurs d'accès ...

---

9. Cf. [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org), notamment.

10. Cf. [www.famille.gouv.fr](http://www.famille.gouv.fr).

## CHAPITRE I

# État des lieux de l'exposition des jeunes aux contenus violents, pornographiques et attentatoires à la dignité humaine sur l'internet

### Une exposition croissante et mal maîtrisée

Jeune média, l'internet est en passe, si l'on en croit la progression de la diffusion de l'équipement et l'intensité des usages, de devenir «le média des jeunes».

#### L'accès des jeunes à l'internet

L'usage de l'internet par les jeunes va croissant dans le cadre domestique ou scolaire tandis que se comble le fameux «retard français» en termes d'équipement informatique: selon le baromètre CSA Opinion/ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (MINEFI) de juillet 2003 <sup>11</sup>, 28 % des Français disposaient à domicile d'un micro-ordinateur équipé d'un accès à l'internet, soit plus de 26,8 % des foyers selon le baromètre Multimédia de l'institut Médiamétrie de mars 2003 <sup>12</sup>.

La progression de la pénétration des usages de l'internet est particulièrement sensible auprès du jeune public: 41 % des 15-24 ans interrogés dans le cadre du baromètre CSA Opinion/MINEFI de juillet 2003 étaient équipés d'une connexion à domicile. 73 % des jeunes interrogés utilisaient l'internet, dont 29 % quotidiennement. Selon une étude du CREDOC datée de juin 2003, 40 % des 12 à 17 ans étaient équipés à domicile d'une connexion à l'internet, dont 16 % à haut débit <sup>13</sup>.

L'équipement et la connexion à l'internet de la grande majorité des établissements scolaires, collèges, lycées et lycées professionnels, notamment, contribuent à rendre les usages du réseau accessibles au plus grand nombre des jeunes <sup>14</sup>, même si l'on ne saurait surestimer le rôle de l'école comme lieu d'accès et d'usage régulier de l'internet: une étude qualitative publiée en 2003 par le cabinet McCann Universal concluait que les jeunes Français accèdent majoritairement à l'internet depuis leur domicile ou les salles de jeux en réseau, plutôt que depuis l'école <sup>15</sup>.

---

11. «Les Français et l'utilisation des micro-ordinateurs», Baromètre CSA Opinion/ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 25 juin 2003.

12. «Plus de 10 millions de foyers français équipés d'un micro-ordinateur», Baromètre Multimédia Médiamétrie, 28 avril 2003.

13. Régis Bigot, «La diffusion des technologies de l'information dans la société française», enquête «Conditions de vie et aspirations des Français», CREDOC, Paris, juin 2003.

14. «L'équipement en ordinateurs des écoles, collèges et lycées en chiffres», AFP, 14 mai 2003, fr.news.yahoo.com/030514/1/371n6.html.

15. «Les Français et internet», Universal McCann Connections, 2003, citée par Florence Santrot, «Internet, le média de référence des d'jeunes», *Le Journal du Net*, 24 juin 2003, www.journaldunet.com/0306/030624jeunes.shtml.

## Un média désormais « indispensable » aux jeunes

Cette dernière étude, réalisée auprès de *focus groups* d'individus de 12 à 20 ans, concluait que l'internet était désormais perçu par cette population comme un média de référence dont l'usage complète celui des autres médias <sup>16</sup>.

### La communication au cœur des usages

D'après McCann Universal, les jeunes disposant d'une connexion se connectent le plus souvent quotidiennement, et se tournent avant tout vers les usages de « communication » de l'internet (courriel, *chats*, forums, messagerie instantanée ...) <sup>17</sup>. L'enquête quantitative Opinion Way/AOL de mars 2002 <sup>18</sup> tend à confirmer ces observations. Elle révèle que 61 % des internautes âgés de 8 à 18 ans interrogés surfaient quotidiennement, et que 76 % d'entre eux accédaient au réseau au moins trois fois par semaine. Les principaux usages que citaient les jeunes de 8 à 18 ans dans le cadre de cette enquête sont : la communication (78 %), par courrier électronique notamment, la recherche d'informations pour l'école (72 %), la recherche d'information sur les centres d'intérêt personnels (70 %), la découverte de nouveaux sites (63 %), le téléchargement (de fichiers musicaux ou vidéo, 56 %), la participation à des forums (55 %), les jeux en ligne (46 %) et la rencontre de nouveaux copains (39 %). 97 % des jeunes internautes interrogés jugeaient l'outil internet « utile » à « indispensable ».

L'enquête du CREDOC sur *La diffusion des technologies de l'information dans la société française*, publiée en novembre 2003, complète ces indications sur les usages des jeunes. Selon cette dernière, 55 % des 12 à 17 ans usagers de l'internet considéraient que le réseau est « *un bon outil pour se faire des amis et entretenir des relations* ». Ainsi la messagerie instantanée (48 % des 12 à 17 ans connectés), l'échange de fichiers sur les réseaux *peer-to-peer* (P2P) (31 %) et les jeux en réseau (35 %, 15 % des 12 à 17 ans n'ayant encore jamais joué en réseau ayant l'intention de le faire dans l'année) figurent-ils parmi les principaux usages de l'internet par les jeunes <sup>19</sup>.

### Les promesses de l'internet mobile

Il convient enfin de ne pas négliger les promesses des terminaux mobiles comme points d'accès personnels à l'internet, alors que se banalise une nouvelle génération de terminaux mobiles multimédias, et que s'en développent les usages. D'après l'enquête menée par le CREDOC, 63 % des 12 à 17 ans possédaient un téléphone mobile en juin 2003 ; et 11 % des utilisateurs de ces terminaux les utilisaient pour naviguer sur l'internet.

---

16. *Ibidem*.

17. *Ibidem*.

18. « Que font nos enfants sur internet ? Ce que disent les enfants, ce que savent les parents », étude Opinion Way/AOL-EPE, mars 2002.

19. Régis Bigot, *op. cit.*

## Une mauvaise perception des enjeux

Les parents se déclarent sensibles aux risques d'exposition à des contenus choquants encourus par leurs enfants sur l'internet. Selon une enquête SOFRES-BayardWeb de mars 2002, 78 % des parents se déclaraient ainsi préoccupés par «*le risque pour les enfants d'aller sur des sites ou de faire des rencontres inappropriés*»<sup>20</sup>.

Les jeunes, en revanche, ne perçoivent pas spontanément l'internet comme un lieu de «dangers» ou de «risques». C'est ce qu'une étude réalisée en 2000 par le CLEMI (le Centre d'éducation aux médias du ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche) auprès d'élèves de 12 à 17 ans<sup>21</sup> tend à établir, démontrant aussi que c'est l'évocation avec les adultes des risques inhérents à certaines pratiques qui en favorise la prise de conscience. Le danger est alors le plus souvent perçu par les jeunes comme une menace éventuelle pour les autres – en particulier les plus jeunes – mais rarement pour eux-mêmes. De même, la plupart des jeunes membres du panel interrogé par McCann Universal semblaient n'émettre aucune critique réelle du média, qui bénéficie d'une image très positive, et en tirer «*une expertise valorisante, [...] d'autant plus que le média leur apparaît globalement très facile à maîtriser*».

En outre, des éléments d'analyse concordants tendent à établir que les jeunes internautes accèdent le plus souvent sans encadrement à l'internet. La moitié des jeunes internautes interrogés par le CLEMI déclaraient que leurs parents leur «*imposent une limite de temps sur internet*», et seulement 39 % des enfants interrogés répondaient que leurs parents «*veulent savoir*» ce qu'ils font sur l'internet. Si 39 % des enfants interrogés utilisaient l'internet en compagnie de l'un ou l'autre de leurs parents, ils étaient pourtant 90 % à dire le faire seul, en toutes circonstances ou en certaines occasions. Cette tendance est confirmée par les résultats de l'étude Opinion Way/AOL de mars 2002 : 16 % seulement des enfants de 8 à 18 ans interrogés dans le cadre de cette étude utilisent «en général» internet en compagnie de leurs parents, 73 % surfant le plus souvent seuls.

Il apparaît ainsi que la découverte du nouvel espace social qu'est l'internet se fait de façon assez peu organisée au sein des familles : les parents pressentent les risques propres à certaines pratiques, mais n'en déduisent pas la nécessité d'un encadrement réel de leurs enfants ; ceux-ci subissent l'attrait du réseau sans en mesurer toujours les éléments de risques.

## Les contenus et usages à risques

La loi française<sup>22</sup>, notamment, fixe un objectif de prévention totale de l'exposition des mineurs à des contenus «pornographiques», «violents» ou portant «gravement

---

20. Sofres/BayardWeb, «Internet dans la famille», 22 mars 2002.

21. Évelyne Bevort, Isabelle Breda, *Les jeunes et internet*, Centre de liaison de l'enseignement et des moyens d'information (CLEMI), Paris, mars 2001.

22. Article 227-24 du Code pénal.

23. Cf. dans le chapitre II, «L'encadrement législatif et administratif de la diffusion de contenus préjudiciables aux mineurs sur internet en France».

atteinte à la dignité humaine», et définit ainsi les contenus que l'on appellera «préjudiciables» aux mineurs. On verra que, si la notion de pornographie et celle d'atteinte à la dignité humaine sont relativement claires au regard de la doctrine et de la jurisprudence, la notion de violence est plus difficile à définir en droit français<sup>23</sup>. Par extension, on peut également considérer comme préjudiciables aux mineurs les contenus proprement illicites (racisme, pornographie enfantine ...), contre lesquels des actions de lutte spécifiques sont par ailleurs susceptibles d'être menées.

### La diffusion de contenus de nature violente, pornographique et attentatoire à la dignité humaine sur le réseau

Il est difficile de mesurer précisément la proportion de contenus disponibles sur l'internet susceptible de porter préjudice aux mineurs. En effet, les éléments objectifs permettant d'apprécier le volume de contenus de nature violente, pornographique ou attentatoire à la dignité humaine sur l'internet sont disparates et ne peuvent être invoqués avec certitude. De plus, les informations de nature quantitative disponibles ne concernent le plus souvent que la diffusion de contenus pornographiques sur l'internet. L'existence d'une véritable économie de ces contenus sur le réseau pourrait expliquer leur plus grande visibilité. Mais cet aspect manifeste ne doit pas pour autant éclipsier l'accessibilité potentielle en ligne d'autres types de contenus d'une exceptionnelle violence (scènes morbides, notamment) susceptibles de choquer les jeunes publics.

Les chiffres qui suivent doivent donc être considérés avec prudence; ils indiquent une tendance plutôt qu'une mesure précise du phénomène.

La vente de contenus et services «pour adultes», c'est-à-dire à connotation érotique ou pornographique, aurait représenté en 2001-2002 plus de 70 % des revenus de la vente de contenus numériques auprès du grand public en Europe et dans le monde, selon l'institut Jupiter MMXI. Et si le décollage attendu des ventes d'autres contenus et services (700 millions \$ en 2002 à 2,3 milliards \$ en 2006<sup>24</sup>) va amoindrir la part de la pornographie dans ces revenus, ceux de la pornographie pourraient pourtant se maintenir, en 2005-2006, en tête des ventes de contenus en ligne, constituant environ 17 %<sup>25</sup> de la valeur totale issue de ces transactions<sup>26</sup>.

Une étude consacrée en 2002 par le *National Research Council* (NRC) américain à la «jeunesse, la pornographie et l'internet» citait le chiffre de 400 000 sites pornographiques payants dans le monde, dont plus de 100 000 seraient hébergés aux États-Unis. 74 % de ces sites affichaient des images pornographiques dès leur page

---

24. Information généraliste, information économique et financière, vidéo à la demande à l'exclusion des revenus des jeux et de la vente de musique en ligne.

25. Soit 400 millions \$ sur 2,3 milliards \$. Source: Jupiter MMXI, mars 2002, [www.jmm.com/xp/jmm/press/2002/pr\\_031802.xml](http://www.jmm.com/xp/jmm/press/2002/pr_031802.xml). Soit 809 millions \$ sur 5 milliards \$ en 2005 pour les contenus à large bande, d'après le cabinet Forrester. Source: Forrester Research, décembre 2001 [www.forrester.com/ER/Press/Release/0,1769,658,00.html](http://www.forrester.com/ER/Press/Release/0,1769,658,00.html).

26. Soit 85 millions \$ sur 2,3 milliards \$ en 2006. Source: Jupiter MMXI, *op.cit.*

27. Dick Thornburgh, Herbert S. Lin, editors, *Youth, Pornography, and the Internet*, National Academy Press, Washington DC, 2002.

28. 10 janvier 2003, [www.google.fr/search?q=porn](http://www.google.fr/search?q=porn).

d'accueil, 66 % n'y diffusaient aucun message d'avertissement, et seulement 11 % de ces derniers n'y affichaient pas d'images sexuellement explicites<sup>27</sup>. Une requête sur le terme «*porn*» rapporte, sur le moteur de recherche Google, plus de 70 millions de réponses<sup>28</sup>, sans pour autant que l'on puisse apprécier ici le volume précis de pages porteuses de contenus pornographiques. La société éditrice de dispositifs de filtrage N2H2 estimait que le nombre de pages web pornographiques s'établissait en septembre 2003, après avoir enregistré une forte croissance ces cinq dernières années, autour de 260 millions<sup>29</sup>. À des fins, le plus souvent, de promotion de contenus payants, une vaste quantité d'images fixes et animées de nature pornographique est distribuée gratuitement sur le web.

La visibilité potentielle d'images pornographiques ou violentes sur le web, cette vitrine de l'internet, ne doit pas conduire à négliger l'accessibilité potentielle de tels contenus sur d'autres espaces publics de l'internet, comme les groupes de discussion (*news-groups*) ou les réseaux *peer-to-peer*. Selon une étude du *Committee of Government Reform* de la Chambre des représentants américaine, les clés de recherche «*xxx*», «*porn*» et «*sex*» donneraient par exemple accès, en libre téléchargement sur les principaux réseaux *peer-to-peer*, à 6 millions de fichiers dont la description comporte l'un de ces termes, sans toutefois que soit précisée par l'étude la proportion de ces fichiers ayant un contenu véritablement pornographique<sup>30</sup>.

Moins visibles, car faisant le plus souvent l'objet de moins de publicité, les sites présentant des contenus d'une extrême violence, le plus souvent morbide, doivent aussi être considérés. D'après un sondage mené au Canada par le réseau Éducation-médias, éditeur du site webAVERTI<sup>31</sup>, 70 % des garçons élèves de l'enseignement secondaire canadien visitaient en 2001 des sites montrant des images réelles d'accidents, de tortures ou de mutilations, comme rotten.com ou gorezone.com.

## Les modes d'accès aux contenus pornographiques et violents et l'exposition parfois involontaire des mineurs

Le seul volume de contenus de nature pornographique indexés par les principaux outils de recherche semble indiquer qu'un usager décidé à consulter des contenus pornographiques ou violents peut sans peine, qu'il soit majeur ou mineur, à défaut de surveillance particulière, se les procurer en ligne. Une étude réalisée en novembre 2003

---

29. «*N2H2 Reports Number of Pornographic Web Pages Now Tops 260 Million and Growing at an unprecedented Rate*», communiqué de presse, 23 septembre 2003. Le communiqué et un résumé des résultats de l'étude sont accessibles à l'adresse, [www.n2h2.com/about/press/releases.php](http://www.n2h2.com/about/press/releases.php).

30. *Committee on Government Reform, Children's Exposure to Pornography on Peer-to-Peer Networks, United States House of Representatives, Committee on Government Reform, Staff Report*, mars 2003. Il convient de noter que le nombre de fichiers globalement accessibles sur les réseaux *peer-to-peer* s'élève à plusieurs centaines de millions.

31. Cf. [www.webaverti.ca/french/default.aspx](http://www.webaverti.ca/french/default.aspx).

32. Sélection effectuée par le Forum des droits sur l'internet à partir de la liste des 100 premiers sites à «contenu adulte» identifiés par Médiamétrie//NetRatings. Les sites à «contenu adulte» sont les sites de charme, les sites à contenu érotique, pornographique mais aussi les sites de jeux d'argent (non choisis par le Forum). La liste des cinquante sites sélectionnés est disponible sur demande.

par l'institut Médiamétrie/NetRatings pour le Forum des droits sur l'internet établi que 17 % des internautes de moins de 18 ans (soit 24 % des garçons et 10 % des filles) ont vu, au cours du mois de juin 2003, au moins une page d'une sélection de cinquante sites pornographiques parmi les plus fréquentés sur la période <sup>32</sup>. Il convient de préciser que l'essentiel de ces accès concerne la tranche d'âge 12 à 17 ans, les valeurs rapportées pour la tranche d'âge 2 à 12 ans n'étant pas suffisamment importantes pour paraître significatives <sup>33</sup>.

Même s'il est difficile de faire la part de l'accès volontaire des jeunes internautes à de tels contenus, « *le potentiel d'exposition involontaire du jeune public à des contenus de nature pornographique ou violente n'en constitue pas moins une caractéristique spécifique à l'internet* ». On peut supposer que la grande compétitivité du marché des contenus adultes sur l'internet fait de la recherche d'audience, qui ne s'embarrasse pas toujours de cibler précisément un public, l'élément clé des pratiques promotionnelles de ces sites et de la grande accessibilité de ces contenus.

Une étude menée en 2003 aux États-Unis par trois chercheurs de l'université du New Hampshire (Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor et Janis Wolak) sur un échantillon national de 1 500 jeunes de 10 à 17 ans met en évidence et illustre les risques d'exposition involontaire de ces publics aux contenus à caractère sexuel sur l'internet. Selon les résultats de ce travail, un quart des participants, jeunes usagers réguliers de l'internet, avaient été exposés involontairement au moins une fois à des contenus à caractère sexuel au cours de l'année passée, « *sans que l'on puisse toutefois affirmer que tous ces contenus soient, par leur nature ou leur figuration à des mineurs, illicites ou préjudiciables au regard de la loi française* ». Dans 32 % des cas, les enfants interrogés avaient perçu des images figurant des personnes entretenant des relations sexuelles. Dans 7 % des cas, ces images figuraient des scènes de sexe violentes. 73 % des cas d'exposition relevés s'étaient produits au cours de navigations sur le web, et 27 % par l'intermédiaire de courriers électroniques ou de messages instantanés, l'étude ne considérant pas d'autres usages de l'internet <sup>34</sup>.

En Europe, une étude menée sur de jeunes usagers de l'internet dans le cadre du programme SAFT (*Safety, Awareness, Facts and Tools*) en Suède, en Norvège, au Danemark, en Islande et en Irlande a montré que 26 à 35 % des internautes interrogés âgés de 9 à 16 ans avaient déjà été accidentellement exposés à des contenus violents ou « horribles », et de 24 à 36 % d'entre eux à des contenus de nature sexuelle ou pornographique <sup>35</sup>.

Les modes d'accès à ces contenus sont très variés.

---

**33.** Enquête «Le Forum des droits sur l'internet-Médiamétrie/NetRatings», novembre 2003. La fiche technique et les principaux résultats de l'enquête sont disponibles sur le site [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org).

**34.** Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor, Janis Wolak, «*The Exposure of Youth to Unwanted Sexual Material on the Internet. A National Survey of Risk, Impact and Prevention*», *Youth & Society*, Vol. 34 n° 3, mars 2003, pp. 330-358.

**35.** SAFT, *Children's Study – Investigating online behaviour*, National Center for Technology in Education, Dublin, mai 2003.

## Résultats de recherche

Les moteurs de recherche constituent les points d'accès privilégiés à l'ensemble des contenus du web. Parmi les références qu'ils indexent automatiquement figurent des contenus de nature pornographique ou violente accessibles gratuitement sur l'internet <sup>36</sup>.

Même les requêtes les plus banales peuvent parfois susciter des résultats peu conformes à l'objet initialement recherché. Sur de nombreux moteurs de recherche, les requêtes lancées sur le mot clé « fille » ou « garçons » peuvent rapporter, au gré des indexations, de nombreux sites à caractère pornographique, dont les pages comportent ces termes <sup>37</sup>.



Source: (Google.fr), première page de résultats correspondant à la requête « fille », 14 janvier 2003.

<sup>36</sup>. Une recherche sur le terme « sexe » sur les moteurs de recherche AllTheWeb et Google suffisent à s'en convaincre, [www.google.fr/search?q=sexe](http://www.google.fr/search?q=sexe), [www.alltheweb.com/search?cat=web&q=sexe](http://www.alltheweb.com/search?cat=web&q=sexe).

<sup>37</sup>. Cf. sur les moteurs de recherche Alltheweb et Google, [www.alltheweb.com/search?cat=web&q=filles](http://www.alltheweb.com/search?cat=web&q=filles), [www.alltheweb.com/search?cat=web&q=garcons](http://www.alltheweb.com/search?cat=web&q=garcons), [www.google.fr/search?q=filles](http://www.google.fr/search?q=filles), [www.google.fr/search?q=garcons](http://www.google.fr/search?q=garcons). Ces exemples ont été produits sans que soient activés les filtres parentaux de ces deux outils de recherche, comme c'est le cas par défaut.

Ce phénomène est encore plus saisissant sur les réseaux *peer-to-peer*, où une recherche de fichiers vidéo suivant la clé de recherche «*Britney Spears*»<sup>38</sup> proposait au téléchargement, lors d'un test réalisé au mois de septembre 2003, parmi les vingt premières réponses, six fichiers dont le titre semblait indiquer qu'il s'agissait de contenus pornographiques.

Ces exemples illustrent l'accessibilité de contenus de nature pornographique sur le web et les réseaux *peer-to-peer*. Ils illustrent dans le même temps le potentiel d'exposition involontaire à ces matériels par le biais d'un simple moteur de recherche.

47 % des cas d'exposition involontaire à des contenus choquants sur le web décrits par Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor et Janis Wolak résultent de l'activation d'un lien apparu en réponse à une requête lancée sur un moteur de recherche.

### **Cybersquatting et contrefaçon de marques**

Il est fréquent qu'un nom de domaine expire et change de propriétaire sans préavis, au bénéfice parfois de l'éditeur d'un site dont les contenus sont de nature à choquer les plus jeunes usagers de l'internet. La réservation abusive de noms de domaine peut également parfois bénéficier à de tels sites: ainsi les noms de domaine [www.whitehouse.com](http://www.whitehouse.com), qui imite celui du site de la présidence américaine, ou [www.france3.com](http://www.france3.com), qui ressemble à celui de la chaîne du service public de la télévision française, renvoient-ils vers des sites pornographiques<sup>39</sup>. Jusqu'à la réattribution récente du nom de domaine [www.granddictionnaire.com](http://www.granddictionnaire.com) à l'Office québécois de la langue française, la saisie de l'adresse URL improprement orthographiée pointait vers un site pornographique. Le département de la justice américain a récemment entrepris des actions judiciaires contre le site pornographique [www.teltubbies.com](http://www.teltubbies.com), dont l'adresse URL déforme le titre d'une série animée pour enfants. L'adresse [www.star-academy-3.com](http://www.star-academy-3.com) a été acquise par un éditeur canadien de contenus pornographiques. De tels détournements sont les plus fréquents dans les *TLD* génériques .com; .net; .org; info..., qui ne font l'objet d'aucun contrôle *a priori* de propriété de l'acheteur d'un domaine sur une marque, comme c'est par exemple le cas dans le domaine .fr.

L'accès involontaire à un site pornographique suite à une erreur de saisie d'une adresse URL concerne 17 % des cas décrits par Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor et Janis Wolak.

### **Publicité**

En dépit du fait que certaines des plus grandes régies publicitaires s'appliquent à ne pas diffuser d'annonces au profit de services à connotation sexuelle ou pornographique, et malgré les règles d'autorégulation énoncées par les organisations professionnelles du secteur, la publicité est susceptible de constituer un vecteur d'exposition involontaire ou, tout au moins, d'incitation à l'accès à ce type de contenus sur l'internet.

---

**38.** Le nom d'une chanteuse américaine populaire auprès du public adolescent.

**39** À noter que la procédure de résolution de litige intentée par le groupe France Télévisions à l'encontre du propriétaire coréen des domaines auprès de l'OMPI n'a pas permis à la société française de récupérer les noms de domaine litigieux (décision du 29 janvier 2002), ces dénominations étant, selon l'expert coréen, dénuées de caractère notoire en Corée.

Selon le cabinet d'étude *NetCrawling*, près de 3 % des bandeaux de publicité diffusés sur l'internet par des régies européennes faisaient la promotion de sites pornographiques, mais aussi, de plus en plus fréquemment, d'autres services de « charme ». D'après le cabinet, on assiste en 2002 et 2003 à « *une véritable révolution de style d'annonceurs avec l'e-commerce, le be-to-be en passant par le site de rencontre via SMS ou web cam en finissant par des sites d'information sur les différentes pratiques sexuelles (SM, fétichisme etc.)* ». L'étude relate que l'achat de mots clés et de « liens sponsorisés » sur les moteurs de recherche constituait une pratique appréciée de ce type d'annonceurs <sup>40</sup>. Il convient de préciser que tous les sites concernés par l'étude ne sont pas tous pornographiques, et que ceux qui le sont ne sont pas tous accessibles aux mineurs.

Il convient de noter que la publicité en ligne fait l'objet d'une rare initiative d'autorégulation au niveau mondial: la Chambre de commerce internationale (ICC) précise dans ses lignes directrices pour la publicité en ligne, qui servent de référence à l'*Internet Advertising Bureau* (IAB) que, « *étant donné la dimension planétaire des réseaux électroniques et la diversité des destinataires potentiels des messages électroniques, les annonceurs et les professionnels du marketing doivent être particulièrement attentifs à la possibilité qu'un message donné soit perçu comme pornographique, violent, raciste ou sexiste* » <sup>41</sup>. De même le Bureau de vérification de la publicité (BVP) écrit-il dans ses règles déontologiques relatives à la publicité sur l'internet qu'« *étant donné la dimension planétaire des réseaux électroniques et la diversité des destinataires potentiels des messages électroniques, les annonceurs et les professionnels du marketing doivent être particulièrement attentifs à ce qu'aucun message ne puisse être perçu comme pornographique, violent, raciste ou sexiste* » <sup>42</sup>.

En l'absence de régulation des modalités de l'expression publicitaire sur le réseau, les annonceurs éditeurs de contenus « adultes », pornographiques, notamment, semblent enfin avoir recours aux techniques de publicité les plus intrusives et les plus insistantes comme l'ouverture automatique et non sollicitée de fenêtres publicitaires (*pop ups*) ou la diffusion de publicités *via* les « logiciels espions » (*spywares*) qui équipent à l'insu de leurs propriétaires les ordinateurs des nombreux usagers de certains programmes gratuits, auxquels ils sont parfois associés <sup>43</sup>.

L'activation d'un lien hypertexte d'un site vers un autre est à l'origine de 17 % des accès involontaires décrits par Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor et Janis Wolak. À noter que 26 % des accès involontaires relevés au cours de l'étude sont liés à l'ouverture automatique et non sollicitée d'une nouvelle fenêtre publicitaire alors que le sujet tentait de quitter un premier site érotique ou pornographique.

---

40. « Comment se porte le marché du X sur internet ? », *NetCrawling*, 2003.

41. Chambre de commerce internationale, *Principes pour une publicité et un marketing responsables sur internet, le World Wide Web, les services en ligne et les réseaux électroniques*, n° 240/394 Rev. 4, avril 1998, [www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/translations/lignes\\_rev\\_icc.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp).

42. BVP, règles déontologiques, octobre 1998, [www.bvp.org/documents/deonto/internet/mn\\_internet.htm](http://www.bvp.org/documents/deonto/internet/mn_internet.htm).

43. Cf. Emmanuel jud, « *Spywares*: ces logiciels à votre écoute », Secuser.com, 2 décembre 2002, [www.secuser.com/dossiers/spywares\\_generalites.htm](http://www.secuser.com/dossiers/spywares_generalites.htm).

## **Messages électroniques non sollicités: spam**

Moins encore qu'aucun autre dispositif publicitaire ayant cours sur l'internet, les messages électroniques publicitaires non sollicités, expédiés le plus souvent sur la base d'adresses collectées dans les espaces publics de l'internet, ne ciblent pas le public qu'ils atteignent, et sont susceptibles de toucher massivement un jeune public. Celui-ci est d'autant plus susceptible d'être heurté par le contenu de ces messages que ces derniers paraissent personnellement adressés à leurs destinataires.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a publié en octobre 2002 une première étude quantitative et qualitative du phénomène. Si les quelque 300 000 messages transmis à la CNIL ne peuvent strictement être considérés comme un échantillon représentatif, leur analyse, menée par la Commission, fournit quelques indicateurs utiles. Les statistiques livrées par la CNIL au terme de l'analyse de la masse de courriels publicitaires non sollicités reçus au cours de l'opération « Boîte à spam » établissent que le procédé de publicité intrusif que constitue le *spamming* bénéficie largement aux contenus pornographiques, que ces messages placent d'ailleurs à la portée directe des enfants équipés d'une adresse de courrier électronique: 42 % des messages publicitaires rédigés en langue anglaise, et plus de 55 % des messages rédigés en français vantaient les contenus de sites pornographiques <sup>44</sup>.

On peut également citer une étude de l'éditeur de solutions de sécurité informatique *Clearswift* rendue publique en août 2003, qui fait état des proportions moindres, mais significatives: selon cette étude, 13,6 % du volume total de *spams* distribués seraient de nature pornographique <sup>45</sup>. Plus alarmiste encore, une enquête menée en juin 2003 pour l'éditeur de logiciels Symantec auprès de jeunes internautes américains âgés de 7 à 18 ans rapporte que 80 % recevaient quotidiennement des messages publicitaires non sollicités, et que 47 % avaient déjà reçu des messages renvoyant vers des sites pornographiques <sup>46</sup>.

Les usages des outils de messagerie instantanée (AOL Instant Messenger, ICQ, MSN Messenger, Yahoo Messenger ...) vont croissant, en particulier auprès du jeune public, ainsi que tend à le montrer une récente étude de marché: 93 % des internautes américains âgés de 13 à 17 ans utiliseraient l'un de ces outils <sup>47</sup>. Ces outils sont également concernés par la problématique des messages publicitaires non sollicités, par lesquels les jeunes usagers de ces applications sont également susceptibles d'être arbitrairement exposés à des contenus à caractère sexuel.

27 % des cas d'exposition involontaire décrits par Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor et Janis Wolak résultent de la réception d'un courrier électronique ou d'un message instantané à connotation pornographique.

---

<sup>44</sup>. Cécile Alvergnat (rapport présenté par), *Opération « boîte à spams »: les enseignements et les actions de la CNIL en matière de communications électroniques non sollicitées*, Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Paris, rapport adopté le 24 octobre 2002.

<sup>45</sup>. « *Analysis Reveals Significant Increase in spam Related to Consumer Goods* », *ClearSwift*, 16 septembre 2003, [www.clearswift.com/news/pressreleases/items/213.asp](http://www.clearswift.com/news/pressreleases/items/213.asp).

<sup>46</sup>. « *Kids Bombarded With Spam, Porn* », Reuters, 9 juin 2003 [www.wired.com/news/culture/0,1284,59164,00.html](http://www.wired.com/news/culture/0,1284,59164,00.html).

<sup>47</sup>. « *America Online Instant Messaging Trends Survey Shows Instant Messaging Use Exploding Nationwide* », 26 juin 2003, [http://biz.yahoo.com/bw/030626/265236\\_1.html](http://biz.yahoo.com/bw/030626/265236_1.html).

## **Les effets controversés de l'exposition des mineurs aux contenus violents et pornographiques**

La question des effets de l'exposition des jeunes à des images violentes ou pornographiques est largement débattue depuis la massification des techniques et médias audiovisuels. On ne saurait rendre compte ici de l'étendue de ce débat complexe, au sein duquel psychologues et sociologues défendent depuis plusieurs dizaines d'années une variété d'analyses souvent contradictoires. Les travaux préparatoires à l'élaboration de ces recommandations n'ont pas permis d'identifier d'étude d'impact de l'exposition de jeunes publics à des contenus violents ou pornographiques spécifiques au média internet.

### Les effets de l'exposition à la violence médiatique

La corrélation entre l'exposition des jeunes à des images violentes et le développement de comportements violents n'a jamais été clairement établie malgré la recherche de corrélations opérée par certaines études issues de la recherche américaine en psychologie sociale, dont les conclusions fracassantes tendaient à mettre en lumière un tel lien. Pour certains auteurs, l'exposition à de tels contenus comporterait au contraire des vertus « cathartiques » tendant à prémunir les jeunes contre ces comportements. Pour d'autres, la violence médiatique induit un climat favorable au développement de violences plutôt qu'elle n'en provoque le déclenchement auprès d'individus. Certains chercheurs, comme le psychiatre Serge Tisseron, auteur de l'étude réalisée à la demande du ministère de la Culture entre 1997 et 2000 sur les effets des images sur les enfants de 11 à 13 ans <sup>48</sup>, défendent enfin l'idée selon laquelle les images violentes ou pornographiques peuvent accroître les fragilités individuelles et constituer des facteurs de déstabilisation émotionnelle de certaines personnalités.

Les spécialistes de la psychologie infantile et des médias auditionnés dans le cadre de la préparation du rapport de la Défenseure des enfants consacré aux « *enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication* » insistent sur la différence de nature et de toxicité de messages « *explicables, parce que situés dans un contexte, et ceux qui paraissent ininterprétables en fonction du degré de maturité de ceux auxquels ils s'adressent* » <sup>49</sup> ou qui les perçoivent, volontairement ou par l'un des biais accidentels que nous avons décrits, dont le caractère non sollicité et arbitraire peut agir comme facteur aggravant du trouble et de la culpabilité décrits par certains spécialistes de l'enfance comme conséquences de l'exposition à ces messages.

Pour la sociologue Monique Dagnaud, enfin, « *les images violentes – et ce point fait l'unanimité des experts – stimulent les sens, maltraitent le psychisme, et éventuellement bouleversent ou réveillent des souffrances enfouies, surtout chez les enfants trop*

---

48. Serge Tisseron, *Enfants sous influence. Les écrans rendent-ils les jeunes violents?* Armand Colin, Paris, 2000.

49. *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication, op. cit.*

tôt plongés dans cet univers d'adultes. Qu'elles constituent un bain culturel, susceptible de faire croire que la réalité serait ainsi faite, et donc légitimant des comportements, ne souffre pas de doute non plus. La nécessité de réguler les médias audiovisuels trouve dès lors, dans ces deux derniers arguments, toute sa légitimité»<sup>50</sup>.

## Le cas des messages et contenus pornographiques

Les auditions menées par la Défenseure des enfants ont amené les rapporteurs à ménager, dans l'étude des relations entre enfants et messages violents, une place particulière aux images pornographiques : « Selon le Dr Roland Coutanceau, psychiatre et psychocriminologue, celles-ci comportent un impact spécifique de déstabilisation qui peut, sur les plus fragiles, entraîner des effets d'une très grande toxicité. Hyperréalistes, les images pornographiques fournissent une représentation de la sexualité que les enfants ne peuvent intégrer. Il arrive, ajoute-t-il, que de telles images figurent dans les ingrédients du passage à l'acte. Chez un jeune enfant, prépubère [...], celles-ci le renvoient à la représentation de sa propre conception par ses parents, représentation qu'il avait imaginée, fantasmée, bien autrement ; les images très crues auxquelles il est confronté n'ont aucun rapport avec ce qu'il avait imaginé. Il est alors soumis à des représentations dont le potentiel émotionnel le déborde totalement. Il s'agit là, ajoute le Pr Jeammet, d'une véritable effraction, de l'intrusion d'une problématique d'adultes dans le monde des enfants qui brise l'un des ressorts de son respect pour le monde des adultes. Il peut y avoir là, soulignent les Pr Jeammet et Bernard Golse, pédopsychiatres à l'Hôpital Necker (Paris), un effet littéralement traumatique qui se traduit parfois, chez certains enfants, par un désinvestissement scolaire, le refuge dans l'imaginaire, l'impossibilité de passer à l'abstraction »<sup>51</sup>.

On peut également lire sous la plume d'un autre psychiatre que « suivant l'âge de l'enfant, les digues psychiques qui entravent les excès sexuels (pudeur, dégoût et morale) ne sont pas établies ou sont en cours d'édification. De ce fait, l'enfant pourra prendre goût à toutes les perversions et en maintenir l'usage dans son activité sexuelle »<sup>52</sup>.

On citera enfin à nouveau, à titre d'illustration et à défaut de données propres au contexte culturel européen ou français, les conclusions de l'étude de Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor et Janis Wolak. Dans leur travail consacré à l'exposition involontaire des jeunes aux contenus pornographiques sur l'internet<sup>53</sup>, ces derniers relèvent que 24 % des enfants interrogés ayant rencontré des contenus choquants au cours de leur usage de l'internet se disaient heurtés (*upset*) par les images auxquelles ils avaient été exposés. 19 % d'entre eux avaient manifesté l'un des quatre symptômes de « stress » retenus par les chercheurs, renonçant, pour quelque temps, à l'usage de l'internet, pensant à l'événement de manière irrépressible et régulière ou

50. Monique Dagnaud, « Médias et violence », *Problèmes politiques et sociaux*, La Documentation française, Paris, 2003, pp. 8-9.

51. *Ibidem*, pp. 7-8.

52. François Danet, « L'exploitation d'images de violence sur internet : aspects psychopathologiques et légaux », diplôme universitaire de victimologie, université Claude Bernard-Lyon I, 2000, non publié, cité par Monique Dagnaud, « Médias et violence », *op. cit.*

53. « *The Exposure of Youth to Unwanted Sexual Material on the Internet. A National Survey of Risk, Impact and Prevention* », *Youth & Society*, *op. cit.*

ayant vu affectés leur comportement et leur «*intérêt pour les choses*». De tels résultats, inévitablement parcellaires et culturellement marqués, contribuent pourtant à décrédibiliser l'hypothèse de l'innocuité de l'exposition des jeunes à des images de nature violente ou pornographique sur l'internet.

Comme on le verra plus loin, les autorités françaises et européennes ont ainsi jugé à plusieurs reprises, que l'exposition des jeunes à des images et propos violents ou pornographiques devaient être limitée, sinon prévenue. Ainsi peut-on noter que la directive Télévision sans frontières (TVSF) considère-t-elle comme «*susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs*» les «*programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite*», et la recommandation 98/560/CE comme «*manifestement susceptibles de nuire aux mineurs [...] la pornographie ou la violence*»<sup>54</sup>. De même la loi punit-elle également, en France, l'exposition de mineurs à des images de nature pornographique ou violente.

---

54. Recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine, 98/560/CE, Bruxelles, 24 septembre 1998 [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/1998/l\\_270/l\\_27019981007fr00480055.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/1998/l_270/l_27019981007fr00480055.pdf).

## CHAPITRE II

# **Examen critique des réponses juridiques, techniques et pédagogiques en France, en Europe, et au plan international**

### **Les dispositifs juridiques destinés à encadrer la diffusion en ligne de contenus préjudiciables aux jeunes publics**

L'encadrement législatif et administratif de la diffusion de contenus préjudiciables aux mineurs sur internet en France

La fabrication, le transport et la diffusion de messages préjudiciables aux mineurs, tels que les décrit le Code pénal, sont strictement encadrés, en France, par des dispositions légales applicables indifféremment du support de diffusion. À la différence d'autres supports, l'internet ne fait toutefois l'objet d'aucune régulation modulant ces objectifs fixés par la loi.

#### **L'article 227-24 en débat**

Selon les termes du premier alinéa de l'article 227-24 du Code pénal, la diffusion de messages à caractère attentatoire à la dignité humaine, violent ou pornographique est tenue pour illégale en France dès lors que le message incriminé est susceptible d'être perçu par un mineur: *«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 € d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur»* <sup>55</sup>.

L'infraction est donc constituée dès lors que se trouvent réunis deux éléments :

- être en présence d'un message à caractère violent ou pornographique, ou portant atteinte à la dignité humaine ;
- que ce message soit susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

La jurisprudence définit précisément ce que recouvre la notion de « pornographie ». Le tribunal de grande instance de Paris jugeait en 1997 que: *«Les concepts "d'atteinte à la dignité humaine" et de "pornographie", spécifiquement visés par la loi [...] correspondent au dernier état de la jurisprudence sur l'outrage aux bonnes mœurs, qui sanctionnait essentiellement à ce titre la représentation de violences et de perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine, conduisant à un avilissement systématique, voire monstrueux, de l'individu»* <sup>56</sup>.

<sup>55</sup>. Article 227-24 du Code pénal.

<sup>56</sup>. TGI Paris, 17<sup>e</sup> chambre, 12 juin 1997, *Légipresse*, n° 148. III. 5.

En 2002, la cour d'appel de Paris décrivait comme «*pornographiques*» les contenus d'un site internet figurant «*des organes génitaux féminins offerts, des organes génitaux masculins en érection et des actes de pénétration génitale, buccale, anale*»<sup>57</sup>. Plusieurs arrêts du Conseil d'État ont également décrit avec nuance la notion de pornographie<sup>58</sup>; ils l'assimilent à des œuvres «*qui représentent des scènes d'actes sexuels non simulés, de manière répétitive, sans que le propos de l'auteur puisse donner un autre sens que le fait de viser à l'excitation sexuelle du spectateur. La présence d'une scène montrant un acte sexuel non simulé ne suffi[sant] donc pas pour justifier le classement X d'un film*»<sup>59</sup>.

La jurisprudence et la doctrine tendent à définir la notion d'«*atteinte à la dignité humaine*» comme l'asservissement et la dégradation de la personne, sa figuration comme un objet dans la dépendance du pouvoir d'autrui. La notion de «*violence*», mal définie par les textes, n'a en revanche jamais donné lieu à l'incrimination de contenus ou programmes sur le fondement de l'article 227-24.

En ce qui concerne le deuxième élément constitutif de l'infraction, la jurisprudence admet l'impunité lorsque la diffusion des messages est faite dans des conditions telles qu'elle est vraiment limitée aux seuls adultes, l'enjeu étant de savoir comment une telle restriction est opérée, et avec quelle efficacité. Il a ainsi été jugé, dans un cas où un Cd-Rom crypté comportant des images pornographiques était offert avec une revue, que des mineurs pourraient avoir accès aux images dès lors qu'ils pouvaient se procurer la publication, et que la clé permettant de visionner les images était disponible sans contrôle d'âge sur un serveur télématique (Crim. 23 février 2000).

Sur l'internet, la plupart des dispositifs censés prévenir ou dissuader l'accès des mineurs n'obéissent pas aux strictes exigences de l'article 227-24 : une décision de la cour d'appel de Paris a ainsi condamné, le 2 avril 2002, le responsable de trois sites pornographiques à une amende de 30 000 € au motif qu'«*il appartient à celui qui décide à des fins commerciales de diffuser des images pornographiques sur le réseau internet dont les particulières facilités d'accès sont connues, de prendre les précautions qui s'imposent pour rendre impossible l'accès des mineurs à ces messages*».

La cour a estimé que «*les mises en garde et informations sur les logiciels de restriction d'accès présentées dans les pages d'accueil [...] ne sauraient être considérées comme des précautions utiles puisqu'elles interviennent alors que le mineur est déjà entré dans le site et n'empêchent nullement la vision des textes et photos de présentation qu'elles peuvent au contraire avoir pour effet de rendre attractives*»<sup>60</sup>.

La cour d'appel de Caen a de plus confirmé la condamnation, en 1999, de l'auteur de messages pornographiques dans un forum de discussion : «*Si la procédure d'accès au forum Sex Incest est quelque peu longue, elle ne comporte aucune barrière d'accès la rendant totalement inaccessible à des adolescents mineurs férus de multi-*

---

57. CA Paris, 2 avril 2002, *E.L. c/ ministère public* [www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=334](http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=334).

58. CE, 13 juillet 1975, société les Comptoirs français du film, CE, 30 juin 2000, «*Baise moi*» (...).

59. *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication*, op. cit., p. 45.

60. CA Paris, 2 avril 2002, *E.L. c/ ministère public* [www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=334](http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=334).

média [...] l'intention délictuelle est caractérisée dès lors qu'en diffusant sur internet, un message à caractère pornographique avec offre et demande de photographies, [le prévenu] ne pouvait ignorer que des mineurs avertis en informatique, étaient susceptibles de le capter»<sup>61</sup>.

La publicité pour des contenus ou produits à caractère pornographique a par ailleurs déjà été condamnée en France sur le fondement de l'article 227-24 du Code pénal: la cour d'appel a ainsi condamné en 1998 un particulier se livrant, sur les forums de discussion et des messageries minitel, à la publicité et la vente de cassettes et de photographies à caractère pornographique<sup>62</sup>.

Les dispositions de l'article 227-24 du Code pénal sont relativement peu appliquées, et le sont principalement à l'encontre de faits de diffusion de messages pornographiques, violents ou attentatoires à la dignité humaine; les faits de fabrications, transport ou commerce de tels messages n'ont pas donné lieu à un contentieux important. Au total, vingt-neuf condamnations ont été prononcées en 1999; seize en 2000; dix-sept en 2001, les faits incriminés concernant des messages pornographiques plutôt que violents. La faible définition de la notion de «violence» telle qu'elle est évoquée dans l'article du Code pénal ne paraît ainsi pas soulever de difficulté particulière dans une acception qui serait trop large et conduirait en conséquence à une insécurité juridique permettant l'engagement trop fréquent de poursuites pénales. Blandine Kriegel, dans son rapport sur *La violence à la télévision*, estime au contraire que la large portée de l'article 227-24 est à l'origine des difficultés à en appliquer les dispositions. Elle recommande ainsi «la réécriture de l'article 227-24 [...] avec une incrimination plus étroite donc plus raisonnable et applicable», tout en remarquant que «la signalétique accompagnant certains films de télévision ne répond pas aux exigences de la loi, le message étant toujours "susceptible d'être vu ou perçu par un mineur"». «Il resterait, écrit Blandine Kriegel, à éprouver la fiabilité à cet égard des dispositifs techniques tels que le brouillage, le verrouillage, etc.»<sup>63</sup>, imposés aux diffuseurs de programmes pornographiques à la télévision.

En imposant sur l'internet la stricte application de l'article 227-24 du Code pénal, et en rappelant que «l'obligation de précaution s'imposait au diffuseur du message et non au receveur», la jurisprudence se heurte d'évidence aux difficultés d'application du droit sur un réseau transnational où a cours un anonymat relatif. Elle pose de plus à une industrie de contenus florissante sur l'internet une double question d'ordre technique (comment contrôler l'âge des visiteurs d'un site sur l'internet?) et économique (comment restreindre l'accès à ces contenus sans que ces contrôles ne bénéficient aux concurrents étrangers, non tributaires des mêmes dispositions?). Par les difficultés qu'elle introduit, cette jurisprudence pourrait, selon certains acteurs, remettre en cause le droit même de ce secteur d'activité à se développer en France, sans bénéfice garanti pour la protection des mineurs, d'autant qu'aucun texte normatif, ni la jurisprudence ne précisent ce que recouvrent les «précautions utiles» exigées

---

61. CA Caen, 8 septembre 1999, S. c/ ministère public [www.foruminternet.org/telechargement/documents/ca-cae19990908.pdf](http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/ca-cae19990908.pdf).

62. CA Paris, 13 mai 1998, M.G. c/ ministère public. *Gazette du Palais* 1999, somm. Note Y. Bréban.

63. *La violence à la télévision*, op. cit., p. 6.

par la cour. À l'argument selon lequel la stricte application de l'article 227-24 avait « pour effet d'interdire une activité licite par le biais d'une disposition sanctionnant la seule éventualité de la vision de cette activité par un mineur, [et] porte une atteinte à la liberté d'expression disproportionnée par rapport au but recherché et viole ainsi l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », la cour a toutefois répondu qu'une telle limitation de la liberté d'expression n'était pas « disproportionnée par rapport au but légitime du législateur de protéger les mineurs dont le devenir est en formation, de messages de nature à porter atteinte à leur développement et à leur épanouissement moral, mental et physique »<sup>64</sup>.

On notera enfin que l'article R. 624-2 du Code pénal<sup>65</sup> prévoit par ailleurs notamment que : « Le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe.

*Est puni de la même peine le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages ».*

Si aucune décision de justice relative à la diffusion de pornographie sur internet n'a jamais été rendue sur le fondement de cet article, on notera qu'une réponse ministérielle rendue au Sénat en 1989 établit que « sont justiciables des dispositions de l'article R. 38-10° du Code pénal les publicités pour le minitel rose dans les journaux distribués gratuitement »<sup>66</sup>, et qu'une future décision pourrait ainsi condamner certains dispositifs publicitaires sur ce fondement. L'indécence des messages visés par le présent article est ici distincte et de portée plus large du délit prévu et réprimé par l'article 227-24 du Code pénal, et doit être appréciée au regard des mœurs actuelles et de la diffusion des images par les médias, notamment la publicité : tout message pornographique est contraire à la décence, mais tout message contraire à la décence n'est pas nécessairement pornographique : il peut s'agir d'un message érotique, ou de positions suggestives qui peuvent choquer la morale, mais qui n'ont pas de caractère strictement pornographique. Ces dispositions sont ainsi de nature à compléter, sur l'internet, celles de l'article 227-24 du Code pénal.

## **Responsabilité des intermédiaires techniques**

Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) portant transposition de la directive « Commerce électronique » n° 2000/31/CE, a pour objectif de fixer un cadre clair aux acteurs de l'internet et de renforcer la protection des utilisateurs.

Précisant que les prestataires de l'internet ne sont pas des producteurs, le législateur met fin sur l'internet au régime de la responsabilité en cascade, parfois retenue pour poursuivre les intermédiaires techniques par analogie avec les dispositions de la loi sur la liberté de la presse du 22 juillet 1881. Par ailleurs est clairement posé dans le projet de loi le principe de l'irresponsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès à raison des contenus qu'ils transportent, et des fournisseurs de cache à raison des

---

<sup>64</sup>. CA, Paris, 2 avril 2002, cf. note 54.

<sup>65</sup>. Ancien article R. 38 (9° et 10°) du Code pénal.

<sup>66</sup>. Rép. min. Sénat, n° 3711 : JCP 1989 IV. 180.

contenus stockés automatiquement ou temporairement pour améliorer la performance des réseaux. La neutralité des opérateurs de télécommunications avait déjà été affirmée par la jurisprudence. Ainsi le tribunal de grande instance (TGI) de Draguignan avait-il reconnu le statut de « *simple transporteur des messages* » de France Télécom, ne pouvant « *contrôler tous les services, ni vérifier la qualité des personnes qui utilisent le minitel* », et écarté l'incrimination de complicité d'atteinte aux bonnes mœurs <sup>67</sup>. La LCEN ne reconnaît enfin aux fournisseurs d'accès et aux opérateurs de cache aucune obligation de générale de surveillance des contenus qu'ils transportent ou qu'ils stockent. Les hébergeurs devront retirer tout contenu dont ils connaîtraient effectivement le caractère illicite. Ils devraient, selon un amendement au point 7.2 de l'article 2<sup>bis</sup> de la « petite loi », que doit encore examiner le Sénat, mettre « *en œuvre les moyens conformes à l'état de l'art pour empêcher la diffusion de données constitutives des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-23 du Code pénal* ». Cette disposition controversée, qui impose une forme d'obligation générale de surveillance de contenus spécifiques par les prestataires d'hébergement, ne semble pas conforme à l'article 15 de la directive « Commerce électronique », que transpose la LCEN.

L'article 43-7 de la loi de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 portant modification de la loi du 30 septembre 1986 faisait obligation aux fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) « *d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens* ». Le texte du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, issu de la deuxième lecture de l'Assemblée nationale reprend et amende légèrement cette rédaction en précisant que les FAI « *informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens* » <sup>68</sup>. Il est à noter que ni la rédaction originelle de l'article, ni cette version ne prévoient de sanction à l'encontre des FAI ne se conformant pas à cette disposition. La responsabilité civile de ces derniers est en revanche susceptible d'être engagée dans ces conditions.

## Responsabilité des parents

Il convient enfin de rappeler, sur un autre plan, que le Code civil fait incombler aux parents la responsabilité de « *protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité* » <sup>69</sup>.

Même s'il ne paraît pas devoir être appliqué dans le cas de parents négligeant de surveiller, par exemple, les évolutions de leur enfant sur l'internet, l'élément d'intentionnalité ne pouvant être démontré, on doit également mentionner l'article 227-17 du Code pénal selon lequel « *le fait, par le père ou la mère légitime, naturel ou adoptif, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* ».

<sup>67</sup>. TGI Draguignan, 15 mai 1992, *LPA*, n° 141, 23 novembre 1992.

<sup>68</sup>. Le texte du projet de loi peut être consulté à l'adresse suivante : [www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0991.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0991.asp).

<sup>69</sup>. Article 371-1 du Code civil.

## À la différence d'autres médias, l'internet ne fait pas, en France, l'objet d'une régulation spécifique au support

Les contenus en ligne ne font pas l'objet, en France, de régulation centralisée comme en sont l'objet les œuvres cinématographiques, la télévision, ou encore les publications, qu'examinent des autorités administratives *ad hoc* chargées de s'assurer spécifiquement de l'application et du respect de la loi sur ces supports. En théorie, l'encadrement administratif qui s'applique aux différents supports ne place pas les diffuseurs à l'abri d'une éventuelle infraction pénale à l'article 227-24.

On dénombre en France autant d'autorités compétentes et de modes de régulation des contenus que de médias. Certains médias font l'objet d'un contrôle administratif. C'est le cas du cinéma, la Commission de classification des œuvres cinématographiques du ministère de la Culture organisant la *classification* et l'éventuelle interdiction aux moins de 18 ans des films avant leur projection en salle. C'est également le cas des publications de presse et des supports vidéos : ces derniers peuvent faire l'objet d'une *interdiction* prononcée par le ministre de l'Intérieur sur recommandation de la Commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à la jeunesse ou de la Commission de contrôle des supports vidéo. Les programmes télévisuels sont soumis à la régulation d'une autorité administrative indépendante *ad hoc*, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui veille au respect des cahiers des charges auxquels ont souscrit les chaînes et s'assure *a posteriori* que les diffuseurs appliquent à leurs programmes une signalétique réglementaire.

La multiplicité des autorités responsables se traduit par une grande diversité des modes de classification d'un support à l'autre. Ainsi la Commission de classification des œuvres cinématographiques décerne-t-elle des *interdictions d'accès* aux moins de 12 ans, de 16 ans ou de 18 ans. Elle peut également décerner pour chaque œuvre un « *avertissement, destiné à l'information du spectateur, sur le contenu de l'œuvre ou certaines de ses particularités* »<sup>70</sup> susceptibles, notamment, de choquer le jeune public. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel impose aux chaînes une « période de protection » interdisant la diffusion de programmes susceptibles à nuire aux mineurs entre 6 heures et 22 heures 30 et de ne pas diffuser de films interdits aux moins de 12 ans avant 22 heures. Il s'assure également que les chaînes appliquent les règles de l'affichage de la signalétique qu'elles sont tenues de respecter lors de la diffusion de programmes susceptibles de heurter la sensibilité des moins de 10 ans (catégorie II), de troubler les moins de 12 ans (catégorie III), de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des moins de 16 ans (catégorie IV) et des moins de 18 ans (catégorie V). Les diffuseurs peuvent ainsi de fait, et sous certaines conditions, diffuser des contenus de nature pornographique, dont la mise à disposition des mineurs demeure toutefois passible des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal. La Commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à la jeunesse et la Commission de contrôle des supports vidéo ne classifient pas les productions qui relèvent de leur intervention : elles ont pour mission de recommander l'interdiction de leur mise à disposition lorsqu'elles sont susceptibles de nuire à l'enfance. Il convient

---

<sup>70</sup>. Décret n° 90-174 du 23 février 1990 (modifié 12 juillet 2001) pris pour l'application des articles 19 à 22 du Code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques.

de noter que, depuis plusieurs années, la Commission de contrôle des supports vidéo ne fonctionne pas plus pour les cassettes vidéo et DVD que pour les jeux vidéo, sur lesquelles elle est en principe compétente.

Ces dispositifs sont complétés par des initiatives d'autorégulation. Le dispositif de classification des jeux vidéo est, en France, le seul fait du Syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs (SELL) qui, depuis 1995, incite les distributeurs à apposer sur les boîtes des produits les logos de classification de quatre catégories: «pour tous publics», «déconseillé aux moins de 12 ans», «public adulte, déconseillé au moins de 16 ans» et «interdit aux moins de 18 ans». Le choix et la mise en œuvre de la classification sont entièrement de la responsabilité des éditeurs, que le SELL peut conseiller dans le choix d'une signalétique. Une nouvelle classification européenne baptisée PEGI (*Pan European Game Information*) a récemment vu le jour à l'initiative de la Fédération européenne des logiciels de loisirs (ISFE). La couverture de chaque jeu porte déjà mention de la classification par âge indiquant que le jeu convient uniquement aux enfants à partir de 3 ans; à partir de 7 ans; à partir de 12 ans; à partir de 16 ans; et à partir de 18 ans. L'Institut néerlandais pour la classification des supports audiovisuels (NICAM) gère l'attribution des labels et l'éventuel contrôle *a posteriori* pour l'Europe; au Royaume-Uni, le *Video Standards Council* (VSC) assure le rôle d'agent du NICAM dans le cadre de l'administration du dispositif <sup>71</sup>.

La régulation des contenus des services de télématique anonyme, de type Télétel et Audiotel, s'inscrit dans un cadre contractuel liant les fournisseurs de services à l'opérateur de télécommunications. Les prestataires s'engagent à respecter les lois et règlements en vigueur ainsi que diverses dispositions d'ordre déontologique. En cas de non-respect de ces obligations, l'opérateur dispose d'un pouvoir de sanction et de résiliation du contrat, après avis du Comité de la télématique anonyme (CTA). Le fournisseur de service s'engage en particulier à ne pas mettre à la disposition du public des messages susceptibles par leur nature de porter atteinte au respect de la personne humaine et de la protection des enfants et adolescents (article 3 de l'annexe 2 du contrat Télétel). Il s'engage à être «*tout particulièrement attentif à la protection des mineurs*» dans la promotion de son service et s'interdit de faire à destination des enfants de la publicité pour des services à tarif élevé (article 4).

Les services destinés à la jeunesse ne doivent comporter :

- aucune publicité ou annonce pour des publications ou d'autres services de communication audiovisuelle de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse;
- aucun message incitant les enfants à consulter d'autres services télématiques et les incitant à faire durer la consultation du service concerné de manière excessive.

Le rapport de la Défenseure des enfants souligne la grande diversité de composition et de fonctionnement des diverses organisations administratives en charge de la protection des mineurs. Leurs méthodes (classification ou interdiction) et critères (paliers d'âge ou majorité) sont le fait d'une élaboration progressive et non d'une véritable politique de protection de l'enfance et ne sont pas communes. Les

---

<sup>71</sup> «Nouveau système paneuropéen de classification par âge des jeux électroniques et vidéo pour rassurer les parents dans toute l'Europe», Interactive Software Federation of Europe, 22 avril 2003, [www.c10cyperus.fr/Cyperusfr/fr/PressRelease.nsf/PressReleasesInternet/2003042209055615?opendocument](http://www.c10cyperus.fr/Cyperusfr/fr/PressRelease.nsf/PressReleasesInternet/2003042209055615?opendocument).

rapports de la Défenseure des enfants et de Blandine Kriegel appellent tous deux à la réforme de cette organisation. Le rapport de Blandine Kriegel recommande ainsi notamment la mise en place d'une Commission de classification unique plus largement ouverte aux spécialistes de l'enfance et aux diffuseurs, dont la saisine s'étendrait « *progressivement à tous les écrans, vidéocassettes, DVD, jeux vidéos, et ultérieurement internet* »<sup>72</sup> et le renforcement des attributions du CSA. Le rapport de la Défenseure recommande également la création d'une autorité indépendante plurimédia « *de protection des mineurs face aux messages violents* »<sup>73</sup> ayant pour mission de classer sur une base unifiée les contenus de chaque média (« *cinéma, presse et médias écrits, vidéo et jeux électroniques, internet* »<sup>74</sup>) à l'exception des programmes télévisuels, qui demeureraient de la compétence du CSA. Ce schéma n'écarte pas la complémentarité avec l'autorégulation à l'œuvre, notamment, dans les secteurs des jeux et des cassettes vidéos: « *Il n'est pas souhaitable que l'instance plurimédia classifie l'ensemble des vidéos, des jeux vidéos et des jeux électroniques. D'abord parce que le volume de production rendrait quasi-impossible, sauf à disposer de moyens considérables, un tel travail. Ensuite, parce que l'autoclassification présente l'avantage de responsabiliser les professionnels au regard de la protection de l'enfance. L'instance plurimédia doit pouvoir également être saisie ou se saisir d'office de toute production qui serait susceptible de ne pas faire l'objet d'une classification adaptée. Elle procéderait alors à une classification qui s'imposerait aux éditeurs comme aux diffuseurs* »<sup>75</sup>.

Certaines caractéristiques de la communication en ligne (relatif anonymat, transnationalité ...) rendent assurément difficile l'application sur l'ensemble du réseau mondial de certaines dispositions législatives et réglementaires nationales, de celles relatives à la protection des mineurs notamment. Les mêmes spécificités semblent de plus écarter la piste d'une régulation administrative « traditionnelle » de l'internet, telle qu'elle s'applique à la plupart des autres médias, et telle que le Conseil constitutionnel l'a rejetée, déclarant contraire à l'article 34 de la Constitution les dispositions confiant au Conseil supérieur de la télématique (CST) le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du CSA des recommandations propres à assurer le respect par certains services de communication de règles déontologiques<sup>76</sup>. L'Union européenne, enfin, tout en affirmant une volonté commune de protection des mineurs, laisse les États membres libres du mode de régulation qu'ils choisiront, tout en ne recommandant que des pistes liées à l'autorégulation des acteurs, au filtrage des contenus, et à la sensibilisation aux usages et dangers de l'internet.

## L'Union européenne: l'autorégulation avant tout

À plusieurs reprises, l'Union européenne s'est prononcée et a fixé à l'intention des États membres des orientations sur la question de la protection de l'enfance face aux

---

<sup>72</sup>. *La violence à la télévision, op. cit.*, p. 69.

<sup>73</sup>. *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication, op. cit.*, p. 48.

<sup>74</sup>. *Ibidem*, p. 50.

<sup>75</sup>. *Ibidem*, p. 52.

<sup>76</sup>. Conseil constitutionnel, décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 relative à la loi de réglementation des télécommunications.

contenus de nature violente ou pornographique. L'approche communautaire laisse chaque État libre d'établir par la loi le niveau de protection des mineurs, tout comme les moyens mis en œuvre pour en assurer le respect. La Commission, elle-même, a privilégié à ce jour une approche peu contraignante fondée notamment sur l'incitation au développement de codes d'autorégulation devant faciliter l'application des réglementations nationales sur le réseau, le développement de l'usage de logiciels de contrôle parental et d'initiatives pédagogiques relatives aux contenus sur l'internet.

L'article 22 (alinéas 1 et 2) de la directive 97/36/CE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (Télévision sans frontières, TVSF) <sup>77</sup> est le seul acte obligeant les États membres à prendre, dans le domaine audiovisuel seulement :

– « les mesures appropriées pour que les émissions des organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence ne comportent aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, notamment des programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite » ;

– de telles mesures à l'encontre des « autres programmes qui sont susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, sauf s'il est assuré par le choix de l'heure de l'émission ou par toute autre mesure technique, que les mineurs se trouvant dans le champ de diffusion ne sont normalement pas susceptibles de voir ou d'entendre ces émissions ».

### **Du « Livre vert » de 1996 à la recommandation de 1998**

Concernant les services en ligne, la Commission européenne publiait dès 1996 un *Livre vert sur la protection des mineurs et la dignité humaine dans les services d'information* où la prévention de l'exposition des mineurs à des contenus inappropriés figurait comme condition indispensable au développement de l'industrie des services audiovisuels et d'information et suggérant la mise en place d'un cadre d'autorégulation impliquant l'ensemble des parties concernées. La Commission s'accordait déjà à penser qu'il n'existait pas à proprement parler de « *vide juridique* » en matière de protection des mineurs et de la dignité humaine, y compris dans le domaine des services en ligne et de l'internet, mais que les difficultés proviennent essentiellement de la mise en œuvre de lois générales en matière de protection des mineurs et de la dignité humaine. Pour la Commission, « *une clarification et une adaptation nécessaires de ces lois apparaissent souvent nécessaires pour déboucher sur des solutions concrètes* » <sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup>. Directive du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (89/552/CEE), JO L 298 du 17 octobre 1989, p. 23, [europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/pdf/1989/fr\\_1989L0552\\_do\\_001.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/pdf/1989/fr_1989L0552_do_001.pdf).

<sup>78</sup>. Commission européenne, « Protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information ». Résultats des consultations du « Livre vert ». Document de travail des services de la Commission. 13 juin 1997 SEC (97) 1203, [europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new\\_srv/gpconf.pdf](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/new_srv/gpconf.pdf).

Dans un esprit pragmatique de recours à la technique pour faciliter l'application du droit, la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 « concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine » invite les États membres et l'industrie à développer des codes de conduite en matière de contrôle des contenus préjudiciables sur internet pour les mineurs, notamment en ce qui concerne: « *Les conditions dans lesquelles l'offre et la diffusion de contenus susceptibles de nuire aux mineurs seraient subordonnées, chaque fois que cela serait réalisable, à l'utilisation de moyens de protection tels que:*

- *une page d'avertissement, un signal sonore ou visuel;*
- *un étiquetage descriptif et/ou une classification des contenus;*
- *des systèmes de vérification de l'âge des utilisateurs »* <sup>79</sup>.

Le premier rapport d'évaluation concernant l'application par les États membres de la recommandation du 24 septembre 1998 estimait que les dispositions de cette dernière avaient été implémentées dans les deux ans suivant sa publication <sup>80</sup>. À l'heure de la révision de la recommandation, que prépare la publication d'un deuxième rapport d'évaluation concernant l'application de cette dernière, la Commission européenne privilégie à l'adaptation de la réglementation et de la législation directe, une démarche de « *corégulation [qui] permet souvent de mieux atteindre les objectifs fixés* » <sup>81</sup>.

### **Le plan d'action pour un internet plus sûr (*Internet Action Plan*)**

Le Parlement européen et le Conseil ont par la suite adopté en 1999 un « plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux » (*Internet Action Plan*). Le plan d'action fixait trois objectifs principaux :

- **développement de l'autorégulation des contenus**: créer un environnement plus sûr à travers la promotion de hotlines, de l'autorégulation et des codes de conduite ;
- **développement de l'usage de logiciels de contrôle parental**: développer des systèmes de contrôle parental et de labellisation et faciliter les accords internationaux portant sur les systèmes de filtrage des contenus par les utilisateurs ;
- **développement de l'effort pédagogique relatif aux contenus sur l'internet**: faire prendre conscience aux parents, enseignants et enfants du potentiel de l'in-

---

<sup>79</sup>. Recommandation du Conseil du 24 septembre 1998, 98/560/CE, *cf.* note 51.

<sup>80</sup>. Commission européenne, « Rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine », Bruxelles, COM(2001)106 final, Bruxelles, 27 février 2001.

<sup>81</sup>. Commission européenne, « Deuxième rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine », COM(2003)776 final, Bruxelles, 12 décembre 2003, p. 5.

<sup>82</sup>. Décision n° 1999/276/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 1999, [europa.eu.int/information\\_society/programmes/iap/docs/pdf/programmes/decision/IAP\\_Decision\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/information_society/programmes/iap/docs/pdf/programmes/decision/IAP_Decision_fr.pdf).

ternet et de ses inconvénients, généralement par la coordination des échanges d'expériences <sup>82</sup>.

Ce « plan d'action pour un internet plus sûr » a donné lieu au développement de nombreux projets et expérimentations. Treize projets de filtres « utilisateurs » et de systèmes de notation, parmi lesquels le projet de l'*Internet Content Rating Association* (ICRA), que nous examinons plus loin, ont été financés dans ce cadre par la Commission. Quinze *hotlines* et le réseau de coordination *InHope* (*Association of Internet Providers in Europe*) <sup>83</sup> ont bénéficié des mêmes financements. Douze projets de sensibilisation aux risques liés aux usages de l'internet ont enfin été financés, parmi lesquels le projet Educaunet, évoqué plus loin <sup>84</sup>.

Le programme a été récemment reconduit par le Parlement européen <sup>85</sup>. Le programme de travail à implémenter dans le cadre de l'initiative européenne *Safer Internet* en 2003 et 2004 doit distribuer 11,7 millions € suivant huit lignes de projets réparties au gré des trois objectifs principaux du programme *Safer Internet*. On compte notamment parmi ces lignes de projet :

– Étiquetage qualitatif (QUALAB) : le développement de labels de qualité « *en vue d'aider les utilisateurs à identifier les fournisseurs qui se conforment aux codes de conduite communément admis. Des initiatives d'autoréglementation destinées à conforter la fiabilité de l'autolabélisation et des services de contrôle du bien-fondé des labels auto-attribués seront également soutenus* ».

– Évaluation des logiciels et services de filtrage (BENCH) : la Commission entend financer ici une évaluation objective des outils de contrôle parental, et « *formuler des recommandations pour les futurs produits ainsi que pour les pistes de la recherche appliquée* ».

– Sensibilisation (AWARECOORD/AWARENODE) : la Commission s'apprête à financer un « *nœud de coordination* » pour assurer la coordination et le soutien d'initiatives nationales de sensibilisation, « *en veillant à la forte visibilité européenne d'une campagne de sensibilisation nationale réussie mise en œuvre au niveau national* ».

– Recherche appliquée dans l'éducation aux médias (MEDIA) : dans ce cadre seront menées des recherches « *sur l'utilisation des nouvelles technologies par les enfants, afin de définir les moyens pédagogiques et techniques de les protéger* » <sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup>. Cf. [www.inhope.org](http://www.inhope.org).

<sup>84</sup>. Tous ces projets peuvent être consultés sur le site du programme à l'adresse, [www.europa.eu.int/information\\_society/programmes/iap/projects/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/information_society/programmes/iap/projects/index_en.htm) et [www.saferinternet.org/projects/index.asp](http://www.saferinternet.org/projects/index.asp).

<sup>85</sup>. Décision n° 2003/1151/CE du Parlement européen et du Conseil, [www.europa.eu.int/information\\_society/programmes/iap/docs/pdf/programmes/extension/extension\\_decision\\_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/information_society/programmes/iap/docs/pdf/programmes/extension/extension_decision_fr.pdf).

<sup>86</sup>. « Appel à propositions pour des actions indirectes au titre du plan d'action communautaire pluriannuel sur la promotion d'une utilisation plus sûre d'internet et des nouvelles technologies en ligne (2003 à 2004) », *Journal officiel de l'Union européenne*, C 209/30, 4 septembre 2003, [www.europa.eu.int/information\\_society/programmes/iap/docs/pdf/call/2003/si\\_call\\_for\\_proposals\\_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/information_society/programmes/iap/docs/pdf/call/2003/si_call_for_proposals_fr.pdf). On verra par ailleurs que le « plan d'action pour un internet plus sûr » comporte également pour objectif, dans ses deux premières phases, la constitution en Europe d'un réseau de *hotlines* de signalement des contenus illicites accessibles sur l'internet permettant de renforcer le cadre de coopération et d'accroître son efficacité.

La Commission prépare de plus un projet de proposition d'extension du « programme pour un internet plus sûr » aux années 2005-2008.

### **Au-delà des contenus préjudiciables**

On peut enfin également noter, au nombre des pistes de régulation technique de l'accès des mineurs aux contenus en ligne avancées par la Commission, la recommandation du Conseil relative à la prévention du tabagisme et à des initiatives visant à renforcer la lutte antitabac en date du 2 décembre 2002, qui recommande aux États membres de limiter « *d'adopter des mesures législatives et/ou administratives appropriées conformes aux pratiques en vigueur et aux situations existant dans les différents États membres, en vue d'empêcher la vente de produits du tabac aux enfants et aux adolescents, notamment par les moyens suivants : [...] d) limitation de la vente à distance au détail de produits du tabac, telle que la vente par internet, aux adultes, par l'utilisation de moyens techniques adéquats* »<sup>87</sup>.

### La situation dans quelques États européens

Le « Livre vert » de 1996, procédant à une analyse comparative des différents régimes juridiques nationaux en matière de protection des mineurs et de la dignité humaine, note que les législations de la plupart des États membres préviennent la diffusion de contenus choquants auprès des mineurs : « *Un large consensus s'est dessiné sur le fait qu'il n'y pas à proprement parler de vide juridique en matière de protection des mineurs et de la dignité humaine, y compris dans le domaine des services en ligne et de l'internet. Selon le principe de compétence territoriale, le droit s'applique sur le territoire national de l'État et la loi s'applique aussi sur le "online"* ». La Commission notait également que « *dans l'univers des services en ligne [...] les difficultés proviennent essentiellement de la mise en œuvre de lois générales en matière de protection des mineurs et de la dignité humaine. Ainsi, une clarification et une adaptation nécessaires de ces lois apparaissent souvent nécessaires pour déboucher sur des solutions concrètes* »<sup>88</sup>. Il est de plus évident, considérant la transnationalité du réseau, que la plupart des initiatives complémentaires à la loi en vigueur adoptées dans le cadre national ne prennent tout leur sens que dans la mesure où un ensemble d'États adopte les mêmes règles.

Au-delà de la législation, on a vu que la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine prévoyait que les États membres favorisent la mise en place d'un cadre national d'autorégulation des exploitants de services en ligne, que les secteurs et parties concernés élaborent des codes de conduite pour la protection des mineurs et de la dignité humaine. Le rapport d'évaluation concernant l'application de la recommandation établi le 27 février 2001 procédait à un examen des initiatives nationales entreprises dans ce cadre, et notait

---

<sup>87</sup>. Proposition de recommandation COM(2002)0303 final.

<sup>88</sup>. Commission européenne, « Protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information », Résultats des consultations du « Livre vert », *op. cit.*

<sup>89</sup>. Commission européenne, « Rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine », *op. cit.*, p. 6.

que: «À une exception près, dans la totalité des États membres où existent des associations d'exploitants, [des codes de conduite pour la protection des mineurs et de la dignité humaine] ont été mis en place ou sont en cours d'achèvement»<sup>89</sup>.

	Autriche	Belgique	Allemagne	Danemark	Grèce	Espagne	France	Irlande	Italie	Pays-Bas	Luxembourg	Portugal	Suède	Finlande	Royaume-Uni
INTERNET															
1	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
2	✓	✓	✓	✓	?	✓	✓	✓	?	✓	✓	✓	✓	✓	✓
3	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
4	?	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
5	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	?	✓	✓	✓	✓
6	✓	✓	✓	✓	?	✓	?	✓	?	✓	✓	✓	✓	✓	✓
7	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
8	✓	✓	?	✓	✓	?	✓	✓	?	✓	✓	✓	?	✓	✓
9	✓	✓	?	✓	✓	?	✓	?	✓	✓	✓	✓	?	?	✓
10	✓	✓	✓	✓	✓	?	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
11	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
12	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	?	✓	✓	✓	✓	✓	✓

Source: Christopher J.-P. Beazley (rapporteur), *Rapport sur le rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine* (COM (2001) 106. C5-0191/2001. 2001/2087 (COS)), Parlement européen, Bruxelles, 20 février 2002.

Le deuxième rapport d'évaluation de la Commission concernant l'application de la recommandation du 24 septembre 1998, adopté le 12 décembre 2003, fait état de la satisfaction de la Commission, égard à la mise en œuvre par les États membres des orientations recommandées.

## Allemagne

L'Allemagne a adopté le 21 juin 2002 une nouvelle loi fédérale sur la protection de la jeunesse adaptée au contexte numérique (*Jugendschutzgesetz*). La loi durcit considérablement la législation en vigueur. Elle réforme le Centre fédéral de contrôle des publications dangereuses pour la jeunesse qui, rendu compétent sur l'internet, est susceptible de requérir le filtrage à l'accès de certains services. La loi frappe d'interdictions systématiques en matière de vente, de distribution et de publicité tous les contenus «*faisant l'apologie de la guerre*», «*représentant des êtres humains portant atteinte à leur dignité*» ou «*montrant des adolescents dans des postures accentuant leur sexe*»<sup>90</sup>. Un traité conclu entre les *Länder*, qui s'articule avec la loi fédérale et est entré en vigueur dans le même temps, crée une Commission conjointe pour la protection des mineurs dans les médias (*Kommission für Jugendmedienschutz – KJM*) compétente tant pour la radiodiffusion que sur l'internet. Dotée de pouvoirs de classification, cette instance plurimédia s'est également vue confier le pouvoir d'agréer les systèmes d'autorégulation.

<sup>90</sup>. Le texte de la loi peut être consulté à l'adresse: [www.bmfsfj.de/Anlage22804/Jugendschutzgesetz\\_JuSchG.pdf](http://www.bmfsfj.de/Anlage22804/Jugendschutzgesetz_JuSchG.pdf).

## Royaume-Uni

L'«*Obscene Publications Act*» de 1959 punit, au Royaume-Uni, la publication à des fins commerciales ou non de matériels susceptibles de «*dépraver et corrompre*» ceux par lesquels ils peuvent être perçus. Cette disposition est susceptible d'être appliquée sur l'internet, la qualification des contenus interdits de diffusion demeurant à l'appréciation du juge.

La nouvelle loi sur les télécommunications<sup>91</sup> crée l'*Office of Communications* (OFCOM), un régulateur unique des télécommunications et de l'audiovisuel en remplacement des cinq commissions spécialisées existantes. En matière de régulation de l'internet, l'OFCOM a pour seule mission de favoriser l'éducation aux médias.

## Belgique

L'Observatoire des droits de l'internet a rendu en février 2003 un avis relatif à la protection des mineurs sur l'internet<sup>92</sup>, qui recommande notamment au gouvernement belge :

- de développer un cadre réglementaire ou législatif relatif aux modes de contrôle de l'âge des visiteurs de sites internet et au statut juridique des instances émettrices de tels certificats de contrôle ;
- d'encourager l'usage de logiciels de contrôle parental, fondés notamment sur des listes blanches de sites accessibles aux jeunes enfants et de sensibiliser les mineurs, les parents et les éducateurs à l'utilisation de ces outils ;
- de contribuer à développer des domaines de premier (.kids) et de deuxième (.kids ; .be) niveaux aux contenus appropriés aux enfants et des instances ayant pour mission de contrôler ces contenus ;
- de développer un cadre législatif visant à la protection des mineurs sur l'internet s'inspirant des principes consacrés par la législation audiovisuelle aux niveaux national et européen, tel qu'il n'en existe pas en Belgique ;
- de mettre sur pied une campagne de sensibilisation s'adressant à toutes les variétés d'acteurs et d'usagers de l'internet.

## Italie

L'Italie a institué en 2002 un Comité interministériel pour un usage responsable de l'internet, chargé notamment d'encourager la détermination en concertation de pratiques acceptables. À son initiative, un Code volontaire d'autorégulation pour l'usage de l'internet par les mineurs (*Codice di Autoregolamentazione «Internet e minori»*) proposant un ensemble de règles aux acteurs de l'internet<sup>93</sup> a été établi, entériné le 19 novembre 2003 par le ministère italien des Communications et le ministre des

---

91. Communications Act 2003, le texte peut être consulté à l'adresse : [www.hms.gov.uk/acts/acts2003/20030021.htm](http://www.hms.gov.uk/acts/acts2003/20030021.htm). Les notes explicatives peuvent être consultées à l'adresse : [www.legislation.hms.gov.uk/acts/en/2003en21.htm](http://www.legislation.hms.gov.uk/acts/en/2003en21.htm).

92. Observatoire des droits de l'internet, «Avis n° 1 relatif à la protection des mineurs sur l'internet», Bruxelles, février 2003, [www.internet-observatory.be/internet\\_observatory/pdf/advices/advice\\_fr\\_001.pdf](http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/advices/advice_fr_001.pdf).

93. Le code de conduite peut être consulté à l'adresse : [www.comunicazioni.it/it/index.php?IdNews=53](http://www.comunicazioni.it/it/index.php?IdNews=53).

Technologies et de l'Innovation, et adopté par les principales associations nationales de fournisseurs d'accès à l'internet et de services en ligne.

Ce code d'autorégulation établit notamment les bonnes pratiques en matière de lutte contre les contenus pédopornographiques, et fixe des objectifs relatifs à la prévention de l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables.

## Quelques éléments de comparaison internationale

On peut observer différentes initiatives de régulation des contenus en ligne à des fins de prévention de l'exposition des jeunes à des contenus préjudiciables dans d'autres grands pays. États-Unis et Australie constituent deux exemples intéressants de débat et d'initiatives sur ce thème.

### États-Unis

L'exposition des mineurs à des contenus contraires à la décence a fait l'objet, aux États-Unis, de plusieurs initiatives législatives *ad hoc* tendant notamment à créer une responsabilité des éditeurs-diffuseurs de contenus et de services pornographiques.

Le *Communication Decency Act*, adopté par le Congrès le 8 février 1996, prévoyait ainsi de punir d'amende et de peines d'emprisonnement la diffusion de messages « obscènes » ou « indécents » susceptibles d'être captés par des personnes de moins de 18 ans. Il a été jugé inconstitutionnel par la Cour suprême dans l'arrêt *Reno vs. American Civil Liberties Union (ACLU)* du 26 juin 1997, la Cour jugeant notamment la qualification des contenus incriminés trop vague et le champ d'application de la loi trop large pour ne pas porter atteinte aux principes du premier amendement de la Constitution américaine.

Le gouvernement américain n'a pas renoncé à la mise en place d'une législation protégeant les mineurs de l'exposition à des contenus préjudiciables aux mineurs (les représentations d'actes sexuels simulés ou non ou l'exhibition de parties génitales ne comportant pas d'intérêt artistique ou scientifique, notamment) sur l'internet, et obtenu en 1998 le vote par le Congrès du *Child Online Protection Act (COPA)*. Cette loi prévoit que « toute personne qui, en connaissance de cause et informée du caractère du contenu, effectue via le web, dans le commerce interétatique ou avec l'étranger, une communication à des fins commerciales, accessible par tout mineur <sup>94</sup> et comportant un contenu préjudiciable au mineur » est passible d'une peine d'amende de 50 000 \$ et/ou de six mois d'emprisonnement. Le texte prévoit que soient exonérées de leur responsabilité les personnes qui « de bonne foi ont restreint l'accès des mineurs à ces messages (A) en exigeant l'utilisation d'une carte de crédit, de débit, d'un code d'accès ou d'un numéro d'identification d'adulte; (B) en acceptant un certificat numérique certifiant l'âge du destinataire ou (C) par toute autre mesure raisonnable praticable en vertu de la technologie disponible » <sup>95</sup>. La Cour suprême a une nouvelle fois été invitée à statuer sur la loi, dont elle n'a pas retenu, dans l'arrêt *Ashcroft vs. ACLU* du 13 mai 2002, l'inconstitutionnalité. La troisième cour d'appel de

94. De moins de 17 ans.

95. *Comm. com. élect.*, juillet-août 2002, actu., obs. P. Kamina.

Philadelphie a cependant à nouveau statué le 3 mars 2003 sur l'inconstitutionnalité de la loi, estimant que les termes employés demeuraient trop imprécis et contraires à la liberté d'expression. Quatre ans et demi après la promulgation de la loi et quatre décisions de justice, la question de la conformité du COPA au premier amendement, que doit réexaminer prochainement la Cour suprême, n'est toujours pas tranchée.

Visant à responsabiliser les écoles et bibliothèques subventionnées, et non plus les diffuseurs de contenus contraires à la décence, le *Children Internet Protection Act* (CIPA) de 2000 impose à ces institutions de protéger l'accès à l'internet des mineurs par la mise en place de filtres, dont l'efficacité est contestée par les opposants à la loi. D'abord jugé inconstitutionnel par un tribunal de Pennsylvanie, le CIPA a été jugé par la Cour suprême conforme aux principes protégés par le premier amendement de la Constitution des États-Unis <sup>96</sup>.

## Australie

Le cas australien constitue un autre exemple intéressant d'initiative de régulation des contenus, puisqu'il constitue une rare tentative de réguler les contenus de l'internet sur le même mode que les médias audiovisuels. Le *Broadcasting Services Act*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, rend compétente sur l'internet l'*Australian Broadcasting Authority* (ABA), autorité unique de régulation des médias audiovisuels, et définit un ensemble de contenus prohibés. Sont ainsi interdites en Australie les scènes de pornographie infantile, de bestialité, de violence excessive et de violence sexuelle, mais aussi la figuration d'activités sexuelles non simulées. La loi interdit de plus l'hébergement en Australie de scènes d'activité sexuelle simulées ou les scènes réalistes de violence dès lors que l'accès à ces contenus n'est pas protégé par un système de restriction d'accès fondé sur l'allocation d'un code personnel aux personnes déclarant leur nom et avoir plus de 18 ans et pouvant justifier d'un numéro valable de carte de crédit ou de la photocopie d'une pièce d'identité. La loi impose enfin aux FAI australiens de fournir à leurs clients l'un des outils de contrôle parental agréés par l'ABA.

L'ABA classe les contenus de l'internet sur signalement des internautes sur son site, et peut exiger d'un hébergeur qu'il procède au retrait de contenus non conformes à la loi. Les contenus hébergés hors d'Australie sont signalés aux éditeurs de logiciels de contrôle parental agréés par l'ABA, qui mettent à jour leurs listes noires en conséquence. L'ABA signale les contenus les plus graves aux autorités judiciaires nationales ou aux *hotlines* des pays concernés.

Le dispositif retenu par l'Australie a fait l'objet de vives critiques de la part des associations de défense des libertés civiles, qui en ont notamment dénoncé le caractère inapplicable du fait de la localisation étrangère de la plupart des contenus incriminés, le choix d'un système de classification fort restrictif et le manque de transparence des autorités sur les sites visés, et critiqué le rapport coût/résultats. Le dispositif paraît de plus que peu appliqué par les FAI, pourtant à l'initiative du code de conduite qui complète la loi.

---

<sup>96</sup>. Le Forum des droits sur l'internet, « États-Unis : le filtrage des sites pornographiques ne porte pas atteinte au Premier amendement », 24 juin 2003, [www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=590](http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=590).

## Des dispositifs techniques imparfaits

Différents dispositifs techniques, susceptibles d'être mis en œuvre auprès des éditeurs de contenus et de services ou auprès des utilisateurs finaux, proposent des réponses variées et complémentaires à la question de la prévention de l'exposition des mineurs à des contenus choquants sur l'internet. Il convient de mesurer la fiabilité, les limites et les promesses de ces dispositifs, dont aucun ne paraît apporter de solution définitive à ce problème.

### Contrôle de l'âge

Aucun texte normatif, ni la jurisprudence ne précisent, en France, quelles précautions pourraient être jugées utiles et suffisantes au regard de l'objectif de prévention de l'accès des mineurs à des contenus choquants, que fixe l'article 227-24 du Code pénal. Il n'est dès lors pas établi qu'aucun des dispositifs techniques présentés ici soient de nature à satisfaire à ce dernier, et par conséquent aux obligations posées à tous les diffuseurs de contenus violents ou pornographiques. Il semble pourtant, par analogie avec le monde physique, qu'un dispositif technique permettant la vérification de l'âge des visiteurs d'un site puisse, en principe, constituer une solution appropriée de contrôle de l'exposition du jeune public aux contenus violents et pornographiques sur l'internet. L'obligation pour le visiteur de contenus préjudiciables de justifier de son âge pourrait sans doute constituer une précaution utile au regard de la recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1998, qui suggère notamment que «*l'offre et la diffusion de contenus susceptibles de nuire aux mineurs [soient] subordonnées chaque fois que cela serait réalisable, à l'utilisation de moyens de protection tels que [...] des systèmes de vérification de l'âge des utilisateurs*».

### Contrôle de l'âge par vérification d'un numéro de carte bancaire

De très nombreux sites d'implantation américaine proposant des contenus pornographiques exigent de leurs visiteurs qu'ils s'identifient grâce à un numéro personnel délivré par l'un des multiples *Adult Verification Systems* (AVS) existants. La vocation affichée de ces AVS consiste à certifier l'âge de leurs clients en contrôlant la validité de leurs numéros de carte bancaire. Ces opérateurs sont aussi et surtout de véritables «coopératives» de sites pornographiques, qui redistribuent partie des abonnements perçus par les personnes désireuses d'obtenir un identifiant entre les sites affiliés. Paradoxalement, *AdultCheck*, l'un des plus anciens acteurs de cette catégorie, précise même, dans ses conditions générales d'utilisation, que le service n'a pas pour finalité de vérifier l'âge de ses abonnés <sup>97</sup>.

De fait, de tels systèmes ne sont guère en mesure de garantir que le seul fait que le porteur d'un numéro d'abonné a bien eu accès à une carte bancaire. Or, les cartes

---

97. «*Some websites that utilize the Adult Check system claim that we»verify age«as part of authorization process. We do not verify your age with your credit card. The use of a credit card or any other form of payment does not signify that you or anyone else is at least eighteen years of age*». *AdultCheck – Terms & Conditions*: [www.secure.adultcheck.com/terms\\_conditions\\_popup.html](http://www.secure.adultcheck.com/terms_conditions_popup.html), dernière modification le 21 mai 2001.

bancaires sont accessibles aux mineurs de 16 ans de nombreux pays comme la France, et un mineur résolu à obtenir un code d'accès peut indubitablement se procurer, en de multiples circonstances, les références d'une carte bancaire. Il est à noter que certains organismes émetteurs de cartes bancaires s'opposent explicitement à ce que ces dernières soient utilisées à une seule fin de vérification d'âge. Le GIE cartes bancaires, interrogé à ce sujet, dénonce une telle pratique comme détournant les cartes bancaires de leur finalité première de paiement.

Comme on l'a vu, le COPA américain considère pourtant expressément cette technique imparfaite comme un moyen raisonnable de prévenir l'accès des mineurs à des contenus pornographiques sur l'internet. Si la mise en œuvre des dispositions du texte de loi demeure suspendue à la prochaine décision de la Cour suprême, ces dernières ont probablement créé les conditions du développement de systèmes de contrôle en ligne de l'âge par carte bancaire.

### **Contrôle de l'âge par intégration de moyens de contrôle aux documents d'identité**

Certains pays intègrent aux documents d'identité délivrés à leurs citoyens un moyen d'authentification à distance de l'âge du porteur. Ainsi le numéro de carte d'identité permet-il, en Allemagne, la vérification de l'âge du porteur sur internet. L'intérêt de tels dispositifs de certification officiels doit toutefois être interrogé à plusieurs égards: d'abord, la communication du numéro de carte d'identité a pour limite qu'un tel numéro peut être recopié et circuler entre plusieurs usagers même mineurs. C'est ce qui a justifié que le tribunal de première instance de Neuss, en Allemagne, condamne le 19 août 2002 l'éditeur de pages de nature pornographique, en dépit du fait que le site contrôla le numéro de carte d'identité que devaient fournir ses visiteurs. Le juge avait en effet considéré «*que les mesures mises en œuvre ne permettaient pas de s'assurer de la réelle majorité de l'internaute. En effet, si le numéro de carte d'identité indique l'âge du titulaire de même que l'existence d'une carte bancaire attribuée souvent à des personnes majeures, aucun système ne permet de s'assurer que les informations transmises sont bien celles du visiteur. Rien n'empêche l'adolescent de communiquer électroniquement le numéro de carte d'identité de ses parents ou d'un ami majeur. C'est cette absence de complète vérification et donc la présence d'un doute qui a conduit le juge à condamner le créateur de site*»<sup>98</sup>. Cette décision a toutefois été réformée en appel, la Cour reconnaissant finalement la validité du système de vérification de l'âge.

Tous les États membres de l'Union européenne ne délivrent pas de carte d'identité, ou ne se disposent pas tous à établir des documents d'identité numériques dans un avenir proche. On note toutefois que le format électronique et sécurisé de carte nationale d'identité, annoncé pour 2006 par le ministre de l'Intérieur, comportera des fonctionnalités de «*signature électronique fiable qui permettra [aux citoyens] d'authentifier les formulaires qu'ils rempliront sur internet*»<sup>99</sup>. Les obstacles à ce qu'un tel docu-

<sup>98</sup>. Benoît Tabaka, *LPA*, n° 15, 21 janvier 2003, p. 5, à propos de Neusser Amtsgericht, 19 août 2002 : Staatsanwaltschaft c. Hans-Peter F., Firma Tele-Call (n° 7 Ds 70 Js 6582/01-18/02).

<sup>99</sup>. Ariane Beky, «*La carte d'identité électronique sera opérationnelle en 2006*», NetEconomie.com, Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2003, [www.neteconomie.com/perl/navig.pl/neteconomie/infos/article/20030929185700](http://www.neteconomie.com/perl/navig.pl/neteconomie/infos/article/20030929185700).

ment officiel soit ouvert à la certification de la majorité d'un usager de l'internet paraissent en première analyse de nature éthique et juridique plutôt que techniques: une telle application devrait demeurer proportionnelle à l'objectif recherché, et être examinée avec soin sous l'angle de la protection des données personnelles de l'utilisateur et de la finalité du document.

### **Contrôle de l'âge par délivrance d'un certificat par une autorité tierce**

De nombreux « tiers de confiance » délivrent aujourd'hui, le plus souvent aux entreprises, des certificats électroniques de nature à attester l'identité de leurs porteurs. La délivrance de tels certificats répond à un processus complexe et fiable de l'identité du demandeur, comprenant notamment la confrontation physique de ce dernier avec l'un des agents auxquels l'autorité délègue le pouvoir d'attester son identité. La complexité et le coût d'une telle procédure semblent toutefois exclure qu'un tel certificat soit distribué à l'ensemble des usagers majeurs et/ou mineurs de l'internet, et qu'un filtre des visiteurs des sites français ou européens aux contenus potentiellement préjudiciables aux mineurs soit mis en place sur cette base.

Certaines solutions du type de la *CitizenCard*, que propose en Grande-Bretagne la société *Interactive Age Check* (IAC) <sup>100</sup> et que semble soutenir le *Home Office*, proposent la délivrance au terme d'une procédure simplifiée de codes et certificats d'identité utilisables sur internet: tout membre d'une profession assermentée (officier de police, juge, médecin, enseignant, ministre du culte, fonctionnaire, élu, etc.) est substitué à l'autorité de certification, et peut garantir l'identité du requérant.

Il apparaît à la suite d'une rapide analyse de ces différentes solutions qu'aucune application de contrôle de l'identité des usagers de l'internet ne paraît aujourd'hui de nature à satisfaire strictement à l'objectif recherché. Il est de plus entendu que, par la nature même de ces solutions, l'éventuelle généralisation du contrôle de l'âge à l'ensemble des éditeurs français ou même européens de contenus potentiellement choquants ne saurait placer les mineurs à l'abri de l'exposition à des contenus diffusés depuis des zones géographiques moins strictement réglementées. Enfin, le risque que le coût de l'imposition de telles mesures ne soit mal proportionné à l'objectif recherché, compte tenu de leur efficacité relative, ne peut être négligé.

On ne manquera toutefois pas de considérer, dans un contexte où la compatibilité internationale des solutions apparaît décisive, que certains États, comme les États-Unis, ont inscrit dans la loi de telles solutions manifestement imparfaites, mais d'application réaliste, et que les recommandations du Conseil de l'Europe y font également référence.

### **Logiciels de contrôle parental**

L'approche consistant à encourager l'emploi d'outils de contrôle parental pour limiter l'exposition des mineurs à des contenus non appropriés est soutenue par les auto-

---

100. Cf. [www.citizencard.com](http://www.citizencard.com).

rités européennes, comme elle est indirectement appuyée par la législation française. Le rapport d'évaluation concernant l'application de la recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine notait ainsi, dès 2001, que « *des programmes spécifiques visant à développer des systèmes de filtrage ont eu lieu, en plus de projets cofinancés au titre du plan d'action de l'Union européenne, dans trois États membres* » (Allemagne, Grèce, Royaume-Uni) <sup>101</sup>.

Ces différents outils ont vocation à bloquer l'affichage de contenus de nature plus large que les seuls matériels pornographiques, violents et attentatoires à la dignité humaine, sur lesquels se concentrent nos observations.

### Évaluation des outils de contrôle parental

De nombreux outils de contrôle parental permettent le contrôle plus ou moins strict des contenus à afficher sur l'écran de l'ordinateur qui en est équipé. Il convient de sonder les intérêts et les limites des différents dispositifs qu'ils mettent en œuvre :

- **filtrage par mot clé** : blocage de l'accès aux pages dont les adresses URL comportent des termes « interdits » ; plus rarement, le logiciel bloque également l'affichage des pages dans le contenu desquelles figurent les termes proscrits ;
- **listes noires** : interdiction de l'accès à une liste de sites tenue à jour par l'éditeur, éventuellement enrichie par l'utilisateur ;
- **listes blanches** : restriction de l'accès à une liste de sites web jugés acceptables. C'est le type de dispositif le plus restrictif. Les éditeurs de logiciels constituent rarement de telles listes blanches, dont l'élaboration est le plus souvent laissée aux parents. Cette solution, qui restreint strictement la navigation à un « jardin d'enfants », peut servir à sécuriser la navigation de très jeunes enfants.

Ces dispositifs de contrôle parental peuvent être installés sur le poste de travail (CyberPatrol, PureSight, Optenet, CYBERSitter ...), ou en ligne (AOL 8.0, MSN 8.0, Xooloo ...)

Depuis qu'existent ces outils, le débat sur l'efficacité des logiciels de filtrage fait rage. De nombreuses études contradictoires ont été menées aux États-Unis notamment, où certaines initiatives législatives alimentent ces discussions. Une méthode unifiée de test de dispositifs de natures différentes n'a encore jamais été établie.

Selon le rapport présenté en 2000 par Christopher Hunter à la COPA Commission, chargée notamment d'examiner les techniques pouvant favoriser l'application de la loi, les principaux logiciels de contrôle parental échouaient à filtrer 25 % des contenus qu'ils devaient arrêter, mais bloquait l'affichage de 21 % de contenus réputés inoffensifs <sup>102</sup>. Une série de tests menée par l'organisation américaine indépendante *Consumer Reports* concluait en 2001 que la plupart des outils les plus répandus

---

**101.** Commission européenne, « Rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine », *op. cit.*, p. 8.

**102.** Christopher D. Hunter, « *Internet Filter Effectiveness: Testing Over and Underinclusive Blocking Decisions of Four Popular Filters* », *Social Science Computer Review* 18 (2, Summer), 2000.

échouaient à filtrer plus de 20 % de sites potentiellement « inappropriés » tout en bloquant l'affichage de jusque 63 % de sites inoffensifs <sup>103</sup>. Une récente étude américaine réalisée par la *Kaiser Family Foundation* mettait encore en évidence que huit outils de contrôle employés par les écoles et bibliothèques américaines filtraient 87 à 91 % des contenus violents et pornographiques qui leur avaient été soumis pour les besoins de l'étude, et bloquaient improprement entre 1,4 et 24 % des contenus de sites de santé, suivant le réglage de tolérance des logiciels <sup>104</sup>.

La vaste étude publiée en octobre 2001 par le consortium à l'origine du projet *NetProtect*, que finance l'Union européenne dans le cadre du « Plan d'action pour un internet plus sûr », compare le comportement auprès des adresses de 4 449 sites web de dix des principaux outils de contrôle parental <sup>105</sup>. Ces outils étaient fondés sur différentes approches techniques : listes blanches et noires, filtrage de mots clés, navigateur dédié, proxy. L'étude établit notamment que ces outils bloquaient l'affichage de 20 % à 79 % des sites pornographiques de l'échantillon constitué dans le cadre de l'expérience, et bloquaient jusqu'à 25 % d'une sélection de sites ne présentant pas de tels contenus <sup>106</sup>.

En France, le magazine *60 Millions de consommateurs* a publié en mars 2002 les résultats d'une étude réalisée par le Centre d'essais comparatifs de l'Institut national de la consommation (INC), portant sur douze outils de contrôle parental d'accès à internet. Cette étude a été menée pour la deuxième année consécutive, à l'initiative de l'UNAF et en partenariat avec la Délégation interministérielle à la famille (DIF) <sup>107</sup>. Il ressort de l'examen des résultats et des auditions menées par le groupe de travail que si aucun des douze outils testés n'a filtré 100 % des contenus pornographiques ou violents auxquels ils étaient soumis, les logiciels filtraient en moyenne 85 % des contenus inappropriés, sans préciser toutefois la proportion de sites inoffensifs improprement filtrés. Si le filtrage par un logiciel de contrôle parental de 85 % des contenus pornographiques et violents paraît constituer une performance générale acceptable, les tests entrepris soulignent d'autres limites de ces outils, et d'importantes disparités entre logiciels.

Certains des outils les plus communs testés par l'INC n'étaient par exemple pas distribués en version française. Or, l'adaptation à la langue française tant de l'interface des logiciels que des termes et sites qu'ils sont programmés pour interdire paraît constituer un prérequis à l'usage de tels outils par un public francophone. Ensuite, bon nombre de ces outils n'avaient vocation qu'à filtrer les contenus accessibles sur le web, et négligeaient les autres applications de l'internet. Le groupe de travail a estimé que, considérant le volume de contenus de nature violente et porno-

---

**103.** « *Digital Chaperones for Kids* » *Consumer Reports*, mars 2001, [www.consumerreports.org](http://www.consumerreports.org). Les sites réputés inappropriés étant ceux contenant des images sexuellement explicites ou violentes, ou faisant la promotion de l'usage des drogues, du tabac ou d'une religion, ou encore appelant au meurtre.

**104.** The Henry J. Kaiser Family Foundation, *See No Evil: How Internet Filters Affect the Search for Online Health Information*, Décembre 2002.

**105.** NetProtect, *Report on currently available COTS filtering tools*, EADS, Paris, 2001.

**106.** *Ibidem*, p. 14.

**107.** Institut national de la consommation, « Vos enfants et internet. Comment éviter le pire », *60 Millions de Consommateurs*, n° 359, mars 2002, pp. 34-43.

phique en circulation sur les réseaux *peer-to-peer* ou les *newsgroups*, l'association de fonctionnalités de pare-feu (*firewall*) par les utilisateurs permettant de bloquer l'accès à d'autres protocoles et usages (*chat*, *newsgroups*, *peer-to-peer*) paraissent nécessaires à la mise en œuvre d'un contrôle parental efficace. Ce contrôle semble ne pouvoir, en l'état actuel de la technologie, être assuré que par l'interdiction pure et simple et non le filtrage au niveau des utilisateurs des contenus accessibles par ces autres applications. Aucun des outils testés exploitant la technique du filtrage par mots clés n'examinait en effet l'occurrence de termes interdits dans les documents téléchargés, mais examinait plutôt les adresses URL requêtées. Aucun outil n'était en mesure d'apprécier la nature d'une image et de filtrer de tels contenus. Aucun des logiciels testés fondés sur le principe du filtrage par mot clé ne tenait compte du contexte d'usage de tel ou tel contenu (nudité sur les sites médicaux, par exemple). On regrette enfin qu'aucune technologie de reconnaissance des contenus graphiques n'ait encore été adaptée à ces outils.

Au-delà de ces considérations techniques, l'usage de logiciels de contrôle parental peut poser de considérables questions de nature pédagogique et éthique. Ainsi le recours à de tels outils ne doit-il pas remettre en cause la responsabilité pédagogique et disciplinaire des parents: il apparaît essentiel que de tels outils ne soient considérés que comme le complément efficace d'une véritable pédagogie et d'un investissement des parents. En outre, en «automatisant» le contrôle des contenus, de tels dispositifs portent le risque de ne pas toujours favoriser le nécessaire apprentissage de l'autonomie et de la responsabilité chez les jeunes. Par ailleurs, les critères de filtrage établis par les éditeurs de la plupart des outils de contrôle parental peuvent être méconnus de leurs usagers, qui peuvent ainsi être amenés à confier en toute ignorance les contenus auxquels leurs enfants peuvent ou ne peuvent pas accéder, de forts biais culturels étant de surcroît susceptibles d'intervenir dans les choix retenus par les concepteurs d'un programme. Il apparaît essentiel que les principes de filtrage des outils de contrôle parental soient le plus explicitement exposés à leurs usagers, et que la liste des adresses et des termes autorisés et interdits soit à tout moment accessible et amendable par les parents. Pour 85 % des personnes interrogées dans le cadre d'une étude menée par le consortium NetProtect, la possibilité de voir et d'amender la liste des sites interdits constituait d'ailleurs une fonctionnalité essentielle <sup>108</sup>.

### **Diffusion des outils de contrôle parental par les FAI dans le cadre des dispositions de l'article 43-7 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000**

L'article 43-7 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 prévoit que: «*Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens*».

---

<sup>108</sup>. NetProtect, *Report on European Users Requirements*, op. cit.

Le rapport d'évaluation concernant l'application de la recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine notait, en 2001, que la France était le seul État membre qui «*oblige les exploitants à informer les utilisateurs sur les systèmes et logiciels de filtrage et de classification permettant de déterminer l'âge de l'utilisateur et, dans un autre État membre (Espagne), cette obligation figure dans le code de conduite de l'exploitant*»<sup>109</sup>. D'après un deuxième rapport d'évaluation de l'application de la recommandation, publié en 2003, l'Allemagne et l'Irlande ont depuis adopté la même démarche<sup>110</sup>.

L'information dispensée par les FAI français sur les outils de contrôle parental est hétérogène, et témoigne d'interprétations variées de l'obligation faite à ces prestataires d'informer les usagers et de sélectionner des outils. La loi est silencieuse sur ses modalités d'application, et notamment sur les fonctionnalités et objectifs des outils de contrôle parental devant être proposés par les FAI à leurs abonnés, et ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de ses dispositions. Dès lors, la nature et la qualité des outils auxquels donnent accès l'ensemble des FAI français sont inégales. Si certains FAI proposent à leurs clients des solutions intégrées ou optionnelles de contrôle parental, d'autres prestataires mettent en avant le logiciel gratuit ICRAFilter, dont le développement est d'ailleurs soutenu par l'AFA, et les limites décrites dans ce même chapitre. Certains prestataires ne décrivent enfin à leurs abonnés que les solutions de filtrage prévues par les navigateurs Internet Explorer et Netscape, fondées sur le système RSACi<sup>111</sup>, peu usité puisqu'abandonné depuis 1999 au profit de celui de l'*Internet Content Rating Association* – ICRA.

Au début des travaux dont résulte ce rapport, si les fournisseurs d'accès se soumettaient aux dispositions de l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, seule une minorité d'entre eux informait ainsi spécifiquement de l'existence d'outils de contrôle parental dès la page d'accueil de leurs portails. Les autres renvoyaient soit vers le site de l'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA), soit vers le site Pointdecontact.net de l'association professionnelle, dont certaines pages illustrent la question de la prévention de l'accès aux contenus non appropriés aux plus jeunes et l'usage de ces logiciels<sup>112</sup>. On verra plus loin que cette situation a récemment évolué de manière satisfaisante à l'initiative de l'AFA et du Forum des droits sur l'internet, la plupart des membres de l'association renvoyant aujourd'hui depuis la page d'accueil de leur site vers la page «Protection de l'enfance» du site Pointdecontact.net, les autres membres s'étant engagés à indexer rapidement cette dernière page.

---

**109.** Commission européenne, «Rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine», *op. cit.*, p. 8.

**110.** Commission européenne, «Deuxième rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine», *op. cit.*, p. 10.

**111.** *Recreational Software Advisory Council*, [www.rsac.org](http://www.rsac.org).

**112.** Cf. [www.pointdecontact.net](http://www.pointdecontact.net), [www.pointdecontact.net/protectiondelenfance.html](http://www.pointdecontact.net/protectiondelenfance.html) et [www.afa-france.com](http://www.afa-france.com).

## Moteurs de recherche et contrôle parental

Il convient enfin de mentionner l'existence des filtres mis à la disposition des utilisateurs par certains outils de recherche. Les utilisateurs ont ainsi la possibilité d'activer un filtre par mot clé dans la « version originale » des principaux moteurs de recherche comme AltaVista, Google ou AllTheWeb <sup>113</sup>. L'annuaire Yahoo! Édite également un site de recherche en forme de « liste blanche » à destination du jeune public, cette fois encore en langue anglaise exclusivement.

Certains des principaux outils d'échange de fichiers *peer-to-peer*, qui constituent, comme nous l'avons écrit, de puissants vecteurs de contenus de nature violente et pornographique, ont volontairement inclus de tels filtres dans leurs interfaces de recherche. Ces filtres pour utilisateurs, qui paraissent n'avoir pas encore fait l'objet d'évaluation d'aucune sorte, bloquent le téléchargement de fichiers dont l'intitulé et la description comportent certains termes, déterminés par l'éditeur du logiciel.

## Labellisation et autodescription de contenus

### Labellisation et autolabellisation

L'édition de listes blanches et de « domaines réservés » aux enfants sur le web s'apparente à la création de labels de qualité, le plus souvent par des acteurs privés comme les éditeurs de logiciels de contrôle parental. Ces derniers peuvent concevoir une liste de sites réputés « appropriés » au jeune public, et créer un espace réservé de l'internet en limitant la navigation à cette sélection de sites par l'intervention d'un logiciel adapté.

La société française Xooloo <sup>114</sup> mobilise par exemple une équipe de documentalistes chargés de classifier les contenus qu'ils explorent quotidiennement au gré des requêtes des usagers du système et des modifications des contenus des sites enregistrés, que détectent des moteurs de recherche. Les sites sont admis ou non à figurer dans l'annuaire des ressources accessibles aux jeunes usagers du service sur la base de la conformité de leurs contenus à une charte portée à la connaissance des usagers du service. Le nombre de sites répertoriés et la fréquence des contrôles qui y sont appliqués apparaissent comme déterminants dans l'intérêt et le succès d'une telle offre de service qui doit, selon les membres du groupe, s'appuyer sur une définition stricte et adaptée au contexte culturel des critères de sélection des contenus, et informer largement ses usagers.

Une variante connue d'un tel modèle est celle de l'« autolabellisation » des contenus en ligne : un organisme édite une charte à laquelle l'éditeur de tout site est invité à déclarer conformer ses contenus pour figurer dans une liste blanche « ouverte » à laquelle la navigation des jeunes usagers peut être limitée grâce à un logiciel approprié. C'est le modèle retenu par le gouvernement américain, qui a tout récemment

---

**113.** AltaVista Family Filter, <http://altavista.com/web/ffset>, Google SafeSearch ; <http://www.google.com/help/customize.html#safe> ; AllTheWeb Offensive Content Filter, <http://www.alltheweb.com/customize>.

**114.** Cf. [www.xooloo.net](http://www.xooloo.net).

mis en place le domaine de deuxième niveau «réservé aux enfants» . '.kids.us'. Le *registrar* du domaine de premier niveau géographique (ccTLD) '.us', a ouvert le 17 juin 2003 à l'enregistrement des marques américaines un domaine de deuxième niveau '.kids.us'. Établi sur demande du gouvernement des États-Unis, ce nouveau domaine doit être constitué en espace «réservé» aux contenus appropriés aux enfants de moins de 13 ans, où les titulaires de noms de domaine s'engageront à respecter diverses obligations éditoriales. Le domaine de deuxième niveau '.kids.us' a été ouvert au public en septembre 2003.

Les obligations qui seront faites aux détenteurs de noms de domaine '.kids.us' paraissent encore relativement floues. La première version de la *content policy* <sup>115</sup> du domaine de deuxième niveau fixe toutefois diverses règles relatives aux contenus, parmi lesquelles :

- les contenus devront être appropriés à des mineurs de moins de 13 ans ;
- les contenus doivent se conformer avec les lois de protection des mineurs (notamment Child Online Privacy Protection Act – COPPA, directives du Children's Advertising Review Unit – CARU...);
- il est recommandé que les liens hypertextes ne pointent pas vers des sites extérieurs au domaine «protégé» '.kids.us';
- la liberté d'expression est encadrée par des règles génériques bannissant notamment la pornographie, la promotion de l'alcool, du tabac, les jeux de hasard, la violence et les armes ;
- les sites détenteurs de noms de domaine '.kids.us' devront offrir des contenus éducatifs appropriés aux enfants de moins de 13 ans, sans que cette obligation ne qualifie ces contenus ou ne restreigne les types de contenus (commerciaux notamment) devant figurer sur les sites du domaine de deuxième niveau.

En outre, le *registrar* NeuStar ne sera plus cantonné à son rôle technique, mais sera également chargé de veiller à l'application de l'ensemble des obligations précitées liées à l'exploitation d'un site en '.kids.us'. Une nouvelle chaîne de responsabilités semble ainsi lier *registrar* aux prestataires distribuant les noms de domaine, et aux détenteurs de domaines eux-mêmes. Chacun des maillons de cette chaîne doit veiller au respect des normes auxquelles sont soumis les contenus des sites en '.kids.us'. À noter que NeuStar a annoncé le 20 mai 2003 avoir sous-traité la surveillance des contenus du domaine de deuxième niveau à une société spécialisée Cyveillance <sup>116</sup>.

L'Observatoire des droits de l'internet (Belgique) invite également, dans son premier avis, le gouvernement belge à mettre en place une telle initiative et à en favoriser le déploiement à l'échelle européenne. D'après l'Association française de nommage en coopération (AFNIC), interrogée sur ce point, la mise en place d'un tel domaine de deuxième niveau ne cause aucune difficulté dès lors qu'un organisme gestionnaire du sous-domaine peut être désigné.

Le projet de création d'un annuaire de sites autodéclarés conformes à une charte «Internet tous publics» – dont le mode d'élaboration, le contenu et la relation avec l'État ne sont pas encore connus -, que le Gouvernement français a annoncé lors du

---

115. Cf. [www.kids.us/content\\_policy/content.html](http://www.kids.us/content_policy/content.html).

116. Cf. [www.kids.us/press/dotkids\\_pr\\_05.20.03.pdf](http://www.kids.us/press/dotkids_pr_05.20.03.pdf).

Comité interministériel à la société de l'information (CISI) du 10 juillet 2003, relève de la même démarche soutenant la création d'un sous-domaine réservé à l'enfance.

Si un régime d'autodéclaration est de nature à favoriser la création d'une base de sites importante, la question du contrôle de la conformité des contenus déclarés à la charte d'accès au domaine se pose ici avec acuité, comme dans le cas de la constitution d'un « domaine réservé » : il est probable qu'un régime d'autodéclaration sans instance d'appel, de certification et de contrôle soit voué à un échec plus ou moins rapide. Une instance de type Autorité administrative indépendante (AAI) pourrait, selon le rapport de la Défenseure des enfants, tenir utilement ce rôle.

### **Autodescription des contenus**

La piste de l'autodescription des contenus est sans conteste l'une de celles que soutiennent le plus activement bon nombre d'acteurs <sup>117</sup>, ainsi que l'Union européenne. C'est notamment la solution de contrôle parental promue, en France, par l'AFA. Modèle d'autorégulation, l'autodescription telle qu'elle est promue par l'association à but non lucratif de droit britannique *Internet Content Rating Association* (ICRA) fait intervenir les éditeurs, invités à décrire et « étiqueter » leurs sites en y insérant quelques lignes de code informatique susceptibles d'être déchiffrées par un logiciel filtre *ad hoc*. Le logiciel ICRAFilter, distribué gratuitement, autorise ou refuse l'accès aux sites étiquetés en fonction de l'adéquation de la description des sites et des choix des parents. ICRA concrétise ainsi de manière intéressante le principe de « responsabilités partagées » entre diffuseurs et parents.

Les avantages d'une telle solution, fondée sur la « grammaire » descriptive PICS (pour *Platform for Internet Content Specification*) élaborée par le W3C (*World Wide Web Consortium*) <sup>118</sup>, sont fondés sur la finesse et l'objectivité des descriptions pouvant être exprimées par les éditeurs de sites et de la variété des cribles de filtrage pouvant par conséquent être choisis par les parents <sup>119</sup> : ICRA se présente comme plus respectueux des cultures et de l'accès à l'information en n'imposant pas de critères de filtrage des contenus et en prenant en compte le contexte de figuration de certains éléments susceptibles d'être arbitrairement filtrés par d'autres outils.

Outre son aptitude à autoriser ou interdire l'accès à certaines pages en fonction de leur description, le logiciel ICRAFilter permet en outre à l'administrateur du système (parents ...) de bloquer l'usage d'autres protocoles que le web et de spécifier des listes de sites à autoriser ou interdire. Il est à noter qu'une version ICRAPlus permet d'associer au système de contrôle parental ICRA d'autres solutions fondées sur l'analyse de contenus par intelligence artificielle et la reconnaissance d'images (*Filterix*) et la consultation de listes blanches et listes noires (*Optenet*).

---

**117.** L'ICRA compte notamment parmi ses membres les sociétés AOL, Cable & Wireless, Microsoft, Tiscali, T-Online, Verisign, Verizon, Yahoo ..., et est notamment associée à l'EuroISPA, l'association des fournisseurs d'accès européens.

**118.** Cf. [www.w3.org/pics](http://www.w3.org/pics).

**119.** Les catégories de description exploitées par ICRA sont disponibles sur le site [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org).

Les limites de ce modèle peuvent être facilement identifiées. D'abord, seuls 90 000 sites sont aujourd'hui étiquetés suivant ces principes. L'offre de contenus à laquelle les usagers du filtre ICRA peuvent restreindre la navigation de leurs enfants, est par conséquent encore trop étroite pour que cet outil soit employé comme filtre de référence, d'autant qu'il n'existe aucun répertoire de sites français étiquetés à la norme ICRA permettant aux utilisateurs de cette solution de localiser ces contenus. ICRA paraît d'ailleurs souffrir à cet égard du défaut de soutien de ses membres et associés. Ni Microsoft, ni Netscape n'ont par exemple procédé depuis 1999 à la mise à jour des fonctionnalités de contrôle parental incluses dans leurs logiciels de navigation (RSACi, remplacé par ICRA), pas plus que les services de contrôle parental édités par MSN et AOL, également membre d'ICRA, ne prennent en compte le format de description promu par l'association. Ces sociétés précisent toutefois que leurs services de contrôle parental ne sont pas exclusifs, et n'interdisent pas l'utilisation d'ICRAFilter.

Ensuite, l'exactitude et la tenue à jour des descriptions ne sont pas contrôlées, et le modèle développé par ICRA ne prévoit pas qu'un site improprement étiqueté puisse être répudié en cas de refus de la procédure de mise en conformité qui lui serait proposée. Une procédure de notification et de correction des descriptions erronées existe, dont l'efficacité n'a pas pu être établie, le rétablissement d'une description exacte dépendant toujours du bon vouloir du responsable du site étiqueté.

Enfin, comme l'indiquait Phil Archer, directeur technique de ICRA: «*ICRA serait susceptible d'exiger des droits d'une société commerciale si elle adaptait un produit à la lecture des étiquettes ICRA et générerait des profits en se prévalant de la marque ICRA*»<sup>120</sup>. Si la grammaire de description employée par ICRA constitue bien un standard de l'étiquetage volontaire de sites à des fins de contrôle parental, elle ne peut toutefois, en ces conditions, être assimilée à une norme.

## **Une pédagogie des usages de l'internet d'initiative publique et privée**

On note, dans les actions de sensibilisation et d'éducation à l'internet et à ses dangers potentiels, deux principaux types d'approches :

- l'énoncé de recommandations établies par des experts, destinées à sensibiliser les adultes (souvent les parents) et les jeunes et à leur indiquer les comportements jugés adéquats face à des situations potentiellement dangereuses sur l'internet ;
- des démarches d'éducation aux médias, souvent reprises en Europe sous le terme «*Internet literacy*», à visée plutôt préventive, destinées à faire mieux connaître internet aux adultes et aux jeunes (ses caractéristiques, ses fonctionnements, ses richesses, ses limites) de manière à les rendre autonomes et responsables dans leurs choix face à internet. Cette approche, plus exigeante et agissant sur le plus long terme, part des connaissances et des comportements réels des adultes et des jeunes et permet notamment de prendre en compte les évolutions rapides des technologies.

---

120. Phil Archer, 4 juin 2003, entretien.

Le rapport d'évaluation concernant l'application de la recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine notait, en 2001, que « *des campagnes en vue d'une utilisation plus sûre d'internet ont eu lieu dans la plupart des États membres* <sup>121</sup>. *Plusieurs États membres ont souligné l'importance que revêtent les écoles en tant que lieu approprié pour des mesures pédagogiques* » <sup>122</sup>. Les initiatives se sont, depuis, multipliées, le plus souvent à l'initiative privée d'associations et d'acteurs économiques, parfois soutenus par la Commission européenne et les États. Il est difficile de rendre compte de la diversité des initiatives de ces deux types en France, en Europe et dans le monde. On peut toutefois signaler pour mémoire certains des projets les plus aboutis dont le Forum des droits sur l'internet ait eu connaissance en ce domaine.

En France, de nombreuses expérimentations et initiatives pédagogiques ne font pas l'objet d'une réelle coordination

### **Une pédagogie des usages de l'internet à l'école encore peu développée**

Le système éducatif privilégie une approche d'internet beaucoup plus globale que la stricte prise en compte des contenus illicites et préjudiciables aux mineurs aux yeux de la loi. Depuis les premiers tâtonnements des années 1995-1996, les enseignants ont cherché à favoriser chez les élèves la découverte de l'internet et l'acquisition de compétences techniques, avec le soutien des collectivités locales qui ont massivement équipé les établissements scolaires. L'école a engagé une réflexion sur la place à accorder aux Technologies de l'information et de la communication dans l'enseignement (TICE) <sup>123</sup>, les opportunités et les risques qu'elles représentent pour l'ensemble des acteurs du système éducatif.

Aujourd'hui, la priorité reste encore souvent aux compétences techniques liées à la maîtrise de l'outil et à l'utilisation de ce dernier au service de l'enseignement scolaire, les préoccupations éthiques et civiques liées à la pratique de l'internet étant encore peu répandues. Il faut du temps aux enseignants pour prendre conscience de l'existence d'une telle problématique, puis pour inventer et valider des réponses pédagogiques. De plus, l'éducation à l'internet, nécessairement interdisciplinaire, doit faire, entre les enseignants, l'objet d'une réflexion d'équipe. Enfin, les enseignants continuent souvent de se heurter à des questions matérielles, mais prioritaires, liées aux conditions d'accès à l'internet dans les établissements scolaires.

Diverses initiatives pédagogiques expérimentent pourtant, à l'école, l'éducation aux usages et à la maîtrise de l'internet.

---

**121.** Autriche, Belgique, Allemagne, Grèce, Espagne, Irlande, Pays-Bas, Luxembourg, Suède, Finlande, Royaume-Uni. La France, avec le programme Educaunet, s'est également engagée dans cette voie en coopération avec une institution belge.

**122.** Commission européenne, « Rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine », *op. cit.*, p. 9.

**123.** Voir la note d'évaluation du ministère de la Jeunesse, de l'Éducation et de la Recherche sur les attitudes des enseignants vis-à-vis des TIC, [www.education.gouv.fr/stateval](http://www.education.gouv.fr/stateval).

Depuis 2000, le ministère de l'Éducation nationale met progressivement en place un brevet informatique et internet (B2i) dans les écoles, collèges et lycées. Ce brevet fixe les compétences à acquérir pour disposer d'un bagage minimum commun dans la maîtrise des technologies de l'information et de la communication. La prise en compte des aspects civiques et éthiques de l'internet y est pour l'instant marginale.

En six ou sept ans, de nombreuses expérimentations se sont développées au sein des classes et des établissements. Ces travaux sont suivis par différentes instances éducatives, en particulier les cellules TICE dépendant des recteurs d'académie et les centres régionaux et départementaux de documentation pédagogique. Leur objectif est de mieux comprendre ce qui se pratique dans les établissements scolaires, d'en tirer des éléments généralisables pour en nourrir les textes officiels et pour produire des outils pédagogiques adaptés.

Depuis novembre 2002, le CLEMI en France, Média Animation et l'université de Louvain en Belgique ont coproduit, dans le cadre de l'*Internet Action Plan* de la Commission européenne, une méthode éducative destinée aux jeunes de 8 à 18 ans, qu'ils diffusent auprès des enseignants, parents et éducateurs. Le programme Educaunet entend ainsi contribuer à développer l'éducation critique à l'internet à travers une vingtaine d'activités (fiches d'analyse, jeux de cartes, de plateau ou de rôle ...). Son implantation s'accompagne de sessions de formation pour les enseignants. Le programme s'est élargi en 2003-2004 à cinq nouveaux pays qui adaptent la méthode et les outils à leur contexte culturel. Un nouvel outil éducatif, enrichi par les apports de chaque pays, devrait être diffusé dans les sept pays européens à l'automne 2004 <sup>124</sup>.

On ne saurait donner ici une vision extensive des nombreuses activités menées souvent isolément par les enseignants dans les classes autour d'internet, et l'écho qui peut leur être fait sur des sites dédiés (académiques ou de réseau d'enseignants).

De nombreuses formations aux enseignants sont dispensées dans les académies et les départements pour les enseignants du primaire et du secondaire, en formation continue comme dans les Instituts universitaires de formation des maîtres (IUFM). La plupart portent avant tout sur les savoir-faire techniques et l'utilisation des TIC dans l'enseignement de la discipline de l'enseignant. Pour sa part, le CLEMI a initié en 2002-2003 une campagne de formation sur l'éducation critique à l'internet et à ses risques, appuyée sur le programme Educaunet, auprès des formateurs en TIC et en éducation aux médias.

### **De nombreuses initiatives, mais pas de campagne nationale à destination du très grand public**

D'autres initiatives sont, en France, plus largement tournées vers les usagers de l'internet, mais aucune campagne médiatique n'y a jamais été conçue à destination du très grand public.

Bâti en mars 2003 sous la forme de questions-réponses organisées par profil d'utilisateur du réseau (parents, créateurs de sites, citoyens, entreprises ...), DroitDuNet.fr, le site

---

<sup>124</sup>. Cf. [www.educaunet.org](http://www.educaunet.org).

grand public du Forum des droits sur l'internet, répond aux questions d'ordre juridique et pratique sur les usages quotidiens de l'internet. Il comporte notamment une rubrique « Juniors ». Un contact par courrier électronique permet d'obtenir des réponses plus personnalisées.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'attache sur son site, et en particulier son espace « Juniors » à la question de la protection des données personnelles. La CNIL a mené en mars 2002, avec le ministère de l'Éducation nationale, une campagne d'information auprès des enseignants.

De nombreuses fiches pratiques existent et sont diffusées sur internet. Il convient de prendre en compte l'effet parfois pervers de telles fiches qui, par souci d'efficacité, proposent parfois des messages simplificateurs, inadaptés à la complexité des situations et à l'évolution rapide des usages de l'internet. Certains guides sont toutefois élaborés avec le soin de prévenir ces risques. Le guide *Internet et familles*, élaboré en 1999 par l'Association des fournisseurs d'accès (AFA), l'Union nationale des associations familiales (UNAF) et la Délégation interministérielle à la famille (DIF)<sup>125</sup>, ambitionnaient ainsi de constituer un véritable outil de sensibilisation et de responsabilisation des jeunes.

Le Comité interministériel à la société de l'information (CISI) du 10 juillet 2003 a annoncé la création en octobre 2003 d'une délégation aux usages de l'internet. Cette délégation interministérielle, placée auprès du ministre délégué à la Recherche et aux Nouvelles technologies, a en charge les missions actuelles de la MAPI (Mission d'accès public à l'informatique, à l'internet et au multimédia) et plus généralement, un rôle de généralisation de l'accès et de la formation des familles, des enfants et du grand public<sup>126</sup>. Sur le site de la délégation, constitué en « portail », une collection de liens oriente d'ores et déjà les parents vers certaines ressources, études, conseils et comparatifs de matériels, destinées à leur permettre de mieux accompagner la navigation de leurs enfants<sup>127</sup>.

L'AFA diffuse sur son site (Pointdecontact.net) des éléments de sensibilisation et d'information sur la prévention de l'accès des jeunes publics à certains contenus non appropriés. La plupart des FAI membres de l'association renvoie désormais sur ces informations depuis la page d'accueil de leurs portails. Cette démarche volontaire n'est pas couramment admise en Europe. Une étude menée par l'institut *European Research into Consumer Affairs* (ERICA) dans le cadre du projet européen *Safeborders* entre mars et avril 2003 sur dix-sept sites des principaux FAI européens indique que neuf des dix-sept prestataires éditait ou renvoyait à cette date leurs utilisateurs vers des guides de conseils aux parents, et que seulement cinq d'entre eux affichaient un lien vers un tel guide depuis la page d'accueil de leur site<sup>128</sup>, ces

---

**125.** Cf. [www.social.gouv.fr/famille-enfance/fam\\_lign/](http://www.social.gouv.fr/famille-enfance/fam_lign/).

**126.** Cf. [www.ddm.gouv.fr/dossiers\\_thematiques/documents/cisi2003f.html](http://www.ddm.gouv.fr/dossiers_thematiques/documents/cisi2003f.html).

**127.** Cf. [www.delegation.internet.gouv.fr/civilite/](http://www.delegation.internet.gouv.fr/civilite/).

**128.** ERICA, « *A review of Internet Service Providers and how they protect children on-line* », enquête auprès de dix-sept sites de FAI européens, 23 juin 2003. La méthodologie et les conclusions de ce rapport sont contestées par les FAI; des discussions sont en cours pour affiner les techniques d'enquête de l'ERICA. Il convient de noter que la méthodologie retenue par ERICA a été contestée par l'EuroISPA, la fédération européenne des associations de fournisseurs d'accès.

démarches totalement volontaires témoignant de l'intérêt grandissant des FAI pour une préoccupation relativement récente.

Le fournisseur d'accès à l'internet AOL, membre de l'AFA, a lancé en septembre 2003 en France un « *programme ludo-éducatif pour sensibiliser les plus jeunes à la sécurité sur internet* » intitulé « *Code du web* ». Cette initiative promotionnelle s'appuie sur un mini-site comprenant des conseils, un quiz et un dessin animé à vocation pédagogique, et sur l'organisation d'interventions dans des magasins dans une sélection de villes <sup>129</sup>.

## De nombreuses campagnes et initiatives européennes

Le deuxième rapport d'évaluation de la Commission européenne concernant l'application de la recommandation du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine note qu'« *en 2003, des campagnes en faveur d'une utilisation plus sûre d'internet ont été lancées dans douze États membres (Danemark, Allemagne, Grèce, Espagne, France, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Finlande, Suède, Royaume-Uni), en Pologne, en Islande et en Norvège* » <sup>130</sup>. Il remarque également que « *dans dix États membres (Belgique, Grèce, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Finlande, Suède, Royaume-Uni) et en Slovénie, l'éducation aux médias fait partie intégrante des programmes scolaires* » <sup>131</sup>.

Au niveau communautaire, l'*Internet Action Plan* (IAP) rassemble et soutient certaines des principales initiatives nationales en Europe <sup>132</sup>. En Belgique, le site « ClickSafe » est opéré par les services de police et de justice au niveau fédéral et l'association *ChildFocus*, et soutenu par de nombreux acteurs de l'internet <sup>133</sup>. Ce « *plan d'action pour un internet plus sûr* » a également donné lieu au développement de nombreux projets et expérimentations pédagogiques d'information et de sensibilisation des jeunes publics et des parents; il vise notamment à établir un réseau européen cohérent d'initiatives d'éducation et de prévention aux usages de l'internet et à leurs risques. De nombreux projets de sensibilisation aux risques liés aux usages de l'internet ont bénéficié des crédits alloués par l'Union européenne, parmi lesquels le projet *Educaunet*, dont la France est l'un des acteurs, mais aussi les projets *SafeBorders*, un réseau de sensibilisation à un internet plus sûr présent en Espagne, en Italie, en Grèce, en Allemagne et au Royaume-Uni, et *SAFT (Safety, Awareness, Facts and Tools)*, qui fédère des initiatives en Irlande, en Islande, au Danemark, en Norvège et en Suède. L'Union européenne a encouragé les porteurs de projets à associer partenaires publics et privés dans la définition et l'exécution de leurs initiatives.

---

<sup>129</sup>. Cf. [www.aol.fr/presse/codeduweb.htm](http://www.aol.fr/presse/codeduweb.htm).

<sup>130</sup>. Commission européenne, « Deuxième rapport d'évaluation de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine », *op. cit.*, p. 10.

<sup>131</sup>. *Ibidem*, p. 15.

<sup>132</sup>. Cf. [www.saferinternet.org/projects/index.asp#awareness](http://www.saferinternet.org/projects/index.asp#awareness).

<sup>133</sup>. Cf. [www.clicksafe.be](http://www.clicksafe.be).

Provisoirement baptisé *Handbook on Internet Literacy*, un travail piloté par le Conseil de l'Europe (groupe de travail chargé de la démocratie en ligne) est en cours d'élaboration. Il a pour objectif de :

- sensibiliser surtout les enseignants, mais aussi les parents et les autres adultes chargés d'éducation sur la question des droits de l'homme et des principes éthiques applicables à toutes les activités internet, et sur le potentiel d'internet pour favoriser l'apprentissage, la créativité et la participation civique ;
- fournir de l'information, du matériel de référence, des idées pour le travail en classe sur la communication, la recherche, les transactions et la publication sur internet.

Divers sites et projets résultant de l'initiative individuelle ou conjointe des acteurs associatifs, des acteurs économiques et des gouvernements nationaux ont vu le jour en Europe comme en France : au Royaume-Uni, l'*Internet Watch Foundation* (IWF), d'initiative privée, gère une *hotline* en partenariat avec les autorités publiques et édite un guide de conseils au jeune public [www.iwf.org.uk](http://www.iwf.org.uk) ; au Pays-Bas, la campagne et le site [www.surfopsafe.nl](http://www.surfopsafe.nl) résultent de l'initiative du ministère de l'Économie ; en France, plusieurs pages du site de la Délégation aux usages de l'internet recensent les ressources dédiées à la protection des mineurs accessibles en ligne [www.delegation.internet.gouv.fr/civilite/index.htm](http://www.delegation.internet.gouv.fr/civilite/index.htm).

### **Autres exemples d'initiatives nationales**

On peut signaler aux États-Unis, entre autres initiatives, que le réseau des *National Academies* [www.nas.edu](http://www.nas.edu) a entrepris, à la suite de la publication du rapport *Youth, Pornography and the Internet* du *National Research Council* <sup>134</sup>, la mise à jour du site web ([NetSafeKids.org](http://NetSafeKids.org)), qui se présente comme un ensemble de conseils aux parents.

La campagne et le site « GetNetWise », entrepris à l'initiative de l'*Internet Education Foundation*, sont soutenus par d'importants acteurs économiques de l'internet ([www.getnetwise.org](http://www.getnetwise.org)).

Au Canada, le réseau Éducation-Médias édite le site la « Toile et les Jeunes », où se trouvent rassemblées informations et activités à destination des parents et des enseignants [www.media-awareness.ca/francais/projets\\_speciaux/toile\\_et\\_les\\_jeunes/index.cfm](http://www.media-awareness.ca/francais/projets_speciaux/toile_et_les_jeunes/index.cfm). Il est également à l'initiative, avec deux partenaires privés, du site webaverti [www.webaverti.ca/french/default.aspx](http://www.webaverti.ca/french/default.aspx), qui détaille les « dangers » et multiplie les conseils aux jeunes utilisateurs de l'internet.

---

<sup>134</sup>. Dick Thornburgh, Herbert S. Lin, editors, *op. cit.*

## CHAPITRE III

# **Recommandations : pour un partage réaliste des responsabilités**

### **Principes généraux**

L'internet est un espace nouveau de sociabilité: il est porteur de grands espoirs, en terme d'accès à la connaissance, d'ouverture et de démocratie. Il est aussi un lieu où se transposent des activités ou pratiques susceptibles de nuire aux mineurs. L'objectif de ces recommandations n'est pas de souligner l'importance de celles-ci au risque de présenter le réseau comme une menace nouvelle pour les enfants. Il est au contraire de porter un regard pragmatique et constructif sur celui-ci, de répondre au souci légitime de protection des enfants et, plus généralement, de favoriser une découverte maîtrisée d'internet par les jeunes.

Les propositions relatives à la question centrale que constituent les contenus préjudiciables aux mineurs sont donc accompagnées de solutions relevant du champ plus vaste de la protection de l'enfance sur internet.

De façon générale, les recommandations qui suivent s'inscrivent dans l'objectif central du Forum des droits sur l'internet, qui est de construire la civilité de l'internet.

Ces recommandations sont fondées sur les principes de fonds suivants :

#### **1) On ne régule pas l'internet comme les autres médias.**

L'internet est un environnement ouvert dans lequel la diversité des contenus (gratuits, payants, de services, informatifs, ludiques ...) et de leurs éditeurs (professionnels, amateurs, entreprises, particuliers ...) rend difficile de mettre en œuvre une régulation autoritaire et centralisée. De plus, la dimension internationale de l'accessibilité des contenus en ligne impose que ces recommandations tiennent compte des différences de conception, d'une culture et d'un pays à l'autre, de ce qu'est un contenu préjudiciable. Il n'est néanmoins pas exclu que l'initiative nationale puisse devancer le déploiement d'une solution à l'échelle internationale, dès lors que la solution proposée est compatible, notamment, avec les orientations européennes, et peut éventuellement être défendue à cette échelle.

#### **2) Les « enfants » ne constituent pas une population homogène.**

L'article 227-24 du Code pénal, qui constitue le principal référent législatif en matière de prévention de l'exposition des mineurs à des contenus violents, pornographiques et attentatoires à la dignité humaine, considère globalement les individus de moins de 18 ans. Il apparaît pourtant essentiel de tenir compte de la diversité des publics concernés. Pour les plus jeunes usagers de l'internet (moins de 8 ans), le souci de protection étant prioritaire, il peut être envisagé, en complément d'actions pédagogiques, des solutions techniques de contrôle des contenus très restrictives impropres à des publics plus âgés et expérimentés (plus de 16 ans, notamment). Ceux-ci, en effet, ont un comportement qui s'apparente largement à celui de l'adulte, et peuvent

difficilement être contraints. Le public le plus délicat à traiter est celui des adolescents (10 à 16 ans), pour lequel la protection doit se conjuguer avec de la liberté nécessaire à cette tranche d'âge, très intéressée par internet, avide de transgressions mais aussi de repères.

### **3) Il faut dépasser la culture de l'interdit.**

Rappeler et veiller à faire appliquer les seuls interdits, ne suffit pas à construire des propositions d'actions permettant la maîtrise de l'exposition des jeunes à des contenus préjudiciables. Le Collectif interassociatif enfance et médias (CIEM) analysait ainsi que « désigner des interdits sans les accompagner d'une supervision des adultes, c'est renoncer à prendre en charge la responsabilité du développement des enfants »<sup>135</sup>. Ce constat apparaît d'autant plus pertinent sur l'internet, que les jeunes abordent d'emblée en position d'acteurs, et non de simples récepteurs, et où l'on a constaté la moindre efficacité des mesures tendant à y limiter strictement l'accessibilité des contenus préjudiciables.

### **4) Il n'y a pas une réponse, mais une combinaison de leviers.**

L'analyse menée par le Forum des droits sur l'internet fait apparaître qu'aucune solution n'est, à elle seule, de nature à assurer efficacement la prévention de l'exposition des jeunes publics aux contenus en ligne pouvant leur être préjudiciables. On ne saurait en particulier renvoyer aux seuls parents et à la mise en place de logiciels de contrôle parental la responsabilité de prévenir l'exposition des jeunes publics à des contenus préjudiciables. Seule une *combinaison* des leviers *juridique*, technique et *pédagogique* et d'une volonté *politique* affirmée paraît ainsi pouvoir apporter des réponses pertinentes à cette problématique.

En définitive, les différentes pistes d'action devant contribuer à limiter l'exposition des jeunes publics aux contenus préjudiciables sur l'internet s'appuient sur la *mobilité de l'ensemble de la chaîne « éducative » de l'enfant* (éditeurs de contenus, État, éducateurs, familles et intermédiaires techniques) afin d'établir un partage réaliste et équilibré des responsabilités de chacune des parties.

## **Pour une application raisonnée du Code pénal (article 227-24) aux contenus accessibles sur l'internet**

L'interprétation de l'article 227-24 du Code pénal retenue par la cour d'appel de Paris en juillet 2002 place la plupart des éditeurs de contenus pornographiques ou violents hors-la-loi au regard des pratiques actuelles. On relève en effet, sur l'internet comme sur d'autres supports, le défaut actuel de solution permettant de respecter à la lettre l'article 227-24, c'est-à-dire de garantir de manière certaine qu'un message « à carac-

---

<sup>135</sup>. Divina Frau-Meigs, Sophie Jehel (rapporteuses), *L'environnement médiatique des jeunes de 0 à 18 ans : que transmettons-nous à nos enfants ?* Rapport en réponse à la mission confiée par Ségolène Royal, ministre déléguée à la Famille, à l'Enfance et aux Personnes handicapées au Collectif interassociatif enfance et médias (CIEM), CIEM, Paris, mai 2002, p. 9.

*tère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine*», dont la production, la diffusion ou le commerce ne sont pas répréhensibles en eux-mêmes, ne soit pas «susceptible d'être vu ou perçu par un mineur»<sup>136</sup>.

Il apparaît ainsi nécessaire, pour ne pas tendre vers l'interdiction de fait de la diffusion et du commerce de tels contenus par des éditeurs français, de favoriser une interprétation pragmatique et respectueuse de la liberté d'expression des principes et objectifs de l'article 227-24 du Code pénal.

### **Aux magistrats**

Le Forum des droits sur l'internet est soucieux de permettre aux diffuseurs français de contenus licites mais préjudiciables aux mineurs de tendre à la conformité avec l'objectif qui leur est assigné par la loi. Il est aussi conscient du défaut de solution permettant de satisfaire absolument à ce dernier objectif sur l'internet.

**Le Forum recommande par conséquent que soient privilégiées des solutions réalistes en ce domaine, et invite les magistrats à privilégier une interprétation des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal prenant en compte l'état de l'art des moyens permettant de satisfaire à ses dispositions.**

Selon le Forum des droits sur l'internet, les solutions consistant à limiter l'accès aux contenus pornographiques aux personnes en mesure d'opérer un paiement par carte bancaire, de transmettre une reproduction d'un document d'identité ou de fournir un certificat électronique attestant de leur âge paraissent par exemple constituer, en l'état de l'art, des diligences suffisantes au regard des obligations faites par l'article 227-24 du Code pénal<sup>137</sup>.

Le Forum des droits sur l'internet souligne toutefois que, dans le contexte mondialisé des contenus accessibles en ligne, de telles solutions ne sauraient prétendre protéger les mineurs de l'exposition à des contenus préjudiciables que si elles sont déployées dans un ensemble élargi de pays.

On rappelle enfin que la directive «Commerce électronique» et sa loi de transposition en droit français (loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)) ne reconnaissent aux fournisseurs d'accès aucune obligation générale de surveillance des contenus qu'ils transportent.

### **Aux pouvoirs publics**

Aucune solution permettant la vérification de l'âge du visiteur d'un site n'est aujourd'hui largement déployée sur l'internet. Les documents officiels d'identité (carte

---

<sup>136</sup>. Le premier paragraphe de l'article 227-24 du Code pénal est ainsi rédigé: «*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 € d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur*».

<sup>137</sup>. Dès lors qu'elles sont conformes, notamment, aux dispositions légales relatives à la protection des données personnelles.

nationale d'identité, passeport ...) permettent la vérification de l'âge du porteur dans la plupart des situations où des contenus, services ou marchandises ne doivent pas être rendus accessibles aux mineurs. Aucun document officiel ne rend possible cet usage en ligne.

**Le Forum des droits sur l'internet recommande que soit étudiée, dans la définition des fonctionnalités du futur document d'identité électronique, annoncé pour 2006, l'opportunité de permettre au visiteur d'un site de justifier anonymement de sa majorité sur l'internet. L'utilisateur pourrait par exemple être invité à fournir un code prévu à cet usage ou à procéder à la lecture informatique du titre.**

Le Forum des droits sur l'internet insiste cependant sur la nécessité, avant de suivre plus avant une telle piste, d'étudier les risques qu'une telle solution pourrait comporter en termes de confidentialité des données personnelles des usagers. Il appartiendra ainsi à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de juger de l'opportunité de développer une telle fonctionnalité. Il conviendra également d'étudier le rapport entre l'efficacité d'un tel dispositif, notamment à l'égard de contenus étrangers ou des visites d'internautes étrangers sur les sites français, et les coûts qui pourraient en résulter pour la collectivité, les usagers et les éditeurs de contenus.

## **Porter le débat au niveau européen**

La recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine<sup>138</sup> constitue aujourd'hui le seul texte européen à vocation normative relatif à la prévention de l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables. Cette recommandation fonde notamment la remarquable action entreprise depuis 1999 par la Commission européenne dans le cadre du plan pluriannuel d'action pour un internet plus sûr. Elle doit être réactualisée au cours du premier trimestre 2004.

### **Aux pouvoirs publics**

À cette occasion et compte tenu du déploiement croissant du réseau dans l'ensemble des pays européens, il paraît opportun qu'un débat puisse être lancé sur l'opportunité d'aller au-delà de la seule politique d'autorégulation menée jusqu'à présent et de s'entendre sur des normes communes de nature à protéger les mineurs de contenus préjudiciables en Europe.

**Le Forum recommande que les autorités françaises ouvrent, à l'occasion de la réactualisation de la recommandation du 24 septembre 1998, un débat sur l'éventualité que l'Union européenne oblige les États membres à contraindre les diffuseurs de contenus préjudiciables sur l'internet à mettre en place des mesures techniques de nature à prévenir l'exposition des mineurs à ces contenus.**

---

<sup>138</sup>. Recommandation du Conseil du 24 septembre 1998, 98/560/CE, préc.

## **Clarifier la responsabilité des opérateurs, animateurs et usagers d'espaces et d'applications interactifs**

Compte tenu de l'importance des usages des applications de communication en ligne par les jeunes publics (*chats*, forums, échanges de fichiers), il est apparu nécessaire de clarifier les responsabilités respectives au regard du Code pénal de chacun de ceux qui peuvent intervenir dans la diffusion de contenus préjudiciables aux mineurs dans de tels espaces, et d'étudier les problématiques spécifiques à ces applications. Le cadre juridique des services de communication en ligne est à ce jour en cours de discussion au Parlement (projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)); les propositions qui suivent résultent donc à la fois de l'analyse du droit positif et des perspectives d'évolution de celui-ci.

### **Aux organisateurs et usagers d'espaces interactifs de discussion**

La recommandation du Forum des droits sur l'internet relative à la « Responsabilité des organisateurs de forums de discussion sur le web » en date du 8 juillet 2003 <sup>139</sup> clarifie le régime de responsabilité applicable aux organisateurs de ces espaces d'interactivité au regard de la loi n° 82-652 sur la communication audiovisuelle du 29 juillet 1982 et de la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication du 30 septembre 1986, qui régit les services de communication en ligne autres que de correspondance privée. Lorsqu'une infraction est constatée et poursuivie sur les forums de discussion sur le web, les intermédiaires bénéficient de responsabilités aménagées, tandis que les organisateurs de ces espaces interactifs peuvent être considérés, au terme de cette analyse, comme :

- éditeurs selon les termes de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 s'ils réalisent une exploitation éditoriale des messages postés sur leurs forums <sup>140</sup>. Leur responsabilité éditoriale peut, dans ces circonstances, être engagée ;
- hébergeurs selon les termes de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée dans le cas contraire; ils doivent, dans ce cas précis, conserver les données de connexion (logs) des utilisateurs du forum, auteurs des messages <sup>141</sup>. La responsabilité de l'organisateur du forum, assimilée à celle d'un hébergeur, ne pourrait dans ce cas être retenue que si, ayant été saisi par une autorité judiciaire, il n'aurait pas

---

**139.** Le Forum des droits sur l'internet, recommandation: « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ? », 8 juillet 2003, [www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=602](http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=602).

**140.** La recommandation du Forum des droits sur l'internet propose des critères limitatifs permettant d'identifier les activités qui relèvent de l'édition. Ces critères sont les suivants: 1) la modification substantielle du contenu du message par des services éditoriaux visant à lui conférer une plus value; 2) la sélection arbitraire des contenus à publier qui ne seraient pas fondé sur des critères objectifs (par exemple le respect du droit); 3) l'appropriation du contenu par la personne qui les publie.

**141.** 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.

agi promptement pour retirer un contenu illicite <sup>142</sup>. Seule la responsabilité de l'auteur d'un message devrait donc être retenue.

Un rapport de la Commission sur l'application de la directive «Commerce électronique» 2000/31/CE précise d'ailleurs que «*la limitation de la responsabilité en matière d'hébergement prévue à l'article 14 couvre, outre l'hébergement de sites web, différents cas dans lesquels il y a stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les "bulletins boards" (systèmes privés de transfert) ou les "chat-rooms" (forums de discussion)*» <sup>143</sup>.

**Le Forum des droits sur l'internet rappelle aux organisateurs, animateurs et contributeurs de tels espaces publics, que leur responsabilité peut, dans certaines circonstances, être engagée lorsqu'un mineur est exposé sur un forum de discussion à des contenus préjudiciables, l'infraction décrite par l'article 227-24 du Code pénal renvoyant vers la responsabilité existante en matière de presse écrite et audiovisuelle.**

De plus, un sujet de discussion peut être illicite par lui-même ou en incitant explicitement, par exemple, à publier des contenus illicites ou préjudiciables aux mineurs et susceptibles d'être vus ou perçus par eux.

**Le Forum des droits sur l'internet rappelle aux organisateurs, animateurs et contributeurs de tout espace public interactif d'échange de contenu et de discussion (forums, blogs, chats), qu'ils sont responsables, quel que soit leur statut, des sujets de discussion directement illicites ou incitant explicitement à tenir des propos illicites qu'ils auront choisis.**

## Au législateur

L'autonomisation de la réglementation des communications en ligne par rapport au corpus législatif régissant la communication audiovisuelle, telle qu'elle a été votée par l'Assemblée nationale le 9 janvier 2004 en deuxième lecture du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), pose la question du régime de responsabilité applicable sur l'internet aux contenus visés par l'article 227-24 du Code pénal.

---

**142.** L'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 est devenu le point 2 de l'article 2*bis* de la loi pour La confiance dans l'économie numérique, adoptée en seconde lecture à l'Assemblée nationale les 8 et 9 janvier 2004. Cette nouvelle loi modifie substantiellement le régime de responsabilité des hébergeurs : ces derniers ne pourraient être tenus civilement responsables de la diffusion d'informations s'ils «*n'avaient pas effectivement eu connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où [ils] ont eu cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible*». Et pénalement responsable 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*». En revanche, cette loi ne change *a priori* rien aux critères de mise en œuvre de tel ou tel type de régime de responsabilité qui ressort de la recommandation du Forum des droits sur l'internet en date du 8 juillet 2003.

**143.** Commission européenne, «Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du Commerce électronique, dans le marché intérieur» (directive sur le commerce électronique), COM(2003)702 final, Bruxelles, 21 novembre 2003.

**Dans l'éventualité où la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) prononcerait en définitive l'autonomisation de la réglementation des communications en ligne, le Forum des droits sur l'internet recommande, afin d'assurer l'application des dispositions du Code pénal pour les services de communication en ligne, que le deuxième alinéa de l'article 227-24 soit modifié et rédigé ainsi: «Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication publique en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables».**

### **Aux usagers de logiciels et services d'échanges de fichiers**

Enfin, les usagers proposant, sur les réseaux pair à pair (*peer-to-peer*), le libre téléchargement de contenus préjudiciables paraissent devoir être mis en garde sur le régime de responsabilité qui pourrait leur être imputé.

Le Forum des droits sur l'internet signale aux usagers de réseaux pair à pair diffusant publiquement des contenus préjudiciables sans qu'aucun dispositif ne permette de garantir que ces derniers ne sont pas accessibles à des mineurs, qu'ils sont, en première analyse, passibles des sanctions prévues par l'article 227-24 du Code pénal.

### **Aux éditeurs de logiciels d'échange de fichiers sur les réseaux pair à pair**

Les réseaux d'échanges de fichiers pair à pair constituent un canal d'exposition, notamment involontaire, à des contenus préjudiciables aux mineurs. Ces outils constituent par ailleurs de précieux vecteurs d'accès à la connaissance. L'adjonction de fonctionnalités de contrôle parental par mots clés à un logiciel d'échange de fichiers pair à pair paraît ainsi apporter une protection des plus jeunes utilisateurs de ces applications, préférable, bien qu'imparfaite, à leur blocage pur et simple.

**Le Forum des droits sur l'internet recommande aux éditeurs de logiciels d'échange de fichiers d'intégrer à ces outils des avertissements relatifs à l'aspect choquant de certains contenus accessibles sur les réseaux pair à pair, ainsi que des dispositifs permettant la restriction de l'accès et de l'exposition, notamment involontaire, de jeunes utilisateurs à des contenus préjudiciables.**

## **Favoriser le développement de multiples sélections de ressources en ligne recommandées aux jeunes publics**

Au cours de ses travaux, le Forum des droits sur l'internet a examiné les opportunités et les limites de différents dispositifs de classification des contenus en ligne. Le grand nombre et l'évolutivité des contenus en ligne et la diversité de leurs auteurs, notamment, excluent une approche privilégiant la classification des contenus par une quelconque autorité. On recense en revanche diverses propositions, d'initiative publique ou privée, permettant l'autolabellisation, sur la base d'une ou de plusieurs chartes,

de sites réputés appropriés aux jeunes publics, et auxquels la navigation sur le web pourrait être restreinte par le biais d'un logiciel adapté. Ces dispositifs, qui tendent à établir des listes de sites réputés appropriés aux jeunes publics, peuvent ou non être associés à un système d'adressage spécifique comme le sous-domaine '.kids.us', mis en place à l'initiative de l'administration américaine.

Au terme de l'examen de ces propositions, le Forum des droits sur l'internet conclut que la constitution d'une «liste blanche» ouverte à tous les sites sur la base de leur conformité à une charte unique présente un intérêt limité au regard de la protection de l'enfance sur l'internet. Les jeunes publics ne sauraient en effet être abordés comme une communauté uniforme d'internautes auxquels pourrait convenir une même gamme de contenus.

Un modèle de classification volontaire de sites suivant plusieurs paliers d'âge, décrits par autant de chartes, présenterait l'avantage de s'adresser potentiellement à la diversité des jeunes publics. On perçoit toutefois rapidement les limites d'un tel modèle sur l'internet. À l'inverse du champ des jeux vidéo, par exemple, où la plupart des acteurs d'un marché relativement homogène procèdent volontairement à l'autoclassification de leurs produits, l'internet est un milieu ouvert, où d'innombrables producteurs éditent une multitude de pages sur des thématiques et dans des intentions infiniment diverses. Il ne semble pas, dès lors, qu'un système fondé sur l'autoclassification volontaire des contenus en ligne puisse rendre compte de la diversité de ces contenus, *a fortiori* s'il est conçu pour ne concerner que les sites et contenus francophones.

De plus, l'inscription systématique des références de contenus en ligne dans une telle «liste blanche» dès lors que ces derniers se conforment aux prescriptions d'une ou de plusieurs chartes ne paraît pas de nature à aider les parents à opérer un choix averti des sites les plus intéressants pour leurs enfants, et ne pas apporter un fondement satisfaisant à un éventuel dispositif limitant la navigation sur le web. Un tel modèle pourrait même tendre plutôt à faire tenir pour recommandable un ensemble de sites dont les contenus n'auraient fait l'objet d'aucun contrôle de qualité ou de pertinence.

Les nombreux arguments allant à l'encontre d'un modèle de «labellisation» des contenus en ligne sur déclaration de leur conformité avec les directives d'une ou de plusieurs chartes suggèrent que l'on explore une autre piste. Soit un modèle où de multiples instances (associations familiales, de jeunesse, d'éducation populaire, enseignants, éducateurs, enfants eux-mêmes ...) sélectionneraient plutôt qu'elles ne «valideraient» des sélections de contenus de qualité, recommandés aux enfants suivant la diversité de leurs propres critères. L'internet francophone compte déjà de nombreuses sélections de sites recommandés comme appropriés aux enfants.

## **Aux pouvoirs publics**

**Le Forum des droits sur l'internet recommande aux pouvoirs publics qu'ils encouragent la constitution de sélections de sites par une variété d'acteurs représentatifs. À titre incitatif, les pouvoirs publics pourraient par exemple insérer dans les conventions qu'ils concluent avec les associations familiales,**

**de jeunesse et d'éducation populaire des dispositions prévoyant expressément que ces organisations constituent de telles listes.**

**Le Forum des droits sur l'internet recommande également que les pouvoirs publics mettent en valeur une sélection de ces réalisations dans le cadre d'une campagne de communication en ligne et hors ligne.**

Une commission tripartite (administration, associations, acteurs économiques), réunie à l'initiative des pouvoirs publics devrait établir en transparence, les règles conditionnant le référencement des listes de sites recommandés, et prévoyant l'éventuel retrait du soutien des pouvoirs publics à ces sélections.

Le Forum des droits sur l'internet prend acte du projet développé par l'AFNIC consistant à améliorer la visibilité des informations relatives aux auteurs de sites du domaine '.fr' et des sceaux de confiance dont ces sites pourraient être marqués <sup>144</sup>, et encourage les créateurs d'éventuels labels de contenus destinés aux plus jeunes à s'associer à cette démarche.

## **Constituer un annuaire de sites recommandés : un projet participatif pour l'Éducation nationale**

Les jeunes sont aujourd'hui des acteurs de l'internet. Avec ou sans leurs parents, ils pratiquent le réseau et découvrent ses potentialités et ses risques. Leur autonomie est donc grande, notamment pour la tranche d'âge adolescente, et il est vain de les considérer seulement comme des assistés. En conséquence, si l'on souhaite développer la prise de conscience des réalités du réseau par les jeunes, il semble opportun de s'appuyer sur les jeunes eux-mêmes afin d'en faire des acteurs de la civilité recherchée.

### **Aux pouvoirs publics**

**Le Forum des droits sur l'internet recommande que, dans le cadre de ses projets tendant à renforcer la protection de l'enfance et l'appropriation du média internet par les élèves, le ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche entrepreneuriale et accompagne lui-même, sur une large base collaborative et au niveau académique, la constitution d'un annuaire des sites recommandés par les élèves du primaire et du secondaire, sous la conduite de leurs enseignants.**

Les élèves pourraient ainsi, dans le cadre de leurs travaux et sous la responsabilité de leurs professeurs, enrichir une base de sites accessible à tous qui, outre sa vocation d'utilité publique, pourrait constituer un véritable outil de travail et d'appropriation des technologies de l'information.

Un groupe de travail ministériel associant des acteurs de l'internet devrait être constitué pour examiner les modalités du développement d'un tel projet.

---

144. Cf. la documentation sur le site [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org).

## **Développer l'information sur les outils de contrôle parental**

Les outils de contrôle parental des contenus accessibles en ligne soulèvent, sur le plan technique, de réserves importantes, et ne sauraient prétendre remplacer le rôle des parents dans la prévention de l'exposition des enfants à des contenus préjudiciables. Ces outils peuvent toutefois assister les parents dans cette démarche, notamment auprès des plus jeunes. Le Forum des droits sur l'internet entend contribuer, en privilégiant une démarche d'autorégulation des acteurs, à accroître la disponibilité et la qualité de l'information relative à ces outils, tout en favorisant la bonne application de la loi.

### **Aux prestataires d'accès à l'internet (FAI)**

L'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée impose aux fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, et d'autre part de leur proposer au moins l'un de ces moyens.

Une prévention efficace de l'exposition des jeunes publics aux contenus en ligne pouvant leur être préjudiciables nécessite une information des parents et des enfants, plus complète que celle décrite par l'article cité. Le Forum des droits sur l'internet encourage en conséquence les FAI à adopter un standard élevé d'information de leurs abonnés en matière de contrôle parental.

Dans le cadre des travaux du Forum des droits sur l'internet, l'Association des fournisseurs d'accès à l'internet (AFA) et ses membres ont convenu que les FAI fixes et «grand public» membres de l'association <sup>145</sup> inséreraient, sur les pages d'accueil de leurs sites respectifs, un lien «Protection de l'enfance» renvoyant vers la page dédiée du site Pointdecontact.net <sup>146</sup> ou vers une page de leur propre site affichant une information équivalente. Cette initiative paraît conforme aux obligations faites aux FAI par l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986, et en dépasse même les objectifs. Elle illustre l'efficacité des démarches d'autorégulation pouvant être entreprises dans ce domaine.

L'action élaborée avec les membres de l'AFA dans le cadre des présents travaux a vocation à être généralisée à l'ensemble des prestataires d'accès français.

**Le Forum des droits sur l'internet recommande qu'un groupe de travail réunisse l'ensemble des professionnels concernés. Il aura pour objectif de favoriser la généralisation du lien «Protection de l'enfance», l'élaboration de propositions tendant au perfectionnement des conditions d'affichage de ce dernier, la création d'un logo universel apparaissant souhaitable, et de procéder à l'enrichissement concerté de l'information disponible sur les pages attenantes.**

<sup>145</sup>. 9 Telecom, Aol France, Aricia, Cario, Club Internet, InterPC, Magic On Line, NC Numéricable, Noos, Tiscali France, UPC France, Wanadoo.

<sup>146</sup>. Dont le contenu en date du 23 décembre 2003 est disponible sur le site [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org). Le contenu de cette page a vocation à évoluer. On pourra en consulter le dernier état à l'adresse : [www.pointdecontact.net/protectiondelenfance.html](http://www.pointdecontact.net/protectiondelenfance.html).

Ce groupe pourra être réuni au sein du ministère délégué à la Famille ou du ministère délégué à la Recherche et aux Nouvelles technologies.

Le Forum des droits sur l'internet procédera, un an après la publication des présentes recommandations, à une évaluation de l'affichage du lien «Protection de l'enfance» sur la page d'accueil des FAI français. Suivant les résultats de cette évaluation, le Forum pourra envisager d'émettre une nouvelle recommandation suggérant l'ad-jonction par décret de modalités d'applications et de sanctions par contravention à l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée. La promulgation d'un décret traduirait toutefois l'échec de la démarche d'autorégulation entreprise, échec d'autant plus regrettable que la définition de sanctions pénales ne permettrait pas d'atteindre le même niveau d'information que celui atteint par le libre consentement des acteurs.

### **Aux FAI mobiles**

Les fournisseurs d'accès mobile à l'internet sont soumis, dans la mesure où ils fournissent à leurs abonnés un service d'accès à l'internet, aux dispositions de l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée. Ces acteurs se heurtent à ce jour, eu égard notamment aux capacités des terminaux mobiles, à des difficultés techniques dans l'application de ces dispositions.

En effet, les capacités d'affichage ou de téléchargement des terminaux mobiles ne sont pas comparables à celles des micro-ordinateurs utilisés pour accéder au web. L'information, la sélection ou la mise à disposition des moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services et contenus en sont donc rendues difficiles, voire impossible pour les FAI mobiles.

En conséquence, les opérateurs de téléphonie mobile restreignent ou proposent de restreindre aujourd'hui, à la demande des parents d'usagers mineurs de terminaux mobiles, l'accès de ces derniers aux services et contenus de nature érotique, pornographique, violente ou attentatoires à la dignité humaine qui pourraient être référencés sur leurs portails.

Concernant les contenus en ligne autres que ceux proposés sous leurs rubriques ou portails, les FAI mobiles ne disposent pas, en l'état de l'art, de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services. Ces FAI proposent en conséquence aux parents soucieux de prévenir l'accès de leurs enfants à ces contenus par ce canal, de suspendre l'accès à l'ensemble des services en ligne. Compte tenu de son caractère extrême, cette solution ne saurait toutefois être tenue comme une solution pérenne.

**Le Forum des droits sur l'internet appelle l'ensemble des acteurs concernés, opérateurs notamment, à assurer une veille du développement de nouveaux outils de contrôle parental adaptés aux supports mobiles. Il encourage les opérateurs, fabricants de matériel et éditeurs de solutions de contrôle parental à favoriser autant que possible, en complément des actions déjà entreprises, l'adaptation de tels outils aux nouveaux modèles de terminaux.**

## **Aux pouvoirs publics**

Le Forum des droits sur l'internet prend acte que figure, parmi les projets annoncés par le Gouvernement lors du Comité interministériel à la société de l'information (CISI) du 10 juillet 2003, l'engagement de créer un site gouvernemental d'information<sup>147</sup> relayant les initiatives des professionnels et les résultats de l'étude comparative des outils de contrôle parental réalisée par l'Institut national de la consommation (INC).

**Compte tenu de la rapide évolution des techniques de contrôle parental et de l'information encore lacunaire dont disposent les parents sur ces outils, le Forum des droits sur l'internet encourage les pouvoirs publics à conclure avec l'INC un accord pluriannuel permettant la mise à jour annuelle de cette étude.**

Cette étude doit permettre de faire émerger des produits de qualité, et de mettre en avant les outils de contrôle parental dont l'interface et dont les règles de filtrage sont adaptées au public français.

## **Promouvoir la description volontaire des contenus sur le web**

L'un des principaux freins identifiés au développement des applications de la norme de description des contenus en ligne PICS (*Platform for Internet Content Selection*) semble consister en la rareté même des sites ainsi étiquetés. Le Forum des droits sur l'internet souhaite encourager le développement en France de solutions fondées sur l'autodescription des contenus et laissant aux parents le soin d'apprécier la nature exacte des contenus dont ils souhaitent protéger leurs enfants.

## **Aux prestataires d'hébergement, sociétés d'enregistrement de noms de domaine et fournisseurs de solutions de paiement**

**Le Forum des droits sur l'internet recommande que tous les prestataires de l'internet contribuent au développement de solutions gratuites d'autodescription des contenus en ligne fondées sur la norme PICS. Le Forum recommande ainsi qu'ils veillent à l'étiquetage de leurs propres sites, et qu'ils encouragent leur clientèle, créateurs de sites et de services internet, à procéder à la description des leurs, étant entendu que les prestataires ne sauraient y contraindre ces derniers, ni procéder eux-mêmes à la description de contenus dont ils ne sont pas les éditeurs, ni à une quelconque vérification.**

Le Forum des droits sur l'internet pourra apporter son concours aux représentants en France des principales solutions logicielles concernées en faisant connaître ces dernières auprès de ses membres et en leur proposant qu'ils les adoptent, pour autant qu'elles soient d'accès et d'usage gratuit.

---

<sup>147</sup>. Le site web [www.mineurs.net](http://www.mineurs.net), qui doit remplir cette mission, a été inauguré en décembre 2003.

## **Aux pouvoirs publics, éditeurs de sites internet publics**

Le Forum des droits sur l'internet encourage toutes les organisations publiques (administrations centrales et déconcentrées, collectivités locales, assemblées politiques nationales et locales) éditrices de sites web à contribuer au développement de l'autodescription des contenus à la norme PICS en décrivant volontairement les contenus de leurs sites par ces moyens. Les sites publics pourront contribuer ainsi à faire connaître et adopter cette solution.

## **Aux éditeurs de services en ligne**

Le Forum des droits sur l'internet souhaite que les principaux éditeurs de services en ligne, les portails de services et de contenus en particulier, procèdent également à la description volontaire de l'ensemble des pages de leurs sites, et contribuent ainsi à faire connaître ainsi la solution ainsi adoptée et à éveiller les parents à leurs responsabilités sur l'internet.

Le Forum sollicite en premier lieu ses membres éditeurs de services et de contenus en ligne <sup>148</sup>.

## **Informier et sensibiliser adultes et enfants à la maîtrise des usages de l'internet**

La sensibilisation du public, et plus particulièrement des éducateurs et du jeune public, à la maîtrise des risques liés aux usages de l'internet constitue un préalable à l'éveil de chaque utilisateur à ses responsabilités à l'égard des jeunes publics. Un tel effort de sensibilisation doit se déployer à tous les niveaux du continuum éducatif.

### Une campagne grand public

## **Aux pouvoirs publics**

Le Forum des droits sur l'internet recommande que le Gouvernement complète la campagne de promotion pour l'usage des ordinateurs personnels «internet, déclaré d'utilité tout public», lancée le 30 octobre 2003, d'une campagne de sensibilisation mettant en lumière à la fois les opportunités et les risques liés aux usages de l'internet.

Le Forum des droits sur l'internet recommande aux pouvoirs publics de soutenir la production et la diffusion gratuite à grande échelle, sur l'ensemble des sites internet publics, sur le réseau des points d'accès public à l'internet et au sein des écoles, d'un guide pratique complet à destination des familles et des jeunes publics. Ce guide devrait également être distribué dans les kits de connexion à l'internet et sites web de FAI. Son élaboration pourrait être pilotée par le Forum

---

<sup>148</sup>. La liste des membres du Forum des droits sur l'internet peut être consultée à l'adresse, [www.foruminternet.org/quisommesnous/membres.phtml](http://www.foruminternet.org/quisommesnous/membres.phtml).

**des droits sur l'internet, qui diffuse déjà sur son site DroitDuNet.fr des conseils aux jeunes usagers du réseau** <sup>149</sup>.

**Le Forum des droits sur l'internet recommande que les pouvoirs publics soutiennent la création, dans le cadre du plan pour un internet plus sûr (*Internet Action Plan*) de la Commission européenne, d'un « nœud français de sensibilisation ».**

Ces pôles (*nodes*) nationaux sont chargés, sur la base de financements européens, de « concevoir une campagne cohérente, dynamique et ciblée dans les médias appropriés, compte tenu des meilleures pratiques et de l'expérience d'autres pays. Ils devront également coopérer afin de concevoir et de mettre en œuvre une approche européenne adaptée si nécessaire aux préférences linguistiques et culturelles nationales » <sup>150</sup>.

## Éveiller les parents à leurs responsabilités

### Aux parents

Il est important que les parents de jeunes usagers de l'internet soient en mesure d'exercer pleinement leur responsabilité d'adultes au cours des premières années d'utilisation du réseau par leurs enfants.

**Le Forum des droits sur l'internet recommande aux parents d'appliquer leur vigilance aux activités de leurs enfants sur l'internet en accompagnant ces derniers dans leur découverte des usages du réseau. Il est également recommandé aux parents d'équiper les boîtes aux lettres électroniques de leurs enfants de filtres facilitant l'élimination des communications commerciales non sollicitées *spam*, ou de préférer les services de messagerie en ligne équipés de tels filtres.**

Les parents pourront également choisir d'adopter un outil de contrôle parental, qui pourra les aider à prévenir l'exposition de leurs enfants, notamment les plus jeunes, à certains contenus, dont ceux tenus pour préjudiciables par la loi. Le Forum des droits sur l'internet précise toutefois expressément que l'usage de tels outils ne saurait intervenir qu'en complément de la vigilance des parents et d'un dialogue suivi avec les enfants sur les contenus auxquels ces derniers sont amenés à accéder. En effet, aucun outil de contrôle parental n'est infaillible, ni ne saurait suppléer au rôle éducatif des parents.

## Mobiliser le réseau des associations familiales

### Aux pouvoirs publics, aux associations familiales et de jeunesse

**Le Forum des droits sur l'internet recommande aux pouvoirs publics de proposer aux principales associations familiales, associations de parents d'élèves et mouvements de jeunesse la mission de développer une formation décentralisée**

---

<sup>149</sup>. Cf. [www.DroitDuNet.fr/juniors](http://www.DroitDuNet.fr/juniors).

<sup>150</sup>. Appel à propositions pour des actions indirectes au titre du plan d'action communautaire pluriannuel sur la promotion d'une utilisation plus sûre d'internet et des nouvelles technologies en ligne (2003 à 2004), *JOUE* C 209 du 4 septembre 2003, p. 30.

**des parents à la maîtrise des usages de l'internet, et de les doter des moyens de réaliser cet objectif.**

Les associations pourront par exemple être dotées de kits éducatifs Educaunet, dont la réalisation relève, pour la France, de l'initiative du CLEMI, centre d'éducation aux médias du ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche.

Le Forum des droits sur l'internet précise qu'une telle action ne saurait être entreprise que dans un contexte sensibilisé par une campagne à l'adresse du grand public, dotée de moyens propres par les pouvoirs publics.

Pour une véritable éducation scolaire  
aux usages de l'internet

### **Aux pouvoirs publics**

**Le Forum des droits sur l'internet recommande que le ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche favorise auprès des établissements scolaires du premier et du second degré le développement d'une véritable éducation à la civilité de l'internet à destination des élèves, notamment les plus jeunes.**

Cette éducation pourrait prendre appui sur les démarches de l'éducation aux médias et le réseau des formateurs du CLEMI, comme sur le réseau de formateurs TICE (Technologies de l'information et de la communication dans l'enseignement). Elle pourrait trouver sa place dans certaines disciplines (éducation civique, technologie, etc.) et dans les dispositifs interdisciplinaires comme le brevet informatique et internet (B2i – niveaux école, collège et lycée), les Itinéraires de découverte (IDD – collège), les Travaux personnels encadrés (TPE), les Projets pluridisciplinaires à caractère professionnel (PPCP).

**Le Forum des droits sur l'internet souhaite qu'une même initiative soit entreprise à destination des publics adultes de formateurs et de parents par le développement des enseignements pratiqués au sein des IUFM (certificat informatique et internet – C2i) et des points d'accès publics à l'internet (passeport pour l'internet et le multimédia – PIM, notamment).**

### **Établir une veille permanente des usages de l'internet par les jeunes publics**

Les travaux préparatoires à l'élaboration de ces recommandations ont permis de constater le défaut ou l'obsolescence d'études du mode d'accès des jeunes à l'internet en France, de leurs pratiques sur le réseau et des circonstances de leur exposition à des contenus préjudiciables. Cette lacune paraît constituer un frein à l'appréciation des potentialités et des risques des usages de l'internet par les jeunes, et à la définition d'outils adaptés, notamment pédagogiques.

## **Aux pouvoirs publics**

**Le Forum des droits sur l'internet recommande que soit entreprise, à l'initiative des pouvoirs publics, une veille nationale des usages de l'internet par les jeunes et de leur exposition en ligne à des contenus tenus pour préjudiciables par la loi.**

L'identification des pratiques des jeunes publics aura pour finalité de nourrir les actions de soutien de la parentalité et d'aide à la maîtrise de l'outil internet. Les études composant cette veille constitueront également un outil permettant l'identification par les pouvoirs publics de pistes d'action adaptées. Elles permettront par exemple d'identifier les canaux par lesquels une information sur les conditions d'une pratique avertie de l'internet devrait être diffusée.

Le Forum des droits sur l'internet estime qu'il convient de recueillir ces données dans les environnements familial, associatif et scolaire, et que le recueil d'éléments de nature quantitative devra être doublé d'études qualitatives relatives, notamment, à la place de l'internet dans les familles.

Le CLEMI, centre d'éducation aux médias du ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche, et l'institution du Défenseur des enfants figurent parmi les organismes les mieux à même d'assurer la coordination de tels travaux d'étude.

\*\*\*

*La version complète de cette recommandation*

*comportant l'ensemble des annexes*

*est consultable sur le site internet : [www.foruminternet.org/recommandations/](http://www.foruminternet.org/recommandations/)*

## **Annexe 1**

### **Composition du groupe de travail**

**Odile AMBRY**, vice-présidente, Internet Society (ISOC), chapitre français.

**Patrice BLANC**, secrétaire général, institution du Défenseur des enfants.

**Yves BABONNEAU**, directeur général, Association française pour le nommage internet en coopération (AFNIC).

**Isabelle BREDA**, responsable internet – nouveaux médias CLEMI/ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche.

**Martine BROUSSE**, présidente, La Voix de l'Enfant.

**Marine CHANTREAU**, AFNIC, responsable de la communication.

**Monique DAGNAUD**, sociologue, École des hautes études en sciences sociales (EHESS).

**Estelle DE MARCO**, chargée de mission, Association française des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA).

**Isabelle FALQUE-PIERROTIN**, déléguée générale, le Forum des droits sur l'internet.

**Joël FERRY**, officier de gendarmerie, Personnalité qualifiée

**Antoine GREZAUD**, secrétaire général, Délégation interministérielle à la famille (DIF).

**Guillaume LE FRIANT**, Lead Programming Manager, MSN France/Microsoft.

**Stéphane MARCOVITCH**, Délégué général, Association française des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA).

**Myriam QUEMENER**, chef du bureau des politiques pénales générales et de la protection des libertés individuelles, Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), ministère de la Justice.

**Jean-Pierre QUIGNAUX**, chargé de mission, Union nationale des associations familiales (UNAF).

**Richard SWETENHAM**, responsable du Plan d'action pour un internet plus sûr (Internet Action Plan), Commission européenne.

**Anne TERRIER**, chargée de mission, Institution du Défenseur des enfants.

**Thibault VERBIEST**, président, Observatoire des droits de l'internet (Belgique).

**Rapporteur du groupe de travail: Matthieu LERONDEAU**, chargé de mission Le Forum des droits sur l'internet.

## **Annexe 2**

### **Personnes auditionnées et entretiens menés par le groupe de travail**

**Phil ARCHER (entretien)**, Internet Content Rating Association (ICRA), directeur technique.

**Éric BARBRY (entretien)**, cabinet Bensoussan, avocat.

**Vincent BESSOU (entretien)**, Orange France, directeur juridique.

**Marie-Georges BOULAY**, Cegetel, directrice de la réglementation et des relations institutionnelles.

**Marie-Estelle CARRASCO**, responsable d'études, Nielsen//Netratings.

**Marine CHANTREAU**, AFNIC, responsable de la communication.

**Karine Goi (entretien)**, Open Directory Project (ODP), éditrice de la rubrique « Enfants et ados » de l'annuaire.

**Éric LARCHEVÊQUE (entretien)**, CarpeDiem, directeur général.

**Jean-Christophe LE TOQUIN**, Association des fournisseurs d'accès (AFA), délégué permanent.

**Thierry MARTIN**, Ingénieur, Institut national de la consommation (INC).

**Alban PELTIER**, Responsable produit, MSN.

**Laurent PREVOST (entretien)**, (Webxfrance.org), administrateur du site.

**Jean-Marc RIETSCH (entretien)**, CertEurope, directeur du développement.

**Peter ROBBINS (entretien)**, Internet Watch Foundation, directeur.

**Inès SEN (entretien)**, Certinomis, présidente.

**Grégory VERET**, directeur général, Xooloo.

# Le courtage en ligne de biens culturels

*Recommandation publiée le 22 juillet 2004*

## **Introduction: la loi du 10 juillet 2000 et l'encadrement du courtage aux enchères de biens culturels**

Faisant suite à des critiques émises par la Commission européenne, le régime juridique applicable aux ventes aux enchères publiques de biens mobiliers a fait l'objet, en France, d'une modification législative par une loi du 10 juillet 2000. Ce texte a eu pour effet de mettre fin au monopole des commissaires priseurs et d'encadrer l'exercice de l'activité des ventes volontaires aux enchères publiques de biens meubles.

Au cours des débats, les parlementaires ont étendu le champ de ces dispositions aux opérations de ventes aux enchères électroniques et aux opérations de courtage sous formes d'enchères portant sur des biens culturels. Ces dernières se caractérisent par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion du contrat de vente.

En l'absence d'intervention d'un texte réglementaire définissant le contour exact de la notion de «biens culturels», le Conseil des ventes volontaires a émis un avis en septembre 2002 proposant une définition, avis critiqué par les sociétés de courtage en ligne. Ce débat est à l'origine des travaux menés en la matière par le Forum des droits sur l'internet.

La loi du 10 juillet 2000 et l'encadrement du courtage en ligne de biens culturels sous forme d'enchères

## **La fin du monopole des commissaires priseurs**

Créés par un édit de février 1556 d'Henri II, supprimés en 1790 après la Révolution française et réinstaurés à Paris par la loi du 27 ventôse IX et en province par la loi de finances du 28 avril 1816 et l'ordonnance du 26 juin 1816, les commissaires priseurs ont longtemps conservé le monopole de la pratique des ventes aux enchères publiques de biens mobiliers, réalisées dans des locaux physiques ou virtuels <sup>151</sup>. Jusqu'à la loi du 10 juillet 2000, leur activité était régie par les dispositions de l'ordonnance n° 45-2593 du 2 novembre 1945, modifiée à différentes reprises.

---

**151.** Cf. à ce propos, TGI Paris, première chambre, 3 mai 2000, chambre nationale des commissaires priseurs et chambre de discipline des commissaires priseurs de la *Compagnie de Paris c/Société N@rt SAS et Société N@rt Inc.*: les juges ont estimé que «*les ventes aux enchères organisées par [N@rt] ont toutes les caractéristiques des ventes aux enchères publiques et que l'offre qui a été adressée aux internautes à l'occasion de la première vente en ligne réalisée courant novembre-décembre 1999, comme l'offre que [N@rt] projette de renouveler constituent bien une immixtion de ces dernières dans l'organisation et la réalisation des ventes aux enchères d'objets mobiliers se trouvant en France qui sont réservées par la loi aux seuls commissaires priseurs*». Décision disponible sur [www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=224](http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=224).

La création de la Communauté économique européenne et l'adoption du traité de Rome ont eu pour effet de modifier le régime jusqu'alors applicable en France. En effet, certaines sociétés étrangères ont souhaité réaliser des ventes aux enchères sur le territoire français dans le cadre de prestations de services. Ces dernières se sont heurtées, néanmoins, au monopole des commissaires priseurs.

Afin de contourner cet obstacle, elles décidèrent de s'en remettre au droit communautaire et en particulier à la jurisprudence Dennemeyer de 1991 de la Cour de justice des Communautés européennes <sup>152</sup>. Cette jurisprudence estime que *« l'article 59 du traité de Rome exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues. En particulier, un État membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services »*.

Ce principe confirmait une précédente décision rendue en matière de ventes aux enchères <sup>153</sup>. La Cour relevait en effet qu'*« une législation nationale qui subordonne la vente aux enchères publiques de produits d'occasion provenant d'un autre État membre à l'inscription préalable de l'entreprise propriétaire des marchandises mises en vente au registre du commerce du lieu de la vente est incompatible avec les articles 30 et 36 du traité. En effet, une telle mesure, qui est de nature à entraver la libre circulation des marchandises, ne peut être justifiée ni par des exigences impératives tenant à la protection des consommateurs ni par des raisons d'ordre public au titre de l'article 36, étant donné, d'une part, qu'il est possible d'imposer des conditions de nature à protéger les consommateurs comportant des effets moins restrictifs pour la libre circulation des marchandises et, d'autre part, que l'objectif d'éviter la vente d'objets volés peut être atteint par des mesures de contrôle appropriées »*.

Le 22 janvier 1992, Sotheby's, qui souhaitait organiser des ventes volontaires en France, interrogea le Gouvernement français sur la compatibilité de la réglementation française avec l'article 59 du traité de Rome. En l'absence de réponse du Gouvernement français sur le fond, Sotheby's décida de saisir la Commission européenne par un courrier adressé le 1<sup>er</sup> octobre 1992. Le 16 mars 1995, la Commission européenne adressa une mise en demeure à la France de se mettre en conformité avec les dispositions de l'article 59 du traité de Rome prescrivant le principe de la libre prestation de service dans l'Union européenne.

Dans ce but, le garde des Sceaux annonça l'ouverture complète du secteur des ventes volontaires à la concurrence et déposa, sur le bureau du président de l'Assemblée nationale, un premier projet de loi, le 9 avril 1997. À la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale le 12 avril 1997, ce dernier devint caduc.

---

<sup>152</sup>. CJCE, 25 juillet 1991, affaire C-76/90, Säger/Dennemeyer, *Rec.* 1991, p. I-4221.

<sup>153</sup>. CJCE, 30 avril 1991, affaire C-239/90, SCP Boscher e. a./British Motors Wright e. a., *Rec.* 1991, p. I-2023.

Le 22 juillet 1998, après des consultations complémentaires des services de Bruxelles, un second projet de loi fût déposé sur le bureau du Sénat pour être adopté définitivement le 10 juillet 2000. Aujourd'hui, la loi a été totalement intégrée, suite au travail de codification opéré par le Gouvernement <sup>154</sup>, au sein du Code du commerce aux articles L. 321-1 et suivants.

### **L'intégration des ventes aux enchères électroniques et du courtage en ligne sous formes d'enchères**

À l'occasion de l'examen du texte en première lecture par les sénateurs, un amendement a été introduit, destiné à appliquer l'ensemble des dispositions du texte à l'ensemble des ventes aux enchères réalisées sous forme électroniques et aux opérations de courtage sous forme d'enchères, qu'elles portent ou non sur des biens culturels. Les sénateurs se fondaient principalement sur la nécessité de protection du patrimoine culturel.

Souhaitant une réflexion approfondie, le Gouvernement a confié le 27 janvier 2000, au lendemain de l'adoption en première lecture du texte par l'Assemblée nationale, à Christian Roehrich, avocat général à la Cour de cassation, et à Jean-François de Canchy, inspecteur général de l'administration des affaires culturelles, une mission d'expertise sur les conditions d'application du projet de loi dans le cas du commerce électronique.

Remis en février 2000, à la veille de l'examen en deuxième lecture par le Sénat, le rapport analyse les opérations de courtage en ligne et de ventes aux enchères réalisées par le biais de l'internet. Pour les auteurs, *«les "ventes aux enchères" sur le réseau numérique recouvrent en réalité les pratiques les plus diverses et s'éloignant le plus souvent de la définition du projet de loi; mais l'élément collectif et concurrentiel (les "enchères") leur donne un attrait commercial et un potentiel de développement majeurs»*.

Ainsi, même si le projet de texte n'avait pas vocation à s'appliquer aux ventes en ligne, *«il n'est pas douteux qu'il convient d'assurer une protection juridique des opérateurs, comme des intérêts publics et généraux, spécialement lorsqu'il s'agit d'une transaction à caractère collectif et concurrentiel marqués, comme cela a été le cas pour la réglementation globale des ventes aux enchères en salle»*.

Pour autant, et au regard des dispositions à l'époque non encore adoptées, de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique <sup>155</sup>, les auteurs du rapport estimaient que *«seule une distinction suivant la nature des biens vendus (œuvres d'art, d'une part, ensemble des autres biens d'occasion, d'autre part) pourrait justifier un régime spécifique de protection globale applicable aux premières, au sujet desquelles existe déjà un corpus de définitions harmonisées en droit national comme en droit communautaire»*.

Partant, notamment, de ces constats, les auteurs du rapport recommandaient aux ministres de la Culture et de la Justice *«de soumettre l'ensemble des véritables ventes*

---

**154.** Loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *JORF* du 22 décembre 1999, p. 19040.

**155.** Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur dite directive sur le commerce électronique, *JOCE* L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

aux enchères publiques de meuble au régime global, cohérent du projet de loi». Sont ici visées les ventes aux enchères publiques de biens meubles par voie électronique.

Tenant compte de l'accroissement de la vente de biens d'occasion courants (par opposition à la vente d'objets d'arts), les auteurs du rapport invitaient «à préconiser d'ores et déjà de limiter l'application du projet de loi [aux biens culturels], sous peine d'être conduit très rapidement, en raison de la masse des ventes, à une paralysie totale du système ou à l'inefficacité flagrante des mesures de protection».

Néanmoins et pour être conforme aux obligations posées par les traités communautaires, la mission estimait que «seule une distinction [...] fondée sur la spécificité du marché de l'art, pourrait peut-être permettre d'échapper aux impératifs du droit communautaire consacrant la libéralisation complète des échanges de biens et de services sur le territoire de l'Union».

### **L'adoption du texte et la notion de «biens culturels»**

Après de très nombreux débats, le texte a pu être promulgué le 10 juillet 2000 puis codifié aux articles L. 321-1 et suivants du Code du commerce. En matière de commercialisation de biens culturels, le dispositif juridique est envisagé à l'article L. 321-3 de ce Code.

Selon ces dispositions, les opérations de courtage sous forme d'enchères réalisées par voie électronique ne sont pas soumises aux dispositions du Code du commerce sauf si elles portent sur des biens culturels. Dans de telles conditions, l'ensemble des dispositions demeure applicable à l'exception des articles L. 321-7 et L. 321-16, inapplicables à des opérations dématérialisées. Les objectifs visés par la loi sont multiples : protection du patrimoine national, protection des parties à la vente et sécurité juridique du contrat ainsi conclu.

Deux ans après sa publication au *Journal officiel*, l'application de la loi du 10 juillet 2000 a fait l'objet de débats autour de son champ d'application, et en particulier autour de la notion de «biens culturels». Dans le silence de la loi, des débats parlementaires et en l'absence de toute mention dans le décret du 19 juillet 2001 pris en application de la loi sur le contour exact de cette notion, plusieurs acteurs ont adopté ou proposé des solutions divergentes.

### La position du Conseil des ventes volontaires développée dans son avis du 16 septembre 2002

En matière de définition des biens culturels, le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques a, tout d'abord – par la voix de son président <sup>156</sup>,

---

**156.** Fabien Claire, La récente loi sur les enchères en ligne unanimement saluée par les professionnels du Net, *Journal du Net*, 17 avril 2000, [www.journaldunet.com](http://www.journaldunet.com). Dans cet article, maître Champin précisait que «le texte évoque la notion d'œuvre d'art dans l'expression biens culturels, or cette acceptation est aujourd'hui largement définie par le législateur et utilisée par l'administration des douanes pour le contrôle de la circulation de ces biens culturels. Ce sont, pour faire simple, à la fois les biens qualifiés de trésors nationaux mais aussi les biens présentant un intérêt historique artistique ou archéologique définies par l'annexe du décret du 29 janvier 1993. Sont retenus des critères d'ancienneté et de valeur économique du bien».

estimé que la délimitation opérée par l'annexe au décret du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation, remplissait les objectifs visés par la loi du 10 juillet 2000.

Néanmoins, dans un avis du 19 septembre 2002 <sup>157</sup>, adressé aux ministres de la Culture et de la Justice, le Conseil des ventes volontaires s'est prononcé en faveur de l'adoption d'une définition autonome de la notion de bien culturel et pour son insertion au sein du décret du 19 juillet 2001. Cette position s'inscrit dans une lecture stricte de la loi, à savoir que *« les entreprises qui exploitent un site de courtage aux enchères par voie électronique, sur lequel sont offerts des biens culturels, doivent obtenir un agrément du Conseil des ventes avant de commencer leur activité, disposer dans leurs effectifs d'un commissaire-priseur ou d'un professionnel habilité à diriger des ventes volontaires, tenir un registre des objets vendus, garantir aux vendeurs la représentation du prix des biens vendus et aux acheteurs la délivrance de ces biens et souscrire une assurance ou une caution couvrant leur responsabilité professionnelle et la représentation des fonds détenus pour le compte d'autrui »*. À l'inverse, *« les sites internet qui assurent la commercialisation de biens culturels n'échappent aux obligations posées par la loi du 10 juillet 2000 que s'ils ne pratiquent aucune forme d'enchère et se contentent d'afficher des offres de vente, comme un journal qui publie les petites annonces des particuliers »*.

Dans cet avis, le Conseil des ventes volontaires propose une définition du bien culturel en deux volets. Il s'agirait tout d'abord, pour neuf catégories de biens, de ceux dont l'ancienneté est supérieure à 150 ans pour les huit premières catégories et 75 ans pour la neuvième. Les neuf catégories sont les suivantes :

- 1) peintures, aquarelles, gouaches, pastels, dessins, collages, affiches, estampes et leurs matrices ;
- 2) sculptures, statues et autres productions originales de l'art statuaire ;
- 3) tapis et tapisseries ;
- 4) meubles et objets d'art décoratif ;
- 5) instruments de musique ;
- 6) livres et autres documents imprimés ;
- 7) manuscrits, incunables et archives de toute nature ;
- 8) tous autres objets mobiliers archéologiques ou anciens ;
- 9) photographies, films et autres vidéogrammes réalisés par tous procédés techniques.

D'autre part, il s'agirait de tous les biens meubles, même âgés de moins de 150 ou 75 ans, qui portent la signature d'un auteur, d'un artiste ou la marque d'un fabricant dès lors qu'un bien du même auteur, artiste ou fabricant a fait l'objet d'une vente aux enchères publiques en salle, avec catalogue.

Pour construire cette définition autonome, le Conseil des ventes volontaires *« s'est efforcé de bâtir une interprétation de la notion de biens culturels qui soit adaptée aux objectifs que le législateur a voulu atteindre lorsqu'il a adopté les dispositions figurant à l'article L. 321-3 du Code de commerce »*. Dans cet esprit, le Conseil a souhaité

---

**157.** Avis du 19 septembre 2002 du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques sur la définition des biens culturels pour l'application de l'article L. 321-3 du Code de commerce, <http://www.conseildesventes.com>.

établir des critères simples, susceptibles d'être appliqués sans trop de difficulté par les internautes et les gestionnaires de site.

Pour le Conseil des ventes volontaires, la notion de bien culturel ne doit pas être entendue comme désignant l'ensemble des biens par lesquels on accède à une forme d'expression culturelle (ce qui engloberait les livres, les DVD et les CD audio) mais « *bien comme un synonyme de ce que l'on désigne en langage courant comme des œuvres ou objets d'art* ». Dans cette perspective, le Conseil s'est inspiré des listes contenues dans les divers textes cités précédemment pour définir neuf catégories de biens qui, selon son opinion, correspondent à l'acception commune des œuvres et objets d'art.

En premier lieu, le Conseil a, dans le cadre de l'examen des critères pouvant permettre d'identifier un bien culturel, analysé le critère du prix. Il indique que « *le fait de classer un même objet dans la catégorie des biens culturels ou en dehors selon sa valeur, outre que cela paraît contraire au bon sens, ne permettrait pas d'appliquer l'article L. 321-3 du Code de commerce, lequel fait dépendre la détermination du régime juridique applicable à un site internet de la nature des biens vendus par l'intermédiaire de celui-ci. Que se passerait-il, en effet, si une aquarelle peinte en 1950, estimée à 20 000 € par son propriétaire et pouvant par conséquent être proposée à la vente sur un site de courtage aux enchères électroniques, faisait l'objet d'offres d'achat dépassant les 30 000 €, seuil fixé par le décret de 1993 ? Le gestionnaire du site se trouverait tout à coup dans l'illégalité puisque, par le jeu normal des enchères, l'aquarelle en question aurait atteint une valeur la faisant accéder au statut de bien culturel insusceptible d'être vendu par l'intermédiaire d'un opérateur non agréé par le Conseil des ventes. Le gestionnaire du site n'aurait alors d'autre ressource, pour se conformer à la loi, que de mettre fin au processus d'enchère en ligne et d'indiquer au vendeur qu'il doit passer par une société de ventes agréée pour se défaire de son bien. On voit qu'une telle solution ne serait pas réaliste* ».

Le Conseil a ensuite considéré que le premier critère à prendre en compte était l'ancienneté. Tout objet mobilier qui atteint une certaine ancienneté présente en effet un intérêt historique et patrimonial qui lui confère le statut de bien culturel. Le Conseil a estimé que tout objet mobilier dont l'ancienneté excède 150 ans devait être considéré comme un bien culturel, même si son origine est anonyme. Cette limite temporelle assez élevée est destinée à éviter que la vente d'objets fabriqués en quantité importante dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle « *soit interdite sur les sites de courtage aux enchères. La seule catégorie d'objets pour lesquels un seuil plus bas devrait être fixé concerne, à l'évidence, les photographies et les films. Le Conseil propose de retenir un délai de 75 ans pour cette catégorie* ».

Enfin, pour les biens de moins de 150 ans (ou de moins de 75 ans pour les photographies et les films), le Conseil des ventes volontaires a estimé qu'il fallait prendre en compte leur origine. L'avis précise en effet, que « *ce qui, dans une peinture, une sculpture ou une pièce de mobilier récentes, fait la valeur de l'œuvre sur le marché de l'art, c'est essentiellement la signature de son créateur. Pour autant, il n'appartient évidemment pas aux Conseil des ventes, et il serait d'ailleurs impossible matériellement, de dresser des listes de créateurs dont la production devrait être placée au rang des biens culturels. En revanche, si l'on prend en compte l'intention du législateur,*

*qui est d'exiger pour la vente aux enchères en ligne des biens culturels un niveau de garantie strictement identique à celui offert par les ventes en salle, on aboutit à la proposition suivante: dès lors que certains éléments de la production artistique d'un créateur ont été répertoriés dans les ventes aux enchères en salle (ce qui, concrètement, implique que ces éléments soient passés en vente cataloguée), il n'y a pas de raison que d'autres éléments émanant du même créateur soient proposés à la vente aux enchères sur internet, simultanément ou postérieurement, avec des garanties moindres».*

Le Conseil des ventes volontaires a donc souhaité prendre en compte le critère du passage en vente publique sur catalogue. D'un point de vue pratique, le Conseil a considéré que «*ce critère pouvait être appliqué sans trop de difficulté puisqu'il existe des bases de données, dont certaines sont consultables en ligne sans frais ni abonnement, qui permettent de vérifier de manière quasi exhaustive si des œuvres ou objets émanant d'un créateur donné ont ou non fait l'objet d'une vente aux enchères en salle avec catalogue*».

## La position des sociétés de courtage en ligne sous forme d'enchères

La définition adoptée par le Conseil des ventes volontaires a été contestée par les sociétés de courtage en ligne. Ces dernières considèrent en effet qu'une telle définition est trop large car d'une part, l'absence de seuil couplé à l'ancienneté risque de ne pas permettre la vente de produits anciens peu chers et, d'autre part, la seconde définition empêcherait la vente de certains produits de consommation courante (albums de *Tintin*, anciens numéros de *Paris Match*, etc.). Ces sociétés contestent l'interprétation du Conseil des ventes volontaires et estiment que seule est applicable la définition posée par l'annexe modifiée au décret du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation.

Pour les sociétés de courtage en ligne, il n'y pas lieu de définir l'expression «*biens culturels*» car celle-ci fait déjà l'objet d'une définition en droit français qui satisfait au mieux l'intérêt public et ceci d'autant plus que la nouvelle définition proposée par le Conseil des ventes est critiquable.

Pour les sociétés de courtage, la nouvelle définition porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise et ceci, dès lors qu'elle ne comporte aucune limitation territoriale et obligerait les utilisateurs d'internet à surveiller les catalogues de l'ensemble des ventes aux enchères publiques dans tous les pays du monde. En outre, en excluant tout critère monétaire, la nouvelle définition ferait entrer dans le champ d'application de la loi du 10 juillet 2000 les transactions courantes portant sur des objets quotidiens et de valeur modeste et les ventes de type «*vide grenier*». Par ailleurs, pour les sociétés de courtage en ligne, les critères proposés par le Conseil des ventes volontaires sont difficilement praticables dès lors que la description du bien est purement déclarative. À l'inverse, l'intégration d'un seuil de valeur permettrait de réaliser une surveillance plus efficace.

D'un point de vue juridique, ces acteurs estiment qu'il n'y a pas lieu de redéfinir la notion de «*biens culturels*». En effet, en utilisant l'expression «*biens culturels*», «*le*

*législateur n'a pas innové, ces termes ayant une signification bien précise et connue en droit français, qui figure dans le décret n° 93-124 du 29 janvier 1993. La même conception [de bien culturel] est inspirée du droit communautaire». Selon leur thèse, le principe de l'effet utile des lois impose de se référer au régime des biens culturels défini par le décret du 29 janvier 1993 en vigueur à la date de publication de la loi du 10 juillet 2000, à peine de priver l'article 3 de cette loi de tout effet et ceci dès lors que la loi du 10 juillet 2000 ne prévoit aucunement que la notion de biens culturels doive faire l'objet d'une nouvelle définition.*

Par ailleurs, les sociétés estiment que la protection instituée par le décret du 29 janvier 1993 satisfait au mieux l'intérêt public. Pour eux, la définition retenue par le décret du 29 janvier 1993 répond aux objectifs de la loi du 10 juillet 2000 à savoir la protection du patrimoine culturel national. Selon eBay, cette définition préserve en outre le développement d'un marché autour des «*jeunes artistes*» qui ont difficilement accès aux galeries d'art et aux salles des ventes et qui trouvent dans ces plates-formes électroniques un moyen de vendre et faire connaître leur travail à un public élargi, par ailleurs heureux d'accéder à des œuvres d'art originales pour un prix souvent raisonnable.

*Enfin, les sociétés de courtage estiment qu'«une définition large des “biens culturels” serait contraire aux objectifs de promotion du commerce électronique affichés par la directive 2000/31/CE. Elle entraînerait inutilement l'exclusion d'un nombre important de biens pouvant faire l'objet d'opérations de courtage aux enchères en ligne et aurait ainsi un impact négatif sur le commerce électronique, dont les sites de courtage aux enchères sont l'un des moteurs essentiels, contrairement à l'objectif poursuivi par le législateur et par les gouvernements successifs».*

En pratique, les deux grandes sociétés de courtage aux enchères sur l'internet appliquent d'ores et déjà la définition exposée à l'annexe au décret du 29 janvier 1993.

Ainsi, eBay a mis en place un système de surveillance des offres proposées sur des biens culturels. D'une part, lors de la saisie de la description du bien, le vendeur est averti des restrictions et interdictions existantes en matière de vente de biens culturels. eBay est amené à collaborer aux investigations menées par le service de police spécialisé dans le trafic des biens culturels. Par ailleurs, en cas de découverte d'un bien culturel au sens du décret du 29 janvier 1993, les annonces peuvent être suspendues voire, en cas de récidive, l'utilisateur pourra également faire l'objet d'une mesure de suspension définitive de son compte.

Aucland, quant à lui, a mis en place au cours de l'été 2003 un système de filtrage automatique venant compléter son outil de filtrage manuel des annonces mises en ligne. Aucland se réserve le droit de supprimer des annonces dès lors qu'il apparaît qu'elles seraient contraires aux dispositions en vigueur, voire en cas de récidive, le site pourra également sanctionner le vendeur par un bannissement.

Pour autant, il apparaît que ce travail de surveillance peut manquer de pertinence pour les catégories de bien dépourvues de seuil financier au sein de l'annexe modifiée au décret de 1993 dès lors qu'il repose exclusivement sur la description saisie par le vendeur.

De manière générale, les sociétés de courtage s'inquiètent d'une application large de la définition proposée par le Conseil des ventes volontaires. En effet, une telle tendance aurait pour effet de faire disparaître un grand nombre de biens de leur site.

## Conclusion

Devant cette différence de position, le Conseil des ventes volontaires a souhaité que le Forum des droits sur l'internet participe à une réunion de concertation avec les acteurs intéressés qui s'est déroulée le 19 mars 2003. À l'issue de cette réunion, le Forum a proposé de mettre en place un groupe de travail sur le sujet.

À l'origine, l'objectif de ce groupe était de proposer une définition des biens culturels au sens du troisième alinéa de l'article L. 321-3 du Code de commerce, puis il est apparu nécessaire d'étudier de façon générale le régime applicable au courtage en ligne de ces biens et de proposer des solutions destinées à assurer les objectifs posés par la loi du 10 juillet 2000 dans le respect des règles communautaires relatives au commerce électronique.

Dans un premier temps, les travaux ont porté sur la nécessité d'appréhender et de mieux comprendre deux formes différentes de commercialisation de biens culturels : la vente aux enchères et le courtage aux enchères.

## **Les modes de commercialisation des biens culturels sur l'internet**

La vente de biens culturels sur l'internet peut être de deux formes : une vente aux enchères publiques sous forme électronique ou une vente de gré à gré, elle-même pouvant prendre la forme d'une vente directe ou d'opérations de courtage en ligne. Cette dualité est prise en compte la loi du 10 juillet 2000 qui souhaite soumettre au même régime les ventes aux enchères électroniques et les opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels.

### La vente aux enchères publiques sur l'internet de biens culturels

Les ventes aux enchères publiques, dès lors qu'elles portent ou non sur des biens culturels, obéissent aux dispositions des articles L. 321-1 et suivants du Code de commerce, issus des dispositions de la loi du 10 juillet 2000. Si ces opérations s'opèrent par voie électronique, ces textes demeurent applicables, certains aménagements étant cependant prévus pour tenir compte de la dématérialisation du processus d'enchère portant sur des biens meubles.

Selon Laurence Mauger-Vielpeau <sup>158</sup>, les ventes aux enchères publiques pourraient se définir à partir de « trois éléments : la publicité, les enchères et la vente », les deux

---

<sup>158</sup> Laurence Mauger-Vielpeau, *Les ventes aux enchères publiques*, «Pratique du Droit», Economica, Paris, 2002, p. 11.

premiers éléments distinguant les ventes aux enchères des autres ventes. Le critère de la publicité est souvent le seul qui sert à qualifier ces ventes, notamment au travers de l'expression de «*ventes publiques*». Selon l'article L. 321-1 du Code de commerce, «*les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques ne peuvent porter que sur des biens d'occasion ou sur des biens neufs issus directement de la production du vendeur si celui-ci n'est ni commerçant, ni artisan*».

## **Les sociétés de ventes volontaires**

Aux termes de l'article L. 321-6 du Code de commerce, les ventes aux enchères ne peuvent être organisées que par des sociétés de vente volontaires de meubles aux enchères publiques, ou à titre accessoire, par des huissiers ou notaires; l'article L. 320-1 du Code du commerce précisant que les ventes aux enchères publiques ne peuvent constituer «*un mode habituel d'exercice du commerce*».

L'activité des sociétés de ventes volontaires est encadrée par les dispositions des articles L. 321-4 et suivants du même Code. Ainsi, leur objet doit être limité à l'estimation de biens mobiliers, à l'organisation et à la réalisation de ventes aux enchères. Elles devront comporter parmi leurs dirigeants, associés ou salariés au moins une personne ayant une qualification requise pour diriger une vente ou titulaire d'un diplôme reconnu équivalent. Ces sociétés agiront systématiquement comme mandataires du propriétaire du bien vendu.

Ces dernières ne pourront exercer leur activité qu'après avoir obtenu un agrément délivré par le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. Cet agrément est délivré à la vue notamment de garanties financières suffisantes, de leurs qualifications, de la probité et de la compétence de leurs dirigeants.

Elles doivent systématiquement désigner un commissaire aux comptes ainsi qu'un suppléant et justifier de l'existence d'un compte bancaire destiné à recevoir les fonds détenus par le compte d'autrui ainsi que d'une assurance couvrant leur responsabilité professionnelle.

En outre, elles sont tenues de tenir un registre des biens mobiliers prévu aux articles 321-7 et 321-8 du Code pénal ainsi qu'un répertoire sur lequel elles inscrivent les procès-verbaux des ventes réalisées.

La société de ventes volontaires a la faculté de garantir au vendeur un prix d'adjudication minimal du bien proposé à la vente qui est versé en cas d'adjudication du bien. Cette possibilité ne pourra avoir lieu qu'à la condition que la société ait souscrit une assurance dans le cas où le prix garanti n'est pas atteint lors de la vente aux enchères. Elle peut également consentir au vendeur une avance sur le prix d'adjudication du bien proposé à la vente.

Dans tous les cas, l'article L. 321-14 du Code de commerce dispose que «*les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques sont responsables à l'égard du vendeur et de l'acheteur de la représentation du prix et de la délivrance des biens dont elles ont effectué la vente. Toute clause qui vise à écarter ou à limiter leur responsabilité est réputée non écrite*».

## Les règles applicables au déroulement des ventes aux enchères

Les ventes aux enchères doivent, tout d'abord, faire l'objet d'une publicité, «*sous toute forme appropriée*». Elles ne peuvent être dirigées que par une personne ayant la qualification requise à l'article L. 321-8 du Code de commerce. Ce dernier est seul habilité à désigner le dernier enchérisseur comme adjudicataire ou à déclarer le bien non adjugé et à dresser le procès-verbal de la vente. Ce document est établi au plus tard un jour franc après la clôture de la vente. Il mentionne les noms et adresse du nouveau propriétaire déclaré adjudicataire par le professionnel, l'identité du vendeur, la désignation de l'objet et la désignation du prix constaté publiquement. À défaut d'adjudication, le vendeur peut, par l'intermédiaire de la société, vendre le bien de gré à gré, sans exposition ni publicité, même au prix inférieur à la dernière enchère proposée.

Lors de la vente, le ministre de la Culture a la faculté d'user d'un droit de préemption, prévu à l'article L. 123-1 du Code du patrimoine. Formulé à l'issue de l'adjudication de l'objet mis en vente, le droit de l'État de préempter, par lequel il se trouve subrogé dans tous les droits et obligations de l'acheteur, doit être confirmé dans un délai maximal de quinze jours après l'adjudication.

En cas de vente aux enchères sur l'internet, le Code de commerce et le décret du 19 juillet 2001 prévoient que la société devra informer au préalable le Conseil des ventes volontaires huit jours au moins avant la date d'exposition. Cette demande pourra être adressée par courrier électronique.

Par ailleurs, à la clôture de la vente effectuée par l'internet, la société devra «*assurer l'information en ligne du public sur la désignation des biens adjugés, leur prix d'adjudication ainsi que sur le jour et l'heure de la clôture de la vente de chacun de ceux-ci*». Enfin, le représentant du ministère de la Culture disposera d'un délai de 4 heures à compter de la réception du résultat de l'adjudication pour exercer le droit de préemption.

Aujourd'hui, les ventes aux enchères réalisées sous forme électronique demeurent peu présentes. En effet, après la disparition de plusieurs *pure players* (N@rt, etc.), rares sont les entreprises qui proposent en France une telle solution. Néanmoins, une généralisation du haut débit et donc de l'échange synchrone entre acheteurs pourraient redynamiser ce secteur dans un avenir plus ou moins proche.

## Les ventes de gré à gré sur l'internet de biens culturels

La vente de gré à gré constitue dans le milieu des biens culturels, l'une des principales modalités de commercialisation. Elle résulte d'un accord constaté entre un vendeur et un acheteur sur un bien particulier et sur un prix fixé d'un commun accord. Dans une telle situation, «*le vendeur traite avec un acheteur de son choix*», contrairement à la vente aux enchères où l'acheteur est désigné par le mécanisme de l'offre et de la demande sous forme d'enchère. Cette vente peut s'effectuer sans intermédiaire (vente directe) ou avec l'aide d'un intermédiaire, souvent prestataire technique, permettant une mise en relation entre le vendeur et l'acheteur (courtage).

## **La vente directe de biens culturels sur l'internet**

Sur l'internet, la vente directe prend généralement la forme de sites internet réalisés par des professionnels du milieu de l'art (antiquaires, brocanteurs, marchands de tableaux, galéristes) ou, plus rarement, par des particuliers. Ces vendeurs diffusent au travers de leurs pages accessibles sur le réseau mondial des offres fermes, fixant un prix de vente qu'ils ont déterminé, associées à une description précise du bien vendu. Les acheteurs, internautes qui visitent ces galeries virtuelles, sont quant à eux libres d'accepter les offres proposées. Le contrat est conclu lors de la rencontre des volontés, sans pour autant qu'une quelconque formalité soit nécessaire <sup>159</sup>.

Dans le cadre de cette activité dématérialisée, les marchands de biens sont soumis – comme tout commerçant utilisant un système de vente à distance, à un certain nombre de dispositions générales et spécifiques à la commercialisation de biens culturels.

### **Les dispositions générales applicables en matière de vente à distance**

Dans un souci de protection du consommateur, les articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation <sup>160</sup> imposent aux vendeurs de faire apparaître plusieurs informations sur les sites de commerce électronique dès lors qu'ils proposent aux internautes d'acquérir des biens ou des services par cet intermédiaire.

Ainsi, doivent clairement figurer les informations suivantes: coordonnées complètes incluant un numéro de téléphone, l'adresse du siège social ou de l'établissement en charge de l'offre; les caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé à la vente; le prix de vente du prix en euros et si celui-ci s'entend toutes taxes comprises et la somme qui devra effectivement être payée par le consommateur; la durée de la validité du prix et de l'offre qui y est associée; les modalités de paiement (carte bancaire, chèque, etc.), de livraison, les frais de livraison.

Ces informations doivent être communiquées en français de manière claire et compréhensible au consommateur.

Enfin, lors de la livraison du bien, l'ensemble des éléments d'information doit être rappelé au consommateur ainsi que l'adresse de l'établissement où il peut présenter ses réclamations, les informations aux garanties commerciales et les conditions de résiliation.

### **Les dispositions spécifiques applicables en matière de vente de biens culturels**

Les dispositions applicables en matière de vente de biens culturels proviennent d'une part du décret n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière

---

<sup>159</sup>. À ce titre, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit le principe du double clic. Ainsi, «*pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation*».

<sup>160</sup>. Conformément à l'article L. 121-17 du Code de la consommation, les dispositions protectrices prévues par le Code de la consommation en matière de ventes à distance ne sont pas applicables pour les contrats conclus lors d'une vente aux enchères publiques.

de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection <sup>161</sup> et, d'autre part, de la loi n° 87-962 du 30 novembre 1987 relative à la prévention et à la répression du recel <sup>162</sup>.

**Le décret du 3 mars 1981** prévoit tout d'abord que les vendeurs habituels ou occasionnels d'œuvres d'art ou d'objets de collection doivent fournir, à la demande de l'acquéreur, une facture, quittance ou bordereau de vente précisant les spécifications qu'ils auront avancées quant à la nature, la composition, l'origine et l'ancienneté de la chose vendue.

Le texte encadre également l'utilisation, en matières d'œuvres d'art, des termes «*attribué à*», «*par*», «*de*», «*atelier de*», «*école de*». Il précise également que tout fac-similé, surmoulage, copie ou autre reproduction d'une œuvre d'art ou objet de collection doit être désigné comme tel.

**L'article 321-7 du Code pénal** impose deux obligations à toute personne physique ou morale «*dont l'activité professionnelle comporte la vente d'objets mobiliers usagés ou acquis à des personnes autres que celles qui les fabriquent ou en font le commerce*».

Tout d'abord le Code pénal soumet à déclaration l'exercice de cette activité. Elle s'opère auprès de la préfecture ou de la sous-préfecture dont dépend l'établissement principal. Les marchands seront tenus de présenter le récépissé de la déclaration à toute réquisition des services de la police judiciaire, des services fiscaux, des douanes ou de la Direction générale de la concurrence, consommation et répression des fraudes.

Ensuite, le Code pénal prévoit que les personnes désignées à l'article 321-7 doivent tenir un registre, au jour le jour, contenant la description des objets acquis ou détenus ainsi que les coordonnées des personnes qui les leur ont vendus ou apportés à l'échange.

Des dispositions réglementaires du Code pénal complètent cette obligation en prévoyant certaines mentions que doit présenter le registre. En particulier, les articles R. 321-3 à R. 321-8 du Code pénal disposent que le registre d'objets mobiliers prévu au premier alinéa de l'article 321-7 doit comporter, outre la description des objets acquis ou détenus en vue de la vente ou de l'échange :

- 1) les nom, prénoms, qualité et domicile de chaque personne qui a vendu, apporté à l'échange ou remis en dépôt en vue de la vente un ou plusieurs objets, ainsi que la nature, le numéro et la date de délivrance de la pièce d'identité produite par la personne physique qui a réalisé la vente, l'échange ou le dépôt, avec l'indication de l'autorité qui l'a établie ;
- 2) lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la dénomination et le siège de celle-ci ainsi que les nom, prénoms, qualité et domicile du représentant de la personne morale qui a effectué l'opération pour son compte, avec les références de la pièce d'identité produite.

---

**161.** Décret n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection, *JORF* du 20 mars 1981, p. 825.

**162.** Loi n° 87-962 du 30 novembre 1987 relative à la prévention et à la répression du recel, *JORF* du 1<sup>er</sup> décembre 1987, p. 13990; texte aujourd'hui intégré aux articles 321-7 et suivants du Code pénal.

La description de chaque objet comprend ses principales caractéristiques apparentes ainsi que les noms, signatures, monogrammes, lettres, chiffres, numéros de série, emblèmes et signes de toute nature apposés sur lui et qui servent à l'identifier.

Les mentions figurant sur le registre doivent être inscrites à l'encre indélébile, sans blanc, rature ni abréviation. Le registre lui-même est coté et paraphé par le commissaire de police ou, à défaut, par le maire de la commune où est situé l'établissement ouvert au public. Il doit être conservé pendant un délai de cinq ans à compter de sa date de clôture.

Depuis l'arrêté du 21 juillet 1992 <sup>163</sup>, la tenue du registre est possible sous la forme d'un listing informatique. Même si l'obligation de reliure est supprimée, la première et la dernière devront être paraphées par le maire ou le commissaire de police. En outre, une circulaire du ministre de l'Intérieur du 21 septembre 1992 précise qu'*« il appartient aux revendeurs de prendre les dispositions nécessaires pour assurer l'enregistrement des entrées manuellement en cas de panne d'imprimante ou d'ordinateur et la photocopie d'un ou plusieurs feuillets »* <sup>164</sup>.

En cas de non-respect de ces dispositions, les vendeurs professionnels sont susceptibles de faire l'objet d'une condamnation à six mois d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. En outre, les professionnels sont susceptibles de faire l'objet de condamnations sur le fondement de l'infraction de recel d'objets volés <sup>165</sup>.

## Le courtage en ligne de biens culturels

L'activité de courtage ne fait l'objet, à l'heure actuelle, d'aucune définition légale ou réglementaire de portée générale. En effet, les définitions existantes font systématiquement référence, soit à un domaine défini n'intégrant pas le cas des biens culturels <sup>166</sup>, soit, pour ces biens, à une forme particulière de courtage en ligne.

La doctrine française a néanmoins tenté de définir l'activité de courtage par rapport à d'autres concepts juridiques connus. Ainsi, MM. Jauffret et Mestre ont pu préciser que *« le courtage se distingue nettement de la commission en ce qu'il n'est pas une variété de mandat. Le courtier ne conclut pas le contrat pour le compte du commettant. Il se borne à rechercher, pour son client (dénommé donneur d'ordres), un cocontractant, à préparer la conclusion du contrat en s'efforçant de rapprocher les parties pour les amener à un accord, mais laisse ensuite les parties conclure le contrat elles-mêmes »* <sup>167</sup>.

---

**163.** Arrêté du 21 juillet 1992 fixant les modèles de registres prévus par le décret n° 88-1040 du 14 novembre 1988 relatif à la vente ou à l'échange de certains objets mobiliers, *JORF* du 31 juillet 1992.

**164.** Circulaire du ministre de l'Intérieur, 21 septembre 1992, NOR: INT/D/9200269/C.

**165.** Cass. Crim., 3 décembre 1984, n° 83-94 622, M. Uzan Meyer, *Bull. crim.* 1984 n° 381.

**166.** Cf. à ce titre, l'article L. 131-1 du Code du commerce qui dispose que *« il y a des courtiers de marchandises, des courtiers interprètes et conducteurs de navires, des courtiers de transport par terre et par eau »* ou l'article L. 530-1 du Code des assurances, relatifs au courtage d'assurances.

**167.** Alfred Jauffret et Jacques Mestre, *Manuel de droit commercial*, 23<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 1997, p. 53.

De même, M<sup>me</sup> Dekeuwer-Defossez estime que «*le courtier est un commerçant indépendant qui met en relation deux personnes désireuses de contracter. Il n'est le mandataire ni de l'un ni de l'autre. Son activité n'est réglementée par aucun texte relatif au courtage en général*»<sup>168</sup>.

En pratique, le courtage est donc «*un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant une rémunération, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention [activité de mise en relation], soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat*»<sup>169</sup>.

Derrière cette définition générique se cachent de multiples formes. Ainsi, le courtage sur l'internet pourra être à prix fixe (principe de l'achat immédiat réalisé avec l'aide d'un tiers), sous forme d'enchère (où le prix est fixé à la suite d'un processus d'enchères) voire d'enchères inversées. Toutefois et nonobstant le mécanisme de formation du prix, le contrat conclu entre les parties demeure un contrat de gré à gré.

Concernant précisément l'activité de courtage en ligne sous forme d'enchères, l'article L. 321-3 du Code de commerce en donne une définition dans son deuxième alinéa. Les opérations de courtage aux enchères se caractérisent par «*l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties*». Le texte précise qu'il ne peut donc pas s'agir de «*vente aux enchères publiques*».

Aujourd'hui, le courtage constitue un canal de vente en constante augmentation, notamment aux États-Unis ou en Allemagne et les produits mis en vente sont très variés. En France, cette activité tend progressivement à se développer, essentiellement sous la forme du courtage sous formes d'enchères. Néanmoins, le nombre d'acteurs reste encore limité.

### **Les formes du courtage en ligne**

Le courtage en ligne peut prendre diverses formes : courtage que l'on pourrait qualifier «à prix fixe», courtage sous forme d'enchères et courtage sous la forme d'enchères inversées. Les utilisateurs de ces plates-formes demeurent en grande majorité des particuliers. Néanmoins, en **matière de biens culturels, il semblerait que les professionnels soient une part non négligeable de ceux-ci.**

#### **Le courtage à prix fixe sur l'internet**

Le courtage dit «à prix fixe» vise le cas où un tiers aurait pour fonction de mettre en relation un vendeur et un acheteur afin qu'ils concluent un contrat de gré à gré. *A priori*, Ce tiers qui pourrait être une plate-forme technique, ne jouerait le rôle que d'un simple intermédiaire dans la transaction et n'aurait pas vocation à représenter l'un ou l'autre des deux contractants. Le courtier en ligne peut ainsi prendre d'un site de petites annonces permettant d'une part, au vendeur de publier ses offres à prix fixe et, d'autre part, à l'acheteur d'acquérir le bien sélectionné.

---

<sup>168</sup>. Françoise Dekeuwer-Defossez, *Droit Commercial*, 7<sup>e</sup> édition, Domat, Montchretien, Paris, 2001.

<sup>169</sup>. Éric Barbry et Sophie Pradere, «Le courtage aux enchères menacé», *Gazette du Palais*, 24 avril 2003, n° 114, p. 29.

Au travers de ce site, il pourra y avoir la rencontre des volontés, c'est-à-dire un accord sur le prix et le bien entre l'acheteur et le vendeur. Juridiquement, le vendeur ne dispose d'aucune marge de manœuvre sur le choix de l'acheteur puisque dès l'acceptation de l'offre par l'acheteur, le contrat se trouve formé<sup>170</sup>. Tout refus postérieur de l'une ou de l'autre des parties pourrait s'analyser en une inexécution contractuelle. Compte tenu de son statut d'intermédiaire, le courtier sera *a priori* regardé comme tiers au contrat, un simple facilitateur technique dans la contractualisation.

En pratique, et en matière de biens culturels, tous les sites de courtage aux enchères proposent une fonctionnalité permettant de réaliser du courtage à prix fixe. En outre, certains sites opèrent exclusivement selon cette fonctionnalité. Tel est le cas de Priceminister en matière de vente de livres, disques, vidéos ou de matériel informatique d'occasion.

Bien évidemment, dans le cas d'un courtage à prix fixe de biens culturels sur l'internet, les vendeurs et acheteurs demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires de la vente de gré à gré, notamment en matière d'information, de tenue d'un registre pour les vendeurs professionnels ou de déclaration auprès des administrations compétentes en cas d'exportation des biens culturels.

#### **Le courtage sous forme d'enchères sur l'internet**

Contrairement au courtage à prix fixe qui existe d'ores et déjà dans la vie *offline*, le courtage sous forme d'enchères de biens culturels constitue, pour l'heure, une spécificité de l'internet. En effet, au lieu d'offrir au vendeur la possibilité de vendre son bien à un prix fixe, le courtier aux enchères met à la disposition de celui-ci un outil technique permettant au vendeur de déterminer un prix de départ – associé le cas échéant d'un prix de réserve – et aux acheteurs d'enchérir en proposant une succession d'offres.

Juridiquement, le vendeur, en déterminant un prix de départ, réalise un «*appel d'offres*». Les internautes, qui répondent à cet appel d'offre, réalisent des offres d'achat. À la fin du délai de la vente, le vendeur conservera la possibilité de contracter avec l'un ou l'autre des offreurs. Une fois l'acheteur sélectionné par le vendeur, le contrat sera formé et aura force de loi entre les deux cocontractants, le vendeur s'engageant à délivrer la chose conforme à l'annonce, l'acheteur s'engageant à payer le prix fixé.

Le choix du meilleur enchérisseur n'est pas automatique. Si le vendeur conserve la possibilité de sélectionner n'importe quel internaute ayant réalisé une offre, le meilleur enchérisseur conserve uniquement la possibilité d'agir en justice à l'encontre du vendeur pour rupture abusive des pourparlers. Il devra alors prouver le caractère abusif de cette rupture. Mais les juges pourraient estimer que tel ne serait pas le cas dès lors que l'acheteur est titulaire, sur le site, d'une mauvaise notation<sup>171</sup>.

---

**170.** Sous réserve des dispositions de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui impose un certain formalisme afin que le contrat soit considéré comme valablement conclu.

**171.** Afin de développer la confiance mutuelle entre les utilisateurs, les sociétés de courtage permettent à l'acheteur de noter le vendeur et, inversement, au vendeur d'évaluer l'acheteur.

Conformément à l'article L. 321-3 du Code de commerce, issu des dispositions de la loi du 10 juillet 2000, «*les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques*». Dans ces conditions, ces opérations de courtage ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 321-4 et suivants du Code de commerce.

Néanmoins, l'article L. 321-3 poursuit en indiquant que «*sont également soumises aux dispositions du présent chapitre, à l'exclusion des articles L. 321-7 et L. 321-16, les opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels réalisés à distance par voie électronique*».

En tout état de cause, l'article 67 du décret du 19 juillet 2001 précise qu'en «*cas de courtage aux enchères réalisé à distance par voie électronique, le courtier assure l'information en ligne du public sur la nature exacte des opérations de courtage, sur les obligations respectives des vendeurs et des acheteurs et sur les conditions de conclusion des ventes. Cette information reproduit, de manière apparente, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 321-3 du Code de commerce*».

#### **Le courtage mixte sur l'internet**

De nombreuses plates-formes techniques proposent actuellement des solutions de courtage mixte, mêlant le courtage à prix fixe et le courtage sous formes d'enchères. En pratique, cette solution permet soit, à l'acheteur de sortir du jeu de l'enchère et d'acquiescer à prix fixe un bien mis en vente, soit, au vendeur d'interrompre à tout moment les enchères en cours et de conclure le contrat avec l'un des enchérisseurs.

Cette mixité du courtage sous formes d'enchères et à prix fixe a pour effet de rendre délicate l'application de l'article L. 321-3 du Code de commerce. Si le troisième alinéa vise les opérations de courtage en ligne sous forme d'enchères, une lecture *a contrario* de cette disposition permet d'en déduire que le courtage en ligne à prix fixe n'est pas visé par ladite disposition.

À l'inverse, dès lors que le vendeur a recours à un système mixte, le fait de recourir même de manière temporaire à une solution de courtage en ligne sous forme d'enchères devrait avoir pour effet de le faire relever des dispositions de l'article L. 321-3 du Code de commerce.

Les plates-formes mixtes sont de plus en plus répandues. En effet, les principaux sites de courtage sous forme d'enchères (eBay, Aucland) proposent également une solution permettant au vendeur de vendre à prix fixe ainsi qu'une telle solution mixte.

#### **Le courtage sous forme d'enchères inversées sur l'internet**

Le courtage sous forme d'enchères inversées se présente sous la forme d'un courtage aux enchères mais le choix du cocontractant se fera selon le principe du moins disant. Au lieu d'enchérir, les internautes seront amenés à sous enchérir afin de proposer les prix les plus bas.

Ces systèmes d'enchères inversées sont pour l'heure utilisés exclusivement en matière de relations commerciales entre professionnels, notamment dans les contrats relatifs à l'acquisition de fournitures, les différents fournisseurs étant appelés à

proposer l'offre la plus basse. La technique est également généralisée dans le secteur public avec le nouveau Code des marchés publics publié le 8 janvier 2004.

### **Les acteurs francophones du courtage en ligne**

Contrairement aux États-Unis où le courtage en ligne est fortement développé, la France connaît un faible nombre d'acteurs.

#### **eBay France**

eBay est un acteur important du courtage en ligne avec plus de 95 millions d'utilisateurs inscrits et 200 millions d'objets en vente chaque jour. En décembre 2003, au moins 2,5 millions de personnes se sont connectées sur eBay France, ce qui le place en troisième position des sites de «e-commerce» les plus visités en France.

Le montant des ventes sur eBay a atteint 24 milliards \$ en 2003, permettant à la société de dégager un chiffre d'affaire de 2,2 milliards \$ et un bénéfice de 441,8 millions \$ pour la même période.

Les principales catégories ont trait à l'automobile, aux deux roues, à l'informatique, aux sports et collections, et aux vêtements et accessoires. Aujourd'hui, la majorité du marché généré par eBay France reste intra-français. Les transactions conclues avec des acheteurs situés à l'étranger demeurent largement minoritaires.

eBay offre une plate-forme technique mondiale. En pratique, le processus de vente sur eBay est le suivant :

- une annonce est mise en ligne pour trois à dix jours avec deux choix : vente à prix fixe (fonction «Achat immédiat) ou vente sous forme d'enchères. Une mixité peut également avoir lieu, un acheteur ayant la possibilité d'accepter à tout moment une offre de prix fixe proposée par le vendeur, cette acceptation interrompant le processus d'enchères ;
- à la fin de la période de mise en vente, une clôture automatique a lieu et eBay génère des courriels automatiques permettant à l'acheteur et au vendeur d'entrer en contact pour conclure la transaction sous une forme de contrat de gré à gré.

En échange, eBay perçoit des frais d'insertion variant entre 0,10 et 2,50 € ainsi qu'une commission sur les ventes variant entre 1,5 et 5 % du prix de vente.

Dans le cadre d'une vente sur eBay, le vendeur a accès à toutes les offres qui lui sont proposées et peut donc conclure le contrat avec le meilleur enchérisseur, ou pour diverses raisons, avec un autre enchérisseur. Enchérisseurs et vendeurs ont par ailleurs la possibilité de communiquer et se poser des questions avant et après la clôture des enchères.

Selon les informations communiquées lors de l'audition de eBay, la majorité des vendeurs sont des particuliers, les professionnels représentant néanmoins une part en cours d'augmentation.

#### **Aucland France**

Aucland est une société créée par LVMH puis cédée à QXL Ricardo et qui réalise du courtage en ligne. Contrairement à eBay, Aucland est basé sur une plate-forme totalement française sans interconnexion au niveau européen. 99 % des ventes se réalisent

à partir et à destination du territoire français. Il n'y a pas de dimension internationale, mais plutôt un marché local permettant à des personnes résidant en province d'avoir accès à ces « brocantes virtuelles » (70 % des utilisateurs résident en province).

À ce jour, Aucland accueille environ 40 000 objets à chaque instant, répartis dans vingt et une catégories. Pris au sens large, les biens culturels et de collection représentent environ 50 % de la masse (livre, monnaies, timbres, tableaux). De manière générale, il s'agit de transactions de faible valeur. Les produits disponibles sur Aucland sont plus petits et moins chers que ceux disponibles sur eBay.

Le processus de mise en vente est le suivant :

- l'utilisateur (vendeur) doit obligatoirement s'inscrire en donnant un certain nombre d'informations. Ce nombre tend à devenir de plus en plus important (état civil, adresse, téléphone, profession, volonté de recevoir des newsletters). Aucune information bancaire n'est collectée. L'inscription n'est pas payante. Suite à cette inscription, le vendeur doit attendre de recevoir par la poste un code d'activation pour proposer à la vente ses biens. Selon leurs statistiques, 95 % des vendeurs sont des particuliers ;
- Aucland propose deux types de vente : achat direct (sans enchères) et enchères. À partir du mois de juillet 2003, un système mixte (enchères pouvant être interrompues à tout moment) est mis en place. La mise en vente est payante ;
- Aucland n'intervient à aucun moment lors de la vente : pas d'intervention sur le paiement, pas de système de tiers de confiance, et concernant l'authenticité d'un bien, Aucland précise mettre à la disposition des utilisateurs un système de questions/réponses ;
- les utilisateurs peuvent bénéficier d'un système d'assurance (FiaNet) en cas de dommages survenus lors de la livraison.

#### ***Les autres acteurs francophones du courtage en ligne***

Outre les sociétés eBay et Aucland qui constituent les principaux acteurs du marché du courtage sous formes d'enchères, plusieurs autres sociétés proposent des services de courtage en ligne.

**Onatoo** : Onatoo.com est un site de courtage sous forme d'enchères destiné au grand public aussi bien qu'aux professionnels. Lancé le 1<sup>er</sup> janvier 1999 et appartenant majoritairement au groupe IXO, le site permet de vendre un très grand nombre de biens. Sa particularité tend à l'instauration d'un permis à points : lors de son adhésion, l'internaute se voit attribuer un permis à points virtuel que son comportement d'acheteur ou de vendeur lui permettra de conserver ou de perdre : si ce capital points devient nul, l'internaute est exclu du site.

**Amazon** : le site Amazon.fr qui a ouvert ses portes en août 2000, a lancé le 12 novembre 2003, son service de courtage en ligne MarketPlace qui permet à toute personne, de vendre les produits dont elle n'a plus l'usage. Offert aux particuliers et aux professionnels, ce service permet de vendre livres, CDs, DVDs, logiciels ou jeux vidéos. Amazon.fr aide les vendeurs en mettant à leur disposition un guide qui leur permet de fixer leur prix au mieux en fonction de l'état de l'article.

**Alapage** : fondée en 1988 d'abord sur minitel, puis en 1996 sur l'internet, Alapage.com est depuis juillet 2000 une filiale du groupe Wanadoo. Le site commercialise de nombreux produits culturels (livres, CDs, DVDs, jeux vidéos, logiciels, etc.). Depuis le

mois de septembre 2003, le site offre, en outre, à tous les internautes la possibilité de mettre en vente leurs articles dans un univers dédié et d'acheter des biens culturels d'occasion. Dans le cadre de cette activité, Alapage.com intervient en tant qu'intermédiaire entre le vendeur et l'acheteur et facilite la bonne exécution des transactions.

**PriceMinister**: PriceMinister est un site de courtage à prix fixe de biens culturels (livres, BDs, CDs, DVDs, vidéos, jeux vidéo) qui a été lancé en janvier 2001 par la société Babelstore. Depuis le mois de septembre 2002, il permet également aux internautes, particuliers ou professionnels, de commercialiser des téléphones, des produits informatiques ou touchant à l'image et au son (photo et vidéo numérique, lecteurs DVD, home cinéma, etc.). Contrairement aux autres sites de courtage en ligne, les utilisateurs de PriceMinister utilisent exclusivement un système de tiers de confiance opéré par le site lui-même. En effet, l'acheteur adresse son paiement au site qui le reverse, après l'application d'une commission, directement au vendeur sous la forme d'un virement bancaire ou par chèque. Ce paiement a lieu après la confirmation de la réception du bien.

**Delcampe**: Delcampe.com est un site belge de courtage sous formes d'enchères destiné au grand public aussi bien qu'aux professionnels et dédié à l'achat et à la vente de certains objets de collection (timbres, cartes postales, monnaies, livres et bandes dessinées). Ayant près de 30 000 membres, le site a accueilli depuis son ouverture plus de 1,3 million d'enchères. Souvent de faible montant, certaines annonces peuvent atteindre plusieurs milliers d'euros.

## Conclusion

Aujourd'hui, nous assistons à une diversité des modes de commercialisation en ligne des biens culturels. Elle peut s'opérer par le biais de ventes aux enchères dématérialisées, d'opérations de ventes de directe ou faisant intervenir un tiers. Concernant le courtage, la plupart des plates-formes proposant des systèmes d'enchères offrent parallèlement à leurs utilisateurs des solutions de vente à prix fixe, voire mixant les deux modalités.

En outre, on remarque également que même lorsque les dispositions de la loi du 10 juillet 2000 n'ont pas vocation à s'appliquer à certaines opérations réalisées en ligne, certaines obligations existent et s'imposent, notamment au vendeur. Celles-ci sont principalement dictées par le souci de protection des biens culturels, notion qu'il convient maintenant d'aborder.

## **Les définitions des biens culturels et leurs objectifs de protection**

La loi du 10 juillet 2000 souhaite soumettre les opérations de courtage sous formes d'enchères à certaines règles dès lors qu'elles portent sur des biens culturels. Il est donc nécessaire d'appréhender cette notion.

*«Les biens culturels jouent un rôle fondamental dans la socialisation, ils sont la traduction des espoirs et des craintes des hommes, constituent la marque d'un*

*temps, offrant ainsi un témoignage du passé et concrétisant la permanence de la nature humaine et des questions, la multitude des réponses, leur richesse»* <sup>172</sup>. Perçus comme des facteurs d'épanouissement individuel et aussi comme outil d'intégration sociale, les «biens culturels» sont à l'origine de multiples protections instituées par le droit français. Élément essentiel de notre patrimoine et de notre histoire, ils sont également au centre d'un marché, celui des œuvres d'art et des objets de collection.

La notion de «bien culturel» fait l'objet de plusieurs définitions élaborées par les instances internationales, le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Néanmoins, elles varient selon les objectifs visés par les textes en cause. Il n'existe donc pas de définition unique, uniforme et synthétique du «bien culturel». En outre, cette notion se retrouve également au travers d'autres concepts (œuvres de l'esprit, œuvres d'art, objets de collection, antiquités, patrimoine culturel).

## La notion de biens culturels

La notion de biens culturels a, tout d'abord, figuré dans plusieurs textes internationaux et communautaires avant d'être transposée en droit français dans trois textes de nature législative.

### La notion de biens culturels en droit international

Tout d'abord, la **convention de La Haye** pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 <sup>173</sup> définit les biens culturels comme :

*«a) les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus ;*

*b) les édifices dont la destination principale et effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles définis à l'alinéa a), tels que les musées, les grandes bibliothèques, les dépôts d'archives, ainsi que les refuges destinés à abriter, en cas de conflit armé, les biens culturels meubles définis à l'alinéa a) ;*

*c) les centres comprenant un nombre considérable de biens culturels qui sont définis aux alinéas a) et b), dits "centres monumentaux"».*

La **convention Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés** du 24 juin 1995 <sup>174</sup> définit les biens culturels comme «*les biens qui, à titre religieux ou profane, revêtent une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la litté-*

---

<sup>172</sup>. Jean-François Poli, *La protection des biens culturels meubles*, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, tome 3, LGDJ, Paris, 1996, p. 307.

<sup>173</sup>. Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954, [www.unesco.org/culture/laws/hague/html\\_fr/pageshtml](http://www.unesco.org/culture/laws/hague/html_fr/pageshtml).

<sup>174</sup>. Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, Rome, 24 juin 1995, [www.unidroit.org/french/conventions/c-cult.htm](http://www.unidroit.org/french/conventions/c-cult.htm).

rature, l'art ou la science et qui appartiennent à l'une des catégories énumérées dans l'annexe à la présente convention». L'annexe à la convention Unidroit classifie les biens culturels selon les catégories suivantes :

- «a) collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie; objets présentant un intérêt paléontologique;
- b) les biens concernant l'histoire, y compris l'histoire des sciences et des techniques, l'histoire militaire et sociale ainsi que la vie des dirigeants, penseurs, savants et artistes nationaux, et les événements d'importance nationale;
- c) le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques;
- d) les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et des sites archéologiques;
- e) objets d'antiquité ayant plus de 100 ans d'âge, tels qu'inscriptions, monnaies et sceaux gravés;
- f) le matériel ethnologique;
- g) les biens d'intérêt artistique tels que: i) tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main sur tout support et en toutes matières (à l'exclusion des dessins industriels et des articles manufacturés à la main); ii) productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières; iii) gravures, estampes et lithographies originales; iv) assemblages et montages artistiques originaux, en toutes matières;
- h) manuscrits rares et incunables, livres, documents et publications anciens d'intérêt spécial (historique, artistique, scientifique, littéraire, etc.) isolés ou en collections;
- i) timbres-poste, timbres fiscaux et analogues, isolés ou en collections;
- j) archives, y compris les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques;
- k) objets d'ameublement ayant plus de 100 ans d'âge et instruments de musique anciens».

## La notion de biens culturels en droit communautaire

Afin d'assurer un contrôle homogène aux frontières extérieures de la Communauté européenne en matière d'exportation de biens culturels, le **règlement modifié du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels**<sup>175</sup> fixe une liste de biens dont l'exportation hors du territoire douanier de la Communauté est subordonnée à la présentation d'une licence d'exportation. Il s'agit :

«A) 1 – objets archéologiques ayant plus de 100 ans d'âge et provenant de :

- fouilles ou découvertes terrestres ou sous-marines;
- sites archéologiques;
- collections archéologiques;

2 – éléments faisant partie intégrante de monuments artistiques, historiques ou religieux et provenant du démembrement de ceux-ci, ayant plus de 100 ans d'âge;

3 – tableaux et peintures, autres que ceux de la catégorie 3 – a) ou 4, faits entièrement à la main, sur tout support et en toutes matières<sup>(1)</sup>;

---

<sup>175</sup>. Règlement (CEE) n° 3911/92/CEE du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, JOCE L 395 du 31 décembre 1992, p. 1.

3 – a) aquarelles, gouaches et pastels faits entièrement à la main, sur tout support (\*) ;

4 – mosaïques, autres que celles classées dans les catégories 1 ou 2, réalisées entièrement à la main, en toutes matières, et dessins faits entièrement à la main, sur tout support et en toutes matières (\*) ;

5 – gravures, estampes, sérigraphies et lithographies originales et leurs matrices respectives, ainsi que les affiches originales (\*) ;

6 – productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture et copies obtenues par le même procédé que l'original (\*), autres que celles qui entrent dans la catégorie A) 1 ;

7 – photographies, films et leurs négatifs (\*) ;

8 – incunables et manuscrits, y compris les cartes géographiques et les partitions musicales, isolés ou en collections (\*) ;

9 – livres ayant plus de 100 ans d'âge, isolés ou en collection ;

10 – cartes géographiques imprimées ayant plus de 200 ans d'âge ;

11 – archives de toute nature comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge, quel soit leur support ;

12 – a) collections (\*) et spécimens provenant de collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, ou d'anatomie ;

b) collections (\*) présentant un intérêt historique, paléontologique, ethnographique ou numismatique ;

13 – moyens de transport ayant plus de 75 ans d'âge ;

14 – tout autre objet d'antiquité non compris dans les catégories A) 1 à A) 13 :

a) ayant entre 50 et 100 ans d'âge :

- jouets, jeux ;
- verrerie ;
- articles d'orfèvrerie ;
- meubles et objets d'ameublement ;
- instruments d'optique, de photographie ou de cinématographie ;
- instruments de musique ;
- horlogerie ;
- ouvrages en bois ;
- poteries ;
- tapisseries ;
- tapis ;
- papiers peints ;
- armes ;

b) de plus de 100 ans d'âge .

Les biens culturels visés aux catégories A) 1 à A) 14 ne sont couverts par le présent règlement que si leur valeur est égale ou supérieure aux seuils financiers figurant au point B.

B) Seuils financiers applicables à certaines catégories visées au point A) (en euros).

Valeur : quelle que soit la valeur :

- 1 (objets archéologiques) ;
- 2 (démembrement de monuments) ;
- 8 (incunables et manuscrits) ;
- 11 (archives).

Valeur: 15 000:

- 4 (mosaïques et dessins);
- 5 (gravures);
- 7 (photographies);
- 10 (cartes géographiques imprimées).

Valeur: 30 000:

- 3 A (aquarelles, gouaches et pastels).

Valeur: 50 000:

- 6 (statuaire);
- 9 (livres);
- 12 (collections);
- 13 (moyens de transport);
- 14 (tout autre objet).

Valeur: 150 000:

- 3 (tableaux);

*Le respect des conditions relatives aux valeurs financières doit être jugé au moment où la demande d'autorisation d'exportation est introduite. La valeur financière est celle du bien culturel dans l'État membre visé à l'article 2 paragraphe 2 du présent règlement.*

*Pour les États membres dont la monnaie n'est pas l'euro, les valeurs exprimées en euros dans l'annexe sont converties et exprimées en monnaies nationales au taux de change du 31 décembre 2001 publié au Journal officiel des Communautés européennes. Cette contre-valeur en monnaies nationales est révisée tous les deux ans avec effet au 31 décembre 2001. Le calcul de cette contre-valeur est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de ces monnaies, exprimées en euros, durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'août qui précède la révision prenant effet le 31 décembre. Cette méthode de calcul est réexaminée, sur proposition de la Commission, par le comité consultatif des biens culturels, en principe deux ans après la première application. Pour chaque révision, les valeurs exprimées en euros et leurs contre-valeurs en monnaie nationale sont publiées au Journal officiel des Communautés européennes périodiquement dès les premiers jours du mois de novembre précédant la date à laquelle la révision prend effet.*

*(<sup>o</sup>) Ayant plus de 50 ans d'âge et n'appartenant pas à leurs auteurs.*

*(<sup>o</sup>) Telles que définies par la Cour de justice dans son arrêt 252/84, comme suit: «Les objets pour collections au sens de la position 9705 du tarif douanier commun sont ceux qui présentent les qualités requises pour être admis au sein d'une collection, c'est-à-dire les objets qui sont relativement rares, ne sont pas normalement utilisés conformément à leur destination initiale, font l'objet de transactions spéciales en dehors du commerce habituel des objets similaires utilisables et ont une valeur élevée».*

En outre, suite au conflit irakien et à la résolution 1483 (2003) du 22 mai 2003 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies, le Conseil de l'Union européenne a adopté le 7 juillet 2003 un **règlement concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Iraq** <sup>176</sup>.

---

**176.** Règlement (CE) n° 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Irak et abrogeant le règlement (CE) n° 2465/1996 du Conseil, JOUE L 169 du 8 juillet 2003, p. 6.

L'article 3 prévoit en effet un certain nombre de restrictions quant à l'importation, l'exportation et plus généralement l'échange « *des biens culturels irakiens et d'autres biens présentant une importance archéologique, historique, culturelle, scientifique rare ou religieuse, y compris les biens dont la liste figure à l'annexe II* » notamment lorsqu'ils ont été sortis illégalement de sites irakiens. L'annexe II vise ainsi les biens suivants :

« 1 – objets archéologiques ayant plus de 100 ans et provenant de :

- fouilles ou découvertes terrestres ou sous-marines ;
- sites archéologiques ;
- collections archéologiques ;

2 – éléments faisant partie intégrante de monuments artistiques, historiques ou religieux et provenant du démembrement de ceux-ci, ayant plus de 100 ans d'âge ;

3 – tableaux et peintures, autres que ceux de la catégorie 3 – A) ou 4, faits entièrement à la main, sur tout support et en toutes matières, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

3 – A) Aquarelles, gouaches et pastels faits entièrement à la main, sur tout support, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

4 – mosaïques, autres que celles classées dans les catégories 1 ou 2, réalisées entièrement à la main, en toutes matières, et dessins faits entièrement à la main, sur tout support et en toutes matières, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

5 – gravures, estampes, sérigraphies et lithographies originales et leurs matrices respectives, ainsi que les affiches originales, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

6 – productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture et copies obtenues par le même procédé que l'original, autres que celles qui entrent dans la catégorie 1, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

7 – photographies, films et leurs négatifs, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

8 – incunables et manuscrits, y compris les cartes géographiques et les partitions musicales, isolés ou en collections, ayant plus de 50 ans et n'appartenant pas à leur auteur ;

9 – livres ayant plus de 100 ans, isolés ou en collection ;

10 – cartes géographiques imprimées ayant plus de 200 ans ;

11 – archives de toute nature comportant des éléments de plus de 50 ans, quel soit leur support ;

12 – a) collections définies par la Cour de justice dans son arrêt 252/84 <sup>(\*)</sup>, et spécimens provenant de collections de zoologie, de botanique, de minéralogie ou d'anatomie ; b) collections définies par la Cour de justice dans son arrêt 252/845, présentant un intérêt historique, paléontologique, ethnographique ou numismatique ;

13 – moyens de transport ayant plus de 75 ans ;

14 – tout autre objet d'antiquité non compris dans les catégories 1 à 13 :

a) ayant entre 50 et 100 ans :

- jouets, jeux ;

- verrerie;
- articles d'orfèvrerie;
- meubles et objets d'ameublement;
- instruments d'optique, de photographie ou de cinématographie;
- instruments de musique;
- horlogerie;
- ouvrages en bois;
- poteries;
- tapisseries;
- tapis;
- papiers peints;
- armes;

b) ayant plus de 100 ans.

*(<sup>177</sup>) Les objets pour collections au sens de la position 97.05 du tarif douanier commun sont ceux qui présentent les qualités requises pour être admis au sein d'une collection, c'est-à-dire les objets qui sont relativement rares, ne sont pas normalement utilisés conformément à leur destination initiale, font l'objet de transactions spéciales en dehors du commerce habituel des objets similaires utilisables et ont une valeur élevée».*

## La notion de biens culturels en droit français

Avant l'intervention de l'ordonnance du 20 février 2004 créant le Code du patrimoine qui tend à regrouper sous le vocable «*bien culturel*», un grand nombre de notions existantes, trois textes législatifs y faisaient expressément référence: la loi du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation <sup>177</sup>, la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes <sup>178</sup> et la loi du 10 juillet 2000 relative à la vente volontaire des biens meubles aux enchères publiques <sup>179</sup>.

Tout d'abord, au regard des objectifs visés par les articles L. 111-2 et suivants du Code du patrimoine, à savoir l'encadrement de la circulation et de l'exportation des biens culturels en dehors du territoire national, une délimitation de la notion de «*bien culturel*» a été précisée par l'annexe du **décret du 29 janvier 1993** <sup>180</sup> **relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation**, modifiée en dernier lieu par un décret du 26 septembre 2001 <sup>181</sup> et pris en application de la loi du 31 décembre 1992, codifiée à l'article L. 111-2.

<sup>177</sup>. Loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane, *JORF* du 5 janvier 1993, p. 198, aujourd'hui codifiée aux articles L. 111-2 et suivants du Code du patrimoine.

<sup>178</sup>. Loi n° 89-874 du 1<sup>er</sup> décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes et modifiant la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, *JORF* du 5 décembre 1989, p. 15033, aujourd'hui codifiée aux articles L. 532-1 et suivants du Code du patrimoine.

<sup>179</sup>. Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, *JORF* du 11 juillet 2000, p. 10474, aujourd'hui codifiée aux articles L. 321-1 et suivants du Code de commerce.

<sup>180</sup>. Décret n° 93-124 du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation, *JORF* du 30 janvier 1993, p. 1600.

<sup>181</sup>. Décret n° 2001-894 du 26 septembre 2001 modifiant le décret n° 93-124 du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation, *JORF* du 29 septembre 2001, p. 15393.

Sont considérés comme biens culturels, et donc soumis à certaines formalités lors de leur circulation, les biens suivants :

« 1 – objets archéologiques ayant plus de 100 ans d'âge provenant de fouilles et découvertes terrestres et sous-marines, sites archéologiques, collections archéologiques ;  
seuil en euros : 0

2 – éléments et fragments de décor d'immeubles par nature ou par destination, à caractère civil ou religieux et immeubles démantelés, ayant plus de 100 ans d'âge ;  
seuil en euros : 0

3 – tableaux et peintures autres que ceux entrant dans les catégories 3 – A) et 4 ayant plus de 50 ans d'âge (\*) ;  
seuil en euros : 150 000

3 – A) aquarelles, gouaches et pastels ayant plus de 50 ans d'âge (\*) ;  
seuil en euros : 30 000

4 – dessins ayant plus de 50 ans d'âge (\*) ;  
seuil en euros : 15 000

5 – a) gravures, estampes, sérigraphies et lithographies originales et leurs matrices respectives, isolées et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (\*) (\*\*);

b) affiches originales et cartes postales, isolées et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (\*) (\*\*);  
seuil en euros : 15 000

6 – productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture et copies obtenues par le même procédé que l'original ayant plus de 50 ans d'âge (\*), autres que celles qui entrent dans la catégorie 1 ;  
seuil en euros : 50 000

7 – photographies isolées et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (\*), films et leurs négatifs isolés et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (\*) ;  
seuil en euros : 15 000

8 – incunables et manuscrits, y compris cartes géographiques, atlas, globes et partitions musicales, isolés et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (\*) (\*\*);  
seuil en euros : 0

9 – livres et partitions musicales imprimées isolés et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (\*\*);  
seuil en euros : 50 000

10 – cartes géographiques imprimées ayant plus de 100 ans d'âge (\*) (\*\*);  
seuil en euros : 15 000

11 – archives de toute nature comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge, quel que soit leur support ;  
seuil en euros : 0

12 – a) collections et spécimens provenant de collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, d'anatomie ;

b) collections présentant un intérêt historique, paléontologique, ethnographique, numismatique ou philatélique ;  
seuil en euros : 50 000

13 – moyens de transport ayant plus de 75 ans d'âge ;  
seuil en euros : 50 000

14 – autres objets d'antiquité non compris dans les catégories 1 à 13 de plus de 50 ans d'âge.  
seuil en euros : 50 000

(<sup>1</sup>) N'appartenant pas à leur auteur.

(<sup>2</sup>) Y compris ceux (ou celles) qui comportent des dessins ou des rehauts réalisés à la gouache, à l'aquarelle, au pastel.

(<sup>3</sup>) Les documents comportant des annotations manuscrites qui ne sont ni des dédicaces ni des ex-libris sont considérés comme des manuscrits à classer dans la catégorie 8 dès lors que ces annotations présentent un intérêt pour l'histoire ou pour l'histoire de l'art, des civilisations, des sciences et des techniques».

En outre, l'article **L. 532-1 du Code du patrimoine**, dont l'objectif est celui de la protection du patrimoine culturel national contre les pillages, les fouilles intempestives ou les dégradations, définit les biens culturels maritimes comme « *les gisements, épaves, vestiges ou généralement tout bien qui présentant un intérêt préhistorique, archéologique ou historique, sont situés dans le domaine public maritime ou au fond de la mer dans la zone contiguë* ».

Enfin, l'article 3 de la loi du 10 juillet 2000, aujourd'hui codifié à l'**article L. 321-3 du Code du commerce**, fait référence explicitement, à la notion de biens culturels. Cependant, il ne donne pas de définition des catégories de biens visés par cette expression, la définition des biens culturels relève, en effet, du pouvoir réglementaire et aucun texte n'ayant été pris à ce jour en application de cet article.

Il convient de noter qu'en matière fiscale, la notion de biens culturels, au sens l'article L. 111-2 du Code du patrimoine, est également utilisée dans certains textes de nature réglementaire. Tel est le cas par exemple du décret du 14 janvier 2004 pris pour l'application de l'article 238<sup>bis</sup> 0 A du Code général des impôts et relatif aux réductions d'impôt pour l'achat de biens culturels <sup>182</sup>.

## La notion d'œuvres de l'esprit

Tendant à fixer le champ de protection des droits d'auteur, l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 fait référence à la notion d'œuvres de l'esprit. Celle-ci recouvre plusieurs catégories de biens à savoir :

- « 1) les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
- 2) les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;
- 3) les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;
- 4) les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;
- 5) les compositions musicales avec ou sans paroles ;
- 6) les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;

---

**182.** Décret n° 2004-63 du 14 janvier 2004 pris pour l'application de l'article 238 bis 0 A du Code général des impôts et relatif aux réductions d'impôt pour l'achat de biens culturels, *JORF* du 16 janvier 2004, p. 1211.

- 7) les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie;
- 8) les œuvres graphiques et typographiques;
- 9) les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie;
- 10) les œuvres des arts appliqués;
- 11) les illustrations, les cartes géographiques;
- 12) les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences;
- 13) les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire;
- 14) les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement».

Néanmoins, il a été admis par la jurisprudence que « si l'article L. 112-2 ne cite comme exemples d'œuvres de l'esprit que des œuvres perceptibles par la vue ou l'ouïe, la présence de l'adverbe "notamment" ne permet pas d'exclure a priori celles qui pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens »<sup>183</sup>. En conséquence, les œuvres de l'esprit s'analysent comme toutes les œuvres originales<sup>184</sup> empreintes de la personnalité de leur créateur<sup>185</sup>.

## Les notions d'œuvres d'art, d'objets de collection et d'antiquités

**L'article L. 123-1 du Code du patrimoine**<sup>186</sup> fixant le droit de préemption de l'État en matière de ventes publiques fait référence à la notion d'œuvres d'art. Celle-ci a été précisée par l'article 61 du décret du 19 juillet 2001<sup>187</sup>. Ainsi, sont considérés comme des œuvres d'art, les biens appartenant à l'une des catégories suivantes :

- « 1) objets archéologiques ayant plus de 100 ans d'âge provenant de fouilles et découvertes terrestres et sous-marines, de sites archéologiques ou de collections archéologiques;
- 2) éléments de décor provenant du démembrement d'immeubles par nature ou par destination;
- 3) peintures, aquarelles, gouaches, pastels, dessins, collages, estampes, affiches et leurs matrices respectives;

<sup>183</sup>. CA Paris, 3 juillet 1975, *RIDA* janvier 1977, p. 108; *D.* 1976, somm. 19.

<sup>184</sup>. Cass. Civ. 1, 11 février 1997, n° 95-13 176, *Bull. civ. I* n° 55.

<sup>185</sup>. CA Paris, 21 novembre 1994, *RIDA* avril 1995, p. 381 et 243, obs. Kéréver.

<sup>186</sup>. Ancien article 37 de la loi du 31 décembre 1921 relatif au droit de préemption, abrogé par l'ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine.

<sup>187</sup>. Décret n° 2001-650 du 19 juillet 2001 pris en application des articles L. 321-1 à L. 321-38 du Code de commerce et relatif aux ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, *JORF* du 21 juillet 2001, p. 11761.

- 4) photographies positives ou négatives quel que soit leur support et le nombre d'images sur ce support;
- 5) œuvres cinématographiques et audiovisuelles;
- 6) productions originales de l'art statuaire ou copies obtenues par le même procédé et fontes dont les tirages ont été exécutés sous le contrôle de l'artiste ou de ses ayants droit et limités à un nombre inférieur ou égal à huit épreuves, plus quatre épreuves d'artistes, numérotées;
- 7) œuvres d'art contemporain non comprises dans les catégories citées aux 3) à 6);
- 8) meubles et objets d'art décoratif;
- 9) manuscrits, incunables, livres et autres documents imprimés;
- 10) collections et spécimens provenant de collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, d'anatomie, collections et biens présentant un intérêt historique, paléontologique, ethnographique ou numismatique;
- 11) moyens de transport;
- 12) tout autre objet d'antiquité non compris dans les catégories citées aux 1) à 11)».

Dans le domaine fiscal, les notions d'œuvres d'art, d'objets de collection et d'antiquité ont été abordées par la **sixième directive du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires** <sup>188</sup>.

Ce texte, transposé à l'article 98A de l'annexe III du Code général des impôts par le décret n° 95-172 du 17 février 1995 relatif à la définition des biens d'occasion, des œuvres d'art, des objets de collection et d'antiquité pour l'application des dispositions relatives à la taxe sur la valeur ajoutée, regroupe, tout d'abord, les œuvres d'art au travers de sept catégories, à savoir :

- « 1) tableaux, collages et tableautins similaires, peintures et dessins, entièrement exécutés à la main par l'artiste, à l'exclusion des dessins d'architectes, d'ingénieurs et autres dessins industriels, commerciaux, topographiques ou similaires, des articles manufacturés décorés à la main, des toiles peintes pour décors de théâtres, fonds d'ateliers ou usages analogues;
- 2) gravures, estampes et lithographies originales tirées en nombre limité directement en noir ou en couleurs, d'une ou plusieurs planches entièrement exécutées à la main par l'artiste, quelle que soit la technique ou la matière employée, à l'exception de tout procédé mécanique ou photomécanique;
- 3) à l'exclusion des articles de bijouterie, d'orfèvrerie et de joaillerie, productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture en toutes matières dès lors que les productions sont exécutées entièrement par l'artiste; fontes de sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste ou ses ayants droit;
- 4) tapisseries et textiles muraux faits à la main, sur la base de cartons originaux fournis par les artistes, à condition qu'il n'existe pas plus de huit exemplaires de chacun d'eux;
- 5) exemplaires uniques de céramique, entièrement exécutés par l'artiste et signés par lui;

<sup>188</sup>. Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, JOCE L 145 du 13 juin 1977, p. 1.

6) émaux sur cuivre, entièrement exécutés à la main, dans la limite de huit exemplaires numérotés et comportant la signature de l'artiste ou de l'atelier d'art, à l'exclusion des articles de bijouterie, d'orfèvrerie et de joaillerie ;

7) photographies prises par l'artiste, tirées par lui ou sous son contrôle, signées et numérotées dans la limite de trente exemplaires, tous formats et supports confondus ».

Les objets de collection sont définis au travers de deux catégories, à savoir :

« 1) timbres-poste, timbres fiscaux, marques postales, enveloppes premier jour, entiers postaux et analogues, oblitérés ou bien non oblitérés mais n'ayant pas cours et n'étant pas destinés à avoir cours ;

2) collections et spécimens pour collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, d'anatomie, ou présentant un intérêt historique, archéologique, paléontologique, ethnographique ou numismatique ».

Enfin : « Les objets d'antiquité sont les biens meubles, autres que des œuvres d'art et des objets de collection, ayant plus de 100 ans d'âge ».

## La notion de patrimoine culturel

Afin de rendre le droit du patrimoine plus accessible, une ordonnance du 20 février 2004 a créé le Code du patrimoine <sup>189</sup>. Aux termes de l'article L. 1 de ce Code, « le patrimoine s'entend, au sens du présent Code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ».

Constituant un article liminaire à toutes les autres dispositions, la notion de patrimoine culturel tend à se confondre, par la suite, avec la notion de bien culturel. En effet, le livre premier de ce code porte sur les « dispositions communes à l'ensemble du patrimoine culturel » et se subdivise en quatre titres consacrés respectivement à la protection des biens culturels, à l'acquisition des biens culturels, au dépôt légal et aux institutions relatives au patrimoine culturel.

## Synthèse

De l'ensemble de ces dispositions, il apparaît qu'il n'existe pas de définition générale des biens culturels, mais plutôt une définition formelle qui vient délimiter l'objet de la protection au regard de la finalité poursuivie par un texte. Cette vision protéiforme du bien culturel est, elle-même, confirmée avec le Code du patrimoine. Bien que regroupant sous des titres consacrés à l'acquisition et la protection des biens culturels les différentes définitions existantes, le texte se refuse à poser une conception unique.

Cette logique a également été adoptée par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en matière d'application du Code des marchés publics. Une instruc-

---

<sup>189</sup>. Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine, *JORF* 24 février 2004, p. 37048. Ce texte codifie notamment la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, la loi du 3 janvier 1979 sur les archives, la loi du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance, la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes, la loi du 20 juin 1992 relative au dépôt légal, la loi du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restriction de circulation.

tion du 28 août 2001 <sup>190</sup> précisait ainsi que «*pour ce qui concerne l'acquisition d'œuvres d'art existantes, d'objets anciens ou de collection, il n'existe aucune définition générale des biens visés. Pour les désigner, on emploie plus communément aujourd'hui le terme de biens culturels. Les textes énumérés [ci-dessus] comportent des éléments d'identification, mais il s'agit de définitions ponctuelles et partielles adaptées aux objectifs de chacune des législations concernées. S'il peut être utile de s'y référer, il est néanmoins indispensable d'exercer un regard critique quant à leur application et leur interprétation dans le domaine des marchés publics*».

Dans le cadre de l'élaboration d'une définition du bien culturel, certains auteurs invitent à dépasser la notion d'œuvres d'art. Pour eux, ce changement de terminologie traduit «*ce passage de l'œuvre d'art, œuvre individuelle, à l'œuvre d'art qui appartient au bien commun*» <sup>191</sup>. Ainsi, pour Jean-François Poli, la méthode consistant à produire une liste d'objets considérés comme étant des biens culturels est une méthode admissible «*à condition qu'elle s'insère dans une réflexion plus générale qui donnerait, au préalable, une définition générique de ces biens. En effet, la seule liste est, par nature, déficiente car elle ne permet pas d'envisager toutes les situations et doit être constamment mise à jour, ce qui introduit un élément de lourdeur pouvant entraîner une inefficacité des mesures de protection. Mais il faut cependant être conscient du fait que la seule définition générique peut s'avérer insuffisante car elle peut être d'une utilisation malaisée, les fonctionnaires devant l'interpréter et les personnes qui y sont soumises devant se livrer à une exégèse souvent délicate*». Selon cet auteur, «*il semble donc qu'il faille combiner les deux approches, une définition générique, qui précise les finalités de la protection ainsi que le champ d'application des mesures de protection concrétisée par la production d'une liste. Cette dernière ne sera pas limitative pour conserver à la démarche de protection toute la souplesse et l'adaptabilité nécessaires*» <sup>192</sup>.

À l'inverse, pour Pierre Cabrol, auteur d'une thèse sur le sujet, les biens culturels recouvrent deux catégories différentes. La première est constituée des œuvres d'art, car ils ont été conçus dès l'origine comme tel. Il s'agirait des «*biens culturels par nature*» dans lesquels figureraient notamment les œuvres de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle. Quant à la seconde, elle regrouperait les biens qui «*n'ont pas été initialement élaborés en tant que tels, mais plutôt comme des biens utilitaires, des objets d'artisanats, etc. Ce n'est qu'après coup, et parfois très longtemps après leur conception, que ces biens ont acquis une dimension culturelle*». Il s'agirait alors de «*biens culturels par détermination de la société*» auxquels la «*société reconnaît une dimension culturelle*». Il pourrait s'agir notamment des objets de collection.

Pour autant, et même si chaque texte a des objectifs différents, de nombreux acteurs sont unanimes pour estimer que cette multiplicité de définition pose un problème de lisibilité. La création d'un Code du patrimoine permet, néanmoins, de limiter ces effets négatifs.

---

**190.** Instruction du 28 août 2001 prise pour l'application du Code des marchés publics (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001), *JORF* du 8 septembre 2001, p. 37351.

**191.** Jean-Marie Pontier, «*La notion d'œuvre d'art*», *RDP*, n° 5, 1990, p. 1403.

**192.** *La protection des biens culturels meubles, op. cit.*, p. 334.

## **Les propositions du Forum des droits sur l'internet**

### La compétence du Conseil des ventes volontaires pour émettre un avis en la matière

L'une des premières interrogations à laquelle a été confronté le groupe de travail mis en place par le Forum des droits sur l'internet est celle de la compétence du Conseil des ventes volontaires pour édicter l'avis contesté. Ainsi, certains auteurs se sont « *interrogés sur la légalité d'une telle démarche* »<sup>193</sup> et ont conclu à « *l'absence de pouvoir légal* » et « *d'effet normatif* » aux avis du Conseil des ventes volontaires.

L'article L. 321-18 du Code de commerce définit les compétences du Conseil des ventes volontaires. Selon ce texte, il est chargé d'agréeer les sociétés de ventes volontaires, d'enregistrer les déclarations des ressortissants des États de l'Union européenne voire de sanctionner les manquements aux lois, règlements et obligations professionnelles applicables aux sociétés de ventes volontaires. L'article 34 du décret du 19 juillet 2001 impose également au Conseil des ventes volontaires d'établir un rapport annuel rendant compte de son activité qui doit comporter un bilan de l'application de l'article L. 321-3 du Code de commerce.

Dès lors que le Conseil des ventes volontaires est chargé d'assurer le respect des dispositions de la loi du 10 juillet 2000, il est utile qu'il puisse faire connaître l'interprétation qu'il donne de ces dispositions, notamment lorsqu'il est sollicité en ce sens par les opérateurs.

Dans ces conditions, **le Forum des droits sur l'internet estime que le Conseil des ventes volontaires a pu valablement émettre un avis sur la portée de l'article L. 321-3 du Code de commerce**, cet avis n'ayant pas, néanmoins, de caractère obligatoire, en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire lui octroyant explicitement un tel pouvoir en la matière.

### Les difficultés tenant à l'application des dispositions issues de la loi du 10 juillet 2000

Alors que le souci d'encadrement du commerce des biens culturels demeure, il résulte d'une analyse des dispositions de la loi du 10 juillet 2000 que celles-ci semblent difficilement applicables aux opérations de courtage en ligne portant sur les biens culturels et qu'elles soulèvent plusieurs interrogations quant à la solidité juridique du dispositif.

### **La difficile adaptation de certaines obligations imposées par les articles L. 321-3 et suivants du Code du commerce aux activités de courtage en ligne**

Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 321-3 du Code de commerce, les sociétés effectuant des opérations de courtage de biens culturels sous la forme

---

<sup>193</sup>. *Gazette du Palais, op. cit.*, n° 114, 24 avril 2003, p. 29.

d'enchères sont tenues de se conformer à l'ensemble des dispositions du chapitre premier du Titre II du Code de commerce, hormis les articles L. 321-7 et L. 321-16, matériellement inapplicables.

Les dispositions législatives précitées imposent aux sociétés de courtage un certain nombre d'obligations peu compatibles avec leur activité (voir tableau comparatif en annexe 3). En particulier, ces sociétés devraient obtenir préalablement à l'exercice de leur activité un agrément du Conseil des ventes volontaires. Une difficulté peut néanmoins apparaître quant à la forme que devrait prendre la société de courtage en ligne pour l'exercice de ces activités. En effet, l'article L. 321-4 précise que l'objet des sociétés relevant de la loi du 10 juillet 2000 «*est limité à l'estimation des biens mobiliers, à l'organisation et à la réalisation de ventes volontaires*». Deux choix sont alors possibles. Tout d'abord, le texte peut être interprété comme imposant à la société une exclusivité de l'exercice du courtage en ligne de biens culturels et donc de créer une filiale pour assurer cette activité, filiale qui seule sera soumise aux dispositions du Code du commerce relatives aux ventes aux enchères. Une seconde lecture pourrait admettre que l'exclusivité ne doit pas être imposée; seules les activités portant sur les biens culturels devant être prises en compte par le Conseil des ventes volontaires. Néanmoins, cette interprétation s'éloigne du texte et de l'esprit de la loi.

Une fois agréées par le Conseil des ventes volontaires, les sociétés de courtage seront tenues d'exercer leur activité en qualité de mandataire du vendeur, et ainsi garantir, une fois la vente conclue, la livraison du bien et le paiement du prix. Elles seront également soumises à l'ensemble des obligations pesant sur les sociétés de ventes volontaires notamment en matière de publicité de la vente et d'information des administrations du ministère de la Culture en vue de l'exercice du droit de préemption par l'État. En application des articles 321-7 et R. 321-1 et suivants du Code pénal, elles seront assujetties à la tenue d'un registre des objets mobiliers mis en vente.

En outre, une difficulté demeure également vis-à-vis de l'obligation imposée par l'article L. 321-14 du Code du commerce qui rend responsable contractuellement les sociétés de courtage aux enchères «*de la représentation du prix et de la délivrance des biens dont elles ont effectué la vente*». Dès lors que ces sociétés n'ont pas en leur possession le bien culturel vendu, il peut s'avérer difficile d'exécuter correctement ces obligations.

Une application littérale de l'ensemble de ces dispositions aurait comme conséquence de transformer l'activité de courtage en ligne telle qu'elle est exercée actuellement par les sociétés existantes, en une activité de vente aux enchères où le courtier devient mandataire de l'une des parties. Or, et dès lors que «*dans les opérations de courtage, stricto sensu, la représentation du prix et la délivrance des biens n'incombent pas aux courtiers puisque ceux-ci ne réalisent pas la vente. Il semble qu'il faille tout simplement en conclure que les opérations de courtage aux enchères par voie électronique ne peuvent pas porter sur des biens culturels*»<sup>194</sup>. Cette lecture de la loi a donc pour effet de conduire les sociétés de courtage à interdire les opérations de courtage sous forme d'enchère portant sur des biens culturels.

---

<sup>194</sup>. François Duret-Robert, *Ventes d'œuvres d'art*, «Daloz Référence», Paris, 2001, p. 17

En outre, l'article L. 321-3 du Code du commerce opère au sein de l'activité de courtage en ligne, une différenciation entre les opérations réalisées sous formes d'enchères et les opérations réalisées à prix fixe. Dès lors qu'elles portent sur des biens culturels, les premières seraient soumises au régime des ventes volontaires aux enchères publiques, tandis que les secondes relèveraient du droit commun. Une telle distinction est relativement artificielle d'autant que, comme nous l'avons décrit précédemment, l'ensemble des sites de courtage en ligne propose les deux formes de vente, voire une solution mixte. En conséquence, dès lors qu'un internaute se verrait interdire ou serait tenu de réaliser une vente dans des conditions particulières plus contraignantes (et sans doute plus coûteuse), il préférera vendre son bien *via* un courtage à prix fixe au lieu d'avoir une détermination du prix au terme d'un processus d'enchères.

Dans ces conditions, il apparaît tout d'abord que plusieurs dispositions de la loi du 10 juillet 2000, demeurent difficilement applicables aux sociétés de courtage en ligne sous forme d'enchères. En effet, elles leur imposeraient des obligations telles qu'elles ne seraient sans doute pas en mesure d'accueillir de telles offres portant sur des biens culturels. Par ailleurs, le choix fait par la loi de ne viser que les opérations de courtage réalisées sous forme d'enchère semble artificielle dès lors que les vendeurs pourront librement mettre en vente de tels biens sur les mêmes sites au travers d'outil de courtage à prix fixe.

### **La fragilité juridique de l'encadrement des opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels**

La fragilité juridique provient d'une part, de l'absence de notification de la loi du 10 juillet 2000 aux autorités communautaires, et d'autre part, d'interrogations quant à la compatibilité de certaines dispositions de ce texte législatif avec la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000.

#### **L'inopposabilité des articles L. 321-3 et suivants du Code du commerce aux sociétés de courtage en ligne**

Aux termes de la directive modifiée n° 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, un État membre doit informer la Commission européenne et les autres États membres de tout projet de règle portant sur un service de la société de l'information. Une règle est considérée comme visant spécifiquement les services de la société de l'information «*lorsque, au regard de sa motivation et du texte de son dispositif, elle a pour finalité et pour objet spécifiques, dans sa totalité ou dans certaines dispositions ponctuelles, de réglementer de manière explicite et ciblées ces services*».

Les opérations de courtage en ligne sous forme d'enchères constituent des «*services de la société de l'information*» au sens de la directive, ainsi que l'a confirmé au Forum la Commission des Communautés européennes. Dès lors que les dispositions de la

loi du 10 juillet 2000 applicables au courtage en ligne des biens culturels sont susceptibles d'avoir pour objet et pour finalité «*spécifiques*» de régler de manière «*explicite et ciblée*» ces services, elles auraient dû faire l'objet d'une notification à la Commission. Or, une telle notification n'a pas encore eu lieu.

En cas d'absence de notification, la directive du 22 juin 1998 ne prévoit aucune sanction. Pour autant, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que «*les particuliers peuvent se prévaloir [de ses dispositions] devant le juge national, auquel il incombe de refuser d'appliquer une règle technique nationale qui n'a pas été notifiée conformément à la directive*»<sup>195</sup>. En effet, pour le juge communautaire, «*en prescrivant une obligation précise pour les États membres de notifier les projets avant leur adoption, ces dispositions sont, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises*». D'autre part, «*une interprétation de la directive en ce sens que la méconnaissance de l'obligation de notification constitue un vice substantiel de nature à entraîner l'inapplicabilité aux particuliers des normes techniques en cause est de nature à assurer l'efficacité du contrôle communautaire préventif qu'a prévu la directive pour assurer la protection de la libre circulation des marchandises qu'elle s'est assignée comme objectif*».

Dans ces conditions, il n'est pas exclu que les articles L. 321-3 et suivants du Code du commerce, qui sont issus de cette loi, doivent être regardés comme inopposables aux opérateurs en vertu de la jurisprudence précitée de la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui en paralyserait totalement les effets. Une «*notification a posteriori*» ne pourrait pas écarter cette première difficulté et lever l'incertitude quant à leur compatibilité avec la directive européenne du 8 juin 2000 dès lors que les services de la Commission européenne ont pu préciser au Forum que seule serait admise comme conforme à la directive de 1998, la notification d'un nouveau projet de texte modifiant ou remplaçant le précédent.

#### **La compatibilité du régime pénal avec le régime de responsabilité instauré par les articles 14 et 15 de la directive du 8 juin 2000**

L'article 14 de la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur aménage un régime de responsabilité pour l'activité d'hébergement: «*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 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*». Selon une jurispru-

---

<sup>195</sup>. CJCE, 30 avril 1996, Aff. C-194/94, *CIA Security International SA c/Signalson SA et Securitel SPRL*, Rec., 1996, p. I-02201.

dence française <sup>196</sup> et étrangère <sup>197</sup>, l'activité de courtage telle que pratiquée par les sociétés présentes sur le marché français peut relever de la qualification d'hébergement et peut donc bénéficier du régime de responsabilité ainsi aménagé.

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 321-15 du Code de commerce – applicable aux opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels, «*est puni de deux ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende le fait de procéder ou de faire procéder à une ou plusieurs ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, 1) si la société qui organise la vente ne dispose pas de l'agrément prévu à l'article L. 321-5 soit qu'elle n'en est pas titulaire, soit que son agrément a été suspendu ou retiré à titre temporaire ou définitif*». Ainsi, plusieurs hypothèses sont à distinguer.

Si une société de courtage en ligne sous formes d'enchères réalise **volontairement** des opérations portant sur des biens culturels sans avoir, au préalable, obtenu un agrément du Conseil des ventes volontaires, elle est susceptible de s'exposer à ces sanctions pénales. Cette première hypothèse est compatible avec les dispositions de l'article 14 de la directive. En effet, dans une telle situation, la société de courtage ayant connaissance de l'activité illicite, elle peut être tenue de réparer au plan civil et pénal les dommages causés. Cela a été confirmé par la jurisprudence française

---

**196.** TGI Paris, 11 février 2003, n° 0104305259, *Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de haute Silésie c/Timothy Koogle, D.* 2003, inf. rap., p. 603, *Legipresse*, 2003, n° 202, III, p. 93, note J.-P. Hugot. Le tribunal jugeait à propos du service de courtage en ligne proposé par Yahoo! que cela constitue une activité d'hébergement dès lors qu'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 de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986*». Notons également que dans le cadre de l'examen du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, les parlementaires souhaitaient intégrer le courtage en ligne dans le domaine de l'hébergement : «*La définition des opérateurs visés par l'article ne fait pas de distinction : 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 accessible 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*». (Michèle Tabarot, député, «*Avis n° 608 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi confiance dans l'économie numérique*» le 11 février 2003, JOAN).

**197.** Düsseldorf Landgericht, 29 octobre 2002, *Rolex c/eBay GmbH et eBay international AG*; Potsdam Landgericht, 30 octobre 2002, *IVD c/eBay GmbH*; commentaire Lionel Thoumyre, «*Responsabilité des intermédiaires : le cas des sites de vente aux enchères*», *LPA*, n° 110, 3 juin 2003, p. 8-11. De même, dans un courrier de la direction générale «*Marché intérieur*» de la Commission européenne adressé à la l'Association européenne des fournisseurs de service internet, Margot Frøhlinger indiquait : «*Je peux vous assurer que les dispositions de l'article 14 ne se limitent pas à un type spécifique d'hébergement. L'article 14 ne fait pas de distinctions sur les types d'information hébergées aussi que sur l'activité elle-même*». Enfin, les juges américains confirment également cette interprétation en faisant bénéficier la société eBay du régime dérogatoire prévu au sein du *Communications Decency Act Superior court of the State of California for the county of Los Angeles*, 28 avril 2003, *R. Grace c/T. Neely et Société eBay, Com. com. élec.* juin 2003, comm. n° 61, note Luc Grynbaum).

puisqu'il est dès lors que le courtier est lui-même partie prenante à l'activité illicite<sup>198</sup>, le régime de responsabilité aménagée n'a pas vocation à s'appliquer.

Au contraire, si la société de courtage accueille **involontairement** de telles annonces, cette dernière ne pourra en aucun cas être tenue responsable pénalement de l'organisation de telles ventes. En effet, d'une part, l'article L. 321-15 du Code de commerce peut être interprété comme nécessitant un acte volontaire de la part de la société de courtage, lequel sera absent en l'espèce.

Si l'on retient au contraire que le courtier est responsable pénalement même en cas d'hébergement involontaire de telles annonces, la sanction pénale, prévue à l'article L. 321-15 du Code pénal, n'est pas susceptible, pour autant, d'être appliquée aux sociétés de courtage en ligne sous forme d'enchères. En effet, un courtier aux enchères ne peut être tenu responsable, d'un point de vue civil ou pénal, que dans les conditions définies par la directive du 8 juin 2000.

Ils ne pourront donc être tenus responsables que lorsqu'ils ont eu connaissance des activités illicites. Pour autant, l'acquisition de cette connaissance ne saurait se faire au travers d'une surveillance générale de l'ensemble des annonces publiées dès lors que l'article 15 de la directive du 8 juin 2000 précise que «*les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires [...] une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites*».

Dans ces conditions, les sociétés de courtage en ligne de biens culturels sous forme d'enchères ne respectant pas l'obligation d'agrément, ne peuvent pas être sanctionnées tant qu'elles accueillent, involontairement, de telles offres de ventes.

#### **La question de la compatibilité de la condition d'agrément avec l'article 4 de la directive du 8 juin 2000**

L'article 4 de la directive du 8 juin 2000 dispose que «*les États membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent. [Ce paragraphe] est sans préjudice des régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information*». Souhaitant faciliter la mise en œuvre du principe de la liberté d'établissement, cette disposition interdit de soumettre à un régime

---

**198.** En cela, suivons l'interprétation donnée par TGI Paris, 11 février 2003, n° 0104305259, *Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie c/Timothy Koogler*, *op. cit.* Les juges ont considéré que Yahoo! était responsable, en sa qualité d'éditeur du service, «*des sélections d'annonces ou de catégories qu'elle offre plus particulièrement à l'attention des acheteurs sur la page d'accueil du site*». Ainsi, «*Les dispositions de l'article 43-8 [de la loi de 1986] ne sont pas susceptibles d'être invoquées par le prévenu si sa responsabilité est recherchée au titre de l'activité d'éditeur de service de communication en ligne de la société Yahoo Inc, ce qui est le cas, en l'espèce, la citation visant, notamment, le fait d'avoir "délibérément maintenu une rubrique préalablement fixée de vente aux enchères d'objets nazis", ce qui renvoie, sans aucun doute, à l'architecture du site, soit à un contenu créé par l'éditeur*».

d'autorisation spécifique et exclusif l'accès aux activités de prestataire de services de la société de l'information ou leur exercice. Il s'agit, selon la Commission «*d'une obligation qui vise non seulement les régimes d'autorisation formelle mais également toutes procédures qui pourraient avoir le même effet*».

Si l'on devait retenir que le régime d'autorisation auquel est soumis le courtage en ligne sous forme d'enchères de biens culturels en vertu des articles L. 321-3 et L. 321-5 du Code de commerce est un régime qui vise «*spécifiquement et exclusivement*» ce type de service, ces deux articles devraient être regardés comme contraires à l'article 4 de la directive du 8 juin 2000 et ne pourrait être opposés aux opérateurs.

## Conclusion

En conclusion, il apparaît au Forum des droits sur l'internet que les dispositions des articles L. 321-4 et suivants du Code du commerce demeurent difficilement applicables aux sociétés de courtage en ligne. Par ailleurs, en l'absence de notification de la loi du 10 juillet 2000 aux services de la Commission et devant les questions de compatibilité à la directive du 8 juin 2000, la protection que le législateur a souhaité instaurer semble difficilement effective. Pour autant, le Forum estime qu'un encadrement du commerce des biens culturels, en particulier, au travers d'opérations de courtage en ligne, doit avoir lieu afin d'assurer une pleine protection du patrimoine culturel national et la sécurité juridique des cocontractants.

## L'encadrement des opérations de courtage en ligne portant sur les biens culturels

Afin de pouvoir s'appliquer aux activités de courtage en ligne, **le régime protecteur instauré aux articles L. 321-4 et suivants du Code de commerce nécessite une adaptation** spécifique aux opérations portant sur les biens culturels.

Dès lors que les sites de courtage sous forme d'enchères proposent également à leurs utilisateurs des solutions de courtage à prix fixe ou des solutions mixtes, la protection instaurée en faveur de la vente de biens culturels à l'aide de ces outils doit s'appliquer de manière indifférenciée à l'ensemble de ces transactions. **Le Forum estime donc que les recommandations suivantes ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des opérations de courtage en ligne portant sur des biens culturels, quelles que soient les modalités du courtage.**

L'objectif de ces dispositions est de permettre une protection des biens culturels, éléments essentiels de notre patrimoine, et d'assurer la sécurité juridique de ces transactions.

## **Information et protection des parties au contrat et sécurité juridique des transactions**

### ***Identification du vendeur et de l'acheteur***

Aux termes de l'article L. 321-9 du Code du commerce, les sociétés de ventes volontaires doivent dresser un procès-verbal indiquant les nom et adresse de l'acheteur, l'identité du vendeur et la désignation de l'objet.

Pour les courtiers en ligne, une telle identification de l'acheteur et du vendeur est possible *a posteriori* au travers des données de connexion conservées par le courtier en ligne en application des dispositions de la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001. En outre, et conformément à l'article L. 121-18 du Code de la consommation, le vendeur professionnel est tenu de s'identifier exactement lors de toute offre de vente. Un tel professionnel devra donc faire apparaître sur la page de présentation du bien vendu, ses coordonnées complètes permettant ainsi de l'identifier et de le contacter. Enfin, les sociétés de courtage en ligne s'orientent également vers une vérification de plus en plus précise de l'identité de l'acheteur au travers d'un mot de passe adressé à son domicile par voie postale.

**Il semble nécessaire de poursuivre dans cette direction et donc d'inviter les sociétés de courtage aux enchères à prendre des mesures permettant la vérification des coordonnées du vendeur.** Étant donné que cette procédure repose sur une opération purement déclarative de la part du vendeur, seule une obligation de moyens peut être imposée en la matière à l'intermédiaire.

Cette mesure complétera utilement les outils de construction collective de la confiance mis en place par les plates-formes de courtage, comme par exemple les systèmes de notation permettant aux utilisateurs d'évaluer les qualités d'un acheteur ou d'un vendeur.

### ***Expertise du bien vendu***

Aux termes des articles L. 321-8 et L. 321-9 du Code du commerce, les sociétés de ventes volontaires sont tenues de comprendre, au sein de leur entreprise, une personne ayant la qualification requise pour diriger une vente volontaire aux enchères publiques. Seule cette personne pourra la diriger. En outre, ces sociétés peuvent avoir recours à un expert qui sera solidairement responsable avec l'organisateur de la vente pour les fautes relevant de son activité.

Dans le domaine du courtage en ligne, l'intervention d'un expert constitue une mesure difficile à mettre en œuvre puisque le bien n'est pas présent physiquement dans les locaux du courtier en ligne et que les informations fournies par le vendeur (descriptif et photographie) ne suffisent pas pour opérer une analyse efficace.

Pour autant, l'acheteur conserve certaines garanties. D'une part, lorsque la vente est faite par un professionnel et n'est pas aux enchères, l'article L. 121-20 du Code du commerce donne au consommateur la possibilité de se rétracter pendant le délai de sept jours à compter de la livraison de ce bien. D'autre part, et dans tous les cas, l'acheteur peut demander en justice la résolution de la vente pour erreur sur la substance ou pour vice rédhibitoire.

**Dans ces conditions, il n'est pas apparu nécessaire au Forum des droits sur l'internet d'imposer la présence d'un tel expert auprès du courtier lors de la mise en vente de biens culturels.**

Par ailleurs, il apparaît peu opportun d'imposer aux courtiers en ligne de se doter d'un service d'expertise dès lors que la vente de biens culturels au travers de ces outils n'est pas très développée. Il ne fait pas de doute que si un tel marché se développait dans le futur, la création d'un tel service serait demandée par les vendeurs et constituerait un argument commercial supplémentaire au bénéfice des sociétés de courtage.

#### **Information du consommateur**

Le décret du 3 mars 1981 impose aux vendeurs habituels ou occasionnels de biens culturels certaines obligations en matière d'information de l'acheteur sur la nature et l'auteur de l'œuvre. Ce texte applicable aux vendeurs habituels ou occasionnels, professionnels ou non, qui commercialisent des biens culturels par l'intermédiaire de plates-formes de courtage en ligne n'a pas vocation à s'imposer aux intermédiaires techniques.

Néanmoins, **le Forum des droits sur l'internet estime que la société de courtage en ligne peut être tenue à une obligation d'information vis-à-vis des vendeurs sur leurs obligations en la matière.**

#### **Bonne exécution du contrat conclu**

L'article L. 321-14 du Code de commerce fait peser sur les sociétés de ventes volontaires une double responsabilité: celle de la représentation du prix et de la délivrance des biens dont elles ont effectué la vente. Elles ne peuvent pas s'exonérer contractuellement de ces causes d'engagement de leur responsabilité. Dès lors que les sociétés de courtage en ligne n'agissent pas comme mandataire du vendeur et de l'acheteur, elles ne peuvent être contractuellement responsables de l'inexécution partielle ou totale du contrat.

Néanmoins, et dès lors qu'une certaine protection des parties est nécessaire, **le Forum considère que les sociétés de courtage devraient inviter, en application de leur obligation d'information et de conseil, leurs clients à recourir, pour la conclusion définitive de la transaction, à des solutions de tiers de confiance permettant de garantir efficacement le paiement du prix et la délivrance du bien.**

Par ailleurs, aux termes de l'article 112-8 du Code monétaire et financier, «*tout règlement d'un montant supérieur à 3 000 € effectué par un particulier non commerçant, en paiement d'un bien ou d'un service, doit être opéré soit par chèque [...], soit par tout autre moyen inscrivant le montant réglé au débit d'un compte tenu chez un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une institution mentionnée à l'article L. 518-1*». Le texte poursuit en précisant que «*tout règlement d'un montant supérieur à 3 000 € en paiement d'un ou de plusieurs biens vendus aux enchères, à l'occasion d'une même vente*» doit être opéré selon ces modalités.

Afin d'assurer une bonne exécution du contrat conclu, **le Forum recommande que, pour les transactions portant sur des biens culturels d'un montant supérieur à 3 000 €, les vendeurs et acheteurs aient obligatoirement recours à un tiers de confiance.**

Afin de permettre aux sociétés de courtage en ligne de recommander un ou plusieurs tiers de confiance, il est important de lancer une réflexion sur l'encadrement de cette activité au travers notamment de codes de bonne conduite. Ce travail est d'autant plus nécessaire que se développe actuellement une fraude <sup>199</sup> autour de ces solutions d'aide à l'exécution du contrat.

## **Protection du patrimoine national culturel et historique**

### ***La demande de certificat en cas d'exportation***

Aux termes de l'article L. 111-2 du Code du patrimoine, l'exportation temporaire ou définitive hors du territoire douanier des biens culturels, est subordonnée à l'obtention d'un certificat délivré par l'autorité administrative. Cette demande est adressée au ministre chargé de la Culture par le propriétaire du bien ou son mandataire. En pratique, dès lors que le certificat est attaché à la propriété du bien, la demande repose donc sur le propriétaire ou son mandataire.

En cas de vente par l'intermédiaire d'un système de courtage en ligne, l'obligation continue de peser sur le propriétaire du bien dès lors que le bien est susceptible de quitter le territoire national. Pour autant, **le Forum des droits sur l'internet considère que les sociétés de courtage en ligne sont tenues d'informer les vendeurs et les acheteurs de la législation et de la réglementation applicable en matière de circulation et d'exportation des biens culturels.**

À défaut, et si les sociétés de courtage ont un intérêt direct à la fraude, si elles ont coopéré volontairement à cette fraude ou si elles ont couvert les agissements illicites, leur responsabilité pénale peut être engagée sur le fondement de l'article 399 du Code des douanes.

### ***Exercice du droit de préemption***

Aux termes de l'article L. 123-1 du Code du patrimoine, l'État peut exercer sur toute vente publique d'œuvres d'art ou sur toute vente de gré à gré d'œuvres d'art réalisée dans les conditions prévues par l'article L. 321-9 du Code du commerce, un droit de préemption. Ce droit lui permet d'être subrogé dans l'ensemble des droits et obligations de l'adjudicataire ou de l'acheteur du bien.

La pratique révèle que le droit de préemption peut être exercé sur une part non négligeable de biens culturels d'une valeur inférieure à 3 000 €. Dès lors, la possibilité pour les services du ministère de la Culture d'exercer ce droit pour des biens commercialisés par l'intermédiaire de sites de courtage en ligne semble nécessaire.

Dans ces conditions, **il paraît opportun d'aménager le régime existant afin de permettre au ministère de la Culture de pouvoir exercer efficacement ce droit**

---

**199.** La pratique, dont ont été victimes quelques internautes français, est la suivante: un acheteur remporte une enchère portant sur un bien de forte valeur (matériel informatique, par exemple) et l'invite à poursuivre la transaction à l'aide d'une solution de tiers de confiance. À cette fin, l'acheteur recommande particulièrement un site. Le vendeur accepte, s'inscrit sur le site. Il reçoit du site un message l'informant que l'acheteur a versé le prix demandé. Il adresse donc le bien à ce dernier. À partir de ce moment là, le vendeur n'obtient plus aucune information de l'acheteur et le site disparaît de la toile mondiale.

### **de préemption sur les biens vendus au travers des plates-formes de courtage.**

Le nouveau mécanisme pourrait s'inspirer de celui existant en matière de ventes aux enchères électroniques. D'une part, une information du ministère de la Culture devrait avoir lieu préalablement à la conclusion définitive de la vente (l'opération de courtage s'écoulant sur une durée variant de trois à dix jours). D'autre part, un délai devrait être prévu afin de permettre au représentant du ministère de la Culture d'exercer le droit de préemption. Néanmoins, le délai de 4 heures suivant la vente aux enchères électronique, prévu par la réglementation, semble difficilement applicable dès lors que de nombreuses ventes sont conclues durant la nuit.

Enfin, et afin de ne pas mobiliser une importante partie des services du ministère de la Culture sur un canal de distribution encore peu utilisé en matière de biens culturels, le dispositif prévu devrait mettre en place un système permettant d'analyser parmi les millions d'objets mis en vente quotidiennement, ceux qui sont susceptibles d'intéresser les collections publiques.

## **Lutte contre le trafic de biens volés**

### ***La tenue d'un registre des objets mis en vente***

Le deuxième alinéa de l'article 321-7 du Code pénal impose aux personnes qui organisent «*dans un lieu public ou ouvert au public, une manifestation en vue de la vente ou de l'échange d'objets*» mobiliers usagés de tenir un registre comportant une description des objets mis en vente et les éléments d'identification des vendeurs. Le Code pénal prévoit, en outre, certaines formes que doivent revêtir les livres de police.

Afin d'assurer une meilleure efficacité aux enquêtes judiciaires en matière de lutte contre le trafic des biens volés, **il semble opportun d'adapter les dispositions précitées afin de permettre aux sociétés de courtage en ligne de procéder à la tenue d'un livre de police.** Les informations figurant dans ce livre de police pourront provenir notamment des données nominatives communiquées par le vendeur et l'acheteur lors de leur inscription, du descriptif et de la photographie des biens communiqués par le vendeur, ainsi que les données de connexion relatives à cette annonce.

En outre, une réflexion devra également avoir lieu sur le délai de conservation de ces informations. En effet, aux termes de l'article R. 321-6 du Code pénal, le registre de police doit être conservé pendant le délai de cinq ans à compter de sa clôture. Or, en matière de données informatiques, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, impose une durée maximale de conservation d'un an pour les données de connexion, qui seront ensuite accessibles aux autorités judiciaires et douanières.

En effet, ce délai est jugé insuffisant en matière de biens culturels, notamment, par les autorités douanières qui peuvent faire des contrôles *a posteriori* pendant les trois années qui suivent l'année en cours et donc avoir besoin de ces informations dans le cadre de leur enquête.

### ***Publicité préalable de la vente***

L'article L. 321-11 du Code du commerce prévoit que chaque vente volontaire doit donner lieu à une publicité appropriée. En pratique, cette obligation est remplie dès

lors que les annonces sont diffusées sur les sites internet des courtiers en ligne durant toute la période d'enchères qui varie entre trois et dix jours. En outre, les annonces sont également facilement consultables à l'aide des moteurs de recherche extérieurs qui peuvent également conserver en mémoire pendant plusieurs mois une annonce.

Dans ces conditions, **aucune obligation supplémentaire ne semble devoir être mise à la charge de la société de courtage en ligne en la matière.**

#### ***Lutte contre les réseaux organisés***

Les articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier imposent à tout acteur se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquité et d'œuvres d'arts, de déclarer les sommes soupçonnées de provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles.

Dès lors que **la société de courtage** est susceptible d'organiser la vente d'œuvres d'art, elle **est tenue de procéder à la déclaration de telles sommes soupçonnées de provenir d'activités criminelles organisées.**

#### ***Renforcer la coopération entre courtiers en ligne, ministère de la Culture et autorités judiciaires***

Afin d'améliorer les moyens de lutte contre le trafic illicite de biens culturels, **un renforcement de la coopération entre les sociétés de courtage, le ministère de la Culture et les services du ministère de l'Intérieur devrait avoir lieu notamment au travers de la mise en œuvre d'outils techniques et informatiques.**

En particulier, l'Office central de lutte contre le trafic des biens culturels (OCBC) a développé une base de données (base TREIMA) répertoriant la description et la photographie de l'ensemble des biens culturels signalés comme volés. Créée en 1995 et regroupant plus de 15 000 dossiers, la base contient pour chaque bien une description physique du bien, la circonstance de la disparition et une ou plusieurs reproductions photographiques.

Afin de permettre une meilleure identification des objets volés qui pourraient être mis en vente sur des sites de courtage en ligne, une coopération pourrait prendre appui sur la base TREIMA. Ainsi, il pourrait être souhaitable d'associer à cette base de données un système de reconnaissance image/image permettant d'opérer une comparaison entre la photographie stockée de l'objet déclaré volé et les images mises en ligne par les vendeurs au titre de la description de l'objet vendu. Utilisé par les autorités judiciaires en matière de lutte contre le développement de contenus pédopornographiques, cette application permettrait à l'OCBC d'automatiser partiellement une vérification de licéité des biens mis en vente sur les sites de courtage en ligne.

Enfin, dans un souci de renforcement de cette coopération judiciaire, des sociétés de courtage en ligne proposent aux différentes administrations intéressées la possibilité de créer une page d'information à destination de leurs utilisateurs.

## Dispositions diverses en matière de droit de suite et de droit fiscal

### **Application du droit de suite**

Aux termes des articles L. 122-8, R. 122-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, les auteurs, sous réserve de certaines formalités, ont droit à percevoir un pourcentage du produit de la vente d'une œuvre d'art dès lors que cette vente est faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant. Néanmoins, malgré l'intervention d'un décret d'application fixant les conditions de perception du droit de suite lors d'une vente aux enchères publiques, il n'est pas possible de procéder de même pour les ventes réalisées par l'intermédiaire d'un commerçant. En effet, aucun texte d'application n'est intervenu en la matière <sup>200</sup>.

Il est à noter, néanmoins, que la directive 2001/84/CE du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale qui doit être transposée avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, modifie partiellement le régime du droit de suite. Selon ce texte: «*Le droit s'applique à tous les actes de revente dans lesquels interviennent en tant que vendeurs, acheteurs ou intermédiaires des professionnels du marché de l'art, tels les salles de vente, les galeries d'art et, d'une manière générale, tout commerçant d'œuvres d'art*».

Le droit de suite devrait être ainsi perçu dans le cas de transactions réalisées sous la forme de ventes aux enchères publiques. Concernant les transactions réalisées par l'intermédiaire de courtiers aux enchères, une telle perception ne sera soumise qu'à la condition de reconnaître aux courtiers la qualité de «*commerçant d'œuvres d'art*».

Dans tous les cas, la directive précise que: «*La personne redevable du droit est en principe le vendeur*». Néanmoins, les États membres ont la possibilité de prévoir des dérogations à ce principe pour ce qui est de la responsabilité du paiement en permettant que le vendeur ou la personne, au nom de laquelle la vente est conclue soit redevable de ce droit.

### **Taxe forfaitaire sur la plus-value de certains biens**

L'article 150 Vbis du Code général des impôts précise que les ventes de bijoux, d'objets d'art, de collection et d'antiquité par des particuliers sont soumises, sauf pour certaines exonérations, à une taxe de 4,5 % lorsque leur montant excède 5 000 €, et que les ventes de métaux précieux par des particuliers sont soumises à une taxe de 7,5 % dès le premier euro. L'article 1600.0 K du Code général des impôts précise que les ventes de ces mêmes biens sont soumises également au paiement d'une contribution de 0,5 % perçue dans les mêmes conditions. La responsabilité du paiement de ces taxes et de ces contributions porte sur le vendeur, mais le professionnel qui organise la vente peut être tenu à une obligation d'information.

**Le Forum des droits sur l'internet estime que les sociétés de courtage en ligne peuvent être tenues, en la matière, à une obligation d'information vis-à-vis des**

---

<sup>200</sup>. Cette carence des pouvoirs publics a permis à des artistes d'engager la responsabilité de l'État devant les juridictions administratives. Le Conseil d'État a ainsi jugé que «*le gouvernement avait l'obligation d'assurer la pleine application de cet article en prenant dans un délai raisonnable les dispositions réglementaires nécessaires à sa mise en œuvre*» (CE, 9 avril 1993, n° 122623, Société des auteurs et arts visuels, D. 1993, IR p. 146; RTDCom. 1993, p. 511, obs. Françon).

vendeurs ou des acheteurs du bien quant au paiement d'une taxe forfaitaire sur la plus-value de certains biens.

### **L'adoption d'une définition autonome du bien culturel**

Concernant l'élaboration d'une définition de la notion de « biens culturels », **le Forum estime nécessaire que soit adoptée une définition autonome des biens culturels prenant en considération les objectifs de protection du patrimoine national culturel et historique, la sécurité juridique des transactions dans ce domaine particulier et la protection des cocontractants.**

À l'instar du Conseil des ventes volontaires et de l'avis de toutes les personnes qualifiées entendues par le groupe de travail, **il semble possible de reprendre les définitions littérales des biens culturels des catégories prévues à l'annexe du décret modifié n° 93-124 du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation.** Toutefois, il conviendrait de redéfinir certaines catégories en fonction des autres critères distinctifs retenus pour éviter d'englober dans la notion de biens culturels des biens présentant des caractéristiques culturelles au sens large, mais qui ne correspondent pas pour autant à des œuvres ou objets d'art ou encore à des objets de collection pour reprendre une terminologie classique.

Le Forum considère que **ces définitions doivent être précisées par des seuils financiers et d'ancienneté adaptés** aux objectifs de la loi et distincts de ceux du décret de 1993.

Dans son avis du 19 septembre 2002, le Conseil des ventes volontaires avait écarté la mise en œuvre de critères reposant sur des seuils financiers pour restreindre le champ d'application de toute définition des biens culturels pour des raisons pratiques et juridiques. Notamment, il faisait observer que la détermination d'un régime juridique reposerait dans ce cas sur les estimations plus ou moins sérieuses des internautes. En outre, il soulignait que ce critère de sélection obligerait les gestionnaires du site, pour se conformer à la loi, à interrompre brutalement le mécanisme des enchères en ligne dès lors que le bien, estimé par son propriétaire à une valeur inférieure aux seuils retenus, atteindrait par le jeu des enchères le seuil à partir duquel serait applicable un autre régime d'activité professionnelle.

Pour autant, le Forum n'a pas souhaité écarter *a priori* l'application d'un critère fondé sur une valeur financière des biens culturels. En effet, il convient, tout d'abord, de relever que la législation sur la circulation des biens culturels repose pour partie sur des notions de biens culturels qui prennent en compte les estimations et déclarations des propriétaires de biens culturels fournies à l'occasion des demandes de certificat de circulation depuis 1993 et ce, sans difficultés majeures sous cet aspect.

En outre, il est apparu que le risque de modification du régime juridique au cours de la vente n'apparaissait pas certain. En effet, dès lors que des internautes s'engagent dans un processus d'enchères sur un site de courtage en ligne, ces derniers se trouvent placés dans une phase précontractuelle. Le régime juridique applicable à la vente sera donc celui applicable au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire postérieurement au dépôt des différentes offres par les internautes et au choix d'une offre par le vendeur.

Il est à noter que parmi les recommandations émises par le Forum, certaines ont vocation à s'appliquer indépendamment de la nature du bien (obligations d'information et de vérification de l'identité du vendeur). À l'inverse, d'autres obligations spécifiques aux biens culturels (droit de préemption, obligation de recours à un tiers de confiance pour certains montants, etc.) n'interviennent qu'une fois le montant de la vente connu et donc une fois la nature du bien établi. Dans ces conditions, l'application d'un régime spécifique à l'occasion de la vente d'un bien qualifié de culturel n'a pas d'incidence dès lors que les obligations spécifiques ne rétroagissent pas sur la phase précontractuelle.

Par ailleurs, les sites de courtage qui ne voudraient pas relever de ce nouveau régime applicable aux biens culturels conserveraient ainsi la possibilité d'interrompre la phase précontractuelle, sous réserve de prévoir une telle faculté dans leurs conditions générales d'utilisation.

Enfin, et dans la pratique, les dispositifs techniques permettent d'opérer un contrôle efficace du mécanisme des enchères à partir de seuils préalablement déterminés. En effet, les auditions des conservateurs et responsables du ministère de la Culture ont montré que les sociétés de courtage en ligne sous forme d'enchères avaient des difficultés à mettre en œuvre les critères de définition fixés par l'annexe au décret de 1993 dès lors qu'ils sont dépourvus de seuil financier, tels que les objets archéologiques ou les archives.

Par ailleurs, **il est apparu au Forum que les seuils financiers devraient être revus** et, en particulier, fixés à des montants inférieurs à ceux retenus dans le décret de 1993 pour les catégories assorties d'un tel critère. En effet, les valeurs très élevées de ces seuils dans le décret précité ne peuvent être reprises à l'identique pour la détermination d'un secteur d'activité de transactions de biens culturels par nature plus large que celui des biens culturels soumis à la procédure de délivrance du certificat de circulation. À cet égard, il faut rappeler que cette réglementation a justement pour objectif de contrôler la circulation des biens qui au regard de leurs caractéristiques et de leur valeur peuvent être reconnus comme des trésors nationaux et « *présentant un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie* »<sup>201</sup>. À l'inverse, les dispositions du Code de commerce souhaitent procéder à une protection, non seulement du patrimoine national, mais également des cocontractants visant ainsi un domaine de transactions plus important que celui encadré par les dispositions du Code du patrimoine en matière d'exportation.

De même, il est apparu souhaitable, afin de mieux circonscrire les catégories actuellement dépourvues de seuil financier et en vue de limiter le volume de transactions sources de litiges, d'adopter un seuil minimum, même peu élevé, pour certaines catégories.

**S'agissant du critère d'ancienneté, le Forum est d'avis qu'en dépit de son caractère subjectif et partial puisque dépendant des déclarations du propriétaire vendeur, il peut être utilement retenu.** Les critères d'ancienneté devront être spécifiques à chaque catégorie de biens culturels et permettre de donner une définition qui

---

201. Article L. 111-1 du Code du patrimoine.

soit à la fois suffisamment large pour recouvrir tous les biens qui par leur nature et leur valeur patrimoniale ont vocation à être soumis à un régime de vente particulier, mais suffisamment restreinte pour ne pas englober des biens culturels courants qui peuvent être négociés dans le cadre du commerce électronique avec les garanties du droit commun.

Le Forum n'a pas considéré possible de retenir le critère de passage en vente publique avec catalogue pour les œuvres d'art originales proposé par le Conseil des ventes volontaires dans son avis. En effet, ce critère n'apparaît pas suffisamment discriminant pour délimiter un régime de protection des ventes de biens culturels, en particulier pour des catégories telles que les livres ou les objets décoratifs. Par ailleurs, sa mise en œuvre se heurte à de sérieuses difficultés qui tiennent à la fois à l'absence de limitation territoriale du critère et à l'impossibilité de connaître avec certitude les passages antérieurs en ventes publiques, en particulier pour les biens culturels édités en série limitée.

Pour mettre en œuvre ces quelques principes directeurs, dégagés par le Forum, il convient d'affiner les critères retenus pour les différentes catégories de biens culturels. Ce travail devra être réalisé avec l'ensemble des services du ministère de la Culture en concertation avec l'ensemble des acteurs intéressés du courtage en ligne (courtiers aux enchères, antiquaires, marchands de tableaux, galéristes, etc.) dans le cadre d'un travail spécifique. À cette fin, il est souhaitable que le Forum soit saisi du projet de texte par les autorités ministérielles afin de procéder à un travail de concertation entre les pouvoirs publics et les acteurs intéressés.

## **Conclusion : les modalités de mise en œuvre**

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, et notamment en l'absence de notification de la loi du 10 juillet 2000 aux autorités communautaires et d'adoption d'une définition des biens culturels en application de l'article L. 321-3 du Code de commerce, le dispositif mis en place par ce Code demeure lettre morte. Pour autant, **le Forum demeure soucieux de la nécessité d'avoir un encadrement spécifique de la commercialisation des biens culturels notamment par l'intermédiaire de plates-formes de courtage en ligne.**

Dans ces conditions, le Forum invite les autorités à procéder aux consultations nécessaires permettant d'adapter les dispositions du Code du commerce existantes en matière de ventes aux enchères de biens culturels aux activités de courtage en ligne conformément aux recommandations émises précédemment.

Une définition des « biens culturels », s'appuyant sur les critères proposés par le Forum, devrait également être prise par voie réglementaire. Le Forum devrait être saisi du projet de décret afin d'organiser une concertation entre les services du ministère de la Culture et les acteurs intéressés.

L'ensemble de ces dispositions devrait, préalablement à leur adoption ou à leur examen par le Parlement, être notifié aux services de la Commission européenne afin qu'ils puissent porter une appréciation sur leur compatibilité avec le droit communautaire.

Dans l'attente de ces modifications législatives et réglementaires souhaitables, **le Forum préconise que ses recommandations d'application immédiate puissent constituer une charte de bonne conduite des différents acteurs du courtage en ligne.**

En particulier, le Forum invite ces acteurs à :

- prendre les mesures nécessaires afin d'identifier les vendeurs ainsi que de conserver les éléments techniques permettant l'identification des acheteurs ;
- informer les vendeurs et acheteurs des dispositions du décret du 3 mars 1981, des dispositions relatives à la taxe forfaitaire sur la plus-value de certains biens, de la législation et de la réglementation applicable en matière de circulation et d'exportation de biens culturels ;
- renforcer la coopération entre les sociétés de courtage en ligne, les autorités judiciaires et les services intéressés du ministère de la Culture.

**Ces recommandations s'appliquent à l'ensemble des biens culturels** mis en vente sur les sites de courtage en ligne susceptibles d'accueillir des biens entrant dans les catégories fixées par l'annexe modifiée au décret de 1993. **Elles ne sont pas incompatibles avec l'absence d'une définition consensuelle des biens culturels** dès lors soit qu'elles sont issues d'obligations inhérentes à l'activité de courtage, soit qu'elles participent au renforcement de la confiance des utilisateurs en ces échanges. Enfin, elles ne nécessitent aucune modification législative ou réglementaire pour trouver application.

Une fois une définition élaborée, et sous réserve de l'intervention des modifications législatives et réglementaires nécessaires, les autres recommandations (tenue d'un registre des biens mobiliers sous forme dématérialisée, possibilité pour les services du ministère de la Culture d'exercer le droit de préemption, obligation de recourir à un tiers de confiance pour les opérations supérieures à 3 000 €) pourraient trouver application dans le domaine des biens culturels.

Enfin, il paraît nécessaire également qu'une **réflexion globale soit menée afin d'adopter une réglementation générale applicable à l'ensemble des acteurs de la vente de biens culturels** (sociétés de ventes volontaires, antiquaires, brocanteurs, courtiers en ligne, etc.) reposant, notamment, sur les objectifs de protection du patrimoine national et de lutte contre le trafic des biens culturels.

En effet, les auditions menées par le Forum ont montré que certains acteurs étaient favorables à une modification de notre droit en la matière destiné à dépasser la simple problématique de la vente aux enchères et du courtage en ligne de biens culturels sous forme d'enchères. L'objectif recherché serait de procéder une protection juridique des biens culturels qui ne peuvent être saisis par notre droit de la même manière que les autres biens mobiliers ou immobiliers.

En matière de commerce électronique, une telle conception serait permise dès lors que la directive du 8 juin 2000 prévoit, en son article 2, explicitement que «*le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que : les exigences applicables aux biens en tant que tels*». C'est, en particulier, dans cet objectif que les recommandations précédentes ont été élaborées, s'appliquant de manière indifférenciée aux opérations de courtage à prix fixe ou sous forme d'enchères.

## **Annexe 1**

### **Composition du groupe de travail**

**Agnès AUDIER**, vice-présidente, Groupe Havas.

**Françoise BRICCHI**, chargée de mission pour les questions de droit privé, sous-direction des affaires juridiques, ministère de la Culture et de la Communication.

**Pierre CORNETTE DE SAINT-CYR**, commissaire-priseur.

**Isabelle FALQUE-PIERROTIN**, présidente du conseil d'orientation, Forum des droits sur l'internet.

**Sophie HALMAGRAND**, Direction générale des douanes et des droits indirects, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

**Patrick HENRIOT**, sous-direction des professions judiciaires et juridiques, Direction des affaires civiles et du Sceau, ministère de la Justice.

**Edmond HONORAT**, conseiller d'État, président de la Commission consultative des trésors nationaux.

**Éric SCHMIDT**, directeur des relations institutionnelles, Compagnie européenne d'intelligence stratégique (CEIS).

**Axel THONIER et Marie-José BOURGOIN**, Direction générale de la concurrence, consommation et répression des fraudes, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

La coordination des travaux était assurée par **Benoît TABAKA**, chargé de mission au Forum, rapporteur du groupe.

## Annexe 2

### Personnes auditionnées par le groupe de travail

**Frédéric ALTENBOURGER**, juriste, société eBay France.

**Antoine BEAUSSANT**, groupe «Ventes aux enchères électroniques», Conseil des ventes volontaires.

**Irène BIZOT**, groupe «Ventes aux enchères électroniques», Conseil des ventes volontaires.

**Monique BOURLET**, chef du bureau du mouvement des œuvres et de l'inventaire, Direction des musées de France, ministère de la Culture et de la Communication.

**Grégory BOUTTE**, directeur général, société eBay.

**Marie CORNU**, directeur de recherche au CNRS, équipe droit de la culture et de la recherche.

**André CRESPO**, commandant de police, Office central de lutte contre le trafic des biens culturels.

**Sylvie FLEURY**, directrice générale, société Aucland – QXL France.

**Judith KAGAN**, chef du bureau du patrimoine mobilier et instrumental, Direction de l'architecture et du patrimoine, ministère de la Culture et de la Communication.

**Frédéric SERVELLE**, juriste, société Aucland – QXL France.

Lors d'un déplacement organisé dans les locaux de eBay en Allemagne le 17 septembre 2003, des membres du groupe de travail ont rencontré :

**Grégory BOUTTE**, directeur général eBay France.

**Bénédicte DELEPORTE**, directeur juridique eBay France.

**Frédéric ALTENBOURGER**, juriste eBay France.

**Pierre EMOND**, directeur assistance clients Europe.

**Nicolas WALTMANN**, responsable assistance clients France.

**Léo JEAN**, coordinateur surveillance du site.

**Geoffrey BRIGHAM**, Directeur juridique Europe.

**Chris COLGAN**, directeur confiance & sécurité Europe.

**Stéphanie DUTOYA**, superviseur confiance & sécurité France.

**Nezha FENNOUH**, superviseur lutte contre la fraude France.

**Vincent GUILBERT**, chargé des filtres français.

**Sébastien DEDIEU**, équipe confiance & sécurité France.

Le rapporteur du groupe de travail a également entendu :

**Laurence MAUGIER-VIELPEAU**, maître de conférences à l'université de Caen.

**Lionel THOUMYRE**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet, en charge du secteur «responsabilité des intermédiaires».

Enfin, le groupe de travail tient à remercier les services de la Commission européenne et en particulier **Margot FROEHLINGER** et **Pia LINDHOLM** pour les réponses apportées à ses interrogations.



### Annexe 3 Tableau comparatif entre les dispositions applicables aux ventes aux enchères électroniques et au courtage en ligne

Objectifs	Texte	Ventes aux enchères électroniques	Courtage en ligne	Qui est responsable de la bonne exécution ?
<b>PROTECTION DU CONSOMMATEUR – DES PARTIES AU CONTRAT</b>				
Identification du vendeur et de l'acheteur	Article L. 321-9 du Code du commerce.	Les sociétés de ventes volontaires doivent dresser un procès-verbal indiquant les nom et adresse de l'acheteur, l'identité du vendeur et la désignation de l'objet.	Aucune obligation d'identification du vendeur et de l'acheteur ne pèse sur les sociétés de courtage en ligne. Une identification de l'acheteur et du vendeur est néanmoins possible au travers des données de connexion conservées. Les sociétés de courtage en ligne s'orientent également vers une vérification de plus en plus précise de l'identité de l'acheteur (mot de passe adressé à son domicile par voie postale). Voir aussi l'application du Code de la consommation (ci-après).	Les sociétés de ventes volontaires sont seules débitrices de ces obligations.
Expertise du bien	Article L. 321-8/321-9 du Code du commerce.	Les sociétés de ventes volontaires doivent comprendre une personne ayant la qualification requise pour diriger une vente. Seule cette personne peut la diriger. Ces sociétés peuvent avoir recours à un expert qui sera solidairement responsable en cas d'erreur.	Pas de présence d'une personne « qualifiée » pour donner un avis sur le bien mis en vente.	L'obligation pèse sur la société de vente volontaire.
Information du consommateur	Décret n° 81-255 du 3 mars 1981.	Les vendeurs habituels ou occasionnels de biens culturels sont soumis à certaines obligations en matière d'information de l'acheteur sur la nature et l'auteur de l'œuvre. Le professionnel peut être tenu en outre à une obligation d'information à la matière.	Les vendeurs habituels ou occasionnels de biens culturels sont également soumis à ces obligations. Le courtier en ligne est susceptible d'être tenu à une obligation d'information.	L'obligation porte sur les vendeurs. Les intermédiaires (SVV, courtage) conservent une obligation d'information.

Objectifs	Texte	Ventes aux enchères électroniques	Courtage en ligne	Qui est responsable de la bonne exécution ?
Application de la protection instituée par le Code de la consommation en matière de vente à distance	Article L. 121-18 à L. 121-20 du Code de la consommation.	Aux termes de l'article L. 121-17, les contrats conclus à distance lors d'une vente aux enchères (cas de la vente aux enchères électroniques) ne sont pas soumis à ces dispositions.	Selon ces dispositions, le vendeur professionnel est tenu à une obligation d'information et d'identification sur la page de présentation du produit mis en vente. Vis-à-vis du professionnel, le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation de sept jours qui est sanctionné pénalement en cas de refus de remboursement. Néanmoins, cette protection ne s'applique pas lorsque le vendeur n'est pas professionnel (vendeur occasionnel).	L'obligation d'identification pèse sur le vendeur professionnel.
<b>PROTECTION DU PATRIMOINE NATIONAL</b>				
Protection du patrimoine national vis-à-vis des exportations	Décret n° 93-124 du 23 janvier 1994 imposant aux propriétaires des biens ou à leur mandataire de demander un certificat pour l'exportation de biens culturels.	Ce texte s'impose aux vendeurs.	Ce texte s'applique aux vendeurs en matière de courtage en ligne.	L'obligation pèse sur les vendeurs.
Obligation d'information sur les dispositions du décret n° 93-124	Principe général issu du Code civil.	Les professionnels sont tenus d'informer le consommateur des dispositions du décret n° 93-124.	Une telle obligation d'information pourrait être reconnue par le juge dans le cadre de la relation contractuelle qui existe entre le courtier en ligne et le vendeur.	L'obligation d'information pèse sur les intermédiaires (courtage, SVV).
Responsabilité pénale en cas de délit d'exportation sans autorisation	Article 399 du Code des douanes: la responsabilité pèse sur ceux qui ont un intérêt direct à la fraude, qui ont coopéré volontairement ou qui ont couvert les agissements.			Les intermédiaires (SVV, courtiers) peuvent voire leur responsabilité pénale engagée dès lors que les conditions de l'infraction sont réunies.

Objectifs	Texte	Ventes aux enchères électroniques	Courtage en ligne	Qui est responsable de la bonne exécution ?
Intégration de biens culturels au sein du patrimoine national	Article L. 123-1 du Code du patrimoine.	Information préalable du ministère de la Culture au moins quinze jours avant la vente. Possibilité pour le représentant du ministère de la Culture d'exercer ce droit de préemption dans les 4 heures qui suivent la vente électronique.	Pas d'information préalable des services du ministère de la Culture. Pas de possibilité d'exercer le droit de préemption, ce dernier ne s'appliquant qu'aux ventes aux enchères publiques.	L'obligation d'information des services du ministère de la Culture pèse sur la société de ventes volontaires.
<b>LUTTE CONTRE LE TRAFIC DES BIENS VOLÉS</b>				
Registre de police	Article L. 321-10 du Code de commerce renvoyant aux dispositions des articles 321-7 et 321-8 du Code pénal.	Les sociétés de ventes volontaires doivent tenir jour par jour un registre sur lequel sont inscrits les procès-verbaux des ventes.	Les sociétés de courtage n'opèrent pas de tenue d'un livre de police dans les formes requises par ces articles. Néanmoins, aux termes de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, elles conservent – pendant une durée maximale d'un an – les données de connexion. Ces données sont notamment accessibles aux autorités judiciaires et douanières.	Les sociétés de ventes volontaires sont seules débitrices de ces obligations.
Publicité préalable de la vente	Article L. 321-11 du Code du commerce.	Chaque vente volontaire doit donner lieu à une publicité appropriée. Elle permet notamment aux services du ministère de la Culture d'opérer un contrôle des œuvres mises en vente.	Les sociétés de courtage n'opèrent pas de formalité de publicité. Néanmoins, en pratique, les annonces sont diffusées sur les sites internet des courtiers en ligne durant toute la période d'enchère qui varie entre trois et dix jours. Les annonces sont également consultables par les moteurs de recherche.	Les sociétés de ventes volontaires sont seules débitrices de ces obligations.

Objectifs	Texte	Ventes aux enchères électroniques	Courtage en ligne	Qui est responsable de la bonne exécution ?
S'assurer de la bonne formation et exécution du contrat	L'article L. 321-14 du Code du commerce.	Ce texte rend responsable les sociétés de ventes volontaires responsables à l'égard du vendeur et de l'acheteur de la représentation du prix et de la délivrance des biens dont elles ont effectué la vente. Elles ne peuvent se dégager contractuellement de cette responsabilité.	Agissant comme intermédiaire, les sociétés de courtage ne garantissent ni paiement du prix, ni livraison. Néanmoins, certaines sociétés invitent leurs clients à recourir à des solutions de tiers de confiance pour des achats élevés.	Les sociétés de ventes volontaires sont seules débitrices de ces obligations (en leur qualité de mandataire).
Action en annulation	Article 1641 du Code civil: vice caché. Action pour erreur sur la substance.	Ces deux actions peuvent être entreprises en matière de vente aux enchères même conclue sous forme électronique. Dans tous les cas, l'action en annulation doit être dirigée contre le vendeur et non l'organisateur de la vente. La jurisprudence admet la possibilité de diriger une telle action contre l'organisateur dès lors que ce dernier a connaissance de l'identité du vendeur et refuse de la délivrer.	Ces deux actions peuvent être entreprises en matière de vente conclue sous la forme d'un courtage en ligne.	Ces droits sont offerts aux acheteurs.
<b>DISPOSITIONS DIVERSES</b>				
Association de l'artiste au bénéfice d'une éventuelle plus-value: «le droit de suite»	Article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle, complétée par les articles R. 122-1 et suivants du même Code.	Les auteurs, sous réserve de certaines formalités, ont droit à un % du produit de la vente d'une offre dès lors que cette vente est faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant.	Cette disposition ne peut s'appliquer aux ventes réalisées par l'intermédiaire d'un commerçant (cas du courtage) en l'absence de la parution du décret d'application.	Les sociétés de ventes volontaires sont seules débitrices de ces obligations.

Objectifs	Texte	Ventes aux enchères électroniques	Courtage en ligne	Qui est responsable de la bonne exécution ?
Nouveau régime du « droit de suite »	Directive 2001/84/CE du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale (transposition avant le 1 <sup>er</sup> janvier 2006).	« Le droit s'applique à tous les actes de revente dans lesquels intervient en tant que vendeurs, acheteurs ou intermédiaires des professionnels du marché de l'art, tels les salles de vente, les galeries d'art et, d'une manière générale, tout commerçant d'œuvres d'art ». La disposition s'applique aux SVV.	Le droit de suite pourrait être perçu dans le cas de transactions réalisées sur des sites de courtage en ligne dès lors que l'on reconnaît à ces acteurs la qualité de « commerçant d'œuvres d'art ».	« La personne redevable du droit est en principe le vendeur. Les États membres devraient avoir la possibilité de prévoir des dérogations à ce principe pour ce qui est de la responsabilité du paiement. Le vendeur est la personne ou l'entreprise au nom de laquelle la vente est conclue ».
Taxe forfaitaire sur la plus-value de la vente de certains biens	Article 150 V bis du Code général des impôts : les ventes de bijoux, d'objets d'art, de collection et d'antiquité sont soumises à une taxe de 4,5 % lorsque leur montant excède 5 000 €. Certaines exonérations sont prévues.	Le professionnel organisateur de la vente est tenu à une obligation d'information.	La société de courtage peut être tenue à une obligation d'information.	La responsabilité du paiement de la taxe pèse sur le vendeur. Les intermédiaires (SV, courtier) peuvent être tenus à une obligation d'information.
Déclaration des sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite	Article L. 562-1 du Code monétaire et financier et suivants.	Obligation de déclaration des sommes susceptibles de provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées.	Si on estime que la société de courtage organise la vente d'œuvres d'art : obligation de déclaration des sommes susceptibles de provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées.	La responsabilité porte sur les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'œuvres d'art.

# Le télétravail en France

*Recommandation publiée le 14 décembre 2004*

## Introduction

Les réflexions autour du télétravail sont apparues dès les années quatre-vingt et ont été notamment théorisées par le rapport de Thierry Breton en 1993. Ces réflexions ont évolué avec le développement des technologies de l'information et de la communication, la notion de télétravail s'étant beaucoup nuancée et diversifiée. **Le télétravail rencontre, aujourd'hui, un regain d'actualité qui s'explique principalement en raison de quatre facteurs.**

Tout d'abord, l'évolution technologique et des prix. Le développement de l'équipement informatique des foyers, des accès à haut débit et des technologies sans fil permet une dissémination croissante des applications intégrées, facilitant le travail coopératif et le travail à distance. Plus de 43 % des foyers ont aujourd'hui un ordinateur contre 36 % en 2002 ; la France a doublé en un an le nombre d'abonnés au haut débit, le portant à 6 millions fin 2004 ; 95 %, enfin, des entreprises sont aujourd'hui connectées. Ces nouveaux outils permettent de travailler à distance de manière plus confortable et en dehors des locaux habituels de l'entreprise.

Ensuite, en raison des évolutions économiques et organisationnelles des entreprises. Ces dernières font face, de plus en plus, à un environnement très concurrentiel, au plan national ou international, qui leur impose des adaptations, voire des restructurations permanentes. Dans un tel contexte, le travail à distance peut apparaître comme une des solutions permettant de répondre avec souplesse à cette obligation constante d'ajustement, un des outils de flexibilité, permettant, par exemple, de gérer une réorganisation géographique en conservant des compétences au sein de l'entreprise.

L'évolution des mentalités est également un des facteurs de croissance du travail à distance. Si les Trente Glorieuses ont consacré le travail se déroulant presque entièrement au sein de la même entreprise, les années récentes ont illustré la fragilité des carrières individuelles et les risques de perte d'emploi. Ces difficultés de nature « économiques » se conjuguent à une réorientation croissante des individus et des valeurs vers la sphère individuelle. Ces éléments conduisent certains salariés à une recherche plus forte d'équilibre entre leur vie privée et leur vie professionnelle. Exercer une activité professionnelle ne se déroulant plus exclusivement au sein du lieu de travail traditionnel peut répondre à cette aspiration, notamment pour les plus jeunes salariés.

La dernière raison est celle liée à une actualité sociale significative : le 16 juillet 2002 a été signé par le CES, l'UNICE/UEAPME et le CEEP un accord-cadre européen sur le télétravail. Cette signature est la première expression d'un véritable accord entre

partenaires sociaux au niveau européen <sup>202</sup> et, même s'il ne présente pas de caractère juridique contraignant, il incite les partenaires sociaux, au plan national, à réfléchir sur les règles à adopter.

**La conjonction de ces différents éléments entraîne un développement du télétravail qui concerne de plus en plus d'entreprises et de salariés.** Le télétravail change ainsi d'échelle et de nature. Si, jusqu'à présent, il est encore traditionnellement développé au sein de certaines entreprises et réservé à certaines catégories de salariés, en particulier les cadres, on peut néanmoins faire l'hypothèse qu'avec l'actuel déploiement des TIC, tant au sein des entreprises que chez les particuliers, le télétravail tendra à se développer dans de nombreux secteurs d'activité et concernera de plus en plus l'ensemble des catégories de salariés.

Or, si les entreprises et les salariés perçoivent les opportunités de ce développement, ils en ignorent souvent les difficultés, voire les risques. Le télétravail se développe en effet souvent de manière spontanée ce qui peut créer des inconvénients réels pour l'ensemble des acteurs.

L'enjeu est donc de mettre en place un environnement de confiance permettant de valoriser, pour les entreprises comme pour les salariés, les opportunités liées au télétravail. **C'est l'objet de la mission confiée, le 28 juillet 2003, par le ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité au Forum des droits sur l'internet.**

## **Méthodologie suivie**

Le Forum des droits sur l'internet a composé un **groupe de travail interdisciplinaire**, constitué de juristes, sociologues, praticiens du télétravail au sein des entreprises et de représentants des administrations concernées (liste des membres en annexe 2).

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 au télétravail mais aussi d'entreprises, de collectivités locales ou encore d'organismes publics ayant ou souhaitant mettre en place cette forme d'organisation du travail.

Parallèlement à ces auditions, le groupe de travail a souhaité élargir le domaine des consultations et expériences. Pour cela le Forum a mis en place, sur son site internet, un **appel à témoignages** (synthèse des contributions en annexe 4).

Enfin, une **comparaison internationale** a été menée à travers une demande de contributions faite aux services sociaux de nos ambassades.

---

**202.** L'accord-cadre européen sur le télétravail a été signé le 16 juillet 2002 par les partenaires sociaux européens – CES (Confédération européenne des syndicats de salariés), UNICE/UEAPME (Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe), CEEP (Centres européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général).

## **Le rôle des partenaires sociaux**

**Une négociation collective doit prochainement s'ouvrir entre les partenaires sociaux** pour transposer l'accord-cadre européen sur le télétravail. Cet accord est le premier à être mis en œuvre par la voie volontaire visée à l'article 139 du traité sur l'Union européenne. Il ne débouche pas ainsi sur une directive devant être transposée en droit interne par les États mais sur un accord collectif qui sera mis en œuvre selon les procédures et pratiques spécifiques aux partenaires sociaux nationaux.

**Les travaux du groupe n'ont évidemment pas pour intention de se substituer à cette négociation ni d'en préempter les résultats.** La négociation va se dérouler selon le calendrier et les modalités que les partenaires sociaux fixeront. Les recommandations émises n'ont comme objectif que de présenter des pistes de réflexion à même d'éclairer utilement tous les acteurs.

**Dans cette perspective, le groupe a tenu à associer les partenaires sociaux à ses réflexions.** Les différentes organisations professionnelles et syndicales ont ainsi été auditionnées et ont pu réagir sur les différentes propositions formulées.

## **Champ de l'étude**

À titre liminaire, le groupe de travail s'est intéressé à la terminologie employée. La lettre de mission fait référence au terme de «e-travail» or les nombreuses auditions ont montré que la signification de ce mot était controversée. Elle semble viser tout travail organisé autour d'un réseau fonctionnant à l'aide des technologies de l'information et englober ainsi l'ensemble des modifications qu'entraîne l'apparition des nouvelles technologies dans l'entreprise. Or, le groupe de travail a souhaité mener une réflexion sur les seules modalités de travail distant qu'autorisent les nouvelles technologies. Par ailleurs, l'ensemble des interlocuteurs rencontrés utilise le terme de «télétravail», qui correspond à celui de l'accord-cadre européen signé sur le sujet.

**En conséquence, le groupe de travail a préféré utiliser le terme de télétravail plutôt que celui de «e-travail».**

En outre, le groupe de travail a souhaité préciser sa définition du télétravail afin de circonscrire le champ de ses réflexions.

L'accord-cadre européen sur le télétravail définit le télétravail comme *«une forme d'organisation du travail et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière»* <sup>203</sup>.

Des définitions plus larges ont pu être retenues. Ainsi, le projet européen «EMERGENCE» dont l'objectif était de cerner le e-travail et qui s'est intéressé aux pratiques des entreprises installées en Europe, a défini le e-travail comme *«tout type de travail qui fait usage d'outils de traitement de l'information et de télécommunications pour en livrer le produit à un employeur ou un client distant»*.

---

**203.** Article 2 «Définition et champ d'application» de l'accord-cadre européen sur le télétravail.

Le groupe de travail, quant à lui, estime que **le télétravail peut être défini comme étant le travail qui s'effectue, dans le cadre d'un contrat de travail, au domicile ou à distance de l'environnement hiérarchique et de l'équipe du travailleur à l'aide des technologies de l'information et de la communication.**

Le groupe de travail a donc volontairement inscrit sa réflexion dans le cadre du salariat. Certes, le travail à distance peut également prendre la forme d'un travail indépendant dans lequel les technologies de l'information facilitent le contact entre le donneur d'ordres et son prestataire. Mais il lui a semblé que ce n'étaient pas les seules nouvelles technologies qui devaient susciter une évolution des modes d'emploi, lesquelles relèvent des choix de l'entreprise. C'est pourquoi, les travaux du groupe ont été menés dans le cadre d'une relation de travail inchangée.

Le rapport a été soumis à l'ensemble des membres du Forum des droits sur l'internet et adopté par le conseil d'orientation du Forum dans sa séance du 22 novembre 2004.

## **Plan du rapport**

Afin d'informer les entreprises et leurs salariés, le présent rapport dresse un état des lieux des pratiques de télétravail en France et à l'étranger ainsi que le profil du télétravailleur français.

Ces pratiques permettent de se rendre compte des potentialités qu'offre le télétravail mais aussi des actuelles interrogations qu'il suscite tant auprès des salariés que des employeurs.

Le Forum a souhaité répondre à de telles interrogations en proposant un environnement de confiance à même de favoriser le développement du télétravail en France.

## **Le télétravail: état des lieux**

Des formes très différentes de télétravail salarié

Les auditions ont montré que quatre formes différentes de télétravail salarié existent.

### **Le télétravail en réseau au sein de l'entreprise dans des locaux géographiques distincts**

Dans ce cas de figure, le salarié est localisé dans un site géographique mais il relève d'un manager localisé dans un autre site, voire travaille dans une équipe relevant d'un autre site. Les nouveaux outils techniques (réseau intranet, messagerie, agenda partagé, *groupware*) permettent la formation d'une équipe virtuelle établie sur différents sites.

Cette évolution peut se faire de deux manières.

Dans certains cas, le télétravail s'organise dans des locaux géographiques qui ne sont pas dédiés à cet effet. Certaines entreprises permettent ainsi à certains salariés de rester dans leurs locaux traditionnels tout en travaillant sous le contrôle d'une hiérarchie et avec une équipe installée dans un autre site de l'entreprise. Une telle solution permet ainsi de réorganiser l'entreprise sans imposer un déménagement des salariés. Elle offre également une réponse adaptée et souple aux désirs de localisation de certains salariés.

Dans d'autres cas, le télétravail se met en place dans des locaux dédiés à cet effet. Certaines entreprises ont ainsi mis en place des centres de proximités pour leurs salariés autour de Paris. Ce choix est inspiré par la volonté de limiter les temps de trajet des salariés et de rationaliser les investissements immobiliers de l'entreprise. Il apparaît ainsi plus efficient de prévoir des sites répartis dans la périphérie parisienne pour des populations commerciales amenées à se déplacer pour aller à la rencontre de leurs clients.

Une telle organisation ne modifie pas fondamentalement le lien qui existe entre le salarié et l'entreprise. Elle a, en revanche, une incidence réelle en terme d'organisation des équipes de travail et de management.

### **Le télétravail dans des locaux partagés par plusieurs entreprises**

Dans ce cas de figure, le salarié de l'entreprise travaille à distance de son équipe dans des télécentres où sont également présents des salariés d'autres entreprises. Il y dispose d'un poste de travail à partir duquel il peut aisément communiquer avec son entreprise.

Une telle organisation peut créer un sentiment de plus grande distance entre l'entreprise et le salarié. Celui-ci peut se sentir moins intégré au sein de son équipe, voire de l'entreprise elle-même, puisqu'il ne travaille plus au sein de ses locaux. En revanche, elle ne modifie pas en profondeur la relation du salarié au travail. Celle-ci continue de se réaliser dans un temps et un lieu déterminé, distinct de la vie privée du salarié.

### **Le télétravail nomade**

Tout en conservant un poste de travail physique au sein de l'entreprise, le salarié peut utiliser les technologies de l'information et les outils de travail mobiles pour travailler depuis n'importe quel lieu. Ceci a comme incidence de « nomadiser » le travail de nombreux salariés, qui, jusque-là, était considéré comme ne pouvant s'exercer que dans les locaux de l'entreprise.

Néanmoins, pour certaines catégories de salariés, il ne s'agit pas d'une forme de travail inédite. Les commerciaux ou les agents techniques d'intervention ont toujours pratiqué le travail nomade. Pour ces métiers, les technologies de l'information ne font que faciliter ces formes de travail et le contact avec l'entreprise.

Cependant, tous les salariés ne perçoivent pas le développement de ces nouveaux outils comme une évolution neutre pour l'organisation du travail. En effet, les nouvelles technologies peuvent entraîner un contrôle plus approfondi de l'employeur

par l'utilisation des fonctionnalités des nouveaux outils (par exemple en permettant la géolocalisation des intervenants). Cette mobilité peut également entraîner une distension du lien avec l'entreprise en rendant moins nécessaire le passage dans ses locaux puisque certaines tâches qui devaient auparavant s'effectuer sur le lieu de travail peuvent maintenant être réalisées n'importe où. Il en va ainsi, par exemple, des commerciaux qui rédigent directement leurs comptes rendus sur leur ordinateur portable pour les expédier par courrier électronique à leur entreprise. Ils passeront donc moins de temps au sein des locaux communs.

### **Le télétravail à domicile**

Le salarié peut travailler à domicile grâce aux nouvelles technologies puisqu'il peut avoir accès plus facilement à son environnement de travail.

Les auditions ont néanmoins montré qu'il convient de distinguer clairement trois situations.

En premier lieu, le télétravailleur peut travailler de façon exclusive à son domicile; ceci de façon permanente ou pour une période de temps limitée (par exemple pour s'occuper d'une personne malade). Le télétravailleur pourra passer de manière ponctuelle dans les locaux de l'entreprise lorsqu'il est salarié ou bien rencontrer des clients. Mais son lieu de travail sera de manière prédominante son domicile.

En deuxième lieu, le travail peut s'effectuer en partie à domicile. Dans ce cas, le télétravailleur conserve un lien plus important avec son environnement de travail en alternant une présence domicile/bureau. Dans la plupart des expériences mentionnées lors des auditions, le télétravail s'organise autour de cette deuxième modalité, le salarié ne travaillant à son domicile que deux ou trois jours par semaine; le reste du temps, il travaille dans les locaux de l'entreprise. Cette forme de travail a souvent été appelée travail «télépendulaire», en alternance dans les locaux de l'entreprise et à domicile.

Enfin, certaines sociétés sont organisées entièrement autour du télétravail à domicile. Ainsi, lors d'une des auditions, une entreprise a indiqué au groupe de travail qu'elle ne possédait pas de locaux; les réunions ayant lieu dans des salles louées pour l'occasion. La plupart des réunions restaient virtuelles (avec audio et partage d'applications); l'ensemble des salariés ayant été recruté dès l'origine pour ne travailler qu'à domicile.

### **Le télétravail en France se développe lentement et de manière différenciée**

Jusqu'à présent, il n'existait pas d'évaluation chiffrée et détaillée sur le télétravail en France. Les seules données provenaient d'études globales sur le travail distant menées à l'échelle européenne. C'est pourquoi le Forum des droits sur l'internet a souhaité qu'une étude approfondie sur le télétravail soit conduite, pour la première fois, en France. Pour ce faire le Forum a demandé à la DARES (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques) du ministère du Travail de cerner

statistiquement la population des télétravailleurs français <sup>204</sup> (l'étude complète figure en annexe 5).

### **La progression du télétravail en France est lente mais régulière**

L'étude demandée par le Forum des droits sur l'internet à la DARES permet d'estimer le nombre de télétravailleurs en France à 7 % de la population active salarié. Parmi cette population, le télétravail à domicile concerne 2 % des salariés (soit 440 000 personnes) et le télétravail nomade 5 % (soit 1 100 000 personnes).

Ces chiffres permettent de constater que la progression du télétravail en France est lente mais régulière. Les données chiffrées provenant des études européennes estimaient en effet qu'en 2003 la France comptait environ 6 % de télétravailleurs <sup>205</sup> et en 2001, 5,6 % <sup>206</sup>.

### **Le télétravail se développe dans un cadre largement informel**

Les auditions et travaux menés par le Forum permettent de constater que le télétravail se pratique en France dans un cadre encore largement informel. En effet, le télétravail se met souvent en place de façon ponctuelle pour répondre à des situations individuelles. En s'organisant ainsi de manière spontanée, le télétravail n'est que rarement formalisé par un contrat de travail en bonne et due forme.

### **Un phénomène qui concerne aujourd'hui surtout les « cols blancs »**

Il est difficile de dresser un profil type du télétravailleur car, comme on l'a vu, il existe différentes formes de télétravail. L'étude susmentionnée a néanmoins permis de dégager un certain nombre d'indications. Six caractéristiques principales peuvent se dégager.

#### **Les télétravailleurs sont principalement des cadres**

Le télétravail concerne essentiellement des salariés qualifiés. Ainsi, pratiquement aucun ouvrier et peu d'employés peuvent être considérés comme des télétravailleurs.

Près de la moitié des télétravailleurs à domicile sont des ingénieurs ou des cadres et pour un tiers des professions intermédiaires. Ainsi, 10 % des cadres peuvent être considérés comme des télétravailleurs à domicile (4 % fixes, 6 % alternants), mais seulement 2 % des professions intermédiaires (respectivement 1 % et 1 %).

---

**204.** La DARES s'est appuyée sur « l'Enquête permanente sur les conditions de vie (EPCV-INSEE) » sur la période 1999-2003 Cette enquête, réalisée chaque année en octobre, comprend un questionnement utile sur les conditions de travail, la localisation de l'activité de travail et l'usage de l'informatique.

**205.** L'étude SIBIS (*Statistical Indicators Benchmarking the Information Society*) a montré qu'en 2003 la France comptait environ 6 % de télétravailleurs (4 % de télétravail à domicile et 2 % de télétravail nomade). Il est intéressant de noter que ce pourcentage est établi à partir des données portant sur les télétravailleurs à domicile et les télé-travailleurs nomades.

**206.** En 2001, l'étude commandée par l'Union européenne (Eurobarometer) estimait que 5,6 % des salariés français étaient en situation de télétravail.

Le télétravail nomade concerne encore plus les salariés qualifiés puisque la moitié de ces télétravailleurs sont des ingénieurs ou cadres, et un cinquième seulement appartient à des professions intermédiaires. Le télétravail nomade est pratiqué par 20 % des cadres, 9 % des professions intermédiaires et 3 % des employés.

#### **Les télétravailleurs sont surtout des hommes**

Les femmes sont minoritaires parmi les télétravailleurs: elles représentent 43 % des télétravailleurs à domicile (soit deux points de moins que leur part dans la population salariée). Il convient de noter que la probabilité qu'une femme soit télétravailleuse à domicile ne dépend pas du fait qu'elle ait des enfants ni du nombre d'enfants, ce qui contredit l'hypothèse, parfois avancée, selon laquelle le télétravail serait favorisé par le souhait des femmes de pouvoir mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale.

#### **Les télétravailleurs nomades sont majoritairement en CDI à temps plein**

Les télétravailleurs nomades sont plus souvent en contrat à durée indéterminée (CDI) à temps plein (90 %) que l'ensemble des salariés en France (74 %). En revanche, en ce qui concerne les télétravailleurs à domicile, on ne peut faire de lien entre le statut de l'emploi et le recours au télétravail. En effet, ils peuvent tout autant être en CDI à temps plein ou à temps partiel qu'en contrat précaire (contrat à durée déterminée ou intérim).

#### **Les télétravailleurs exercent principalement dans le secteur financier et les services aux entreprises**

Deux secteurs se distinguent par une utilisation plus intensive du télétravail: le secteur financier (banques et assurances), avec 3 % de télétravailleurs à domicile et 9 % de télétravailleurs nomades; et surtout les services aux entreprises qui comptent 4 % de télétravailleurs à domicile et 16 % de télétravailleurs nomades. Du fait de leur relativement faible proportion de cadres, le BTP, le commerce, les services aux particuliers et les transports sont nettement en retrait; l'industrie et l'administration se situent dans la moyenne.

#### **Les télétravailleurs bénéficient d'horaires plus souples mais aussi plus longs**

Les télétravailleurs ont des horaires plus souples. Ainsi, chez les cadres, 57 % des télétravailleurs à domicile et 53 % des télétravailleurs nomades déterminent librement leurs horaires de travail, contre 35 % des cadres ordinaires. Il convient néanmoins de noter que cette liberté s'accompagne souvent de débordements du travail sur le temps familial. Les télétravailleurs sont beaucoup plus nombreux à signaler travailler la nuit, le samedi ou le dimanche. Les plus concernés sont les salariés travaillant en partie à domicile: 20 % d'entre eux signalent travailler «habituellement» la nuit<sup>207</sup> (contre 10 % des autres salariés).

---

<sup>207</sup>. C'est-à-dire après 22 heures et avant 6 heures; il ne s'agit pas de travail posté en horaires alternants, puisque aucun télétravailleur ne déclare faire de tels horaires.

### **Les télétravailleurs sont bien insérés dans leur emploi**

Les télétravailleurs sont bien insérés dans leur entreprise ou leur collectif de travail (cf. «Les télétravailleurs nomades sont majoritairement en CDI à temps plein» *supra*). Ils sont ainsi plus nombreux que les autres salariés à avoir reçu une formation au cours des douze derniers mois (par exemple, 47 % des nomades contre 28 % des salariés ordinaires). De plus, il semble qu'ils ne souffrent pas non plus d'un isolement social particulier: les salariés travaillant en partie à domicile signalent plus souvent (63 %) fréquenter des collègues hors du travail que les autres salariés (52 %). Enfin, les auditions ont montré que cette bonne insertion peut également s'expliquer par le fait que le télétravail est le plus souvent fondé sur du volontariat et concerne davantage les salariés ayant de l'ancienneté.

### **Quelques entreprises pilotes**

Le télétravail est formellement mis en place au sein de quelques grandes entreprises dans des secteurs bien déterminés.

La mise en place «formelle» du télétravail est surtout le fait de quelques entreprises de taille importante et dépendant majoritairement de secteurs bien identifiés tels que les services aux entreprises, les télécoms ou encore l'informatique. Parmi ces entreprises on peut, par exemple, citer EDF-GDF, IBM France, France Télécom ou encore Accenture France. Ces entreprises ont formalisé la mise en place du télétravail par le biais de charte ou d'avenant au contrat de travail.

**EDF et GDF** ont, dans le cadre d'une concertation avec les représentants des fédérations syndicales, élaboré un référentiel d'entreprise (juillet 2001) intitulé «Principes applicables au télétravail dans les unités d'EDF et Gaz de France». Ce référentiel reconnaît l'utilisation du télétravail comme mode d'organisation et comme une réponse possible aux besoins permanents d'adaptation et à la gestion des multiples implantations locales. De plus, une «convention de mise en télétravail» a été instaurée; elle comporte les conditions d'exercice du télétravail <sup>208</sup> (durée, lieu, conditions matérielles, etc.).

Le développement du télétravail à EDF et Gaz de France est associé à de nombreux enjeux allant de l'amélioration des performances et la réduction des coûts à l'innovation sociale (diminution des temps de trajets, amélioration des conditions de vie des personnels, responsabilisation et autonomie) en passant par la recherche de l'intérêt général (aménagement du territoire, développement économique local, environnement). Pour EDF-GDF, la particularité du télétravail réside d'ailleurs dans cette recherche d'équilibre entre intérêts particuliers et intérêt général, qui permet de mutualiser les ressources et de répondre au plus près aux besoins des agents, tout en accroissant les rendements.

**IBM France** a mis en place depuis 1999 un «programme mobilité» qui donne la possibilité de travailler d'un à trois jours par semaine dans un site dit de proximité. Le site de proximité est une solution intermédiaire entre le tout télétravail à domicile et le

---

**208.** Sur 150 000 agents, 8 000 sont en situation de télétravail.

travail traditionnel en entreprise. Cette initiative dont les réflexions ont démarrées dès 1994, était prise parce qu'IBM souhaitait optimiser son parc immobilier dont les coûts vont croissants et que les employés demandaient à améliorer leur ratio vie privée/vie professionnelle en réduisant les temps de transports.

La mise en place du « programme mobilité » a été formalisée par l'édiction d'une « charte de la mobilité ». Elle rappelle les règles de bonne conduite à tenir pour respecter la vie privée des collaborateurs, leur charge de travail ou encore la réversibilité du télétravail. De plus, un modèle d'échange de courrier interne formalise le passage à la mobilité en rappelant, en particulier, la limite des trois jours par semaine hors du bureau.

IBM France a estimé que le bilan est positif<sup>209</sup> mais que le télétravail suppose un changement des mentalités et que les employés aient une grande autonomie dans leur travail. Il est en effet nécessaire que leur supérieur hiérarchique leur fasse confiance et que cette confiance soit réciproque; ce qui sous-entend une évolution des mentalités et des cultures. Enfin, IBM France estime que, pour que ce système s'implante, il faut que les lieux de proximité soient attractifs pour compenser la tendance naturelle qui consiste à aller auprès des collègues et des managers. C'est pourquoi dans chacun de ces sites se trouve un secrétaire d'accueil ou encore des restaurants ou des parkings.

**France Télécom** a créé dès 1997 une Direction de projet télétravail au sein de la Direction de l'innovation et des nouveaux usages, en 2002 cette direction a été confiée à la Direction des ressources humaines<sup>210</sup>.

Des bénéfices liés au télétravail ont été constatés tant par les salariés que par la direction. Les salariés estiment bénéficier de gain de temps (en ne repassant pas au bureau notamment) et d'une meilleure gestion de leur travail (possibilité de travailler en différé). Pour la direction, les salariés sont plus réactifs (réponse quasi instantanée aux courriels) et plus productifs (plus de rendez-vous par jour). Enfin, le télétravail permet également d'économiser des mètres carrés de bureau.

Dès 1997, les aspects juridiques du télétravail ont été abordés, avec l'élaboration d'un cadre juridique pour le travail à domicile (alterné principalement) destiné à préciser les obligations réciproques des salariés, de leur encadrement et de l'entreprise. Ce cadre juridique se traduit par un avenant au contrat de travail ou « protocole d'accord de télétravail » cosigné entre le salarié et son manager.

---

**209.** En 1999, 1 500 salariés utilisaient cette organisation du travail en fréquentant régulièrement un ou plusieurs des huit sites de proximité. Fin 2003, 3 500 salariés ont passé en moyenne 1,5 jour par semaine dans ces sites. De façon globale, il est estimé que, sur les 13 100 salariés d'IBM France, 5 000 ont des fonctions compatibles avec la mobilité.

**210.** Il est estimé que, sur des effectifs globaux de 130 000 salariés en France, environ 17 000 (13 000 cadres et 4 000 non cadres) sont en situation de télé-travail. France Télécom couvre toutes les formes de travail à distance par le biais des TIC (travail dans des bureaux de passage, à domicile ou sur les chantiers). Les cadres télé-travaillent majoritairement de façon alternée (en moyenne un à deux jours par semaine à domicile). Les techniciens non-cadres travaillent en mobilité client/chantier à l'aide d'outils de type PDA (*Personal Digital Assistant* ou Assistant numérique personnel) ou téléphone WAP.

**Accenture France** a mis en place un programme de télétravail en 2002 (projet *Great Place to Work*). Ce projet, fondé sur le volontariat, prévoit notamment qu'il ne peut y avoir de télétravail à temps plein, le maximum autorisé étant de deux jours par semaine ; ces jours doivent être choisis d'un commun accord avec la hiérarchie.

Les salariés souhaitant télétravailler signent un avenant au contrat, nommé «avenant pour le télétravail», dans lequel les conditions du télétravail sont prévues.

Sur les 3 200 salariés d'Accenture France, on ne compte qu'une cinquantaine de télétravailleurs. Les métiers concernés (outre quelques consultants) sont plus particulièrement les fonctions de support tels que les documentalistes, juristes ou encore les contrôleurs de gestion. De fait, le télétravail est le plus souvent pratiqué pour faciliter une reprise d'activité «en douceur» (maternité, longue maladie ...).

**Quelques PME** sont allées plus loin et se sont organisées entièrement autour du télétravail, sans bureaux. C'est le cas, par exemple, de la société Mayetic, éditrice de logiciels et spécialisée en espaces de travail collaboratifs où les vingt-cinq salariés travaillent entièrement à leur domicile.

## Une quasi-absence du secteur public

### En tant qu'employeur

L'administration n'a pas souhaité développer une politique de télétravail volontaire pour ses propres services qui aurait pu être à l'origine d'une dynamique plus large. Ainsi, les exemples de télétravail réalisés au sein de la fonction publique sont rares (rectorat de l'académie de Bordeaux, Office national du lait, Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé principalement) et le plus souvent menés à l'initiative des agents eux-mêmes.

On peut néanmoins noter l'élaboration d'un guide d'information sur le télétravail au sein de la fonction publique élaboré par la Direction générale de l'administration et de la fonction publique ainsi que l'existence des protocoles d'accord sur le télétravail à domicile <sup>211</sup>.

### En tant que politique publique

Le rôle des pouvoirs publics dans le développement du télétravail apparaît relativement faible. En effet, il n'y a pas eu de politique globale en faveur du télétravail. L'action des pouvoirs publics a été essentiellement menée dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire. Des projets visant à soutenir le développement économique et la compétitivité des territoires sont apparus en effet dans les années quatre-vingt-dix avec la volonté de développer les télécentres. Ils n'ont cependant eu qu'un succès relatif. En effet, il n'avait pas été suffisamment pris en compte le fait que le télétravail est avant tout un outil au service de la stratégie et de l'organisation de l'entreprise. L'appel à projets télécentres, récemment lancé par la DATAR, devrait

---

<sup>211</sup>. Par exemple : «*Protocole d'accord sur le télétravail à domicile ou dans tout autre local à usage d'habitation*» mis en place par le rectorat de l'académie de Bordeaux dès 1994.

néanmoins s'inscrire dans cette perspective et apporter un soutien effectif aux territoires <sup>212</sup>.

## Le développement international du télétravail

À l'initiative du Forum des droits sur l'internet, et dans le cadre de la lettre de mission, une enquête a été menée par les conseillers sociaux et les missions économiques situés au sein des pays de l'Union européenne ainsi qu'aux États-Unis, Canada et Japon. Cette enquête permet de replacer la situation française dans un contexte plus large.

Les résultats permettent ainsi de constater que, contrairement à une idée reçue, les Français ne télétravaillent pas moins que nombre de leurs voisins européens. En effet, le taux de télétravailleurs en France se situe dans une moyenne haute au côté de l'Allemagne et du Royaume-Uni; les pays scandinaves ayant une pratique du télétravail plus développée. En revanche, un certain nombre de partenaires sociaux européens ont déjà négocié la transposition de l'accord-cadre et la plupart des pays européens mènent des politiques publiques plus dynamiques en faveur du télétravail.

## Des pratiques de télétravail différentes selon les pays

Il convient, à titre liminaire, de considérer avec prudence les chiffres disponibles sur le télétravail. Ces chiffres proviennent souvent de sondages plus ou moins fiables ou ne sont pas actualisés. En outre, rares sont les pays qui ont réellement mis en place un système statistique permettant de mesurer le télétravail, terme qui est de plus défini selon des bases et des concepts différents selon les pays.

Les données de l'enquête permettent néanmoins de se faire une idée de l'état du télétravail au sein des ces différents pays.

Il n'y a pas de définition légale du télétravail au Royaume-Uni. Le télétravail est considéré par les pouvoirs publics comme une «*méthode de travail*» utilisant des technologies informatiques pour permettre aux gens d'exercer leur emploi loin d'un environnement traditionnel de travail. La seule enquête officielle sur le télétravail a été réalisée par le ministère chargé des relations du travail et date du printemps 2001. Elle fournit néanmoins des informations assez détaillées sur la réalité du télétravail au Royaume-Uni. À l'époque de l'enquête 2,2 millions de personnes pratiquaient le télétravail, soit 7,4 % de la population active. Le nombre de télétravailleurs a ainsi augmenté d'environ 70 % entre 1997 et 2001. Cette progression doit toutefois être relativisée puisqu'un récent sondage <sup>213</sup> estimait, qu'en 2004, le Royaume-Uni comptait 1,9 million de télétravailleurs, soit 6,9 % de la population active salariée.

---

**212.** Les Comités interministériels pour la société de l'information (CISI) du 10 juillet 2003 et d'aménagement et de développement du territoire (CIADT) du 3 septembre 2003 ont décidé le lancement d'un appel à projets «Télécentres Téléactivités». Cet appel à projets a été confirmé lors du CIADT du 14 septembre 2004. Il sera piloté par la DATAR.

**213.** Sondage UK, *Labour Force Survey*, printemps 2004. Parmi les 1 930 000 télé-travailleurs, 440 000 travaillent au domicile (soit 1,6 % des salariés britanniques)

En Allemagne, le télétravail a été défini par les pouvoirs publics comme étant une «*activité s'appuyant sur les techniques de communication et d'information, qui s'exerce sous la forme d'une place de travail située totalement ou partiellement en dehors du lieu de l'entreprise. La place de travail est reliée à l'entreprise par un moyen de communication électronique*». Le nombre de télétravailleurs était estimé à 2,2 millions de personnes en 2003, soit 6,5 % de la population active.

En Suède, le ministère suédois de l'Industrie, du Travail et des Communications estime que plus de 10 % de la population active, soit environ 450 000 personnes, travaillent «à distance» sur une base plus ou moins régulière. Ce chiffre apparaît stable depuis une dizaine d'années. Le télétravail concerne principalement les salariés qui travaillent en alternance au bureau et au domicile.

En Espagne, les seules données officiellement disponibles concernent les salariés travaillant dans le cadre d'un contrat de télétravail. Leur nombre est estimé à 27 500, soit 0,2 % du nombre total de salariés. Par ailleurs, il est généralement avancé que 5 % de la population active pourrait être considérée comme télétravailleurs au sens large du terme (salariés domicile et nomades mais aussi indépendants).

En Irlande, une enquête du *Central Statistics Office* réalisée en 2002 estimait à environ 40 000 le nombre de télétravailleurs à domicile, soit 2,3 % de la population active <sup>214</sup>. Il convient de préciser que cette enquête excluait les télétravailleurs nomades.

En Autriche, le télétravail est compris comme étant comme du travail alterné domicile/bureau avec un à deux jours maximum de présence au domicile. Les seules statistiques concernant le télétravail proviennent d'un sondage effectué en 2002 où il était estimé que 3,9 % des salariés étaient en télétravail alterné.

Aux États-Unis, on constate que les données officielles concernant le télétravail sont presque inexistantes et qu'elles ne concernent que le télétravail à domicile. La dernière enquête officielle date de 2001 : on estimait le nombre d'Américains exerçant leur activité à domicile au moins une fois par mois à 25 millions, parmi lesquels 20 millions au moins une fois par semaine. En 2001, seulement 3,4 millions de salariés avaient conclu un accord formalisé avec leur employeur sur ce sujet soit environ 4 % de la population active. Depuis, selon une étude menée en 2003 par un cabinet privé pour l'association américaine de télétravail, il était estimé que 24 millions de salariés et 23 millions de travailleurs indépendants auraient travaillé au moins une fois par mois à domicile.

Au Canada, en l'absence de statistiques officielles relatives au télétravail, des associations ont mené des études. Selon le Centre francophone d'informatisation des organisations (CEFRIO), le Canada est passé de 1993 à 2002 de 600 000 à 1,5 million de télétravailleurs. En 2001, le consultant canadien Ekos a mené un sondage qui estimait que 11 % des Canadiens travaillent principalement depuis leur domicile.

Au Japon, on estimait, en 2002, que quatre millions de personnes effectuaient plus de 8 heures de télétravail par semaine, soit 5,7 % de la population active salariée. L'association *Japan Telework Association* estime que le nombre de télétravailleurs japonais sera de 4,5 millions en 2005. Le ministère du Travail définit le télétravail

---

214. Cf. [www.cso.ie/publications/labour/qnhsteleworking.pdf](http://www.cso.ie/publications/labour/qnhsteleworking.pdf).

comme une « *méthode de travail qui, grâce à l'utilisation des moyens d'information et de télécommunication, n'est pas soumise à des conditions d'exercice liées au lieu et la durée du travail* ».

### **L'absence de cadre législatif particulier mais une mise en œuvre fréquente de l'accord-cadre européen**

Dans la plupart des pays concernés, il n'existe pas de cadre législatif particulier pour le télétravail. En revanche, certains pays se sont dotés de codes de bonne conduite, parfois inspirés de l'accord-cadre européen.

Ainsi, même si au Royaume-Uni il n'y a pas de cadre juridique spécifique du télétravail, le Gouvernement s'est engagé à ce que le télétravail suive les principes de l'accord-cadre européen. Il a ainsi publié en septembre 2003, conjointement avec le TUC (confédération des syndicats), le CBI (confédération des employeurs) et le CEEP UK (employeurs du secteur public), un guide de conseils concernant le télétravail. Ce guide<sup>215</sup> n'a pas de caractère réglementaire mais tire sa force de l'engagement des partenaires sociaux à le faire respecter. Il explique comment mettre en œuvre l'accord-cadre dans le contexte britannique et constitue ainsi une référence, non obligatoire, pour les relations dans le cadre du télétravail.

De même en Irlande, un code de bonne conduite sur le télétravail a été élaboré et largement diffusé bien avant l'existence de l'accord-cadre.

En Allemagne, même s'il n'existe pas de contrat type pour le télétravail, les pouvoirs publics recommandent une liste d'éléments à prendre en considération lors de la négociation du contrat de travail. Ces éléments stipulent, entre autre, qu'il convient de préciser le début et la fin du télétravail, de réglementer les horaires de travail et la protection des données ou encore qu'il est possible d'abandonner le télétravail. En ce qui concerne l'accord-cadre, la Fédération allemande des employeurs (BDA) et la Confédération allemande des syndicats (DGB) ont fait une déclaration commune invitant les partenaires sociaux à la négociation et décidant son application. En pratique tous les secteurs sont visés, sous réserve que le travail s'y prête. Les salariés du secteur public et du secteur privé sont concernés.

En Suède, les partenaires sociaux ont signé une déclaration commune en mai 2003 recommandant que les fédérations et les entreprises utilisent l'accord-cadre européen pour favoriser le télétravail. Il revient ainsi aux fédérations et aux entreprises d'intégrer les éléments qu'ils souhaitent dans les conventions collectives déjà existantes. Les partenaires sociaux s'engagent à présenter aux syndicats européens concernés, d'ici le 31 décembre 2005, les mesures prises pour favoriser le télétravail au niveau des branches, des entreprises ou au sein des administrations.

Dans d'autres États membres de l'Union européenne, les syndicats et le patronat ont également entamé le processus de mise en œuvre de l'accord-cadre européen. En Italie, le texte de l'accord-cadre a été traduit et adopté en 2004. Au Danemark, pays pionnier en la matière, il n'a pas été estimé utile de transposer l'accord-cadre dans la mesure où celui-ci a été largement inspiré par les pratiques en vigueur dans ce pays.

---

215. Cf. [www.dti.gov.uk/er/individual/telework.pdf](http://www.dti.gov.uk/er/individual/telework.pdf).

Au Japon, le ministère de la Santé et du Travail a récemment élaboré en mars 2003 un guide non impératif afin de clarifier la situation des télétravailleurs au regard de la loi en vigueur.

### **Des interventions des pouvoirs publics plus actives qu'en France**

En Irlande, les pouvoirs publics ont créé en 1998 le *National Advisory Council on Teleworking* (NACT) dans le but d'informer le public et de développer le télétravail. Le NACT a élaboré un «Code de pratique du télétravail». Début 2004, le Gouvernement a mis en place des mesures pour le travail à domicile afin que les télétravailleurs puissent trouver un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie privée. Pour ce faire, il a été créé un Comité national dirigé par le ministère de l'Entreprise, du Commerce et de l'Emploi.

En Allemagne il existe une forte volonté de la part des pouvoirs publics pour développer le télétravail. Depuis 1996, le Gouvernement fédéral a ainsi multiplié les programmes et initiatives en faveur du télétravail. Le programme *telearbeit*, lancé en 1996, concernait les applications liées aux nouvelles formes de travail apparues avec les TIC. De 1996 à 1999, le ministère de l'Économie a mis au point un programme intitulé «*telearbeit fuer den Mittelstand*» (télétravail pour les PME) pour aider ces dernières à s'adapter aux nouvelles formes de travail. En 2001, une brochure intitulée *Le télétravail, guide pour la pratique d'un travail flexible*, a été diffusée par le ministère de l'Économie. Depuis trois ans, toutefois, le télétravail ne constitue plus une priorité pour le gouvernement fédéral car il semble admis que le sujet est connu et banalisé.

Au Japon, le plan «e-Japan strategy 2», lancé en juillet 2003, prévoit notamment le développement du télétravail au Japon en vue de la «réalisation d'une société créative disposant de méthodes de travail variées», l'objectif étant de porter la part des télétravailleurs à 20 % de la population active d'ici 2010.

Certains pays ont développé une politique active d'accompagnement du télétravail dans la fonction publique. Au Canada, le secrétariat du Conseil du trésor, qui exerce le rôle d'employeur de la fonction publique fédérale, a instauré une «politique de télétravail» qui est entrée en vigueur le 9 décembre 1999. Les ministères ont l'obligation d'évaluer, à intervalles réguliers, la mise en œuvre de cette politique. Aux États-Unis, un programme ambitieux de télétravail a été mis en place dans les agences fédérales. L'organisme en charge de ce programme au sein de la fonction publique (*General Services Administration*) souhaite favoriser le développement du télétravail dans la fonction publique et l'implantation de télécentres.

### **Le développement du télétravail : potentialités et interrogations**

En l'absence d'études, sur l'impact du télétravail sur les entreprises et les employés, il se dégage néanmoins, au terme des auditions menées par le groupe de travail les potentialités et les interrogations décrites ci-dessous.

Le télétravail offre un certain nombre de potentialités

## **Les potentialités pour les entreprises**

### **Le télétravail pourrait offrir des gains de productivité**

Certaines entreprises ont montré que le télétravail à domicile peut engendrer des gains de productivité. Un télétravailleur à domicile bien intégré dans son équipe de travail apparaît plus productif (choix des plages horaires, organisation de son temps, concentration plus grande, réduction de l'absentéisme). De même, l'utilisation des technologies mobiles permettrait aux télétravailleurs nomades d'avoir une meilleure efficacité. Elle permettrait aux équipes commerciales ou aux équipes d'intervention technique d'avoir un respect plus strict des horaires, une prise de rendez-vous plus flexible et une réponse plus rapide aux besoins des clients. Le travailleur nomade peut également bénéficier en temps réel d'informations et avoir la possibilité de mettre en réseau des compétences dispersées sur le territoire pour lui offrir un service adapté.

Enfin, le télétravail offrirait une gestion plus souple de l'emploi en permettant à l'entreprise de faire face à des restructurations de locaux dictées par des impératifs de concurrence.

### **Le télétravail permettrait des gains dans le domaine immobilier**

Le télétravail pourrait également permettre des gains dans le domaine immobilier. Ce point est avéré chez IBM France où le développement de centres de proximité a permis de réduire le coût de l'immobilier d'entreprise, principalement dans des centres urbains congestionnés. Par ailleurs, de notables gains d'espace y ont ainsi été réalisés, peu de salariés ayant encore un bureau personnel attribué.

De même, la mise en place du télétravail pourrait logiquement permettre de faire travailler au sein d'une même équipe des experts maintenus en région au lieu de les regrouper à Paris, ce qui peut entraîner des gains d'espace importants.

### **Le télétravail pourrait engendrer des gains d'ordre social**

Le télétravail instauré de manière réfléchie et négociée pourrait contribuer au bien-être social de l'entreprise et influencer sa notation en matière de Responsabilité sociale des entreprises (RSE). Cette pratique, certes encore récente, devrait être appelée à se développer <sup>216</sup>. Dans cet esprit, la possibilité pour un salarié qui le désire de pouvoir exercer son activité en télétravail pourrait devenir un critère intéressant dans le cadre de la politique socio-environnementale de l'entreprise et, à ce titre, être intégrée dans le groupe des informations « sociales internes » de l'entreprise.

---

**216.** L'article 116 de la loi sur les « nouvelles régulations économiques » de 2001, demande aux entreprises cotées de droit français de fournir des informations sociales et environnementales dans leurs rapports annuels. Son décret d'application du 20 février 2002 énumère les critères sociaux et environnementaux, qui doivent être fournis. On peut distinguer un premier groupe de trente-deux informations « sociales internes » (effectifs, formation, hygiène, sécurité, parité, handicapés etc.), un second portant sur l'impact territorial de l'activité (filiales, sous-traitants, lien au territoire, soit huit rubriques) et un troisième portant sur l'environnement (vingt-huit rubriques).

Le télétravail permettrait aussi de faire évoluer la culture managériale de l'entreprise en modifiant la mesure de l'activité du salarié. Avec cette nouvelle forme d'organisation du travail, le temps de travail devient un indicateur moins pertinent pour mesurer la contribution du salarié. Le télétravail permettrait ainsi de mettre en place de nouvelles formes d'évaluation des résultats en fonction des objectifs.

Offrir la possibilité de télétravailler, notamment à domicile, serait enfin une manière de montrer une image moderne de l'entreprise et ainsi d'attirer les compétences d'un nombre croissant de jeunes salariés soucieux de trouver un équilibre entre leur vie professionnelle et leur vie privée. Les auditions menées par le Forum ont d'ailleurs montré que les jeunes diplômés sont sensibles à cet aspect au moment de l'embauche.

## **Les potentialités pour les salariés**

### **Une meilleure qualité de vie**

Le télétravail peut avoir comme avantage de permettre une autonomie dans le travail et la possibilité de travailler à son rythme. Dans ce cas, le télétravail apporterait au salarié une souplesse plus importante dans l'organisation de son travail (gestion autonome, choix des plages de travail ...).

Le télétravail à domicile ou alterné permet, en général, de réduire les temps de transport entre le domicile et le lieu de travail, notamment dans les grands centres urbains. Ce gain de temps occasionnerait une diminution en conséquence non seulement des coûts de transports mais aussi du stress lié au retard éventuel. Cette diminution des temps de transport pourrait également influencer sur l'habitat du télétravailleur. La diminution des trajets pourrait être l'occasion de choisir un logement plus éloigné du siège de l'entreprise offrant un espace plus important.

Enfin, le télétravail pourrait permettre au salarié de développer sa vie familiale, sociale ou associative et lui offrir une réponse adaptée si, pour des raisons personnelles, il doit être davantage présent à son domicile (pour s'occuper d'une personne âgée, d'un enfant ...).

### **Une adaptation aux changements de l'entreprise**

Le télétravail semble également être une réponse appropriée à un changement de situation du salarié; celui-ci pourrait s'adapter plus facilement à une réorganisation interne de l'entreprise. En effet, le salarié qui se verrait proposer une nouvelle affectation mais qui ne souhaiterait pas déménager pourrait profiter du télétravail, soit en travaillant à domicile de façon alternée, soit en travaillant dans un centre situé à proximité de chez lui.

### **L'accès au travail des salariés handicapés**

Enfin, le développement des technologies de l'information permettrait de faciliter l'accès au travail des personnes handicapées. En effet, le télétravail faciliterait l'adaptation du poste de travail suivant la nature ou l'évolution du handicap. Cette évolution du poste de travail qui n'impose plus la présence physique régulière du salarié sur le lieu de travail, ouvre de nouvelles possibilités en matière d'accès à l'emploi ou de création

d'activité. Pour les personnes à mobilité réduite le télétravail à domicile devient alors souvent l'unique moyen d'accéder à une activité professionnelle. D'autres peuvent utiliser le télétravail alterné afin de conserver un lien social avec l'entreprise.

## Le télétravail suscite néanmoins des interrogations de la part des employeurs et des salariés

En dépit de ces avantages potentiels, le télétravail suscite encore des interrogations qui freinent son développement.

Avant de traiter des interrogations spécifiques de la part des employeurs et des salariés, il convient de rappeler qu'existent également des interrogations communes fondées sur des insécurités juridiques mais aussi sur un certain nombre de problèmes pratiques propres au télétravail.

### **Les interrogations communes aux employeurs et aux salariés**

Comme cela a été mentionné préalablement (cf. «Le télétravail se développe surtout dans un cadre largement informelle» *supra*), le télétravail en France se développe surtout de façon informelle. Le caractère spontané du travail distant soulève des interrogations de la part des employeurs et des salariés car des risques, résolus pour le travail classique au sein de l'entreprise, se reposent avec acuité.

#### **Le risque lié aux accidents du travail au domicile**

L'accident du travail est l'accident survenu au temps et au lieu du travail. Il est, jusqu'à preuve contraire, réputé survenu par le fait et à l'occasion du travail. Dans ce cas, le salarié n'a pas à faire la preuve que la lésion dont il souffre est imputable au travail. Pour bénéficier d'une telle présomption la jurisprudence estime que le salarié doit être sous le contrôle de l'employeur.

La question se pose donc avec acuité pour le télétravail à domicile car l'employeur ne peut, en principe, y exercer son pouvoir de direction. Le salarié qui déclare un accident du travail au domicile devra ainsi faire la preuve que l'accident est imputable à l'activité professionnelle.

Dans ces conditions, le télétravailleur peut avoir l'impression qu'il se trouve dans une situation plus risquée que le salarié travaillant dans les locaux dans l'entreprise. De même, l'employeur peut, à juste titre, s'interroger sur la réalité de l'accident déclaré par le télétravailleur et avoir des difficultés à déterminer ce qui relève réellement de l'accident de travail.

#### **Le contrôle de la mesure du temps de travail**

Avec le télétravail il devient souvent difficile pour l'employeur de déterminer avec précision le temps effectivement travaillé par le salarié. La question du contrôle de la mesure du temps de travail se pose donc régulièrement. En effet, l'employeur ne doit pas courir le risque d'être accusé de faire travailler le télétravailleur au-delà de ce que la loi autorise et le salarié doit pouvoir bénéficier de son temps de repos.

À cet égard il convient de rappeler que l'employeur court différents risques juridiques s'il ignore le respect des temps de repos. En effet, le salarié peut juridiquement faire valoir à l'encontre de son employeur un empiètement du travail commandé en dehors du temps et du lieu de travail. À cet égard, les technologies de l'information représentent un moyen de preuve très efficace pour le salarié. Elles lui permettent en effet de garder des traces de son activité (enregistrement du temps passé sur son ordinateur, temps de connexion à l'extranet de l'entreprise ...). L'employeur peut ainsi se voir infliger des condamnations fortes pour non-paiement d'heures supplémentaires et ce parfois même à son insu puisqu'il peut arriver que le télétravailleur, de sa propre initiative, travaille en dehors des horaires prévus.

De son côté le salarié est également exposé au risque de devoir être constamment joignable par son employeur ce qui peut engendrer, de ce fait, une diminution de son temps de repos.

### **L'utilisation de l'équipement**

Dans le souci de protéger tant l'entreprise que le salarié des comportements abusifs, la mise en place du télétravail doit faire l'objet d'une attention particulière au niveau de l'utilisation de l'équipement professionnel par le télétravailleur et de son contrôle par l'employeur.

En effet, l'utilisation de l'équipement par un télétravailleur peut donner lieu à un grand nombre de litiges. Deux types de risques peuvent exister. Tout d'abord, les risques liés à une non-clarification de la prise en charge des coûts d'équipement. Ensuite, ceux liés à l'utilisation illicite par le salarié du matériel fourni.

En premier lieu, des litiges liés à la prise en charge des coûts d'installation, de maintenance et d'utilisation de l'équipement peuvent fréquemment survenir. En effet, alors que la prise en charge de ces coûts est clairement assurée par l'entreprise dans ses locaux, le télétravailleur à domicile ou nomade pourrait se voir amener à supporter des coûts liés à son activité professionnelle si les modalités de prise en charge des frais ne sont pas clairement définies.

En second lieu, il est essentiel de déterminer clairement l'utilisation qui doit être faite de l'équipement mis à disposition. En effet, le problème de l'utilisation à des fins personnelles de l'équipement professionnel est souvent posé en raison du risque que peut représenter pour l'employeur l'utilisation de ce matériel à des fins illicites par le salarié. En effet, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, l'employeur, en tant que commettant de ses salariés, est responsable civilement des fautes commises par ceux-ci dans leur utilisation d'internet pendant le temps de travail. Certes, l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité si le salarié agit hors des fonctions auxquelles il est employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions <sup>217</sup>. Toutefois, sa responsabilité peut être largement recherchée. Une

---

<sup>217</sup>. En cas d'abus de confiance, le salarié risque, lui aussi, d'être condamné. C'est ce qu'a encore récemment rappelé la Cour de cassation qui a confirmé une décision ayant condamné un salarié pour avoir détourné son ordinateur et la connexion internet professionnelle de l'usage pour lequel ils avaient été mis à sa disposition (Cass. crim., 19 mai 2004, *Juris-Data* n° 2004-024120).

attention particulière de la part de l'employeur s'impose donc. Le salarié, de son côté, doit s'engager à ne pas procéder de la sorte selon le principe visé à l'article L. 120-4 du Code du travail selon lequel « *le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi* ».

En vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut contrôler l'activité de ses salariés. Même s'il est normal que l'employeur cherche à garantir l'intégrité du système informatique de son entreprise et à veiller à ce qu'il ne soit pas fait une utilisation illicite du matériel fourni, il ne peut toutefois mettre en place des dispositifs de surveillance sans en informer les salariés, les institutions représentatives du personnel ainsi que la CNIL pour les traitements automatisés d'informations nominatives. S'il ne procédait pas ainsi, ces dispositifs seraient considérés comme clandestins et ne pourraient pas servir de preuve en matière civile.

## **Les interrogations de la part des employeurs**

### **Comment conduire un projet de mobilité ?**

Savoir conduire un projet de mobilité commence à devenir un enjeu majeur pour nombre d'entreprises. En effet, le marché professionnel de la mobilité connaît et continuera de connaître une expansion « soutenue » au cours des prochaines années. C'est du moins ce qui ressort d'une récente étude menée par le cabinet de conseil IDC <sup>218</sup>. Dans un contexte difficile pour l'ensemble du secteur informatique, IDC prévoit que le marché professionnel français de la mobilité devrait représenter en 2004 un chiffre d'affaires de 1,9 milliard €, en croissance de 15 % par rapport à 2003. Cette dynamique s'explique par la multiplication des terminaux mobiles et des services de transmission de données mobiles <sup>219</sup>, mais aussi par la mise en mobilité de différentes applications comme la messagerie, les applications de gestion, les applications métiers, qui deviennent peu à peu un réel enjeu de compétitivité pour les entreprises.

Or, la mise en place d'un tel projet nécessite pour l'employeur de pouvoir en évaluer concrètement les bénéfices par le biais notamment d'un bilan coûts/avantages.

En effet, mettre en place du télétravail demande, pour l'entreprise, de réorganiser en profondeur sa façon de travailler. Les raisons du télétravail peuvent être diverses (réaffectation des postes ou réorganisation des services, gains d'espace, déménagement d'une partie des locaux de l'entreprise etc.) mais, dans tous les cas cette réorganisation occasionne des coûts de mise en œuvre non négligeables. Or, nombre d'entreprises ont souvent du mal à évaluer le retour de ces investissements. Ces difficultés expliquent notamment les raisons pour lesquelles la mobilité ne concerne encore aujourd'hui qu'une partie des salariés de l'entreprise, à savoir, prioritairement le management et les commerciaux (c'est-à-dire des salariés naturellement nomades).

De plus, la gestion d'un projet de mobilité à un impact important sur les processus métier ainsi que sur le management lui-même. Cet aspect est d'ailleurs précisé dans les rapports que le CIGREF (Club informatique des grandes entreprises françaises) a

---

**218.** « *Le marché Français de la mobilité – Bilan 2003 – Perspectives 2006* », étude IDC France, septembre 2004.

**219.** À savoir les PC portables, téléphones mobiles, PDA, Tablet PC ainsi que, pour les données mobiles le WIFI ou le GPRS.

publié en septembre 2004 <sup>220</sup> sur les usages des technologies sans fil et sur la mobilité au sein des grandes entreprises. Il y apparaît que si la sécurité informatique reste une préoccupation majeure, les enjeux à venir portent notamment sur la capacité qu'auront les entreprises à mettre en place des outils permettant la mobilité et leur aptitude à conduire et accompagner de tels changements.

### **Comment manager le télétravailleur ?**

Les entreprises s'interrogent de plus en plus sur la façon dont il sera possible de manager le travailleur distant.

Ces interrogations sont d'autant plus présentes qu'un certain nombre d'employeurs souhaitent voir quotidiennement leurs collaborateurs. Le fait que nombre d'entre eux soient attachés à évaluer les compétences de leurs employés par une présence physique régulière ou encore que certains signes extérieurs montrant la position hiérarchique n'aient alors plus cours (le nombre de salariés de l'équipe physiquement présents ou l'espace occupé par un service) sont autant de freins au développement du télétravail.

De plus, les auditions ont montré que la présence physique apparaît essentielle non seulement pour l'entreprise mais aussi pour le télétravailleur. En effet, l'employeur peut certes craindre de ne pouvoir diriger efficacement un travailleur distant qui ne serait pas inséré dans son équipe mais le télétravailleur peut également craindre de perdre tout contact avec son organisation et de se trouver marginalisé (éloignement du manager et des collègues).

De plus, la mise en place du télétravail doit s'accompagner, pour l'entreprise, de certitudes en termes de management. Or, l'employeur ne va pas réorganiser son équipe s'il n'a pas la certitude à la fois de pouvoir, s'il le souhaite, mettre fin au télétravail à tout moment mais aussi que le télétravailleur ne va pas, au bout de quelques mois demander à retourner au même poste en entreprise.

En conséquence, la mise en place du télétravail doit s'accompagner d'une réflexion en profondeur sur les méthodes de management de l'équipe. Les managers de proximité devront apprendre à fixer des objectifs au télétravailleur, à lui faire confiance, à faire évoluer les modes de communication, à mesurer le temps de travail de façon différente (conventions de forfait? ...). Ce dernier point est d'ailleurs essentiel puisqu'avec le télétravail, le temps de travail n'est plus le seul indicateur référent pour mesurer la contribution du salarié.

### **Comment gérer la sécurité du système informatique ?**

Le télétravail nécessite un système d'informatique robuste et adapté. Pour ce faire l'entreprise devra savoir gérer les règles de confidentialité et les problèmes de sécurité et d'accès.

---

<sup>220</sup>. « Usages business des technologies sans fil. Maturité des usages, bilan des projets » et « Le marché de la mobilité en France et à l'international. Modèles économiques, technologies et standards », rapports CIGREF, septembre 2004.

Le télétravail peut agir comme un révélateur des faiblesses éventuelles du système d'information de l'entreprise. Un certain nombre de managers auditionnés se sont particulièrement interrogés sur la sécurisation des données des travaux réalisés hors des locaux de l'entreprise ou encore sur la sûreté de leur transmission (le cas des «dossiers sensibles» par exemple chez Dassault Systèmes). Les risques sont en effet nombreux (déni de service <sup>221</sup>, *flooding* <sup>222</sup>, usurpation d'identité/*spoofing* <sup>223</sup>, perte d'intégrité etc.). Les attaques répétées sur le système peuvent être lourdes de conséquences pour l'entreprise tant en termes financiers qu'en termes de compétitivité ou d'image.

C'est pourquoi, il est très important d'assurer une sécurisation du système. L'entreprise devra veiller au bon fonctionnement de ses outils de communication et mener une politique de sécurité portant notamment sur la confidentialité des données, l'intégrité des contenus, la disponibilité et la qualité du service. Pour ce faire, les entreprises pourraient, par exemple, mettre en place un réseau privé virtuel <sup>224</sup> (VPN, Virtual Private Network) qui serait de nature à réduire notablement les risques d'intrusion dans le système. Ce type de réseau comporte néanmoins des coûts de construction et d'exploitation non négligeables.

D'une manière générale, une sécurisation du système nécessite de repenser en profondeur l'architecture globale du système d'information de l'entreprise.

## Les interrogations de la part des salariés

### Comment éviter la rupture avec le collectif de travail ?

Le télétravail suppose une distance avec le collectif de travail qui pourrait faire craindre au télétravailleur une rupture d'égalité de traitement avec ses collègues non télétravailleurs. Cette rupture d'égalité interviendrait à tous niveaux : celui de l'équipement, de la formation, du déroulement de la carrière, de la stabilité de l'emploi ou encore d'accès aux institutions représentatives du personnel.

---

**221.** Une attaque par déni de service (*denial of 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.

**222.** Le *flooding* («inondation») est un 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.

**223.** Le *spoofing* («usurpation») est une technique dite d'«usurpation» ou de «mystification» sur un réseau pouvant permettre la multiplication des actions à l'insu de l'utilisateur légitime. Il existe deux sortes d'actions de «*spoofing*» : l'«*address spoofing*» (appelé aussi «*IP spoofing*») et le «*web spoofing*». L'«*address 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.

**224.** Un réseau privé virtuel *Virtual Private Network* (VPN) 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.

### **Dans quelles mesures est-on apte à télétravailler et peut-on expérimenter cette forme de travail ?**

Les expériences montrent que de nombreux salariés ne veulent pas télétravailler par crainte à la fois de ne pas savoir gérer un emploi en télétravail et de ne pouvoir retrouver, en cas d'échec ou de simple volonté de changement, leur précédent poste ou, à tout le moins, un emploi dans les locaux de l'entreprise.

Le télétravail suppose une autonomie beaucoup plus grande et une capacité à savoir gérer son temps. Le télétravailleur doit apprendre à organiser son travail à domicile, mais aussi loin de ses collègues ou de son responsable hiérarchique. Une telle approche n'est pas toujours simple à acquérir et demande souvent un changement de mentalité, un dialogue important avec sa hiérarchie mais aussi une compréhension de la part de l'entourage personnel et familial.

### **Comment trouver un juste équilibre entre le temps professionnel et le temps personnel ?**

Le télétravail suppose de trouver un juste équilibre entre vie privée et vie professionnelle. En effet, avec le télétravail, la perméabilité entre le temps professionnel et le temps personnel n'a jamais été aussi grande. Le télétravailleur doit donc trouver les moyens de gérer son autonomie et les contraintes qu'implique un tel bouleversement des méthodes de travail. Le salarié qui ne peut suivre des règles d'organisation précises, soit de son fait soit de celui de l'entreprise, risque de voir son travail envahir progressivement son temps de loisir ou de repos. Cet aspect ressort de l'enquête demandée par le Forum.

## **Un environnement de confiance pour développer le télétravail**

La croissance des technologies de l'information et de la communication permet un développement du télétravail qui modifie en profondeur l'organisation même du travail. Le télétravail offre des opportunités importantes pour les entreprises et constitue également une attente pour un certain nombre de salariés désireux de modifier leur façon de travailler.

Pour autant, le développement du télétravail paraît entravé par un certain nombre d'interrogations. Les auditions menées par le Forum des droits sur l'internet ont montré que celles-ci émanaient tant des salariés que de leurs employeurs et qu'elles sont principalement liées au développement du télétravail informel. Or, si l'on souhaite que les potentialités du télétravail soient exploitées par toutes les parties, **il est nécessaire de mettre en place un environnement de confiance entre l'employeur et le salarié**, répondant aux questions posées. De cette manière, le télétravail sera un pari gagnant pour tous.

Le Forum estime que cet environnement de confiance, permettant un développement harmonieux du télétravail, doit être organisé autour des cinq principes suivants :

1) Le télétravailleur salarié est un salarié à part entière ; il n'est pas nécessaire d'élaborer un régime juridique particulier du télétravailleur. Le droit commun du salariat s'applique.

2) Cependant, le télétravail doit intervenir dans un cadre juridique adapté et sécurisé. Pour cela, la situation de télétravail, doit être expressément formalisée dans le contrat de travail ou son avenant. En outre, compte tenu des spécificités du travail à distance, des modalités particulières doivent être prévues, dans le contrat de travail, dans un accord collectif, par la loi ou encore au titre des bonnes pratiques.

3) Le télétravail ne doit pas isoler le télétravailleur de son collectif de travail : il convient d'organiser la relation du télétravailleur avec son environnement de travail et avec les institutions représentatives du personnel.

4) Le télétravail doit procéder d'une démarche volontaire de la part du salarié et adaptée aux besoins de l'employeur.

5) L'état de télétravail ne doit pas porter atteinte à l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle et nécessite une réflexion sur la charge de travail.

## Le télétravailleur salarié est un salarié à part entière

Le télétravail constitue certes une organisation différente du travail mais il ne doit pas modifier le rapport qui existe entre le télétravailleur et l'entreprise qui l'emploie.

Si le télétravail favorise l'autonomie du télétravailleur, il ne doit pas remettre en cause le lien juridique de subordination qui existe entre le télétravailleur et l'entreprise qui l'emploie, frontière entre le travail salarié et le travail indépendant.

Il a pu être avancé que les dispositions contenues au sein des articles L. 721-1 et suivants du Code du travail concernant les « Travailleurs à domicile » s'appliquaient clairement au télétravail. Outre le fait que ces articles, dont certains datent du début du siècle dernier, sont en partie inapplicables au travailleur salarié (les points sur la déclaration d'embauche, les heures supplémentaires ...) et qu'ils ne tiennent pas compte de la diversité des télétravailleurs (nomades etc.), le statut de travailleur à domicile n'est pas nécessairement plus favorable que le droit commun.

Même si le droit commun a vocation à s'appliquer pour le télétravail, la mise en place d'un cadre renouvelé de confiance entre l'employeur et le salarié répondant aux interrogations soulevées passe par des règles et des pratiques adaptées au télétravail. C'est pourquoi, il convient d'adapter le droit commun en prévoyant, selon leur nature, des modalités propres à cette forme de travail que ce soit dans le contrat de travail, dans un accord collectif ou dans la loi.

**Le Forum considère que les dispositions du Code du travail concernant les « travailleurs à domicile » ne sont pas adaptées au domaine du télétravail.**

Le droit commun a donc vocation à s'appliquer pour le télétravail salarié. Dès lors, il ne paraît pas justifié de prévoir un régime particulier du télétravailleur qui se distinguerait du régime juridique du salariat.

Cependant, eu égard à la spécificité du télétravail, le droit commun doit, le cas échéant, être adapté. Des modalités propres à cette forme de travail doivent être prévues, selon leur nature, dans le contrat de travail, dans un accord collectif, par la loi ou au titre des bonnes pratiques.

Le télétravail doit s'accompagner d'un cadre juridique adapté et sécurisé

### **Formaliser et rendre transparentes les conditions du télétravail**

Il a été rappelé que l'un des principaux risques entourant le télétravail est un développement informel non maîtrisé de cette nouvelle relation de travail. L'exercice à distance de l'activité professionnelle implique donc de formaliser la mise en télétravail par un contrat de travail ou son avenant. Cette formalisation est nécessaire et elle permettra la mise en œuvre du télétravail de façon claire et transparente.

**Le Forum recommande que la mise en télétravail soit formalisée par un contrat de travail ou un avenant à celui-ci. Le Forum souhaite que cette disposition fasse l'objet d'une concertation avec les partenaires sociaux dans le cadre de la négociation collective au niveau interprofessionnel.**

Le contrat de travail devra notamment porter sur les points suivants :

- 1) Le principe d'une période d'adaptation au télétravail pendant laquelle le salarié ou l'employeur peuvent décider de mettre fin au télétravail (cf. «Télétravail, période d'adaptation et réversibilité» *infra*).
- 2) Le descriptif du poste, du temps et de la charge de travail correspondante (cf. «La mesure de la charge et du temps de travail» *infra*).
- 3) Les plages horaires d'accessibilité du télétravailleur (cf. «Amplitude de la journée de travail et droit au repos» *infra*).
- 4) Le ou les lieux de travail et la rémunération (cf. «Le local du télétravailleur» *infra*).
- 5) Les règles d'utilisation du système informatique et du traitement des données (cf. «Clarifier l'utilisation de l'équipement par le télétravailleur et son contrôle par l'employeur» *infra*).
- 6) La prise en charge des coûts d'installation, de maintenance et d'équipements ainsi que des coûts induits (cf. «Clarifier l'utilisation de l'équipement par le télétravailleur et son contrôle par l'employeur» *infra*).

De plus, et toujours afin de rendre transparente toute mise en télétravail, il conviendrait aussi de faire apparaître clairement sur le registre unique du personnel les salariés qui sont en télétravail. Cette transparence permettrait également d'éviter, le cas échéant, les évolutions non souhaitées vers le statut d'indépendant.

Le Forum estime en effet qu'il convient de veiller à ce que le développement du télétravail ne conduise pas les entreprises à faire sortir, contre leur gré, les télétravailleurs du statut de salarié. Le télétravailleur doit donc demeurer dans un lien salarial et sa mise en télétravail ne doit pas être l'occasion de voir se transformer à son insu son statut en celui d'indépendant.

**Le Forum recommande que l'état de télétravail soit mentionné dans le registre unique du personnel. Une telle disposition ferait l'objet d'une réglementation particulière. À cet effet il conviendrait de compléter l'article R. 620-3 du Code du travail en y faisant expressément porter la mention «télétravailleur».**

## **Instaurer une présomption d'accident du travail au domicile**

La présomption d'accident du travail est instituée par l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale <sup>225</sup>. La Cour de cassation a interprété cet article et étendue la règle de la présomption d'accident du travail pour les salariés en mission ou en déplacements. Alors qu'auparavant, elle distinguait, pendant la mission, les périodes où l'intéressé accomplissait un acte professionnel et les périodes où il accomplissait un acte de la vie courante, considérées comme des interruptions de sa mission, depuis plusieurs arrêts rendus le 19 juillet 2001 <sup>226</sup> cette distinction est abandonnée. Le principe est que l'accident survenu en cours de mission est un accident du travail. L'employeur, s'il le conteste, doit apporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif d'intérêt personnel ou que la lésion a une cause étrangère au travail.

Le travail nomade semble ainsi entrer dans le cadre du régime des accidents de mission. Si un accident survient alors que le salarié se déplace pour des raisons professionnelles, il doit pouvoir bénéficier d'une prise en charge.

En revanche, la question est plus délicate pour le télétravail au domicile. L'interprétation de la Cour de cassation sur la présomption d'accident du travail est en effet assez restrictive car pour en bénéficier, le salarié doit être sous le contrôle de l'employeur. Or, l'employeur ne peut en principe exercer son pouvoir de direction au domicile du salarié. Il s'ensuit que le salarié qui déclare un accident du travail au domicile devra faire la preuve que l'accident est imputable à l'activité professionnelle.

**Le Forum propose que soit prévue une présomption d'accident du travail lorsque la situation de télétravail a été formalisée par le contrat de travail ou par son avenant et que l'accident survient au domicile dans le cadre de la réalisation de ses missions. Ce principe ne pourrait, en revanche, être étendu aux télétravailleurs informels dont la situation n'a pas fait l'objet d'un avenant au contrat de travail. En effet, dans ce cas, il serait impossible de vérifier si l'accident est survenu à l'occasion du travail effectué.**

## **Assurer la santé et la sécurité du télétravailleur**

En pratique les accidents liés à l'utilisation des technologies de l'information semblent assez rares. Les chiffres évoqués par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) indiquent notamment un taux de sinistre très bas pour le travail à domicile <sup>227</sup>. Pour autant, la santé et la sécurité du télétravailleur doivent être garanties.

---

<sup>225</sup>. Article L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale: «*Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprises*».

<sup>226</sup>. Cass. Soc. 19 juillet 2001, *Bull. Civ. V.* n° 285 (deux arrêts). Dans ces deux affaires les salariés en mission ont eu un malaise dans leur chambre d'hôtel. La Cour de cassation a retenu la présomption d'imputabilité au travail de l'accident de santé dans les deux affaires.

<sup>227</sup>. La CNAMTS recense 1,5 million d'accident du travail par an dont 750 000 sont sans arrêt de travail et 4 % occasionnent des séquelles indemnifiables. Par ailleurs, les accidents liés au travail à domicile semblent rares (quarante-neuf déclarations d'accidents à domicile en 2002).

Cette exigence de prévention n'est pas difficile à faire respecter lorsque le télétravail s'effectue dans les locaux de l'entreprise ou bien en télécentres. Elle se pose en revanche de manière plus spécifique pour le télétravail à domicile.

En effet, la responsabilité en matière de prévention, de préservation de la santé et de la sécurité du télétravailleur incombe dans tous les cas à l'employeur, conformément aux principes généraux du droit du travail.

Dans le cadre du télétravail à domicile, sa responsabilité pénale serait engagée en cas d'incident de nature professionnelle survenu sur le poste de travail du salarié. En revanche, l'employeur ne serait pas responsable de la sécurité de l'ensemble du domicile du salarié. En effet, la vie privée du télétravailleur devant être respectée, les prérogatives de l'employeur seront limitées à l'espace et aux installations dédiés au travail.

Les télétravailleurs à domicile doivent bénéficier des mesures de protection identiques à celles appliquées aux salariés de l'entreprise ou de l'établissement.

Il convient de rappeler que l'employeur doit assurer une information sur l'ergonomie du poste de travail, sur l'hygiène, la sécurité et les risques inhérents aux situations de travail rencontrées. Il appartient ensuite au salarié de respecter les prescriptions portées à sa connaissance, notamment en matière de travail sur écran. Le matériel fourni au télétravailleur doit être de la même qualité que le matériel des salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise.

La surveillance médicale des télétravailleurs est assurée par le médecin du travail de l'entreprise ou du service de santé au travail inter-entreprise auquel elle adhère.

Un point particulier sur le travail sur écran doit être mentionné. En effet, et même s'il a été reconnu que le travail sur écran ne nuit pas à la santé des télétravailleurs, un travail intensif sur un poste mal adapté peut engendrer des effets sur la santé tels que notamment, fatigue visuelle, troubles musculo-squelettiques etc.

C'est pourquoi, le Forum souhaite que le télétravailleur qui est affecté pendant une partie importante de son temps de travail sur équipements comportant des écrans de visualisation puisse bénéficier d'une visite médicale avant son affectation à ces travaux ainsi que le prévoit le décret n° 91-451 du 14 mai 1991<sup>228</sup>. Les modalités établissant cette surveillance médicale pourraient faire l'objet d'une clause particulière dans les conventions ou accords établis.

Le Forum propose également que le salarié puisse bénéficier, avec son accord, d'une visite de l'inspection du travail, du médecin du travail, du CHSCT et d'un délégué du personnel mais aussi d'un intervenant en prévention des risques professionnels dans le cadre de la démarche d'évaluation des risques au travail.

En revanche, les visites à l'initiative de l'employeur doivent respecter le principe de l'inviolabilité du domicile. L'accord-cadre prévoit que le salarié doit pouvoir refuser l'accès à son domicile et exige une notification préalable de la visite sur le lieu de travail du salarié (article 8 « Santé et sécurité »).

---

**228.** Article 6 du décret n° 91-451 du 14 mai 1991.

Le caractère spécifique de la situation de télétravailleur peut occasionner tout autant un sentiment de bien-être au travail que l'émergence de problèmes de santé au travail jusque-là mal connus ou non pris en compte en particulier sur les effets à terme qui peuvent être très divers selon les modalités d'organisation mises en place.

### **Le local du télétravailleur**

L'idée de poser comme condition légale du télétravail à domicile de bénéficier d'un local exclusivement réservé semble, en théorie, intéressante car de nature à bien cloisonner l'espace de la vie professionnelle de celui de la vie privée. En pratique, disposer d'une pièce spécifique au domicile semble difficile pour beaucoup de salariés dans les grandes villes en raison de l'exiguïté des logements et du prix que coûterait l'espace ainsi dédié au télétravailleur à domicile.

**Le Forum constate qu'il paraît impossible de prévoir par principe l'octroi d'un local dédié au télétravail. En revanche, le Forum recommande que le télétravail s'exécute dans une zone spécifique du logement.**

Le Forum souhaite que le télétravailleur puisse se faire assister, notamment sur le plan des règles d'ergonomie, pour l'installation de son bureau.

### **Clarifier l'utilisation de l'équipement par le télétravailleur et son contrôle par l'employeur**

#### **Clarifier l'utilisation de l'équipement et la prise en charge des coûts**

L'accord-cadre européen prévoit qu'en principe l'employeur est chargé de fournir, d'installer et d'entretenir les équipements nécessaires au télétravail régulier, sauf si le télétravailleur utilise son propre équipement en accord avec son employeur.

Il peut s'avérer utile de déterminer clairement l'utilisation qui doit être faite de l'équipement mis à disposition.

**Le Forum recommande que l'entreprise fournisse l'équipement du télétravailleur; en principe, cet équipement doit être dédié à un usage professionnel.**

Tel pourrait être le cas de l'équipement informatique, d'un téléphone avec une ligne professionnelle ou de tout autre équipement nécessaire à la réalisation des tâches professionnelles du télétravailleur. Cet équipement ne devrait être utilisé que pour l'activité professionnelle du télétravailleur.

Comme l'avait indiqué le Forum des droits sur l'internet dans sa recommandation du 17 septembre 2002, « Relations du travail et internet », une interdiction d'utilisation du matériel professionnel à des fins personnelles ne paraît pas illégale. Le Forum rappelle cependant, que les règles d'utilisation du matériel à des fins personnelles doivent être mentionnées dans le contrat de travail, le règlement intérieur ou dans une charte de l'entreprise.

Par ailleurs, se pose la question de la responsabilité de l'équipement fourni. La mise à disposition de ce matériel peut nécessiter une révision du contrat d'assurance multi-risques habitation du télétravailleur, le surcoût pesant en principe sur l'employeur.

**Pour éviter les litiges liés à l'installation, la maintenance et l'utilisation de l'équipement, le Forum recommande de prévoir dès le départ les modalités et le cas échéant la répartition des frais afférents. La participation de l'employeur aux coûts du télétravail devra être clairement définie avant le début du télétravail et formalisée dans le contrat de travail.**

**Le Forum recommande également que les règles d'utilisation du matériel professionnel à des fins personnelles soient clairement définies avant le début du télétravail et formalisées dans le contrat de travail.**

Outre ces problèmes liés à la répartition des coûts d'équipements, la prise en charge d'autres coûts induits doit également être abordée :

- la prise en charge des coûts de déplacements ;
- la possibilité de bénéficier des tickets restaurant ou autres avantages existants déjà négociés au sein de l'entreprise.

#### **Le contrôle par l'employeur et le respect de la vie privée**

D'une manière générale, et ainsi que la Commission nationale de l'informatique et des libertés l'a rappelé dans son rapport sur *La cybersurveillance sur les lieux de travail* <sup>229</sup>, l'employeur doit respecter des principes fondamentaux posés par la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 ainsi que par la loi du 31 décembre 1992 relative à la protection des libertés dans l'entreprise.

Parmi ces principes, il est important de rappeler qu'une information préalable doit être donnée au salarié ainsi qu'aux instances représentatives du personnel <sup>230</sup> si des outils de surveillance sont utilisés. De même, la mise en place de dispositifs de contrôle de l'activité du télétravailleur doit être strictement nécessaire et l'atteinte réalisée aux libertés du salarié proportionnée au but recherché <sup>231</sup> ; ces règles s'inscrivent également dans le cadre de l'article L. 120-2 du Code du travail <sup>232</sup>. À cet effet, le Forum insiste sur le fait que l'utilisation de certains outils permettant des techniques de surveillance intrusives doit être particulièrement encadrée. Il s'agit par exemple de l'utilisation des « web cams » pour surveiller le salarié ou encore de la géolocalisation des travailleurs nomades permettant de contrôler le parcours suivi par le salarié.

**D'une manière générale, le Forum rappelle que la loi impose d'informer le salarié ainsi que les représentants du personnel, des mesures prises pour contrôler l'activité, et notamment de les informer sur la collecte des données et leur utilisation par l'employeur.**

---

<sup>229</sup>. *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, rapport présenté par Hubert Bouchet, vice-président délégué de la CNIL et adopté par la Commission nationale de l'informatique et des libertés en séance plénière du 5 février 2002. Le rapport a été mis à jour à la suite de l'examen d'un rapport d'étape en séance plénière du 18 décembre 2003.

<sup>230</sup>. Article L. 432-2-1 du Code du travail : « *Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci. Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ».

<sup>231</sup>. Article 6 « Vie privée » de l'accord-cadre européen sur le télétravail : « *Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être proportionné à l'objectif* ».

<sup>232</sup>. Article L. 120-2 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

## Fiscalité, charges sociales et télétravail

L'impact de la mise en place du télétravail devrait être précisé au niveau de la fiscalité de l'entreprise.

À cet égard, il convient de rappeler que le traitement des cotisations sociales lié à la prise en charge des frais occasionnés par une mise en télétravail a été partiellement clarifié par l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale.

Cet arrêté prévoit que : « *Les frais engagés par le travailleur salarié ou assimilé en situation de télétravail, régie par le contrat de travail ou par convention ou accord collectif, sont considérés comme des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi, sous réserve que les remboursements effectués par l'employeur soient justifiés par la réalité des dépenses professionnelles supportées par le travailleur salarié ou assimilé* »<sup>233</sup>. Il prévoit également que : « *Les frais engagés par le travailleur salarié ou assimilé à des fins professionnelles, pour l'utilisation des outils issus des nouvelles technologies de l'information et de la communication qu'il possède, sont considérés comme des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi conformément au contrat de travail. Les remboursements effectués par l'employeur doivent être justifiés par la réalité des dépenses professionnelles supportées par le travailleur salarié ou assimilé* »<sup>234</sup>.

En ce qui concerne le traitement fiscal de la prise en charge de ces frais professionnels, le point est moins clair.

L'article 4 de la loi de finances pour 2001 a institué un régime fiscal et social particulier afin de favoriser le don de matériels informatiques par les entreprises à leurs salariés. Jusqu'à présent, les dons ou la fourniture à un prix inférieur au coût réel de matériels informatiques neufs et de logiciels aux salariés étaient considérés comme des avantages en nature. Ils étaient donc, en principe, soumis à l'impôt et aux cotisations sociales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, ces avantages en nature sont exonérés d'impôt sur le revenu, de cotisations, de CSG et de CRDS dans la limite de 1 525 € par salarié<sup>235</sup>. Mais la contrepartie de ce régime est la nécessité de réintégrer ces charges dans le résultat imposable de l'entreprise<sup>236</sup>.

**Le Forum des droits sur l'internet propose, sur le modèle de ce qui a été réalisé pour les cotisations sociales, que ces frais de mise en télétravail soient clairement désignés dans le Code général des impôts comme des charges de l'entreprise déductibles de l'impôt sur les sociétés dès lors que ces frais sont prévus dans le contrat de travail et n'apparaissent pas manifestement excessifs. Les**

---

<sup>233</sup>. Article 6 de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale.

<sup>234</sup>. Article 7 de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale.

<sup>235</sup>. 31° de l'article 81 du Code général des impôts. La remise gracieuse devait toutefois intervenir dans le cadre d'un accord conclu entre l'entreprise et ses salariés au plus tard le 31 janvier 2002. Le dispositif dérogatoire d'exonération a été prorogé; il est désormais possible de conclure un accord jusqu'au 31 décembre 2005.

<sup>236</sup>. 11-1° de l'article 39 du Code général des impôts.

sommes versées au salarié ne seraient pas imposables à l'impôt sur le revenu. Une instruction de la Direction générale des impôts pourrait fixer cette règle dans un souci de sécurité juridique des entreprises et des télétravailleurs.

Le Forum propose également que les entreprises employant des télétravailleurs à domicile profitent d'une diminution de la taxe versement transport et d'un système dégressif de taux de cotisation accidents du travail.

Une diminution de la taxe versement transport permettrait de tenir compte du fait que le taux d'engorgement des infrastructures de transport devrait être plus faible.

Une diminution des cotisations accidents du travail par le biais d'un système dégressif du taux de cotisation permettrait de tenir compte du fait que le taux de sinistre d'accidents devrait être plus faible pour ces entreprises qui présentent moins de risques d'accidents de travail et d'accidents de trajet. Il serait donc logique que cette moindre sinistralité soit prise en compte.

Le télétravail ne doit pas isoler le télétravailleur de son collectif de travail

### **La prise en compte de l'incidence du télétravail sur l'organisation du travail**

Il a été noté plus haut que la mise en télétravail était freinée non pas pour des raisons techniques mais essentiellement à cause du changement d'ordre culturel et managérial que cela implique.

Or, une des clés du succès du télétravail est une bonne insertion du télétravailleur dans son équipe.

À cet égard, le manager joue un rôle essentiel dans la recherche de ce fonctionnement harmonieux. Il doit apprendre à diriger son équipe sans pouvoir contrôler *de visu* le travail de son collaborateur. Pour ce faire, il est souhaitable qu'il pratique un management par objectifs, qu'il adapte son mode de communication avec ses subordonnés et que le système de mesure des résultats soit clair et compris de tous. L'introduction du télétravail dans une organisation peut ainsi être une opportunité pour clarifier les méthodes de management.

Au-delà, l'introduction du télétravail n'est pas neutre en terme d'organisation collective de travail. Il doit donc faire l'objet d'une réflexion collective au sein de l'entreprise, notamment avec les partenaires sociaux.

**À cet égard, le Forum recommande que toute mise en place d'un projet de télétravail soit considérée comme un « projet important » au sens de l'article L. 432-2 du Code du travail <sup>237</sup> et que, dès lors, le comité d'entreprise ou les délégués du**

---

**237.** L'article L. 432-2 du Code du travail prévoit que « le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel ».

personnel soient consultés. À cette fin, le Forum recommande que ledit article soit complété pour qu'il y soit clairement fait mention du terme «télétravail». Afin, que la population des télétravailleurs soit mieux connue, le Forum recommande également que le télétravail fasse l'objet d'un item particulier (nombre et caractéristiques des télétravailleurs) au bilan social ou au bilan de responsabilité sociale de l'entreprise.

### **Organiser la relation du télétravailleur avec son collectif de travail et avec les institutions représentatives du personnel**

La mise en place du télétravail doit s'accompagner d'une réflexion sur les mesures à prendre pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise. Cette préoccupation est essentielle pour éviter la marginalisation du télétravailleur et le dysfonctionnement de son équipe. Le télétravailleur doit avoir la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues, de participer aux réunions de service et de projet ou encore d'accéder aux informations de l'entreprise.

Même s'il est impossible de fixer *a priori* des règles relatives à l'organisation du travail dans l'entreprise, on constate néanmoins que de nombreuses entreprises conservent le principe d'une présence physique régulière au sein des locaux. La plupart des entreprises auditionnées par le Forum des droits sur l'internet ont d'ailleurs choisi de développer le télétravail alterné organisé autour d'un nombre fixe de journées au sein de l'entreprise (d'une à trois journées dans la plupart des cas). En tout état de cause, ne peuvent être mis en situation de télétravail que des salariés déjà bien insérés dans le collectif de travail sauf dans le cas de situation initiale bien spécifique.

L'insertion du télétravailleur dans son collectif de travail pose également la question de leur accès aux organisations syndicales et aux représentants du personnel. Le télétravailleur distant de l'entreprise ne dispose pas facilement des informations syndicales traditionnelles portées sur les panneaux d'affichage et les tracts. Il peut également avoir des difficultés à communiquer avec les représentants du personnel et à être présent à des réunions d'information.

**Le Forum recommande que soient élaborés des accords d'entreprise portant sur l'utilisation par les représentants du personnel des moyens de communication électronique de l'entreprise (intranet et messagerie électronique) avec les télétravailleurs. À cet égard, on rappellera que l'article 52 de la loi sur le dialogue social a complété l'article L. 412-8 du Code du travail, pour prévoir la possibilité de conclure de tels accords d'entreprise sur l'utilisation des intranets et des messageries d'entreprise par les organisations syndicales.**

**Le Forum recommande que les représentants du personnel disposent, pour les télétravailleurs qui n'y sont pas opposés, des informations sur ceux-ci nécessaires au bon exercice de leur fonction (adresse, courriel ...).**

**Le Forum recommande que, dans le cadre de leur possibilité de rencontrer les salariés, les délégués du personnel puissent rencontrer les télétravailleurs qui le souhaitent sur leur lieu d'exercice (centres délocalisés ou domicile). Pour ce faire, il conviendrait que les partenaires sociaux portent leurs réflexions sur la possibilité de prévoir pour les délégués du personnel des moyens spécifiques**

**(crédit d'heures, frais de déplacements, connaissance effective des heures de présence des télétravailleurs dans les locaux de l'entreprise...) leur permettant de favoriser les contacts avec les télétravailleurs. Ces moyens dépendraient du nombre de télétravailleurs dans l'entreprise.**

Le télétravail doit procéder d'une démarche volontaire et adaptée

Tous les postes de travail ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une organisation en télétravail. En effet, la nature de certaines tâches empêche d'envisager un travail à distance des locaux de l'entreprise.

Au-delà de ces limites évidentes, tous les salariés ne peuvent pas télétravailler. En effet, cette forme d'organisation du travail suppose une grande autonomie et une capacité d'organisation et de rigueur du travail auquel s'ajoute le sens des responsabilités.

En outre, certains salariés dotés de ces qualités ne souhaitent pas télétravailler.

C'est pourquoi le télétravail doit reposer sur une action volontaire de l'employeur et du télétravailleur<sup>238</sup>. Ainsi, quand le travail au domicile n'est pas initialement prévu dans le contrat de travail, l'employeur ne peut imposer unilatéralement un tel bouleversement dans les conditions de vie du salarié. On notera, à cet égard, que la jurisprudence *Abram* de la Cour de cassation a confirmé le caractère volontaire du travail au domicile en rappelant que le salarié « *n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »<sup>239</sup>.

La situation est moins claire pour le travail nomade et le travail dans des locaux distants. La jurisprudence considère en effet que la mention du lieu de travail dans le contrat a seulement valeur informative sauf clause expresse. Pour autant, d'un point de vue managérial, il serait illusoire de penser que la mise en place du télétravail peut se faire contre la volonté d'un salarié.

### **Une attention particulière pour l'embauche directe d'un nouveau salarié en télétravail**

L'accord-cadre européen prévoit que le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur<sup>240</sup>.

Certains semblent penser qu'une première embauche devrait concerner uniquement un travail réalisé dans les locaux de l'entreprise, quitte par la suite à modifier le contrat de travail pour permettre le télétravail. Il s'agirait d'éviter une déstructuration du collectif de travail et l'embauche de salariés isolés ignorant tout du fonctionnement concret de l'entreprise, tant dans l'intérêt de celle-ci que dans celle du salarié. Mais

---

<sup>238</sup>. Cf. l'article 3 de l'accord-cadre: caractère volontaire « Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concernés ».

<sup>239</sup>. Cass. Soc., 2 octobre 2001, *Bull. Civ. V* n° 292.

<sup>240</sup>. Article 3, caractère volontaire: « *Le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur, ou on peut s'y engager volontairement par la suite* ».

certaines des auditions ont montré que des entreprises se mettent directement en place autour du télétravail.

Il est également important que le salarié soit pleinement informé des conditions dans lesquelles il pourrait être appelé à exercer son activité sous la forme du télétravail.

Il paraît difficile d'éviter toute embauche directe en télétravail, dès lors que les conditions de recrutement sont claires. **Le Forum estime néanmoins important que le nouveau salarié, embauché directement en télétravail, connaisse la culture de l'entreprise, ses collègues de travail etc. Pour ce faire, les entreprises pourraient, au titre des bonnes pratiques, prévoir une période où, avant de passer en télétravail, le nouveau salarié assurerait une partie de son activité au sein des locaux de l'entreprise.**

### **Télétravail, période d'adaptation et réversibilité**

Lorsque le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, l'accord-cadre européen prévoit que la décision de passer au télétravail est possible et réversible par accord individuel et/ou collectif <sup>241</sup>.

Le télétravailleur et l'employeur peuvent ainsi s'interroger sur la possibilité de demander le retour du télétravailleur dans les locaux de l'employeur si l'expérience n'est pas concluante ou si la situation du télétravailleur se modifie. L'employeur, lui-même, peut vouloir renoncer à cette mise en télétravail.

Dès lors, il est nécessaire de prévoir une possibilité de mettre fin, à la demande du télétravailleur ou de l'employeur, rapidement à l'expérience lorsque celle-ci s'avère non concluante.

**Le Forum recommande de prévoir une période d'adaptation ou de découverte au télétravail dans le contrat de travail ou son avenant. Durant cette période, le salarié ou l'employeur peuvent décider unilatéralement de mettre fin au télétravail.**

**Sur le long terme, le Forum recommande que la possibilité pour l'employeur et le salarié de mettre fin à une activité exercée en télétravail soit prévue, selon des modalités établies par accord individuel ou collectif.**

### **La formation au télétravail**

Il paraît nécessaire de prévoir une formation spécifique au télétravail pour les télétravailleurs et leur hiérarchie directe ainsi qu'une information spécifique pour les collègues de travail. Ce point vient en plus du fait que le télétravailleur doit pouvoir bénéficier d'une formation professionnelle identique, à celle de ses collègues pour son évolution et pour les compétences de l'entreprise.

---

<sup>241</sup>. Article 3: «Si le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, la décision de passer au télétravail est réversible par accord individuel et/ou collectif. La réversibilité peut impliquer un retour au travail dans les locaux de l'employeur à la demande du travailleur ou à celle de l'employeur. Les modalités de cette réversibilité sont établies par accord individuel et/ou collectif».

À cet égard, le Forum recommande que :

- les télétravailleurs soient informés par voie électronique des possibilités de formation professionnelle qui leur sont ouvertes, soit sur l'intranet de l'entreprise, soit par le biais de la messagerie électronique ;
- l'accès des télétravailleurs à la formation professionnelle puisse faire l'objet d'une information au bilan social et devrait être mentionné dans le bilan de responsabilité sociale de l'entreprise ;
- la formation des télétravailleurs soit facilitée et renforcée par le développement de la formation à distance par internet et à cet effet intégrée dans des programmes de « *e-learning* » ;
- un « quota » de formation au télétravail puisse être intégré dans le 1 % formation pour les entreprises qui pratiquent ce mode d'organisation. Ce quota pourrait constituer une rubrique de l'accord d'entreprise sur le télétravail ;
- le PCIE (Passeport de compétences informatique européen) puisse être adopté comme outil d'évaluation des compétences informatiques du télétravailleur pour déterminer la nature de ses besoins en formation dans le domaine informatique ;
- les managers reçoivent une formation spécifique au développement du télétravail de leurs collaborateurs et au management à distance.

## Mesure de la charge de travail et droit au repos

### La mesure de la charge de travail

Il s'agit de l'écueil principal du télétravail. En ce sens, le télétravail traduit la difficulté, dans un nombre croissant de secteurs, de bien cerner la charge de travail. En effet, avec cette nouvelle forme d'organisation du travail, le temps de travail n'est plus l'indicateur référent pour mesurer la contribution du salarié. La charge de travail semble alors permettre une meilleure estimation du travail effectué. Travailler en fixant des objectifs à atteindre, tout en laissant au salarié une grande liberté d'organisation, sont des modalités qui semblent correspondre davantage à la réalité d'un nombre grandissant de tâches dont la plupart peuvent être exercées en télétravail. À cet égard, la création de la catégorie des cadres autonomes <sup>242</sup> et du forfait jour par la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail sont révélatrices de cette évolution.

Il paraît possible d'établir une typologie des modalités de contrôle de la charge de travail.

Certaines activités semblent pouvoir être contrôlées à partir d'une norme de production, selon le principe visant à déterminer les temps moyens d'exécution institués pour le travail à domicile traditionnel. Ainsi, on peut quantifier la charge de travail de salariés réalisant la saisie d'informations administratives (établissement d'actes, comptabilité ...) à partir du temps moyen de traitement et des tâches annexes. Le temps de travail prescrit résulte alors du produit du nombre d'actes par le temps

---

242. Article L. 212-15-3 du Code du travail.

moyen d'un acte. Il ne peut conduire à un dépassement des durées de travail autorisées. Il convient de rappeler que la quantification de ces normes doit se traduire par un accord collectif.

**Le Forum recommande que, lorsque la charge de travail peut être déterminée à partir de temps moyens d'exécution, ces temps ainsi que les salaires correspondants soient fixés par accords collectifs de branche ou, à défaut, par accords d'entreprise. Les salaires ainsi fixés doivent assurer une rémunération équivalente à celle versée aux salariés de qualification similaire réalisant des tâches comparables dans les locaux de l'entreprise.**

D'autres activités pourraient se prêter à un contrôle de la charge de travail à partir d'un temps mesurable techniquement (temps de connexion au serveur de l'entreprise ...). Une personne chargée de donner des informations en temps réel peut voir sa charge de travail évaluée à partir de son temps de connexion au réseau de l'entreprise.

**Afin que le contrôle effectué sur la charge de travail soit mené de façon transparente, le Forum recommande que l'employeur et le salarié aient la même accessibilité aux indicateurs de temps de connexion et autres temps d'activité professionnelle mesurables par logiciels (nature, délais, modes de conservation).**

Enfin, pour d'autres d'activités, le télétravail se prête assez naturellement à une mesure de travail par fixation d'objectifs. Dans ce cas, l'employeur fixe des objectifs en accord avec le salarié et ce dernier sera tenu de les respecter. Cependant, la jurisprudence a fixé un certain nombre de principes. Selon la Cour de cassation, il faut que la charge induite par la fixation d'objectifs puisse être assurée pendant la durée légale du travail. Ainsi, si elle admet que l'employeur est en droit de définir unilatéralement le contenu des objectifs, encore faut-il que ces derniers soient réalistes<sup>243</sup>. Ces objectifs doivent également être adaptés aux horaires de travail du salarié et ne doivent pas le pousser à dépasser les durées maximales du travail, ni empiéter sur le temps de repos.

**Le Forum considère que l'estimation de la charge de travail doit faire l'objet, au niveau de ses principes, d'une négociation entre partenaires sociaux au sein de l'entreprise et d'une discussion au sein du CHSCT. Au titre des bonnes pratiques, l'estimation de la charge de travail devrait également faire l'objet d'une discussion entre le télétravailleur et son employeur à l'occasion de la définition de ses objectifs.**

Il reste enfin la possibilité d'utiliser un système du type du forfait jour pour l'ensemble des télétravailleurs. Les auditions menées par le Forum ont montré que cette éventualité fait débat. À cet effet, il convient de bien distinguer le droit commun du temps de travail des régimes particuliers qui s'appliquent aux cadres et aux itinérants non cadres.

Le cadre au forfait jour se trouve soumis à un régime assez particulier puisqu'il dispose d'une quasi totale liberté d'organiser son temps de travail sous réserve de

---

<sup>243</sup>. Cass. Soc., 22 mai 2001, *Société expertises Galtié c/M. Farrouilh*, Bull. Civ. V, n° 180, p. 142.

respecter les temps de repos (repos quotidien de 11 heures consécutives<sup>244</sup>, repos hebdomadaire) et que cette organisation ne conduise pas à dépasser 218 jours de travail par an. La souplesse qu'offrent les conventions individuelles de forfait semble ainsi correspondre aux conditions particulières de travail des télétravailleurs cadres.

Le salarié itinérant non cadre dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée ou qui dispose d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps<sup>245</sup> peut être soumis au régime particulier du forfait en heures sur l'année, lorsqu'un accord collectif le prévoit. Cet accord peut même déroger aux règles relatives à la durée journalière de travail de 10 heures et à la durée hebdomadaire mais doit respecter le repos quotidien de 11 heures, le repos hebdomadaire et les cinq semaines de congés.

Hormis ces régimes précis, le droit commun a vocation à s'appliquer aux autres télétravailleurs (durée hebdomadaire de travail effectif de 35 heures majorée, le cas échéant, des heures supplémentaires, durée quotidienne du travail de 10 heures par jour maximum, sauf dérogation).

On peut ainsi estimer que les dispositions du droit commun semblent peu adaptées au télétravail et que les régimes des salariés cadres (forfait jour) et des non cadres itinérant (forfait heure annuel) s'adaptent aisément à la situation de télétravail en raison de la grande souplesse dans la gestion du temps de travail qu'ils autorisent.

Pour autant, le Forum considère qu'il n'est pas opportun d'envisager d'étendre le champ d'application du système du forfait jour à l'ensemble des salariés non cadres au motif qu'ils sont en télétravail, en raison des dérogations importantes que ce régime juridique introduirait en matière de durée de travail.

En revanche, le Forum considère que les télétravailleurs non cadres qui disposent d'une réelle autonomie pourraient bénéficier du régime du forfait en heures sur l'année déjà applicable pour les salariés itinérants non cadres.

*D'une manière générale, le Forum recommande que les partenaires sociaux, dans le cadre des négociations relatives à la mise en place des conventions de forfait, précisent les modalités d'application des textes existants aux télétravailleurs non cadres qui disposent d'une réelle autonomie.*

---

**244.** La directive européenne 93/104/CE du 23 novembre 1993, «*Concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail*» exige une période minimale de repos de 11 heures consécutives chaque jour. Par ailleurs, l'article L. 220-1 du Code du travail instaure en faveur de l'ensemble des salariés un droit au repos quotidien de 11 heures consécutives. Si le texte autorise des dérogations à cette règle, ce n'est que de façon limitée et dans des hypothèses bien spécifiques. Le texte prévoit deux types de dérogations à cette règle : «[...] Une convention ou un accord collectif étendu peut déroger aux dispositions de l'alinéa précédent, dans des conditions fixées par décret, notamment pour des activités caractérisées par la nécessité d'assurer une continuité du service ou par des périodes d'intervention fractionnées. Ce décret prévoit également les conditions dans lesquelles il peut être dérogé aux dispositions du premier alinéa à défaut de convention ou d'accord collectif étendu, et en cas de travaux urgents en raison d'un accident ou d'une menace d'accident ou de surcroît exceptionnel d'activité».

**245.** L'article L. 212-15-3 II du Code du travail concerne les conventions de forfaits en heures et en jours et traite du cas des salariés ayant la qualité de cadre ainsi que des «*salariés itinérants non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée ou qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées*».

## **Amplitude de la journée de travail et droit au repos**

Au-delà de la charge de travail, la question de l'amplitude de la journée de travail se pose. Comme cela a été constaté (cf. « Les télétravailleurs bénéficient d'horaires plus souples mais aussi plus longs » *supra*), le télétravail s'accompagne souvent de débordements du travail sur le temps personnel ou familial.

Ce constat d'une interpénétration entre vie professionnelle et vie personnelle a conduit bon nombre d'observateurs à évoquer la mise en place d'un véritable droit à la déconnexion. À cet égard, il convient de noter que le cadre légal ne mentionne pas de droit à la déconnexion mais institue un droit au repos.

L'employeur doit ainsi prendre en compte les dispositions applicables au repos quotidien de 11 heures consécutives et au repos hebdomadaire de 35 heures consécutives. Ces dispositions garantissent au salarié un temps pendant lequel il peut librement vaquer à ses occupations personnelles. Le salarié peut donc s'appuyer sur ces garanties légales pour bénéficier d'un réel droit au repos permettant de sauvegarder le respect de sa sphère personnelle.

Pour autant, il faut conserver au télétravail, notamment à domicile, une souplesse d'organisation pour le salarié. Le salarié en situation de télétravail sort très souvent des cadres horaires et journaliers fixés par la loi et réduit par là même son temps de repos. Cette intrusion dans la sphère du repos se faisant souvent de manière spontanée, de la part du salarié lui-même.

**Afin de prendre en compte les réalités liées à cette nouvelle façon de travailler mais surtout pour éviter toute dérive et prévenir les risques que pourraient courir tant l'employeur que le salarié, le Forum des droits sur l'internet estime qu'une discussion doit s'amorcer au sein des entreprises entre les représentants du personnel et l'employeur afin d'assurer l'application effective de ce droit au repos en fonction de l'amplitude de travail.**

**Le Forum rappelle que la période de travail effectif du télétravailleur doit respecter le temps de repos de onze heures consécutives par jour et ne doit pas excéder l'amplitude maximale de travail journalière. Le Forum recommande, qu'au sein de cette période, le contrat de travail précise les plages horaires d'accessibilité où le télétravailleur doit pouvoir être joint.**

### Les pouvoirs publics doivent accompagner le développement du télétravail

Comme cela a été rappelé, aucune étude n'a été menée sur l'impact du télétravail sur les entreprises et les salariés et sur la mesure statistique de cette nouvelle modalité de travail. Il convient néanmoins de noter qu'à compter de 2005, les enquêtes annuelles de la DARES sur les conditions de travail vont, pour la première fois, porter sur le thème du télétravail.

À l'instar de ce qui a été mené dans la plupart des pays de l'Union européenne, les pouvoirs publics français devraient accompagner le développement du télétravail en facilitant une meilleure connaissance en France du phénomène et en mobilisant divers mécanismes incitatifs ou de sensibilisation.

**Le Forum recommande que les pouvoirs publics lancent des études permettant de mieux connaître la réalité du télétravail en France. Ces études permettraient un recensement statistique exhaustif sur le télétravail en France afin de disposer d'indicateurs précis sur les effets réels du télétravail sur les conditions de travail et de vie.**

Le Forum des droits sur l'internet se propose d'accompagner ces actions en élaborant un guide pratique sur le télétravail à destination des entreprises et des salariés qui indiquerait les principes à suivre pour la mise en télétravail. Ce guide pourrait être diffusé sur tous les sites internet publics et dans les espaces publics numériques.

**Le Forum se propose d'élaborer un guide pratique sur le télétravail à destination des entreprises et des salariés. Ce guide servirait de mode d'emploi pour la mise en télétravail (informations juridiques, ergonomiques, fiscales etc.).**

## **Conclusion**

En quelques années le développement puis la généralisation de l'outil informatique a induit de nouvelles façons de travailler ; le télétravail en est l'une des plus marquantes.

Pour autant, cette nouvelle forme d'organisation du travail peut-elle se développer dans notre pays ? La question mérite d'être posée. Les données les plus récentes estiment en effet que 2 % de la population salariée télétravaillent à domicile et que 5 % télétravaillent de façon nomade. Le nombre d'abonnés au haut débit est en progression forte et constante (de 500 000 en 2002 on passe à 6 millions d'abonnés en 2004) et 65 % des internautes à domicile sont aujourd'hui connectés à un accès haut débit alors qu'ils n'étaient que 30 % en 2003.

À cette augmentation de l'équipement des ménages s'ajoute un réel changement de mentalités dans le monde du travail. Les salariés, tout comme nombre de managers, revendiquent plus d'autonomie et de souplesse dans la gestion de leurs tâches et cherchent à mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie privée. Beaucoup voient dans l'outil informatique les moyens de répondre à ces aspirations complexes.

On assiste cependant à un paradoxe : alors que le télétravail séduit de plus en plus d'employeurs et de salariés, il suscite un grand nombre d'interrogations, voire d'appréhensions chez ces derniers.

En effet, cette forme d'organisation du travail peut être déstabilisante tant pour l'employeur que pour le salarié car elle modifie la notion de collectif dans une entreprise et introduit un certain flou dans la définition même du travail, celui-ci ne s'exerçant plus dans un lieu précis et dans des horaires clairement délimités. De plus, la mise en télétravail se fait essentiellement de façon informelle et spontanée, ce qui nécessite de repenser un certain nombre de questions, résolues pour le travail classique au sein de l'entreprise.

Dès lors, si l'on souhaite que l'ensemble des parties puisse bénéficier des potentialités du télétravail, il faut mettre en place un environnement de confiance entre salariés et employeurs, répondant aux questions posées et levant les appréhensions éventuelles. Le télétravail devient alors un pari gagnant pour tous.

Cet environnement de confiance passe par des règles ou des usages adaptés. Le présent rapport en a présenté les grandes lignes. Entreprises, pouvoirs publics, partenaires sociaux ..., tous sont concernés et peuvent apporter leurs contributions à la mise en place d'un tel environnement. Cependant, à ce stade de la réflexion, celui-ci ne se présente pas comme un livre de recettes mais plutôt comme une sorte de «boîte à outils». Ces outils sont à la disposition des partenaires sociaux. Ces derniers vont en effet mener des négociations, dans le cadre de la transposition de l'accord-cadre européen du 16 juillet 2002, selon leur propre calendrier et modalités.

Un consensus semble se dégager sur la nécessité d'une négociation collective au niveau interprofessionnel reprenant les principes de l'accord-cadre. Cette voie permettrait de fixer des règles adaptées à la différence de situation des entreprises. Elle serait également un moyen d'expérimenter les solutions avant une éventuelle reprise législative des principes.

Ce processus permettrait de mettre en place, avec pragmatisme et concertation, un environnement de confiance pour le développement du télétravail en France et répondre ainsi aux besoins de sécurisation exprimés tant par les employeurs que les salariés.

Les pouvoirs publics ont un rôle à jouer dans la mise en place de ce cadre: ce n'est pas un rôle moteur au sens de la politique industrielle des années passées, car le télétravail est d'abord un choix d'entreprise, mais plutôt un rôle d'accompagnement. Ils peuvent, à l'instar de ce qui a été mené dans la plupart des pays de l'Union européenne, sensibiliser les entreprises et les salariés face à ces nouveaux usages, diligenter des études sur la mesure du phénomène, clarifier les quelques incertitudes juridiques existantes ..., autant d'actions favorisant une appropriation naturelle et confiante dans cette nouvelle forme d'organisation du travail.

Un télétravail comme pari gagnant pour tous, voilà l'ambition de ce rapport.

## **Synthèse des recommandations**

### **Le télétravailleur salarié est un salarié à part entière**

Le Forum des droits sur l'internet recommande que :

- ◆ Il ne soit pas mis en place un régime particulier du télétravailleur qui se distinguerait du régime juridique du salariat.
- ◆ Le droit commun s'applique pour le télétravail.
- ◆ Compte tenu de la spécificité du télétravail, le droit commun soit, le cas échéant, adapté.
- ◆ Des modalités propres à cette forme de travail soient ainsi prévues, selon leur nature, dans le contrat de travail, dans un accord collectif, par la loi ou au titre des bonnes pratiques.

Le Forum estime qu'il convient de veiller à ce que le télétravailleur demeure dans un lien salarial; sa mise en télétravail ne soit pas l'occasion de voir se transformer à son insu son statut en celui d'indépendant.

### **Le télétravail doit s'accompagner d'un cadre juridique adapté et sécurisé**

Formaliser et rendre transparente la mise en télétravail

Le Forum recommande que :

- ◆ La mise en télétravail soit formalisée par un contrat de travail ou un avenant à celui-ci.
- ◆ La formalisation de la mise en télétravail par un contrat de travail ou son avenant fasse l'objet de discussion de la part des partenaires sociaux au sein de la négociation collective qui interviendra dans le cadre de la transposition de l'accord-cadre.
- ◆ Le contrat de travail comporte au moins les mentions suivantes :
  - 1) le principe d'une période d'adaptation au télétravail pendant laquelle le salarié ou l'employeur peuvent décider de mettre fin au télétravail ;
  - 2) le descriptif du poste, du temps et la charge de travail correspondante ;
  - 3) les plages horaires d'accessibilité du télétravailleur ;
  - 4) le ou les lieux de travail et la rémunération ;
  - 5) les règles d'utilisation du système informatique et du traitement des données ;
  - 6) la prise en charge des coûts d'installation, de maintenance et d'équipements ainsi que des coûts induits.

- ◆ L'état de télétravail soit mentionné dans le registre unique du personnel. À cet effet il conviendrait de compléter l'article R. 620-3 du code du travail en y faisant expressément porter la mention « *télétravailleur* ».

## Instaurer une présomption d'accident du travail au domicile

Le Forum recommande que :

- ◆ Une présomption d'accident du travail soit instaurée lorsque la situation de télétravail a été formalisée par le contrat de travail et que l'accident survient au domicile dans le cadre de la réalisation de ses missions et pendant la période d'exécution de la charge de travail.
- ◆ Ce principe ne soit pas étendu aux télétravailleurs informels dont la situation n'a pas fait l'objet d'un avenant au contrat de travail. En effet, dans ce cas, il serait impossible de vérifier si l'accident est survenu à l'occasion du travail effectué.

## Assurer la santé et la sécurité du télétravailleur

Le Forum recommande que :

- ◆ L'employeur procède à une démarche d'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des télétravailleurs avec l'aide de l'intervenant en prévention des risques professionnels et les conseils du médecin du travail.
- ◆ L'employeur assure une information sur l'ergonomie du poste de travail, sur l'hygiène, la sécurité et les risques inhérents aux situations de travail rencontrées.
- ◆ Le télétravailleur qui est affecté pendant une partie importante de son temps de travail sur équipements comportant des écrans de visualisation puisse bénéficier d'une visite médicale avant son affectation à ces travaux.
- ◆ Le salarié bénéficie, avec son accord, d'une visite de l'inspection du travail, du médecin du travail et du CHSCT et d'un délégué du personnel mais aussi d'un intervenant en prévention des risques professionnels dans le cadre de la démarche d'évaluation des risques au travail.

## Le local du télétravailleur

Le Forum recommande que :

- ◆ Le télétravail s'exécute dans une zone spécifique du logement répondant à des normes d'hygiène et de sécurité suffisantes.
- ◆ Le télétravailleur puisse se faire assister, notamment sur le plan des règles d'ergonomie, pour l'installation de son bureau.

## Clarifier l'utilisation de l'équipement par le télétravailleur et son contrôle par l'employeur

Le Forum recommande que :

- ◆ L'entreprise fournisse l'équipement du télétravailleur ; en principe cet équipement doit être dédié à un usage professionnel.
- ◆ Les modalités et le cas échéant la répartition des frais d'installation, de maintenance et d'utilisation de l'équipement soient clairement définies avant le début du télétravail et formalisées dans le contrat de travail.
- ◆ Les règles d'utilisation du matériel professionnel à des fins personnelles soient clairement définies avant le début du télétravail et formalisées dans le contrat de travail.
- ◆ La répartition des frais ne puisse conduire à faire supporter au télétravailleur des coûts liés à son activité professionnelle.
- ◆ La prise en charge des coûts induits soit abordée. Elle portera notamment sur :
  - 1) la prise en charge des coûts de déplacements ;
  - 2) la possibilité de bénéficier des tickets restaurant ou autres avantages existants déjà négociés au sein de l'entreprise.

## Fiscalité, charges sociales et télétravail

Le Forum recommande que :

- ◆ Les frais de l'entreprise liés à la mise en place de l'équipement du télétravailleur soient clairement désignés dans le Code général des impôts comme des charges de l'entreprise déductibles de l'impôt sur les sociétés dès lors que ces frais sont prévus dans le contrat de travail.
- ◆ Les entreprises employant des télétravailleurs profitent d'une diminution de la taxe versement transport, leurs salariés contribuant moins à l'engorgement des infrastructures de transport.
- ◆ Les entreprises qui emploient des télétravailleurs à domicile bénéficient d'une diminution des cotisations accident du travail par le biais d'un système dégressif de taux de cotisation.

## **Le télétravail ne doit pas isoler le télétravailleur de son collectif de travail**

### La prise en compte de l'incidence du télétravail sur l'organisation du travail

Le Forum recommande que :

- ◆ Toute mise en place d'un projet de télétravail soit considérée comme un « *projet important* » au sens de l'article L. 432-2 du Code du travail et que, dès lors, le comité

d'entreprise ou les délégués du personnel soient consultés. À cette fin, le Forum recommande que ledit article soit complété pour qu'il y soit clairement fait mention du terme « *télétravail* ».

- ◆ Le télétravail fasse l'objet d'un item particulier (nombre et caractéristiques des télétravailleurs) au bilan social ou au bilan de responsabilité sociale de l'entreprise.

### Organiser la relation du télétravailleur avec son collectif de travail et avec les institutions représentatives du personnel

Le Forum recommande que :

- ◆ Une concertation avec les institutions représentatives du personnel portant sur les modalités de maintien du lien entre les télétravailleurs et leur équipe soit organisée au sein de l'entreprise.
- ◆ Soient élaborés des accords d'entreprise portant sur l'utilisation par les représentants du personnel des moyens de communication électronique de l'entreprise (intranets et messagerie électronique) avec les télétravailleurs.
- ◆ Les représentants du personnel disposent, pour les télétravailleurs qui n'y sont pas opposés, de toutes les informations nécessaires au bon exercice de leur fonction (adresse, courriel ...).
- ◆ Les délégués du personnel puissent avoir la possibilité de rencontrer les télétravailleurs qui le souhaitent sur leur lieu d'exercice. Pour ce faire, il conviendrait que les partenaires sociaux portent leurs réflexions sur la possibilité de prévoir des moyens spécifiques (crédit d'heures, frais de déplacements, connaissance effective des heures de présence des télétravailleurs dans les locaux de l'entreprise ...) permettant aux délégués de favoriser les contacts avec les télétravailleurs.

### **Le télétravail doit procéder d'une démarche volontaire et adaptée**

#### Une attention particulière pour l'embauche directe d'un nouveau salarié en télétravail

Le Forum recommande que :

- ◆ Les entreprises puissent, au titre des bonnes pratiques, prévoir une période où, avant de passer en télétravail, le nouveau salarié assurerait une partie de son activité au sein des locaux de l'entreprise.

#### Télétravail, période d'adaptation et réversibilité

Le Forum recommande que :

- ◆ Le passage en télétravail soit formalisé dans un accord collectif ou dans l'avenant au contrat de travail.

- ◆ Le passage en télétravail s'accompagne d'une période d'adaptation ou de découverte au télétravail.
- ◆ Pendant la période d'adaptation, le salarié ou l'employeur puissent décider unilatéralement de mettre fin au télétravail et de revenir à la situation antérieure.
- ◆ Sur le long terme, l'employeur et le salarié puissent mettre fin au télétravail selon des modalités établies par accord individuel ou collectif.

## La formation au télétravail

Le Forum recommande que :

- ◆ Les télétravailleurs soient informés par voie électronique des possibilités de formation professionnelle qui leur sont ouvertes, soit sur l'intranet de l'entreprise, soit par le biais de la messagerie électronique.
- ◆ L'accès des télétravailleurs à la formation professionnelle puisse faire l'objet d'une information au bilan social et devrait être mentionné dans le bilan de responsabilité sociale de l'entreprise.
- ◆ La formation des télétravailleurs soit facilitée et renforcée par le développement de la formation à distance par internet et à cet effet intégrée dans des programmes de «*e-learning*».
- ◆ Un «*quota*» de formation au télétravail puisse être intégré dans le 1 % formation pour les entreprises qui pratiquent ce mode d'organisation. Ce quota pourrait constituer une rubrique de l'accord d'entreprise sur le télétravail.
- ◆ Le PCIE (Passeport de compétences informatique européen) puisse être adopté comme outil d'évaluation des compétences informatiques du télétravailleur pour déterminer la nature de ses besoins en formation dans le domaine informatique.
- ◆ Les managers reçoivent une formation spécifique au développement du télétravail de leurs collaborateurs et au management à distance.

## Mesure de la charge de travail et droit au repos

En ce qui concerne la mesure de la charge de travail, le Forum recommande que :

- ◆ Lorsque la charge de travail peut être déterminée à partir de temps moyens d'exécution, ces temps ainsi que les salaires correspondants soient fixés par accords collectifs de branche ou, à défaut, par accords d'entreprise. Les salaires ainsi fixés doivent assurer une rémunération équivalente à celle versée aux salariés de qualification similaire réalisant des tâches comparables dans les locaux de l'entreprise.
- ◆ L'employeur et le salarié aient la même accessibilité aux indicateurs de temps de connexion et autres temps d'activité professionnelle mesurables par logiciels (nature, délais, modes de conservation).

◆ L'estimation de la charge de travail fasse l'objet, au niveau des principes, d'une négociation entre partenaires sociaux au sein de l'entreprise et d'une discussion au sein du CHSCT.

◆ Au titre des bonnes pratiques, l'estimation de la charge de travail fasse également l'objet d'une concertation entre le télétravailleur et son employeur à l'occasion de la définition de ses objectifs.

◆ Les partenaires sociaux, dans le cadre des négociations relatives à la mise en place des conventions de forfait, précisent les modalités d'application des textes existants aux télétravailleurs non cadres qui disposent d'une réelle autonomie.

En ce qui concerne l'amplitude de la journée de travail, le Forum recommande que :

◆ Une discussion s'amorce au sein des entreprises entre les représentants du personnel et l'employeur afin d'assurer l'application effective du droit au repos en fonction de l'amplitude de travail.

◆ Le contrat de travail précise les plages horaires d'accessibilité où le télétravailleur doit pouvoir être joint.

## **Les pouvoirs publics doivent accompagner le développement du télétravail**

Le Forum recommande que :

◆ Les pouvoirs publics lancent des études permettant de mieux connaître la réalité du télétravail en France. Ces études permettraient un recensement statistique exhaustif sur le télétravail en France afin de disposer d'indicateurs précis sur les effets réels du télétravail sur les conditions de travail et de vie.

◆ Le Forum se propose d'accompagner cette initiative publique en élaborant un guide pratique sur le télétravail à destination des entreprises et des salariés. Ce guide servirait de mode d'emploi pour la mise en télétravail (informations juridiques, ergonomiques, fiscales etc.). Il pourrait être diffusé sur tous les sites internet publics et dans les espaces publics numériques.

## Annexe 1

### Lettre de mission

*Ministère des Affaires Sociales  
du Travail et de la Solidarité*

*Le Ministre*

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

*Le* **28 JUIL 2003**  
*127, rue de Grenelle 75700 Paris 07 S.P*  
*Téléphone : 01 44 38 38 38*  
*Télécopie : 01 44 38 20 10*

Madame la Présidente,

Dans le cadre de la réflexion menée par notre pays sur le développement de la Société de l'information et des mesures concrètes prévues dans le plan RESO 2007 lancé par le Premier ministre le 12 novembre 2002, il convient de porter une attention particulière aux nouvelles formes de travail désormais rendues possibles par le déploiement de l'outil informatique en réseau au sein de l'entreprise mais aussi au domicile du salarié. Les dispositions prises par le Gouvernement pour réduire la fracture numérique des territoires et pour favoriser l'équipement des foyers sont un facteur d'accélération de ce phénomène.

En effet, depuis quelques années, des formes concrètes de « e-travail » sont apparues et ont modifié les repères classiques tant juridiques que sociologiques du rapport au travail. Ces modifications ont un impact à la fois sur l'employeur et sur le salarié mais aussi sur leur environnement.

Compte tenu des compétences développées par le Forum des droits sur l'internet dans ce secteur, notamment à la suite de son rapport sur « Internet et relations du travail », je vous demande d'animer un groupe de travail qui aura pour objet d'étudier ces nouvelles formes de travail, de mesurer leur impact, notamment au regard des expériences étrangères et de contribuer ainsi au développement d'un droit conventionnel adapté.

Vous mènerez vos travaux en lien avec la Commission sur la modernisation du droit du travail présidée par M. de Virville.

Je vous remercie d'avoir bien voulu accepter cette mission et je souhaiterais disposer de vos premières conclusions en avril 2004.

Je vous prie de croire, Madame la Présidente, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.



François FILLON

Madame Isabelle FALQUE-PIERROTIN  
Présidente  
Le Forum des droits sur l'internet  
6 rue Déodat de Séverac  
75017 - PARIS

## **Annexe 2**

### **Composition du groupe de travail**

**Jacques BABOT**, responsable du secteur «e-travail» au sein de l'unité «Nouveaux environnements de travail», DG Société de l'information, Commission européenne.

**Denis BÉRARD**, chargé de mission, département «Innovation technologique & travail», Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail.

**Jean HILDBRAND**, manager «Projet mobilité», IBM.

**Yves LASFARGUE**, sociologue.

**Monique LARCHE-MOCHEL**, médecin, chef de l'inspection médicale du travail et de la main-d'œuvre à la Direction des relations du travail et Odile SIRUGUET, médecin, adjoint au médecin chef de service de l'inspection médicale, Direction des relations du travail, ministère des Affaires sociales.

**Jacques-François MARCHANDISE**, directeur du développement, FING.

**Marie-France MAZARS**, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation.

**Liliane PIOT**, chef de projet, département «Équipement numérique des territoires», Caisse des dépôts et consignations.

**Christophe RADÉ**, professeur de droit du travail à l'université Montesquieu, Bordeaux IV.

**Jean-Marie ROUGER**, chef de l'Agence conseil du travail en réseau, EDF-GDF et **Jean-Marie MARTHOS**, Agence conseil du travail en réseau, EDF-GDF.

**Nicole TURBÉ-SUETENS**, consultante et experte européenne.

#### **Observateur de l'administration**

**Jean-Claude MICHAUD**, directeur adjoint du travail, Direction des relations du travail, ministère des Affaires sociales.

#### **Rapporteurs du groupe**

**Jean GONIÉ**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet.

**Mathieu HÉRON DART**, maître des requêtes au Conseil d'État.

## Annexe 3

### Personnes auditionnées par le groupe de travail

**Sylvie ANTOINE**, directrice des ressources humaines de la chambre des notaires de Paris.

**Jacques BABOT**, responsable du secteur «e-travail» au sein de l'unité «Nouveaux environnements de travail», DG Société de l'information, Commission européenne.

**Hugues BAUDERE**, président du Mouvement des jeunes notaires.

**Bruno de BEAUREGARD**, coprésident de Mayetic.

**Laurence BRETON-KUENY**, chef du service ressources humaines, Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé.

**Paule CLAVEL**, directrice de la direction informatique, chef de projet télétravail, rectorat de l'académie de Bordeaux.

**Alain DUCASS**, chef de mission «Aménagement numérique du territoire», DATAR.

**Pierre DUPLÂTRE**, directeur adjoint, responsable du département de «L'assurance des risques professionnels», CNAMTS.

**Pascal EYMIN**, directeur commercial du secteur industrie, CISCO.

**Andrée GÉRARD**, sous-directeur, chargée de mission à la direction des risques professionnels, CNAMTS.

**Jean HILDBRAND**, manager «Projet mobilité», IBM.

**Alain d'IRIBARNE**, directeur de recherche, Laboratoire d'économie et de sociologie du travail, CNRS.

**Peter JOHNSTON**, chef d'unité à la Direction générale société de l'information, responsable de l'unité «Nouveaux environnements de travail», Commission européenne.

**Monique KAUFF**, présidente de génération CYBERHANDIWORK.

**Marie-France KOULOUMDJIAN**, psychosociologue, directeur de recherche à l'École centrale de Lyon, expert européen.

**Monique LARCHE-MOCHEL**, médecin, chef de l'inspection médicale du travail et de la main-d'œuvre à la Direction des relations du travail.

**Anne LEFEVRE**, directrice du télétravail, France Télécom.

**Patrick MAHOUÉ**, chargé de mission sur le développement de l'emploi en télétravail de la communauté de Sillé-le-Guillaume.

**Marie-Claude MAILLARD**, médecin inspecteur régional du travail, région Bretagne.

**Jacques-François MARCHANDISE**, directeur du développement, FING.

**Fabienne MATIFAS**, directrice des ressources humaines, CISCO.

**Marie-France MAZARS**, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation.

**Miguel MEMBRADO**, coprésident de Mayetic.

**Idir NAITAISSA**, responsable du service des TIC à la chambre des notaires de Paris.

**Alain NINAUVE**, directeur adjoint du travail, département «Entreprises» à la Direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Haute-Normandie.

**Michel QUILLET**, président de la communauté de communes de Sillé-le-Guillaume.

**Christophe RADÉ**, professeur de droit du travail à l'université Montesquieu, Bordeaux IV.

**Jean-Emmanuel RAY**, professeur de droit du travail à l'université de Paris I.

**Jean-Marie ROUGER**, chef de l'Agence conseil du travail en réseau, EDF-GDF.

**Patrick WATTEL**, adjoint de direction, responsable de la formation, Association pour la réinsertion sociale et professionnelle des personnes handicapées de Troyes.

**Jeanine YIGIT-THOURON**, directrice de la gestion du personnel, Accenture.

#### **Organisations professionnelles et syndicales auditionnées**

**Jean-Pierre BERNARD**, vice-président du secteur des télécommunications, CFTC.

**Armand de BERNIÈRES**, conseiller technique, UPA.

**Hubert BOUCHET**, secrétaire général de l'Union des cadres et ingénieurs FO.

**Jean-Paul BOUCHET**, secrétaire général adjoint, CFDT cadres.

**Pierre BURBAN**, secrétaire général, UPA.

**Pierre CHARTRON**, directeur du département « Analyse des emplois et organisation du personnel », UIMM.

**Soraya DJIDEL**, responsable communication, CGPME.

**Samuel DOUETTE**, chargé de mission, CJD.

**Fanny FAVOREL**, juriste, CGPME.

**Chantal FOULON**, directrice adjointe à la Direction des affaires sociales, MEDEF.

**Jean-Pierre KOEHLIN**, président du secteur des télécommunications, responsable de la formation professionnelle et de l'emploi, CFTC.

**Alain LECANU**, secrétaire national chargé du pôle emploi/formation, CGC.

**Alain MARCELLES**, secrétaire fédéral, SUD-PTT.

**Roland METZ**, conseiller confédéral chargé des garanties collectives et des salaires, CGT.

**Nicolas MIJOLE**, juriste, CGC.

**Dominique TELLIER**, directeur à la Direction des affaires sociales, MEDEF.

**Djamel TESKOUK**, conseiller confédéral chargé des questions de formation, CGT.

**Jack TORD**, conseiller confédéral chargé de l'emploi, CGT.

**Alain TRIBOULT**, CFTC.

## Annexe 4

### Quelques réactions issues de l'appel à témoignages

Afin d'accompagner la réflexion du groupe de travail, le Forum des droits sur l'internet a mis en place, sur son site internet, un appel à témoignages. Cet appel a permis de recueillir l'avis des salariés et des employeurs sur le télétravail et leurs expériences dans ce domaine.

Mêlant des points de vue très divers, aux tonalités tour à tour techniques, économiques ou encore sociologiques, les témoignages ont confirmé la richesse des problématiques soulevées.

Ils ont porté sur un certain nombre de constats portant sur les avantages du télétravail, tout en montrant ses limites. De ces constats divers il ressort un point faisant néanmoins l'unanimité.

#### Le télétravail comporte un certain nombre d'avantages

Les témoignages ont été nombreux pour montrer que le télétravail comporte un certain nombre d'avantages.

#### Les avantages en termes de qualité de vie

Le télétravail permet une **réorganisation de la vie personnelle**. Un témoignage précise en effet que *« ne voyant plus la nécessité de rester en banlieue parisienne, je me suis établi en province »*.

Cette forme de travail engendre également **moins de stress et des gains de temps** qui se manifestent par une sensation de plus de liberté. Le même témoignage insiste sur le fait que *« Fini les bouchons et embouteillages, les heures perdues dans les déplacements, le stress et les énervements; le temps perdu dans la circulation, c'est autant d'heures de travail en plus, ou de temps libre »*.

Enfin, le télétravail offre **la possibilité de travailler à son rythme**: *« On est bien plus efficace en travaillant dans ces conditions [télétravail]. De plus, si un jour vous avez envie de lever le pied (quand c'est possible), rien ne vous en empêche, mais le lendemain, il faut mettre les bouchées double »*. Un autre témoignage précise que l'un des principaux avantages du télétravail est *« surtout lié à la possibilité de vivre où bon me semble; en l'occurrence, je vis en milieu rural et mange avec mon épouse et ma fille tous les jours à midi »*.

## Les avantages en termes de coûts

Le télétravail permet de réaliser des économies tant pour l'employeur que pour le salarié.

Il a été noté que **pour l'employeur, le télétravail est peu coûteux** et permet plus facilement à des petites structures de rivaliser avec la concurrence. De plus, il semble **bien adapté pour des structures de création multimédia**. Un témoignage précise ainsi que le télétravail «*est peu coûteux puisque les échanges de mail et quelques rendez-vous ponctuels suffisent à bien cadrer un projet. Dans le secteur d'activité lié aux nouvelles technologies, il est difficile d'assumer tous les métiers en interne. Le télétravail nous permet donc de trouver le profil le plus idéal en fonction de nos besoins. Les contrats étant généralement de courte durée (un, deux, trois mois)*».

**Le salarié**, de son côté, **voit se réduire un certain nombre de coûts**. De nombreux témoignages insistent sur le fait que, la mise en télétravail leur a permis de «*réaliser des économies (pas de frais de logements, moins de déplacements, conservation du salaire correspondant à l'ancien poste ...)*».

## Les avantages en termes d'aménagement du territoire

Un témoignage note que **le télétravail permettrait de maintenir un certain nombre de services dans les territoires**, voire de faire des économies d'infrastructures. Même si ce témoignage aborde surtout la problématique par le biais de la fonction publique, les points mentionnés peuvent s'appliquer à toute structure. Il est ainsi précisé que «*les fonctionnaires d'origine provinciale répugnent à s'installer à Paris et en région parisienne (difficultés à trouver un logement, vie chère ...). Il en résulte un turn-over important dans les services [...] et une perte d'emplois en province qui sont redéployés sur les régions parisienne et PACA. Ce phénomène amplifie encore la désertification de nos campagnes et coûte cher en termes d'équipements sociaux dans les grandes villes. Le télétravail permettrait de maintenir des petites structures là où elles existent traitant en back office des travaux des grandes agglomérations. Que l'on pense à ce que cela pourrait avoir comme conséquences en termes de qualité de vie, d'aménagement du territoire, de flexibilité, d'économies d'infrastructures et d'équipements divers*».

### Des limites persistent

Un certain nombre de limites au développement du télétravail ont été mises en avant.

## Des limites en termes d'accessibilité aux technologies

Un point souvent évoqué porte sur la difficulté d'obtenir du **haut débit et une interconnexion forfaitaire illimitée** quand on télétravaille loin des grandes villes.

Le problème de l'aménagement numérique du territoire est clairement posé : «*Le gros problème, c'est que le télétravail nécessite une connexion internet illimitée, et de préférence de qualité, surtout dans mon job : Webmastering de sites internet, rédacteur, etc. Hélas, la province et la campagne sont dépourvues de connexion haut débit*».

## Des limites en terme de management

Les témoignages reçus confirment qu'un certain nombre d'employeurs ne seraient pas prêts à ne plus voir quotidiennement leurs collaborateurs et ne sont pas convaincus des potentialités du télétravail. On note ainsi qu'une certaine réticence pour la mise en télétravail peut naturellement apparaître, dans un premier tout au moins, chez le manager. Un témoignage note ainsi « *mon employeur, à qui j'ai un peu forcé la main à l'époque, n'avait qu'une crainte: le ressentiment de mes collègues à mon égard. En fait mes collègues ont dans leur ensemble rapidement compris que l'éloignement ne changeait que peu de chose à partir du moment où le contact permanent (téléphone, mail etc.) est très régulier* ». La même personne remarque ainsi que, de façon générale, « *les employeurs, pour beaucoup d'entre eux craignent de ne plus avoir le contrôle sur leurs salariés, c'est montrer un manque de confiance énorme* ».

Un autre témoignage remarque que « *certain managers préfèrent avoir leur équipe sous leurs yeux (je te vois = tu travailles, je ne te vois pas = travailles-tu vraiment?). Et pourtant, de plus en plus de structures sont internationales et par ce fait, les employés doivent communiquer par téléphone ou vidéoconférence (quelle différence avec un télétravailleur?)* ». Cette remarque appelle une proposition et une interrogation: « *Une manière de débloquer les réfractaires pourrait être la mise en place d'indicateurs permettant d'évaluer si le travail a été réalisé. Finalement, être contre le télétravail, est-ce aussi reconnaître qu'on a du mal à évaluer et à planifier le travail de ses collaborateurs?* ».

## Des limites en termes de liens avec le collectif de travail

Le télétravail suppose une **distance avec le collectif de travail** qui, d'après les témoignages, **peut engendrer du stress, de la frustration et un sentiment d'isolement**. Il est ainsi précisé que « *les problèmes sont liés au stress dû à une présence bien plus assidue qu'au bureau, ne serait-ce que pour de courtes absences. Il est également un peu frustrant de voir ses collègues constamment en RTT ou en vacances et de devoir finir leur travail sous la pression constante des délais promis au client. L'isolement social est un peu pesant, mais cela permet aussi d'éviter les éventuels conflits ...* ».

Tout le monde ne peut être en télétravail

## Un point qui fait l'unanimité

D'une manière générale, les témoignages ont clairement montré qu'une idée s'impose: **tout le monde ne peut être en télétravail**. Cela ne veut pas seulement dire que tous les métiers ne se prêtent pas au télétravail. Cela signifie surtout qu'en l'absence d'une présence continue de la hiérarchie, le télétravailleur doit être motivé et bien organisé. Il est ainsi noté que « *Quelqu'un de non motivé ne pourra jamais y arriver, quelqu'un de non organisé non plus, et quelqu'un qui passerait 20 heures devant son écran détruira à coup sur son environnement familial* ».

### **Des constats particuliers ...**

Pour beaucoup, « *le télétravail n'est pas une affaire de technique (informatique, téléphone etc.): les technologies actuelles permettent un confort technique quasi parfait et très facile à mettre en œuvre* ».

De même, nombre de témoignages ont noté que « *l'isolement n'est pas un problème dans la mesure où le télétravailleur n'est pas déjà "isolé"* ».

Enfin, il semblerait que le risque, souvent cité, « *de travailler trop et de ne pas avoir de frontière claire nette le monde professionnel et l'espace privé est uniquement dépendant de la personne, une personne qui ne sait pas dire non au bureau risque de ne pas savoir dire non à distance* ».

### **... qui amènent une remarque générale**

Ces constats particuliers amènent une remarque générale fondée sur le fait que « ***l'organisation est le maître mot du télétravail***, [...] *le fait d'avoir un bureau à la maison entraînera à travailler mieux seulement si nous avons un minimum d'organisation. Par exemple je travaille à la maison mais je n'ai pas de pièce dédiée (tout simplement pas assez de place), donc mon "bureau est volant" (deux tréteaux, une planche, deux téléphones et un PC portable). Il n'est pas impossible que si j'avais une pièce dédiée, la tentation de "dépasser" le temps passé à travailler soit plus grande* ».

## Annexe 5

### Le télétravail en France : un premier cadrage statistique

Étude demandée par le forum des droits sur l'internet à la DARES

*Le télétravail à domicile concerne environ 2 % des salariés en France, et le télétravail nomade 5 %. C'est du moins l'estimation que permet de faire l'« Enquête permanente sur les conditions de vie » (EPCV-INSEE) sur la période 1999-2003. Le télétravail est majoritairement masculin et concerne surtout des salariés très qualifiés (cadres où professions intermédiaires), notamment dans les services aux entreprises. Les télétravailleurs semblent plutôt bien insérés dans leur entreprise, mais leur temps de travail déborde largement sur leur temps familial.*

Essayer d'appréhender le télétravail avec les outils de la statistique n'est pas une opération aisée. En effet, si le terme de télétravail ne bénéficie pas d'une définition consensuelle chez les spécialistes, c'est évidemment encore moins le cas auprès des travailleurs eux-mêmes. Il est à cet égard peu opérant de poser directement la question « pratiquez-vous le télétravail »<sup>246</sup>, du moins dans un contexte national comme celui de la France où ce terme n'est probablement pas compris d'une large fraction de la population, et peut recevoir diverses acceptions de la part de ceux qui pensent le comprendre.

Pour cerner statistiquement la population des « télétravailleurs », il faut d'abord la délimiter au plan conceptuel, donc définir les critères discriminants du télétravail. Il faut ensuite mobiliser des outils statistiques comportant des informations sur ces critères ou des critères proches.

Nous commencerons, par préciser les critères utilisés, puis nous présenterons les principaux résultats d'une première analyse statistique menée sur une source que nous jugeons la seule pertinente aujourd'hui pour la France.

---

**246.** L'Enquête européenne sur les conditions de travail de 2000 (Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail) pose une question sur le télétravail (« votre emploi principal vous amène-t-il à télétravailler depuis votre domicile avec un micro-ordinateur ? »), où 4 % des 1 500 personnes enquêtées pour la France (soit soixante personnes) répondent positivement, sans que le terme télétravail n'ait été défini par l'enquêteur. La faible taille de l'échantillon et le flou de la question ne permettent pas de s'appuyer utilement sur cette enquête. L'enquête Eurobarometer pose une question un peu plus précise (les télétravailleurs salariés sont définis comme « accomplissant leur travail, en tout ou en partie, en dehors de leur lieu normal d'activité, généralement chez eux, en utilisant les technologies de l'information et de la communication ») : 6 % des actifs répondent « régulièrement » et 7 % « occasionnellement ». Là encore, la faible taille de l'échantillon (1 000 personnes de 15 ans et plus, dont des inactifs), empêche toute exploitation plus fine. Enfin l'enquête SIBIS-Empirica (2003) utilise un questionnaire assez précis, permettant de distinguer le télétravail à domicile et le travail mobile. Cf. [www.empirica.biz/sibis/statistics/data](http://www.empirica.biz/sibis/statistics/data). À nouveau la très faible taille de l'échantillon (500 personnes) ne permet d'attribuer qu'une valeur indicative aux résultats pour la France (4 % de télétravail à domicile et 2 % de télétravail mobile).

## Définition et critères du télétravail

La définition retenue par «l'accord cadre sur le télétravail» signé par les partenaires sociaux européens le 16 juillet 2002 est assez restrictive: «*Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière*».

La restriction selon laquelle le travail devrait pouvoir «être réalisé dans les locaux de l'employeur» pose manifestement problème. Elle vise sans doute à écarter des activités «naturellement» délocalisées, comme les activités commerciales ou d'entretien chez les clients. Mais un commercial ou un réparateur qui envoie par internet à son entreprise le bon de commande ou le rapport d'intervention depuis les locaux du client, n'est probablement pas un télétravailleur selon cette définition, puisqu'il «pourrait» revenir dans son entreprise pour déposer ces documents – même au prix de délais et de coûts de transport importants. Or le développement des TIC réduit de telle façon certains coûts qu'il devient difficile de penser que ce type de tâche «pourrait» être réalisé dans les locaux de l'employeur ... De même, les salariés travaillant loin de leur hiérarchie dans des «centres de proximité» installés par leur entreprise près de leur domicile, ne seront pas probablement considérés comme des télétravailleurs par l'accord-cadre, puisqu'ils travaillent dans des locaux de l'employeur.

Selon la définition plus large adoptée par le Forum des droits sur l'internet, le télétravail salarié <sup>247</sup> est «*le travail qui s'effectue, dans le cadre d'un contrat de travail, au domicile ou à distance de l'environnement hiérarchique et de l'équipe du travailleur à l'aide des technologies de l'information et de la communication*» <sup>248</sup>. Le Forum des droits sur l'internet distingue quatre formes de télétravail: 1) en réseau au sein de l'entreprise dans des locaux distincts; 2) dans des locaux partagés par plusieurs entreprises; 3) nomade; 4) à domicile.

Dans l'idéal, un questionnaire statistique qui viserait à décrire ces populations devrait comporter des questions détaillées sur l'usage professionnel de l'informatique (du téléphone, du fax ...): lieu d'utilisation (domicile, établissement appartenant ou non à l'entreprise, lieux multiples ...), durée d'utilisation dans les différents lieux, proximité du supérieur hiérarchique, connexion à internet ou au réseau de l'entreprise.

En pratique aucun questionnaire existant ne fournit ce type d'informations détaillées: les enquêtes de la DARES sur les conditions de travail, par exemple, ne s'intéressaient guère au télétravail, pratique tout à fait rare dans les entreprises dans les années soixante-dix et quatre-vingt (et encore aujourd'hui, on va le voir). L'enquête de 2005 permettra pour la première fois de fournir une évaluation. Sans attendre cette enquête, nous nous appuyons ici sur l'«Enquête permanente sur les conditions de

---

**247.** On ne s'intéressera pas ici au travail non salarié, pour des raisons théoriques (toute prestation commerciale pouvant être fournie sous une forme électronique est susceptible d'être qualifiée de télétravail, ce qui élargit manifestement à l'excès le périmètre du concept) et pratiques (cette note vise à éclairer des discussions entre représentants des employeurs et des salariés).

**248.** Forum des droits sur l'internet, rapport *Le télétravail en France*, décembre 2004.

vie des ménages» (EPCV-INSEE), et plus précisément sur le module de cette enquête réalisé chaque année en octobre, qui comprend un questionnaire succinct mais utile sur les conditions de travail, la localisation de l'activité de travail et l'usage de l'informatique (cf. les tableaux *infra*).

## La mesure du télétravail dans l'« Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages » (EPCV-INSEE)

Le module d'octobre de l'« Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages » est passé auprès d'environ 5 500 ménages, où environ 2 500 salariés occupés répondent sur leurs conditions de travail. L'échantillon est renouvelé par moitié chaque année. Pour disposer d'un nombre suffisant d'observations afin d'établir des ventilations par CSP et par secteur d'activité, on a empilé cinq enquêtes successives: les 2 500 enquêtés de 1999, et les 1 250 entrants de 2000, 2001, 2002 et 2003. Les chiffres ici présentés reposent donc sur un échantillon de 6 244 salariés interrogés entre 1999 et 2003: il s'agit donc d'une image du télétravail au tournant du siècle, mais pas une année déterminée. Les échantillons annuels sont d'ailleurs trop petits et les évolutions d'une année à l'autre trop faibles pour qu'on puisse commenter ces dernières.

Quatre questions nous permettront de délimiter une population de « télétravailleurs »:

« Vous arrive-t-il de travailler à domicile ? ».

1) Toujours ou presque; 2) souvent; 3) de temps en temps; 4) rarement; 5) jamais).

« Travaillez-vous toujours sur le même lieu ? ».

1) Oui, toujours ou presque; 2) non, vous partagez votre temps entre plusieurs lieux plutôt déterminés; 3) non, vous avez un lieu de travail de base, mais vous passez la plupart de votre temps de travail ailleurs; 4) non, vous n'avez aucun lieu de travail déterminé).

« Utilisez-vous dans votre travail un minitel ou un micro-ordinateur ou une machine de traitement de texte ou un terminal relié à un ordinateur ? ».

1) Tous les jours; 2) plusieurs fois par semaine; 3) une fois par semaine; 4) plusieurs fois par mois; 5) une fois par mois; 6) moins d'une fois par mois; 7) ne sait pas la fréquence; 8) jamais ou presque).

« Combien d'heures avez-vous utilisé cet appareil la semaine dernière ? »

Pour qu'un salarié soit considéré comme télétravailleur, il faut d'abord qu'il utilise dans son travail les technologies de l'information avec une régularité et une intensité suffisantes: nous avons retenu les salariés qui utilisent l'informatique tous les jours ou plusieurs fois par semaine, et qui signalent un usage supérieur à 5 heures par semaine. On écarte ainsi 64 % de l'échantillon.

Il faut ensuite que cet usage de l'informatique se déroule au moins pour partie loin de son responsable hiérarchique ou de son équipe de travail. Ceci nous amène à écarter les personnes répondant travailler « toujours ou presque sur le même lieu » sans que ce lieu soit leur domicile (soit les trois quarts des gros utilisateurs de l'informatique, c'est-à-dire 27 % de l'échantillon).

Certes on écarte ainsi à tort les télétravailleurs des formes 1) en réseau au sein de l'entreprise dans des locaux distincts; et 2) dans des locaux partagés par plusieurs entreprises. Mais ces formes de télétravail sont vraisemblablement très minoritaires par rapport au travail à domicile et au travail nomade (ainsi aux USA le télétravail à domicile, alternant ou fixe, représenterait 84 % du total <sup>249</sup>).

On définit alors trois types statistiques de télétravail parmi les grands utilisateurs de l'informatique:

- ceux qui travaillent « toujours ou presque » ou « souvent » à leur domicile et qui déclarent travailler « toujours ou presque sur le même lieu », sont réputés « télétravailleurs fixes à domicile »;
- ceux qui travaillent « toujours ou presque » ou « souvent » à leur domicile mais signalent d'autres lieux de travail sont réputés « télétravailleurs alternants à domicile »;
- ceux qui ne travaillent pas souvent à leur domicile mais signalent plusieurs lieux de travail sont réputés « télétravailleurs nomades ».

Remarquons que ces conventions amènent très vraisemblablement à une surestimation du nombre de télétravailleurs. En effet, on ne sait pas où les salariés utilisent l'informatique: les nombreux cadres qui emmènent souvent des dossiers à lire à la maison et qui travaillent beaucoup sur ordinateur à leur bureau seront ici comptés à tort parmi les « télétravailleurs alternants à domicile ».

Cette majoration du nombre de télétravailleurs ne concerne pas seulement le télétravail alternant. Le cas des enseignants apparaît à cet égard très particulier: 15 % d'entre eux se rangent dans la catégorie du « télétravail fixe à domicile », 6 % dans le « télétravail alternant à domicile » et 5 % dans le « télétravail nomade ». Les enseignants, en général fortement utilisateurs de l'informatique, consacrent souvent du temps à domicile pour la préparation des cours ou la correction des copies, ou bien enseignent dans plusieurs établissements, sans qu'on puisse parler de « télétravail ». Sans doute quelques-uns des enseignants interrogés pratiquent-ils le télé-enseignement, mais rien ne permet de les repérer, et ils sont certainement très minoritaires <sup>250</sup>. Nous avons donc choisi d'exclure les enseignants de notre décompte du télétravail en France (ce qui réduit de 2 points la proportion de salariés répondant aux critères du télétravail définis ci-dessus).

## Principaux résultats

Il y aurait 2 % de télétravailleurs à domicile et 5 % de télétravailleurs nomades parmi les salariés. Sur 22 millions de salariés, notre estimation est qu'au plus 440 000 (soit 2 %) peuvent être considérés comme des télétravailleurs à domicile <sup>251</sup>.

---

**249.** J. Lisboa, *Étude sur le télétravail en Europe et aux États-Unis*, juillet 2002, [www.aftt.asso.fr/publi/Etude%20T%E91%E9travail.htm](http://www.aftt.asso.fr/publi/Etude%20T%E91%E9travail.htm).

**250.** La part de marché du secteur privé est vraisemblablement beaucoup plus élevée dans le télé-enseignement que dans l'enseignement classique; or les « télétravailleurs enseignants » sont encore plus souvent des fonctionnaires (à 90 %) que les enseignants classiques (86 %), ce qui renforce les doutes, sur la réalité de leur télétravail.

**251.** Il importe de remarquer que la faiblesse de ces effectifs rend leur estimation précise assez délicate.

Rappelons que les « télétravailleurs à domicile » sont ici les salariés qui signalent à la fois utiliser intensivement l'informatique et travailler toujours ou souvent à leur domicile. Environ la moitié d'entre eux (soit 1 % des salariés) dise travailler « toujours au même endroit ou presque » : on peut donc supposer qu'il s'agit de leur domicile, et les qualifier de « télétravailleurs fixes à domicile » pour ce qui les concerne. L'autre moitié déclare fréquenter plusieurs lieux de travail différents, ce sont les « télétravailleurs alternants à domicile ».

Chez les non-salariés, la proportion de personnes remplissant les critères ici adoptés pour définir le télétravail à domicile est de 6 %, mais il serait sans doute abusif de les qualifier de télétravailleurs dans la mesure où ils n'ont pas de lien de subordination avec un employeur, et où le domicile peut fort naturellement constituer le lieu de travail habituel pour nombre de travailleurs indépendants.

Le « télétravail nomade » concerne quant à lui au plus 1 100 000 salariés (soit 5 % des salariés). Il s'agit des salariés grands utilisateurs de l'informatique qui partagent leur temps de travail entre plusieurs lieux, sans travailler beaucoup à leur domicile. Pour les non-salariés, la proportion de personnes concernées est de 4 %.

### **Les télétravailleurs sont surtout des cadres ...**

Le télétravail concerne essentiellement des salariés très qualifiés : pratiquement aucun ouvrier et une très faible proportion des employés peuvent être considérés comme des télétravailleurs.

Concernant le télétravail à domicile, dans près de la moitié des cas il concerne des ingénieurs ou cadres, et des professions intermédiaires pour un tiers. Ainsi 10 % des cadres peuvent être considérés comme des télétravailleurs à domicile (4 % fixes, 6 % alternants), mais seulement 2 % des professions intermédiaires (respectivement 1 % et 1 %), et moins de 1 % des employés.

Le télétravail nomade est lui aussi l'apanage des salariés très qualifiés : près de la moitié de ces télétravailleurs sont des ingénieurs ou cadres, et plus d'un tiers appartiennent à des professions intermédiaires. 20 % des cadres font du télétravail nomade, 9 % des professions intermédiaires et 3 % des employés.

### **... et des hommes**

Les femmes sont minoritaires parmi les télétravailleurs : elles représentent 43 % des télétravailleurs fixes à domicile (soit 2 points de moins que leur part dans la population salariée), et seulement 17 % des télétravailleurs alternants et 24 % des travailleurs nomades. La probabilité qu'une femme soit télétravailleuse à domicile ne dépend pas du fait qu'elle aie des enfants ni du nombre éventuel d'enfants : ceci contredit l'hypothèse parfois avancée, selon laquelle le télétravail serait favorisé par le souhait des femmes de pouvoir mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale.

### **Le télétravail nomade est plutôt réservé aux CDI à temps plein**

Le statut de l'emploi – contrat précaire (CDD ou intérim), CDI temps partiel ou CDI temps plein – n'influence pas le recours au travail à domicile ; en revanche les télétra-

vailleurs nomades sont plus souvent en CDI à temps plein (90 %) que l'ensemble des salariés (74 %). C'est surtout du fait de la rareté des contrats à temps partiel (3 % des télétravailleurs nomades sont en CDI à temps partiel contre 13 % des salariés).

### **Les services aux entreprises sont les plus gros utilisateurs**

Deux secteurs se distinguent par une utilisation plus intensive du télétravail : le secteur financier (banques et assurances), avec 3 % de télétravailleurs à domicile, surtout fixes, et 9 % de télétravailleurs nomades ; et surtout les services aux entreprises, qui comptent 4 % de télétravailleurs à domicile (plutôt alternants) et 16 % de télétravailleurs nomades. Du fait de leur relativement faible proportion de cadres, le BTP, le commerce, les services aux particuliers et les transports sont nettement en retrait ; l'industrie et l'administration se situent dans la moyenne.

Globalement, le secteur public compte un peu moins de télétravail à domicile, puisque seulement 1 % de ses salariés y ont recours <sup>252</sup>. Mais toutes choses égales par ailleurs, aucune différence n'apparaît liée au statut public ou privé des emplois, ni pour le télétravail nomade ni pour celui à domicile.

### **Les seniors plutôt moins concernés par le télétravail nomade**

Le recours au télétravail fixe à domicile n'apparaît pas lié à l'âge des personnes. Mais seulement 4 % des salariés de 50 ans et plus sont des télétravailleurs nomades (contre 5 % pour l'ensemble) ; cette différence, certes faible, est néanmoins significative toutes choses égales par ailleurs.

### **Des horaires plus souples mais plus longs**

Les télétravailleurs ont des horaires plus souples : ainsi, chez les cadres, 57 % des télétravailleurs à domicile et 53 % des télétravailleurs nomades déterminent librement leurs horaires de travail, contre 35 % des cadres ordinaires. Mais cette liberté se paie par d'importants débordements du travail sur le temps familial : les télétravailleurs sont beaucoup plus nombreux à signaler travailler la nuit, le samedi ou le dimanche. Les plus touchés sont les télétravailleurs alternants à domicile : 20 % d'entre eux signalent travailler « habituellement » la nuit <sup>253</sup> (contre 10 % des autres salariés). Alors que 70 % des salariés ordinaires ne travaillent jamais la nuit, c'est le cas de seulement 30 % des télétravailleurs alternants (58 % pour les mobiles et 60 % pour les fixes).

Alors que seulement 11 % des cadres déclarent travailler habituellement le samedi et 3 % le dimanche, ces proportions s'élèvent à 29 % et 20 % pour les télétravailleurs alternants.

Ces conditions de travail sont-elles mal ressenties par les personnes ? Le questionnaire ne comporte pas de question directe sur la satisfaction au travail. Remarquons

---

<sup>252</sup>. Il en irait différemment si l'on incluait les enseignants parmi les télétravailleurs.

<sup>253</sup>. C'est-à-dire « après 22 heures et avant 6 heures » ; il ne s'agit pas de travail posté en horaires alternants, puisque aucun télétravailleur ne déclare faire de tels horaires.

néanmoins que 8 à 9 % des télétravailleurs évoquent un risque de démission au cours des douze prochains mois, contre seulement 4 % des salariés ordinaires <sup>254</sup>.

### **Une insertion plutôt bonne dans leur emploi**

Les télétravailleurs n'apparaissent cependant pas marginaux par rapport à leur entreprise ou à leur collectif de travail. On a vu, qu'ils étaient plus souvent en CDI à temps plein ; de même ils sont plus nombreux à avoir reçu une formation au cours des douze derniers mois (par exemple, 47 % des nomades contre 28 % des salariés ordinaires). Certes, cela s'explique surtout par le fait que leur niveau élevé de qualification les favorise dans l'accès à la formation, mais pas seulement : le lien résiste à une analyse toutes choses égales par ailleurs. Les télétravailleurs déclarent aussi souvent que les salariés ordinaires pouvoir espérer une promotion dans leur entreprise. Ils ne souffrent pas non plus d'un isolement social particulier, au contraire : les télétravailleurs alternants signalent plus souvent (63 %) fréquenter des collègues hors du travail que les autres salariés (52 %) <sup>255</sup>.

### **Trois formes contrastées de télétravail**

Au final, les trois formes de télétravail distinguées a priori semblent bien renvoyer à des situations assez contrastées. Le télétravailleur à domicile alternant évoque, de par ses caractéristiques, la figure de l'homme cadre et surmené, fortement investi dans son travail, lequel déborde largement sur sa vie personnelle. Le télétravailleur fixe à domicile est moins systématiquement un homme jeune, mais il(elle) est aussi qualifié(e) et a des horaires presque aussi atypiques que l'alternant. Le télétravailleur nomade, lui aussi plutôt jeune et masculin, occupe souvent une fonction spécifique (commerciale ou technique) qui l'astreint à travailler dans les locaux des clients de son entreprise ; mais son travail n'envahit pas autant sa vie que pour les catégories précédentes. La question du temps de travail et de son empiètement sur la vie personnelle semble néanmoins au cœur des caractéristiques du télétravail.

---

<sup>254</sup>. L'écart n'est statistiquement significatif que pour les télétravailleurs nomades.

<sup>255</sup>. Ces personnes répondent rencontrer «souvent» ou «de temps en temps» «des collègues ou des relations de travail en dehors de vos occupations professionnelles».

Tableau 1

**Le télétravail à partir de l'«Enquête permanente sur les conditions de vie»**

Salariés gros utilisateurs de l'informatique		
Travaillent toujours ou souvent à leur domicile	Travaillent toujours ou presque sur le même lieu	Télétravailleurs fixes à domicile (1 %)
Travaillent toujours ou souvent à leur domicile	Ont plusieurs lieux de travail différents	Télétravailleurs alternants à domicile (1 %)
Travaillent peu ou jamais à leur domicile	Ont plusieurs lieux de travail différents	Télétravailleurs nomades (5 %)

Source: «Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages 1999-2002», INSEE, calculs DARES.

Tableau 2

**Les caractéristiques spécifiques des télétravailleurs**

Formes de télétravail	Fixe à domicile	Alternant à domicile	Nomade
Femmes		--	--
Seniors		-	--
CDI temps plein			+
Services aux entreprises			++
Banques et assurances	+		
Ingénieurs et cadres	++	++	++

Source: «Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages 1999-2003», INSEE, calculs DARES.

Note de lecture: les femmes pratiquent significativement moins souvent le télétravail alternant à domicile, toutes choses égales par ailleurs (modélisation Logit; ++ou -- (resp. + ou -) indique un lien significatif à 1 %, (resp. 10 %); une case vide indique une absence de lien significatif).

Tableau 3

**Les conditions de travail et d'emploi des télétravailleurs**

Formes de télétravail	Fixe à domicile	Alternant à domicile	Nomade
Horaires librement déterminés	++	++	++
Travaille la nuit	+	++	
Travaille le week-end	++	++	+
Fréquente des collègues hors du travail		+	
À suivi une formation au cours des douze derniers mois	+		+

Source: Source: «Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages 1999-2003», INSEE, calculs DARES.

Note de lecture: les télétravailleurs fixes à domicile sont significativement plus souvent libres de déterminer leurs horaires que les autres travailleurs, toutes choses égales par ailleurs (modélisation Logit; ++ou -- (resp. +ou -) indique un lien significatif à 1 %, (resp. 10 %); une case vide indique une absence de lien significatif).

Tableau 4

**Le télétravail selon les secteurs d'activité**

Formes de télétravail	Fixe à domicile	Alternant à domicile	Nomade
Industrie manufacturière	1,0 %	1,4 %	6,0 %
Bâtiment – TP	0,6 %	0,2 %	3,0 %
Transports – télécom.	0,3 %	0,3 %	4,6 %
Commerce	0 %	0,9 %	3,5 %
Banques et Assurances	2,9 %	1,4 %	9,4 %
Services aux entreprises	1,9 %	2,9 %	15,7 %
Services aux particuliers	0,9 %	0,8 %	1,8 %
Ensemble	0,9 %	1,1 %	5,4 %

Source: Source: «Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages 1999-2003», INSEE, calculs DARES.

Tableau 5

**Le télétravail selon le sexe et la catégorie socioprofessionnelle**

Formes de télétravail	Fixe à domicile	Alternant à domicile	Nomade
Ingénieurs et cadres	3,7 %	6,0 %	20,1 %
Professions intermédiaires	1,1 %	1,2 %	9,0 %
Employés	0,6 %	0,3 %	2,7 %
Ouvriers	0 %	0,1 %	0,6 %
Ensemble	0,9 %	1,1 %	5,4 %
Hommes	1,0 %	1,7 %	7,5 %
Femmes	0,9 %	0,4 %	2,8 %

Source: Source: «Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages 1999-2003», INSEE, calculs DARES.

Tableau 6

**Quelques caractéristiques du travail et de l'emploi des télétravailleurs**

Formes de télétravail	Fixe à domicile	Alternant à domicile	Nomade	Tous salariés
Maîtrise des horaires	53 %	61 %	33 %	10 %
Travail de nuit (occasionnel ou régulier)	39 %	69 %	42 %	30 %
Travail le week-end (occasionnel ou régulier)	73 %	79 %	61 %	56 %
Contrat précaire	10 %	10 %	7 %	13 %
Possibilité de promotion	45 %	56 %	56 %	39 %
Formation au cours des douze mois	43 %	40 %	47 %	28 %
Rencontre collègues hors du travail	51 %	63 %	54 %	52 %
Risque de démission dans les douze mois	7 %	8 %	7 %	3 %

Source: Source: «Enquête permanente sur les conditions de vie des ménages 1999-2003», INSEE, calculs DARES.

## Annexe 6

### Accord-cadre européen sur le télétravail



SI/2002/206.01.02/Accord fr

Le 16 juillet 2002

#### Accord-cadre sur le télétravail<sup>1</sup>

##### 1. Considérations générales

Dans le cadre de la Stratégie Européenne pour l'Emploi, le Conseil européen a invité les partenaires sociaux à négocier des accords en vue de moderniser l'organisation du travail, incluant des arrangements de travail flexibles, dans le but d'améliorer la productivité et la compétitivité des entreprises et de réaliser l'équilibre nécessaire entre la flexibilité et la sécurité.

La Commission européenne, dans la seconde phase de consultation des partenaires sociaux sur la modernisation et l'amélioration des relations de travail, a invité les partenaires sociaux à engager des négociations sur le télétravail. Le 20 septembre 2001, la CES (et le comité de liaison EUROCADRES/CEC), l'UNICE/UEAPME et le CEEP ont annoncé leur intention d'ouvrir des négociations en vue d'un accord à mettre en œuvre par les organisations membre des parties signataires dans les Etats membres et dans les pays de l'Espace Economique Européen. Par ces négociations, ils ont souhaité contribuer à préparer le passage vers l'économie et la société de la connaissance comme décidé par le Conseil européen de Lisbonne.

Le télétravail couvre un large éventail de situations et de pratiques sujettes à des évolutions rapides. Pour cette raison, les partenaires sociaux ont choisi une définition du télétravail qui permette de couvrir différentes formes de télétravail régulier.

Les partenaires sociaux considèrent le télétravail à la fois comme un moyen pour les entreprises et les organisations de services publics de moderniser l'organisation du travail, et comme un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches. Si l'Europe désire tirer le meilleur parti de la société de l'information, elle doit encourager cette nouvelle forme d'organisation du travail, de façon à ce que la flexibilité et la sécurité aillent de pair, que la qualité des emplois soit accrue et que les chances des personnes handicapées sur le marché du travail soient améliorées.

Cet accord volontaire a pour objet d'établir un cadre général au niveau européen, à mettre en œuvre par les organisations membres des parties signataires, conformément aux

<sup>1</sup> Seul le texte anglais fait foi

procédures et aux pratiques nationales spécifiques aux partenaires sociaux. Les parties signataires invitent aussi leurs organisations membres des pays candidats à mettre en œuvre cet accord.

La mise en œuvre de cet accord ne constitue pas une raison valable pour réduire le niveau général de protection accordée aux travailleurs dans le champ du présent accord. Lors de la mise en œuvre de cet accord, les membres des organisations signataires évitent d'imposer des charges inutiles aux PME.

Cet accord ne porte pas préjudice au droit des partenaires sociaux de conclure, au niveau approprié, y compris au niveau européen, des accords adaptant et/ou complétant le présent accord d'une manière qui prenne en compte les besoins spécifiques des partenaires sociaux concernés.

## **2. Définition et champ d'application**

Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière.

Le présent accord couvre les télétravailleurs. On entend par télétravailleur toute personne qui effectue du télétravail tel que défini ci-dessus.

## **3. Caractère volontaire**

Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concernés. Le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur, ou on peut s'y engager volontairement par la suite.

Dans les deux cas, l'employeur fournit au télétravailleur les informations écrites pertinentes conformément à la directive 91/533/CEE, en ce compris des informations relatives aux conventions collectives applicables, une description du travail à réaliser, etc. Les spécificités du télétravail demandent normalement des informations écrites complémentaires sur des questions telles que le département de l'entreprise auquel le télétravailleur est rattaché, son supérieur immédiat ou autres personnes auxquelles le télétravailleur peut adresser des questions de nature professionnelle ou personnelle, les modalités pour faire rapport, etc.

Si le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, et si l'employeur fait une offre de télétravail, le travailleur peut accepter ou refuser cette offre. Si un travailleur exprime le désir d'opter pour un télétravail, l'employeur peut accepter ou refuser cette demande.

Le passage au télétravail, en tant que tel, parce qu'il modifie uniquement la manière dont le travail est effectué, n'affecte pas le statut d'emploi du télétravailleur. Le refus d'un travailleur d'opter pour un télétravail n'est pas, en soi, un motif de résiliation de la relation d'emploi ni de modification des conditions d'emploi de ce travailleur.

Si le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, la décision de passer au télétravail est réversible par accord individuel et/ou collectif. La réversibilité peut impliquer un retour au travail dans les locaux de l'employeur à la demande du travailleur ou à celle de

l'employeur. Les modalités de cette réversibilité sont établies par accord individuel et/ou collectif.

#### **4. Conditions d'emploi**

En ce qui concerne les conditions d'emploi, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être nécessaires.

#### **5. Protection des données**

Il incombe à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent, notamment d'ordre logiciel, pour assurer la protection des données utilisées et traitées par le télétravailleur à des fins professionnelles.

L'employeur informe le télétravailleur de toutes législations et règles de l'entreprise pertinentes pour la protection des données.

Il incombe au télétravailleur de se conformer à ces règles.

L'employeur informe le télétravailleur, en particulier:

- de toute restriction à l'usage des équipements ou outils informatiques comme l'Internet;
- des sanctions en cas de non-respect.

#### **6. Vie privée**

L'employeur respecte la vie privée du télétravailleur.

Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être proportionné à l'objectif et introduit conformément à la directive 90/270 relative aux écrans de visualisation.

#### **7. Équipements**

Toutes les questions relatives aux équipements de travail, à la responsabilité et aux coûts sont définies clairement avant le début du télétravail.

En règle générale, l'employeur est chargé de fournir, d'installer et d'entretenir les équipements nécessaires au télétravail régulier, sauf si le télé-travailleur utilise son propre équipement.

Si le télétravail est réalisé régulièrement, l'employeur couvre les coûts directement causés par ce travail, en particulier ceux liés aux communications.

L'employeur fournit au télétravailleur un service approprié d'appui technique.

L'employeur a la responsabilité conformément à la législation nationale et aux conventions collectives en ce qui concerne les coûts liés à la perte ou à l'endommagement des équipements et des données utilisés par le télétravailleur.

Le télétravailleur prend dûment soin des équipements qui lui sont confiés; il ne rassemble ni ne diffuse de matériel illicite via l'Internet.

## **8. Santé et sécurité**

L'employeur est responsable de la protection de la santé et de la sécurité professionnelles du télétravailleur conformément à la directive 89/391, ainsi qu'aux directives particulières, législations nationales et conventions collectives pertinentes.

L'employeur informe le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier des exigences relatives aux écrans de visualisation. Le télétravailleur applique correctement ces politiques de sécurité.

Afin de vérifier l'application correcte des dispositions applicables en matière de santé et de sécurité, l'employeur, les représentants des travailleurs et/ou les autorités compétentes ont accès au lieu du télétravail, dans les limites des législations et conventions collectives nationales. Si le télétravailleur travaille à domicile, cet accès est soumis à une notification préalable et à son accord. Le télétravailleur est autorisé à demander une visite d'inspection.

## **9. Organisation du travail**

Dans le cadre de la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables, le télétravailleur gère l'organisation de son temps de travail.

La charge de travail et les critères de résultats du télétravailleur sont équivalents à ceux de travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur.

L'employeur s'assure que des mesures sont prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise, telles que lui donner la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et d'avoir accès aux informations de l'entreprise.

## **10. Formation**

Les télétravailleurs ont le même accès à la formation et aux possibilités de carrière que des travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur et sont soumis aux mêmes politiques d'évaluation que ces autres travailleurs.

Les télétravailleurs reçoivent une formation appropriée, ciblée sur les équipements techniques à leur disposition et sur les caractéristiques de cette forme d'organisation du travail. Le superviseur et les collègues directs des télétravailleurs peuvent également avoir besoin d'une formation à cette forme de travail et à sa gestion.

## **11. Droits collectifs**

Les télétravailleurs ont les mêmes droits collectifs que les travailleurs dans les locaux de l'entreprise. Il n'est pas fait obstacle à la communication avec les représentants des travailleurs.

Les télétravailleurs sont soumis aux mêmes conditions de participation et d'éligibilité aux élections pour les instances représentatives des travailleurs ou prévoyant une représentation des travailleurs. Les télétravailleurs sont inclus dans le calcul déterminant les seuils nécessaires pour les instances de représentation des travailleurs, conformément aux législations européennes et nationales ainsi qu'aux conventions collectives et pratiques nationales. L'établissement auquel le télétravailleur sera rattaché afin d'exercer ses droits collectifs est précisé au départ.

Les représentants des travailleurs sont informés et consultés sur l'introduction du télétravail conformément aux législations européennes et nationales ainsi qu'aux conventions collectives et pratiques nationales.

## **12. Mise en œuvre et suivi**

Dans le cadre de l'article 139 du Traité, cet accord-cadre européen sera mis en œuvre par les membres de l'UNICE/UEAPME, du CEEP et de la CES (et du Comité de Liaison EUROCADRES/CEC), conformément aux procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux dans les États membres.

Cette mise en œuvre sera effectuée dans les trois ans suivant la date de signature de cet accord.

Les organisations membres feront rapport sur la mise en œuvre de cet accord à un groupe ad hoc créé par les parties signataires sous la responsabilité du comité du dialogue social. Ce groupe ad hoc préparera un rapport conjoint sur les actions de mise en œuvre prises. Ce rapport sera préparé dans les quatre ans suivant la date de signature de cet accord.

En cas de questions sur le contenu de l'accord, les organisations membres pourront en référer conjointement ou séparément aux parties signataires.

Les parties signataires passeront en revue l'accord cinq ans après la signature si l'une des parties signataires le demande.



Deuxième partie

**Dossier:**  
**Cyberconsommation :**  
**les nouvelles tendances**

# Cyberconsommation : les nouvelles tendances

Rapport publié le 30 mars 2004

## Introduction

C'est un sentiment général, corroboré par les chiffres : 2003 aura été une année charnière pour le « e-commerce » en France, et après un beau cyberNoël, l'année 2004 s'annonce pleine de promesses.

Les chiffres les plus récents du commerce électronique sont éloquentes. Selon l'étude <sup>256</sup> réalisée en janvier 2004 par la FEVAD (Fédération des entreprises de vente à distance), les ventes en ligne ont progressé de plus de 67 % en novembre-décembre 2003 par rapport à la même époque en 2002 : « *une hausse record, supérieure à celle anticipée par certains prévisionnistes* », déclare Marc Lolivier, délégué général de la FEVAD <sup>257</sup>. Non seulement ce chiffre comprend de nombreux nouveaux acheteurs (une personne sur quatre), mais, selon cette étude, 99 % d'entre eux affichent une intention de réachat en ligne en 2004. La clientèle est moins élitiste qu'auparavant, démontrant que la démocratisation du « e-commerce », et plus largement de l'internet, progresse. Elle se féminise aussi et monte en génération, la proportion des 35 à 49 ans progressant nettement dans la population des cyberacheteurs.

En un an, selon l'enquête <sup>258</sup> réalisée par PriceWaterHouseCoopers pour le compte de l'ACSEL (Association pour le commerce et les services en ligne), le nombre d'acheteurs en ligne est passé de 5,4 à 8,3 millions en France, soit une hausse de 54 %, alors que sur cette même période le nombre d'internautes n'a progressé que de 21 % (passant de 18 à 21,8 millions).

Le commerce électronique évolue également dans sa structuration. C'est ce que le terme « *cyberconsommation* » cherche à indiquer. En effet, à côté du commerce électronique traditionnel, celui de la vente à distance réalisée par des entreprises au profit de consommateurs, se développe de nouvelles formes d'achat sous la forme de relations commerciales entre particuliers. Ainsi, la société eBay a enregistré une croissance de plus de 78 % en 2003, le montant total des transactions qu'elle facilite avec sa plate-forme de « ventes aux enchères » <sup>259</sup>, étant supérieur à 24 milliards \$.

Tout porte à croire que, même si son rythme se ralentit, la tendance à la croissance du e-commerce va se confirmer sous l'effet de facteurs aussi divers que la démocra-

---

**256.** Étude menée, en janvier 2004, en agrégeant les données FEVAD et la valeur des paiements électroniques communiquée par Atos Origin, la Caisse nationale des Caisses d'épargne, Paybox Services et la Société générale. Elle porte sur plus de 6 000 sites.

**257.** FEVAD, *Lettre d'information*, février 2004, n° 323.

**258.** Cf. [www.acsel.asso.fr/acsel/actions/communiqués/2004\\_fevrier\\_Barometre.htm](http://www.acsel.asso.fr/acsel/actions/communiqués/2004_fevrier_Barometre.htm).

**259.** Le terme usuel utilisé pour désigner ces plates-formes est celui de « *ventes aux enchères* ». Juridiquement, il convient de parler de « *courtage en ligne sous formes d'enchères* », les ventes aux enchères étant soumises à un régime juridique particulier (article L. 321-1 et suivants du Code du commerce).

tisation des usages, l'émergence de nouveaux modèles <sup>260</sup>, le marketing direct, l'ergonomie des sites et l'agrément des galeries marchandes en ligne. Le développement des connexions haut débit constitue évidemment un accélérateur déterminant : une étude américaine conduite d'août à septembre 2003 par *Knowledge Networks* <sup>261</sup> (*The Home technology Monitor*) prétend que la propension à l'achat des foyers connectés au haut débit est 50 % supérieure à celle des autres.

Cependant, certains dysfonctionnements freinent encore l'achat sur l'internet. Le *Tableau de bord du commerce électronique* réalisé tous les ans par la Mission pour l'économie numérique (MEN – dernière édition de novembre 2003), donne une liste des problèmes rencontrés lors de l'achat en ligne qui corrobore d'autres études, même à l'échelle internationale : arrivent en tête les difficultés pour surfer sur le site (23 % notamment en raison des *cookies* et du mauvais débit), puis l'utilisation non autorisée des données personnelles (22 %), les retards dans la livraison (19 %), la communication avec le service après-vente (14 %), la publicité mensongère (12 %), les produits ou services non livrés (6 %), le manque de clarté sur les prix (6 %), l'impossibilité de rendre le produit non désiré (4 %) et en dernier seulement les problèmes de paiement (3 %).

De même, une étude américaine (NetIQ, *WebTrends Survey*, janvier 2004) souligne que plus de la moitié des achats en ligne s'interrompent en cours de traitement, ce qui révèle tout autant un gisement de croissance potentiel et des voies d'amélioration certaines : 35 % des consommateurs américains renoncent en raison des coûts supplémentaires exigés (frais de livraison, *packaging*), 30 % estiment que trop d'informations personnelles leur sont demandées et 17 % sont insatisfaits de l'information produit disponible en ligne. Enfin, 14 % d'entre eux préfèrent finalement se rendre dans un magasin physique après avoir fait leur choix en ligne.

Le consommateur achète aujourd'hui une grande diversité de produits. Ainsi, la FEVAD indiquait que pour les mois de novembre et décembre 2003, près de la moitié des acheteurs ont acheté un CD ou un DVD, suivi des livres (35,5 %), billets d'avion et de train (25 %), jeux vidéos, jouets et consoles (23 %), vêtements (17 %) et des produits informatiques (appareil photo numérique, lecteur DVD, clé USB).

L'acheteur est, en ligne, beaucoup plus exigeant que le consommateur traditionnel. Il a accès à une multitude d'outils de comparaison des offres et des prix. Selon une étude Ipsos-Médiangles du 1<sup>er</sup> juillet 2002, réalisée auprès des visiteurs de Mistergooddeal, Promovacances, Priceminister, Rushcollection et Rouge-blanc, les internautes visiteraient en moyenne presque cinq sites avant d'acheter un produit. Il s'attend, en outre, à une exécution du service dans des délais très courts ; certains d'entre eux deviennent même, grâce aux plates-formes de courtage en ligne, des vendeurs sur l'internet.

Ces évolutions interviennent dans un contexte changeant. Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), en cours de débat devant le Parlement, participe au renforcement de la confiance du consommateur dans le commerce électronique en modifiant certaines dispositions applicables (double clic, etc.). Pour autant, il suscite de nouvelles attentes et interrogations de la part des acteurs.

---

260. Le « *Consumer-to-Consumer* » par exemple.

261. Étude « *The Home technology monitor* », septembre 2003.

\*  
\* \* \*

Dans un tel contexte de développement de la cyberconsommation, il est apparu utile au Forum des droits sur l'internet de rapprocher les modalités de celles-ci avec le cadre juridique existant. Rappelons que dès 1998, l'ensemble des gouvernements reconnaissait que l'internet n'était pas un espace de non droit au nom, notamment en matière de commerce électronique, des législations existantes en matière de vente à distance. Cinq ans après, qu'en est-il de l'adaptation de celles-ci à l'explosion du commerce en ligne sous toutes ses formes ?

Afin, d'identifier les problématiques juridiques qui pourraient exister en matière de commerce électronique, le Forum des droits sur l'internet a constitué, au mois de septembre 2003, un **Observatoire de la cyberconsommation** dont le présent document est le premier rapport. Son objectif était d'étudier en quoi les pratiques actuellement constatées des consommateurs mais également des professionnels de la vente à distance suscitent de nouvelles interrogations sur le cadre juridique applicable à l'achat à distance.

Composé d'experts indépendants <sup>262</sup> chargé d'assurer une veille sur les nouveaux enjeux de la cyberconsommation, l'Observatoire s'est doté de deux outils. Tout d'abord, un appel à témoignages <sup>263</sup> a été lancé auprès des internautes du 19 septembre 2003 au 19 mars 2004 destiné à collecter leurs expériences et pratiques du commerce électronique. Ensuite, l'Observatoire a procédé à l'audition de plusieurs acteurs du commerce électronique: marchands, comparateurs de prix, intermédiaires techniques et représentants des consommateurs <sup>264</sup>.

Ce premier rapport de l'Observatoire tend à synthétiser les souhaits des acteurs privés et des consommateurs en matière d'encadrement du « e-commerce ». Il aborde aussi la question de l'organisation des organes de régulation, afin de donner encore plus confiance aux cyberconsommateurs et aux « e-marchands » confrontés à des difficultés nouvelles.

## **Ventes et prestations de service sur l'internet: une forme particulière de contrat à distance nécessitant quelques aménagements juridiques**

Avec une application du droit existant de la vente et de la prestation de service à distance, le commerce électronique a pu se développer dans un cadre bien connu. Néanmoins, la pratique a montré que certaines adaptations à la marge sont nécessaires et doivent encore être réalisées.

---

<sup>262</sup>. La composition de l'Observatoire est disponible en annexe 2.

<sup>263</sup>. La synthèse des contributions reçues est publiée en annexe 4. Certains messages, rendus anonymes, sont repris dans le corps du rapport.

<sup>264</sup>. La liste des personnes auditionnées est disponible en annexe 3.

## Le droit de la vente et de la prestation de service à distance : un droit connu et mis en œuvre

La vente de biens et de fournitures de prestations de services à distance constitue un secteur dont le régime juridique est fixé, en France, par les articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation, la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation. En Europe, ce dispositif relève de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection en matière de contrats à distance <sup>265</sup>, de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur <sup>266</sup> et de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs <sup>267</sup>. Ces textes renforcent les dispositifs existant essentiellement en matière d'information du consommateur et de mise en œuvre d'un droit de rétractation. Même si le commerce électronique n'est pas visé systématiquement, la nature même de la transaction conclue sur l'internet soumet l'achat en ligne à ces dispositions.

Dans un souci de protection du consommateur, les articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation imposent aux vendeurs de faire apparaître plusieurs informations sur les sites de commerce électronique dès lors qu'ils proposent aux internautes d'acquérir en ligne des biens ou des services.

Ainsi, doivent clairement figurer les informations suivantes: les coordonnées complètes incluant un numéro de téléphone, l'adresse du siège social ou de l'établissement en charge de l'offre; les caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé à la vente; le prix de vente du bien en euros, si celui-ci s'entend toutes taxes comprises et la somme qui devra effectivement être payée par le consommateur; la durée de la validité du prix et de l'offre qui y est associée; les modalités de paiement (carte bancaire, chèque, etc.), de livraison, les frais de livraison.

Ces informations doivent être communiquées en français de manière claire et compréhensible au consommateur. Lors de la livraison du bien, l'ensemble des éléments d'information doit être rappelé au consommateur ainsi que l'adresse de l'établissement où il peut présenter ses réclamations, les informations relatives aux garanties commerciales et les conditions de résiliation.

Le Code de la consommation aménage également au profit du consommateur un droit de rétractation. Selon l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, une

---

**265.** Ce texte a été transposé en droit français par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

**266.** Ce texte est en cours de transposition par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique.

**267.** Ce texte devrait prochainement être transposé en droit français par voie d'ordonnance, le Gouvernement en ayant reçu habilitation par la loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire.

fois le droit exercé, le vendeur est tenu de rembourser l'acheteur sans délai et au plus tard dans les trente jours. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur et le vendeur s'expose à des sanctions pénales. Le consommateur demeure néanmoins tenu de supporter les frais de retour. Ce droit de rétractation est limité. Il ne sera pas possible de l'exercer pour les contrats relatifs aux services financiers ou, sauf accord contraire avec le vendeur, pour certains produits ou services : un CD/DVD/vidéo/logiciel qui aurait été descellé <sup>268</sup>, un journal ou un service dont l'exécution aurait commencé avec l'accord du consommateur avant la fin du délai de sept jours, un voyage en ligne ou la réservation d'un billet de train ou de spectacle <sup>269</sup>.

Parallèlement à ces dispositions codifiées, le droit connaît d'autres textes qui viennent encadrer la pratique des vendeurs en ligne : dispositions du Code civil en matière de vices cachés, arrêtés relatifs au prix, etc.

*« J'ai effectué de nombreuses commandes sur l'internet en deux ans sans jamais avoir de problèmes ».*

Bien que complexe et dense, **le droit des contrats conclus à distance constitue un socle relativement bien connu des principaux acteurs du commerce électronique**. En effet, même en l'absence de service juridique interne, ces entreprises sont bien souvent adhérentes à des fédérations professionnelles qui les informent des règles applicables et diffusent des codes de bonne de conduite qui rappellent ces dispositions et opèrent, dans certains cas, un renforcement de la protection applicable au consommateur.

Pour autant, tant les auditions des acteurs du commerce électronique que les messages adressés par les internautes dans le cadre de l'enquête cyberconso montrent qu'**une certaine méconnaissance des dispositions demeure au sein des petites structures** <sup>270</sup>, pour la plupart non adhérentes à des fédérations professionnelles.

## Les difficultés et incompréhensions rencontrées par les consommateurs

La plupart des associations de consommateurs auditionnées considèrent que le dispositif institué par la réglementation sur la vente à distance (délai de rétraction, délais de livraison, informations pré-contractuelles, confirmation écrite avec information sur le service après-vente, les garanties et conditions de résiliation) constitue une protection suffisamment efficace. Néanmoins, elles demandent que ces règles soient correctement appliquées, notamment par les plus petits des marchands.

En effet, selon une enquête réalisée par le réseau des centres européens des consommateurs, citée par l'UFC Que Choisir lors de son audition, au second semestre 2002, sur 114 commandes auprès de sociétés étrangères : plus d'un tiers des produits n'ont

---

<sup>268</sup>. Article L. 121-20-2 du Code de la consommation.

<sup>269</sup>. Article L. 121-20-4 du Code de la consommation.

<sup>270</sup>. Ce constat est confirmé par les chiffres récemment publiés par la DGCCRF, [www.finances.gouv.fr/dgccrf/03\\_publications/actualitesccrf/internet17htm?ru=03](http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/03_publications/actualitesccrf/internet17htm?ru=03).

jamais été expédiés, 8 % n'ont pas été livrés alors qu'ils étaient payés et dans un cas sur trois les délais de livraison ont excédé trente jours. Par ailleurs, sur cinquante-sept produits renvoyés en application du droit de rétractation, il n'y a eu aucun remboursement dans dix-huit cas. Enfin, sur 262 sites, il est apparu que le montant du coût total n'est pas toujours indiqué de façon pratique et accessible, dans 7 % des cas il n'est pas indiqué pas plus que les informations relatives à la période de réflexion au cours de laquelle peuvent s'exercer le droit de rétractation et les conditions générales de vente.

#### **Améliorer l'information précontractuelle (nom, adresse du vendeur, descriptif du bien)**

Aux termes du Code de la consommation, mais également de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, le cybervendeur est tenu de communiquer sur son site internet plusieurs informations nominatives le concernant, en particulier, ses coordonnées postales et téléphoniques.

Or, de nombreux internautes se plaignent de l'absence de réelle identification du vendeur. Plusieurs sites n'ont pas de rubrique spécifique pour les différentes mentions légales applicables en la matière (identification, protection des données personnelles, etc.). D'autres noient ces informations dans les conditions générales de vente.

Pour UFC Que Choisir, il est nécessaire que le vendeur communique les coordonnées permettant d'entrer en contact rapide et direct avec son service client, «*l'adresse de courriel n'étant pas suffisante car ne garantissant pas une réponse*». En outre, elle estime que ces informations, ou le lien qui mène à ces informations, doivent être clairement mises en valeur pour être vraiment lisibles : elles ne doivent pas être noyées parmi d'autres informations et le lien doit être clairement identifié comme fournissant ces informations (dénomination adéquate).

*«Je ne connais pas le droit français, mais je suis étonnée qu'une maison d'"e-commerce" puisse valablement affirmer que "les photographies n'entrent pas dans le champ contractuel", phrase perdue dans les conditions de vente et non inscrite sous les photographies des produits proposés».*

Concernant l'information sur les biens, les représentants des consommateurs critiquent les clauses des conditions générales de vente lorsque celles-ci précisent que les informations et photographies des produits présentés ne sont pas contractuelles<sup>271</sup>. Ils souhaitent que le vendeur sur l'internet soit tenu aux mêmes obligations que tout vendeur par correspondance : obligation de conformité du produit à la commande ce qui signifie l'obligation pour le vendeur de fournir un descriptif juste, précis et exhaustif ainsi que des photos réalistes.

#### **Meilleure lisibilité des conditions générales de vente**

Parmi l'ensemble des témoignages collectés par le Forum des droits sur l'internet dans le cadre de son enquête, rares sont les internautes qui indiquent ne pas avoir trouvé les conditions générales de vente. Ces dernières sont relativement bien disponibles sur les offres en ligne.

---

271. Cf. à ce sujet, TGI Paris, 4 février 2003, D. 2003, AJ 763, note C. Manara.

*« J'ai acheté un DVD à prix réduit sur internet, mais en cliquant je me suis engagé à en acheter d'autres et je ne m'en suis pas rendu compte immédiatement. En fait, le site parlait de cet engagement, mais pas tout de suite, ce qui m'a induit en erreur ».*

Néanmoins, il apparaît clairement que les internautes ne lisent pas ces conditions générales et se voient donc opposer des obligations contractuelles auxquelles ils n'avaient pas forcément voulu souscrire.

Ils justifient ce défaut de lecture par le caractère compliqué de ces conditions générales de vente; le document étant constitué d'un grand nombre de dispositions usant de terminologies juridiques, il n'est pas forcément compréhensible par le grand public.

Ainsi, pour les associations interrogées, les conditions générales doivent être plus intelligibles et être clairement mises en valeur sur la page du site avant leur acceptation. L'association considère également qu'il est nécessaire de prévoir *« une procédure obligatoire de communication des conditions générales et d'acceptation de celles-ci avant le paiement en ligne de la commande »*.

En cela, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) s'il renforce la protection du consommateur, ne répond pas à la question. Certes, le texte précise que *« quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction »*. De même, le projet institue le principe du double clic. Mais ces dispositions ne garantissent pas que les conditions générales de vente soient lues et lisibles.

**Les consommateurs demeurent donc favorables à l'étude des moyens pour rendre plus intelligibles les conditions générales de vente et d'utilisation des services proposées par les commerçants en ligne.** Ces modalités pourraient être aménagées dans des codes de bonne conduite.

#### **Améliorer l'affichage des prix et informer les consommateurs des droits de douanes et taxes prélevées**

La question du prix fait apparaître deux besoins: **une parfaite indication du prix de vente et de ses modifications par les commerçants en ligne** et un **renforcement de l'information du consommateur sur les taxes et droits susceptibles d'être perçus à l'occasion d'un achat réalisé à l'étranger**.

Par exemple, en matière d'indication du prix, plusieurs internautes se sont déclarés déçus des conditions tarifaires proposées par des compagnies aériennes, notamment à bas coût (*low cost*). En effet, ces compagnies proposent la possibilité de voyager en avion pour seulement quelques euros. Seulement, des consommateurs ont connu une certaine déception en découvrant que le prix qu'ils auraient à acquitter était supérieur de deux à dix fois à celui présenté dans la publicité. Ce phénomène a une double cause. D'une part, les prix augmentent en fonction du remplissage de l'appareil. D'autre part, les prix annoncés par les publicités s'entendent bien souvent « hors taxes d'aéroport » qui peuvent représenter également plusieurs dizaines d'euros.

En outre, plusieurs témoignages font état de modifications de prix opérées postérieurement à leur réservation. Ce phénomène s'explique par une pratique de certains

brokers. En effet, les requêtes sur les bases de données ayant un prix élevé, ces derniers n'opèrent pas systématiquement un rafraîchissement de leurs données, et donc communiquent des prix non à jour ou vendent des tickets ou voyages qui ne sont plus disponibles.

*«J'ai fait un achat par internet sur un site américain en novembre dernier et je n'ai pas eu à acquitter des droits de douane ni de TVA. La semaine dernière un ami a fait un achat sur le même site et a dû payer 49 € de droits de douane et TVA».*

Par ailleurs, plusieurs internautes se sont étonnés de devoir s'acquitter de frais supplémentaires auprès du livreur correspondant à des droits de douanes et taxes supplémentaires. En effet, dès lors qu'un particulier français achète des biens d'une valeur supérieure à 22 €, sur des sites situés en dehors de l'Union européenne, il est tenu dans la majorité des cas, de s'acquitter de droits de douane qui varient en fonction des produits achetés qui devront être acquittés auprès de la société de transport de marchandises ou des services postaux. Il devra également acquitter la TVA calculée sur le prix total payé par l'acheteur (prix augmenté des frais de port, d'assurance et des droits de douane). **Un renforcement de l'information du consommateur sur les taxes et droits de douanes applicables doit donc avoir lieu en la matière.**

#### **S'assurer du respect par les marchands des dispositions concernant le retour et le remboursement des produits**

Le droit commun et le droit de la consommation ouvrent au particulier la possibilité d'obtenir le remboursement ou l'échange d'un bien en cas de vice caché, défaut de conformité ou suite à l'exercice du droit de rétractation.

Les témoignages reçus par le Forum des droits sur l'internet montrent que certains internautes se plaignent de difficultés à obtenir le remboursement effectif de leur commande suite à l'exercice du droit de rétractation. Si les textes et la jurisprudence demeurent silencieux quant aux modalités du remboursement, certains marchands le réalisent sous la forme d'un avoir à valoir sur des achats postérieurs alors que les consommateurs désirent, le plus souvent, obtenir un remboursement en numéraire afin d'acquiescer sur un autre site le bien désiré.

*«Je témoigne d'une pratique très fréquente chez certains cybermarchands. J'ai été en effet plusieurs fois victime de délais de remboursement très longs après exercice de mon droit de rétractation. Alors que le Code de la consommation oblige le professionnel à rembourser le consommateur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours suivant le jour de la rétractation, je ne suis remboursé que deux, trois voire cinq mois après!».*

Une concertation entre acteurs doit donc être menée afin d'**identifier les modalités que devrait revêtir le remboursement du consommateur** suite à un vice caché, un défaut de conformité ou lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation.

#### **Informier le consommateur de l'indisponibilité du produit et des délais de livraison**

*«J'ai réservé un voyage en Égypte en pension complète pour 149 €. Ne voyant pas de confirmation de leur part, j'ai composé leur numéro, et quinze jours avant de partir, le prix avait triplé et il n'avait plus de place pour la semaine demandée. C'est du vol».*

En matière de commerce électronique, les principales plaintes formulées par le consommateur sont relatives au retard dans la livraison du bien commandé.

Même si la quasi-totalité des sites communique au consommateur des éléments relatifs à la disponibilité du produit et une estimation du délai de livraison, ces informations peuvent s'avérer inexactes.

En effet, tous les professionnels n'ont pas mis en œuvre sur leur site internet un outil permettant d'opérer un suivi en temps réel de l'évolution du stock par rapport aux commandes enregistrées. Ainsi, même si le produit est présenté comme disponible, celui-ci peut ne pas être pas forcément présent dans les stocks de l'entreprise.

Pourtant, ces informations sont véritablement perçues comme essentielles par les consommateurs qui les prennent en compte lors de la sélection du site sur lequel va s'opérer l'achat. Elles deviennent donc pour eux un élément du choix du marchand.

*«Voilà plus d'un an que j'ai passé une commande. Je n'ai jamais reçu ma commande mais la société a encaissé le montant via ma carte bancaire. J'ai envoyé plusieurs courriers. Je reçois à chaque fois une lettre pour m'annoncer que cela a pris du retard mais que cela ne durera plus».*

Les professionnels interrogés sur ce point ont indiqué à l'Observatoire de la cyber-consommation qu'une évolution des pratiques était en cours. D'une part, les sociétés tendent de plus en plus à s'équiper d'outils permettant une gestion de l'état du stock en temps réel. Ainsi, le consommateur va être de plus en plus informé de la disponibilité du bien commandé et du stock restant mis en vente. D'autre part, afin d'améliorer le respect des délais de livraison, ces entreprises souhaitent obtenir une maîtrise plus importante de l'ensemble des maillons de la chaîne. Ainsi, elles ont recours de manière plus importante à des transporteurs privés et, à défaut de maîtrise totale, elles n'indiquent plus de délai de livraison mais des délais d'expédition, différence parfois mal perçue par les consommateurs.

Cette maîtrise devrait être d'autant plus nécessaire dès lors que le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, prévoit que *«le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci».*

#### **La problématique des Dialers**

*«J'ai reçu une facture téléphonique où figurent des appels par satellite par l'internet pour une somme de 461,42 €. Est-ce normal?».*

Parmi les témoignages reçus par le Forum des droits sur l'internet, de nombreux internautes se plaignent de l'apparition sur leurs factures téléphoniques de sommes importantes correspondant à des appels à destination de numéros d'appel surtaxés alors qu'ils n'ont jamais composé ces numéros.

Ces appels correspondent principalement à l'installation sur l'ordinateur de l'internaute d'un kit de connexion permettant de consulter le contenu de certains sites

internet (contenu pornographique, musique en ligne, voyance, etc.), mais à un tarif beaucoup plus important. Ces outils sont appelés communément des *Dialers*.

Bien que présentés comme permettant d'accéder à ces pages «*sans abonnement et sans carte bancaire*», ces logiciels connectent l'internaute au contenu désiré par l'intermédiaire d'un numéro surtaxé et non compris dans les abonnements des fournisseurs d'accès. Ils s'installent très facilement et rapidement quelques fois par un simple clic sur un lien hypertexte.

Quasiment transparents pour l'utilisateur non averti, ces *Dialers* utilisent souvent des numéros d'appels situés dans des pays étrangers ou des numéros satellitaires.

Devant le préjudice que cela est susceptible de causer au consommateur, **une information claire doit lui être communiquée sur les dangers de ces petits programmes et les conséquences financières qu'ils peuvent engendrer.**

#### **Informier le consommateur sur l'étendue exacte de ses droits**

Les nombreux témoignages reçus montrent également que de nombreux internautes ne saisissent pas forcément l'étendue réelle des droits dont ils sont titulaires. D'une part, certains internautes ignorent encore les règles applicables en matière de vente à distance comme la possibilité d'exercer un droit de rétractation ou la possibilité de demander le remboursement de sa commande à défaut de la livraison dans les trente jours.

*«J'ai acheté des billets d'avions en ligne mais je me suis aperçu de mon erreur opérée dans le choix des dates de départ. J'ai donc immédiatement appelé la société pour annuler mon achat. Devant le refus opposé, je refuse le paiement et notifie l'exercice de mon droit de retrait par lettre recommandée au siège de la société. Échec du courrier recommandé envoyé le jour même».*

À l'inverse, d'autres internautes demandent l'application de certains droits qui ne sont pas forcément prévus par les textes. Tel est le cas, en particulier, de l'invocation du droit de rétractation dans le domaine des prestations de services relatives à des loisirs (réservation d'hôtel, concert) ou à des transports (billets de train).

### Les aménagements nécessaires à la prise en compte de la virtualité du magasin

Les marchands sont principalement satisfaits de la réglementation applicable en matière de vente à distance et ne revendiquent pas l'adoption d'un droit spécifique à l'internet. Ils indiquent néanmoins que des éclaircissements ou des aménagements à la marge semblent nécessaires pour prendre en compte la spécificité de la vente en ligne, notamment en matière d'application du régime des soldes, de présentation de l'offre, de l'identification de la majorité de l'acheteur, de publicité et de démarchage commercial par courriel.

#### **La période de soldes**

Les entreprises qui ont recours à des sites internet pour commercialiser leurs produits peuvent réaliser, comme toute entreprise française, des soldes, mais elles sont tenues

de respecter la réglementation instituée à l'article L. 310-3 du Code de commerce. Selon cet article, sont considérées comme soldes «*les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock*».

Ces ventes ne peuvent être réalisées qu'au cours de deux périodes par année civile d'une durée maximale de six semaines. La période de soldes, commune à tous les canaux de vente, est fixée par décision préfectorale et peut varier en fonction des départements <sup>272</sup>. La question principale, au regard de ces dispositions, qui se pose en termes de ventes en ligne, est celle de la détermination de la date des soldes.

L'interprétation communément adoptée estime que la date à prendre en compte est celle fixée, par le préfet, pour le département de l'établissement responsable de l'offre faite à distance, au sens de l'article L. 121-18 du Code de la consommation, soit en pratique le département du siège social de l'entreprise. Néanmoins, cette disposition est vivement critiquée par certains acteurs. En effet, contrairement aux sociétés traditionnelles de vente à distance qui sont généralement toutes situées dans le même département (Nord), les «e-marchands» se situent dans de nombreux départements différents.

Prenons par exemple l'un des principaux secteurs du commerce électronique, la commercialisation de produits informatiques: la société Rue du Commerce a son siège social à Saint-Ouen (93), Cdiscount à Bordeaux (33), Nomatica à Labège (31) et Pixmania à Paris (75). Cet éclatement géographique des entreprises alors même que chacune d'elle est susceptible de toucher un marché national, implique mécaniquement un sort juridique différent susceptible, selon certains marchands, de porter atteinte à la concurrence. En effet, les entreprises débutant les premières les soldes pourront proposer des prix cassés quelques jours ou semaines avant leurs concurrentes et cela au même public.

**Dans ces conditions, il apparaît important à l'Observatoire de la cyberconsommation de mettre en place, pour les activités *online*, une période unique de soldes.**

#### **La présentation de l'offre**

Aux termes de l'article L. 121-18 du Code de la consommation, l'offre de contrat à distance doit comporter, notamment, comme informations «*la durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci*». Ce texte impose aux commerçants de préciser une date de début et de fin de l'offre proposée et du prix assorti.

Sur l'internet, cette disposition trouve une difficulté dans son application. En effet, les sites sont conçus comme des catalogues permanents et remis à jour continuellement. En cela, l'offre existe et est proposée tant qu'elle figure sur le site internet. Dès lors que l'offre n'est plus proposée, celle-ci disparaît quasi-automatiquement – sous réserve de rigueur dans la mise à jour du site par le marchand.

Or, plusieurs acteurs économiques se sont plaints de l'interprétation adoptée par l'administration (DGCCRF) leur imposant de faire figurer obligatoirement une date

---

<sup>272</sup>. Article L. 310-3 du Code de la consommation, alinéa 2.

limite de validité de l'offre proposée, la mention précisant que l'offre est valide tant qu'elle est accessible sur le site n'étant pas suffisante. Pour justifier cette obligation, l'administration estime qu'une offre non valide peut demeurer accessible au travers, notamment, de la fonction « cache » de certains moteurs de recherche.

Les sites commerciaux répliquent en indiquant que, bien que disponible dans le cache d'outil de recherche, l'offre n'est techniquement plus accessible dès lors que l'internaute décide de basculer sur le site internet du marchand (en utilisant par exemple la fonction « consulter la page actuelle ») ou clique sur le lien permettant de procéder à la commande.

L'interprétation adoptée par l'administration semble difficilement praticable, les consommateurs étant – dans tous les cas – amenés à se rendre sur le site internet du marchand pour procéder à l'achat. Par ailleurs, le principe du « double clic » que souhaite instaurer le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, permet d'éviter les confusions éventuelles des consommateurs. **Ainsi, l'obligation imposée par l'article L. 121-18 semble remplie dès lors que le marchand indique clairement la disponibilité du produit et les conditions de vente de ce dernier.**

Par ailleurs, l'article L. 111-1 du même Code auquel renvoie l'article L. 121-18 précise que le professionnel est tenu de « *mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Au cours des auditions, plusieurs acteurs se sont interrogés sur la portée exacte de cette disposition car il leur apparaît quelques fois délicat d'identifier les conditions essentielles à communiquer préalablement à l'acte d'achat.

En effet, dès lors que les distributeurs n'obtiennent pas forcément des fabricants la communication des « fiches produit », quelles informations doivent être reprises de l'emballage du produit pour être diffusées sur le site ? Un distributeur qui commercialise un produit contenant un grand nombre de composants, doit-il communiquer cette liste sur son site ?

**Les acteurs sont donc demandeurs d'une expertise sur la définition exacte des « caractéristiques essentielles du bien ou du service » au sens de l'article L. 111-1 du Code de la consommation afin de mieux informer le consommateur sur les qualités du produit mis en vente.**

#### **L'achat par un mineur**

Avec le relatif anonymat dans lequel s'opèrent certaines transactions sur le réseau internet, une difficulté supplémentaire – mais encore aujourd'hui largement théorique – semble apparaître. En effet, certains acheteurs sont en fait des mineurs non émancipés qui contractent sans avoir averti au préalable leurs parents. En outre, sont commercialisés sur l'internet des produits qui, dans la vie réelle, ne peuvent être acquis par des mineurs.

*« Mon fils de 17 ans a acheté un véhicule 4X4 au prix de 2 010 € au Luxembourg mais il est lycéen et ne peut donc pas acheter ce véhicule ».*

Dès lors se pose le problème de l'identification de l'âge de l'acheteur. Hormis les infractions pénales auxquelles pourraient faire face le commerçant, la sécurité juridique de tels contrats réalisés à distance peut être remise en cause. En effet, l'ar-

ticle 1124 du Code civil précise que sont «*incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi, les mineurs non émancipés*». Dès lors que l'un des cocontractants est frappé d'une incapacité, le contrat peut être annulé, les parties devant être remises dans l'état antérieur (le bien restitué et le prix payé remboursé).

Comme le Forum des droits sur l'internet a eu l'occasion de le préciser dans sa recommandation du 11 février 2004 relative à l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables sur l'internet <sup>273</sup>, il n'existe pas d'outils techniques permettant la certification précise de l'âge de l'acheteur. Ainsi, un contrôle de l'âge par vérification d'un numéro de carte bancaire ne sera pas suffisant dès lors que les cartes bancaires sont accessibles aux mineurs de 16 ans, et un mineur résolu à obtenir un code d'accès peut se procurer, en de multiples circonstances, les références d'une carte bancaire. Par ailleurs, certains organismes émetteurs de cartes bancaires s'opposent expressément à ce que ces dernières soient utilisées à une seule fin de vérification d'âge. Le GIE cartes Bancaires, interrogé à ce sujet par le Forum, dénonce une telle pratique comme détournant les cartes bancaires de leur finalité première de paiement.

Une autre vérification peut avoir lieu au travers d'une authentification par un numéro figurant sur un document d'identité. L'intérêt de tels dispositifs officiels de certification doit toutefois être modéré dès lors que la communication du numéro de carte d'identité a pour limite qu'un tel numéro peut être recopié et circuler entre plusieurs usagers même mineurs. Enfin, un contrôle de l'âge peut avoir lieu au travers de la délivrance d'un certificat par une autorité tierce. De nombreux «tiers de confiance» délivrent aujourd'hui, le plus souvent aux entreprises, des certificats électroniques de nature à attester l'identité de leurs porteurs. La délivrance de tels certificats répond à un processus complexe et fiable de l'identité du demandeur, comprenant notamment la confrontation physique de ce dernier avec l'un des agents auxquels l'autorité délègue le pouvoir d'attester son identité. La complexité et le coût d'une telle procédure semblent toutefois exclure qu'un tel certificat soit distribué à l'ensemble des usagers majeurs et/ou mineurs de l'internet, et qu'un filtre des visiteurs des sites français ou européens aux contenus potentiellement préjudiciables aux mineurs soit mis en place sur cette base.

Pour le Forum, «*aucune application de contrôle de l'identité des usagers de l'internet ne paraît aujourd'hui de nature à satisfaire strictement à l'objectif recherché*». Dès lors, le Forum a recommandé que «*soit étudiée, dans la définition des fonctionnalités du futur document d'identité électronique, annoncé pour 2006, l'opportunité de permettre au visiteur d'un site de justifier anonymement de sa majorité sur l'internet. L'utilisateur pourrait par exemple être invité à fournir un code prévu à cet usage ou à procéder à la lecture informatique du titre*» <sup>274</sup>.

Même si cette question est pour l'heure encore théorique, **les commerçants en ligne sont demandeurs de conseils leur permettant de mettre en œuvre des mesures**

---

<sup>273</sup>. Recommandation du Forum des droits sur l'internet: «Les Enfants du Net – (I) Les mineurs et les contenus préjudiciables sur l'internet [www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=694](http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=694).

<sup>274</sup>. Recommandation du Forum des droits sur l'internet du 11 février 2004.

**d'identification afin de pouvoir contracter en pleine sécurité juridique avec des personnes majeures ou des mineurs émancipés.**

#### **La publicité et le démarchage commercial**

La publicité est aujourd'hui largement présente sur de nombreux sites internet. Elle se manifeste sous de multiples formes: bannières fixes ou animées, interstitiels, *pop up* ou liens promotionnels ... Elle constitue une source de rémunération permettant d'amortir certains frais de fonctionnement pour les services en ligne et, par-là même, elle contribue à maintenir des services (annuaires, moteurs de recherche) et des contenus éditoriaux de qualité en libre accès sur l'internet. Plusieurs difficultés ont été dégagées en la matière par l'Observatoire.

#### **Le statut juridique des nouvelles formes publicitaires: référencement payant et publicité interstitielle**

Avec le développement des technologies, de nouvelles formes de publicité sont apparues sur l'internet comme le référencement payant ou la publicité interstitielle. Le référencement payant regroupe les notions de positionnement payant, de liens sponsorisés, etc. De manière pragmatique, le positionnement payant est une « *offre commerciale, la plupart du temps gérée directement par une régie publicitaire, qui consiste à placer des liens, achetés au CPM (coût aux mille affichages, que les liens affichés soient cliqués ou non) ou au CPC (coût au clic, seuls les liens cliqués par l'internaute sont payés), dans les pages de résultats d'un outil de recherche (annuaire ou moteur)* »<sup>275</sup>. En pratique, une société acquiert un mot clé auprès d'un moteur. Lorsqu'un internaute fait figurer ce terme dans la requête saisie sur l'outil de recherche, un lien acquis par la société s'affichera parmi les résultats proposés.

La publicité interstitielle consiste en un écran publicitaire de transition qui apparaît entre deux pages internet, notamment pendant que l'internaute attend le chargement de la page web demandée. En pratique, à l'ouverture d'une page web, un second écran s'affiche sans que l'internaute en ait sollicité la venue. Une annonce publicitaire, habituellement animée et sonore, apparaît alors un bref instant (de 5 à 10 secondes) dans une fenêtre supplémentaire du navigateur pendant le chargement de la page web, puis disparaît.

Ces nouvelles formes publicitaires sur l'internet soulèvent des interrogations juridiques relatives, notamment, à la protection du consommateur (l'achat de mots clés volontairement faux ne peut-il pas être considéré comme une forme de publicité mensongère?), à la concurrence déloyale ou à la protection du droit des marques (achat de mots clés reprenant une marque ou le nom commercial d'un concurrent).

#### **L'application du régime de la publicité pour les secteurs interdits aux sites internet**

Le régime juridique de la publicité fait l'objet actuellement en France de plusieurs dispositions interdisant ou encadrant la promotion de certains produits (alcool, tabac, produits pharmaceutiques, professions réglementées, crédit à la consommation, etc.).

---

<sup>275</sup>. Le positionnement publicitaire trompe-t-il le consommateur, Abondance.com. [www.docs.abondance.com/question37.html](http://www.docs.abondance.com/question37.html).

L'application de ces régimes juridiques variés est délicate dès lors que les sites internet peuvent revêtir à la fois une forme éditoriale et une forme commerciale. En effet, dès lors que la vente du produit n'est pas interdite, comment le site peut en faire la promotion dans ses pages si la publicité en sa faveur en est interdite ?

**Une étude de terrain approfondie doit donc être menée** en la matière permettant d'identifier la manière dont les législations spécifiques doivent être appliquées face à cette dualité du site internet.

#### **Interprétation des dispositions relatives au démarchage par courrier électronique**

Souhaitant renforcer la protection du consommateur, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique encadre la prospection directe par courrier électronique en précisant 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 la prospection directe « *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 analogues 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* ». Les parlementaires ont prévu une restriction à cette exception : elle ne peut viser que les biens et services analogues. 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, 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* ».

Au cours des auditions menées par l'Observatoire, les associations de consommateurs se sont déclarées favorables au principe de l'*opt-in* (recueil du consentement préalablement à l'envoi de la prospection directe) et ont confirmé leur soutien aux orientations du projet de loi.

Les acteurs du commerce électronique ont, quant à eux, critiqué ces dispositions, considérant qu'elles demeurent imprécises. En effet, ils considèrent que le texte ne précise pas suffisamment la notion de « *biens et services analogues* ». Ainsi, l'ensemble des produits vendus par un supermarché en ligne sont-ils analogues au sens de ce texte <sup>276</sup> ? Un ouvrage et un logiciel sont ils considérés comme des biens analogues dès lors qu'ils sont vendus par le même site ? De même, le texte ne précise pas ce qu'est une personne physique au sens de ce texte : adresse de courrier électronique attribuée par un fournisseur d'accès « grand public », adresse nominative

---

**276.** Telle est l'interprétation adoptée par le commissaire britannique à la vie privée [www.informationcommissioner.gov.uk/eventual.aspx?id=35](http://www.informationcommissioner.gov.uk/eventual.aspx?id=35).

fournie par une entreprise, adresse fonctionnelle rattachée à un nom de domaine nominatif contact@dupont.nom.fr.

**Ces acteurs se déclarent favorable à obtenir le plus rapidement possible des critères précis permettant d'identifier la notion de « biens et services analogues » et le champ d'application exacte de la disposition.** À ce titre, un décret d'application devrait permettre d'apporter ces précisions.

Par ailleurs, ils critiquent la rétroactivité de la mesure instituée qui vise également les fichiers déjà constitués au travers de la technique de l'*opt-in*. Enfin, ils s'interrogent sur les méthodes permettant d'archiver le consentement donné par le consommateur à recevoir des courriers électroniques.

Le groupe de contact sur le *spam* constitué sous l'égide de la Direction du développement des médias (DDM), devrait permettre de répondre à l'ensemble de ces interrogations.

## Les propositions de l'Observatoire de la cyberconsommation

De l'ensemble des auditions et consultations opérées par l'Observatoire de la cyberconsommation, il estime nécessaire de mener les actions suivantes :

◆ **Lancement d'une réflexion approfondie en matière des nouvelles formes publicitaires sur l'internet.** Elle portera sur les 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. En pratique, il est nécessaire de mettre en place un groupe de travail multi-acteurs sur le thème de la publicité en ligne.

◆ **Mise en œuvre d'une analyse des problématiques générales du commerce électronique, destinée à apporter les correctifs qui apparaîtraient nécessaires au niveau législatif et réglementaire.** Seraient concernés notamment, le régime des soldes et promotions, la présentation de l'offre ou, les problématiques qui pourraient survenir suite à l'adoption du nouveau cadre juridique des contrats à distance institué par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Il s'agit de mettre en œuvre une concertation entre représentants de la vente à distance, associations de consommateurs et pouvoirs publics à la suite de l'adoption du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique.

◆ **Renforcer la connaissance par les cyberconsommateurs de leurs droits au travers de la réalisation d'un guide pratique.** Synthétisant les principales dispositions applicables, ce guide devrait être diffusé sous format papier en partenariat avec des acteurs institutionnels avant la période de Noël, propice aux achats en ligne.

## **L'internet favorise l'arrivée de nouveaux acteurs qui ont besoin d'être formés aux règles du « e-commerce »**

Aujourd'hui, l'internet permet à de nouveaux acteurs d'entrer sur un marché et de dépasser le seul environnement physique. Pour autant, en entrant dans le monde de la vente à distance, ils sont soumis à de nouvelles règles pas forcément connues de tous.

L'internet offre aux acteurs des outils permettant d'entrer plus facilement dans le commerce électronique

L'internet est devenu un incubateur des nouveaux phénomènes et des nouvelles pratiques et a su fédérer de nombreux modèles de vente. Avec l'aide d'intermédiaires et de logiciels fournis, quelques fois, gratuitement, plusieurs petites et moyennes entreprises peuvent se lancer à moindre coût dans la vente à distance et ainsi développer une activité économique qu'ils n'auraient pu mener à terme autrement. À cette fin, deux modèles leur sont offerts : le modèle traditionnel de la vente directe et un modèle décentralisé faisant appel à des intermédiaires.

### **La création facilitée d'un site commercial**

La création d'un magasin virtuel est, de nos jours, accessible sur l'internet. Le modèle traditionnel, celui de la vente directe sur un site, est facilité dès lors que la création d'un site de commerce électronique sécurisé avec un système de paiement en ligne est devenue plus aisée et plus efficace. De nombreux logiciels libres aident ainsi les entreprises, souvent individuelles, à la création de pages internet sans pour autant avoir des connaissances approfondies en la matière ; de nombreuses solutions d'hébergement sont proposées ; enfin, plusieurs sociétés offrent des moyens de paiement professionnels, sécurisés et pouvant être d'un maniement relativement aisé.

Outre les solutions de paiement par carte bancaire proposées par la majorité des banques françaises, plusieurs solutions parallèles existent. La société EuroVox propose ainsi l'outil « Allopass » qui permet d'installer un outil de micropaiement sous la forme d'une communication AudioTel surfacturée. Aujourd'hui, plus de 70 000 sites en Europe sont équipés d'un tel système de micropaiement, cent nouveaux sites s'inscrivant quotidiennement. Plus de la moitié des utilisateurs sont des professionnels.

Des outils de paiement en ligne « facilité » tendent également à se développer comme la solution PayPal. Cette société, filiale de eBay, offre un système de paiement en ligne sécurisé par carte bancaire sans abonnement ou installation particulière. Il permet à des entreprises ou à des particuliers avec une adresse de courrier électronique, d'adresser ou de recevoir des paiements en ligne. Paypal indique que cette solution s'adresse « *idéalement aux petites entreprises, aux "e-marchands", aux particuliers* »<sup>277</sup>. PayPal regroupe actuellement plus de 40 millions d'utilisateurs situés dans trente-huit pays.

---

277. About us, Paypal.com, [www.paypal.com/uk/cgi-bin/webscr?cmd=p/gen/about-outside](http://www.paypal.com/uk/cgi-bin/webscr?cmd=p/gen/about-outside).

Enfin, les outils de référencement ou de positionnement payant permettent à ces nouveaux marchands de pouvoir rapidement conquérir un public et de promouvoir plus facilement leurs produits sur la toile mondiale.

**L'ouverture d'une «e-boutique» grâce à des intermédiaires :  
l'affiliation et le courtage**

À côté du modèle traditionnel, un autre modèle «décentralisé» se développe à l'aide d'outils purement virtuels comme le courtage en ligne et l'affiliation. Ces nouveaux outils ont pour effet de faire bénéficier les internautes de sources de revenus complémentaires qui peuvent, à terme, devenir leur source principale.

**L'affiliation** est pour un site commercial une technique de promotion et de distribution qui consiste à gérer des partenariats *online* permettant la constitution d'un réseau de sites partenaires rémunérés à la performance. Elle est donc basée sur un système d'échange entre l'initiateur du programme d'affiliation et un affilié. L'initiateur du programme cherche à accroître sa visibilité, ses ventes. L'affilié, de son côté, cherche à valoriser son audience et à obtenir des revenus supplémentaires grâce à son site. Il met donc en place des liens vers le site de l'initiateur du programme d'affiliation : boutons et bannières, moteurs de recherche, lien texte, lien dans sa lettre d'informations... En échange, l'initiateur du programme d'affiliation le rémunère selon différentes formules qui lui permettent de ne payer que pour les résultats réellement obtenus (pourcentage sur les ventes réalisées).

L'affiliation est apparue en 1996, aux États-Unis. Une citoyenne américaine avait créé un site dédié au divorce en fournissant informations légales et différents conseils de lectures. Elle envoya un courriel à Amazon.com pour lui demander l'autorisation de mettre en place un lien hypertexte vers la fiche descriptive des livres présentés sur son site et savoir si elle pouvait percevoir une commission sur les ventes réalisées grâce à ces liens. Quelques mois plus tard, le premier programme d'affiliation d'Amazon.com était créé. De 4 000 sites en décembre 1996, le nombre d'affiliés a atteint 30 000 début 1998 et 500 000 début 2002. L'affiliation représente aujourd'hui plus de 10 % du chiffre d'affaires d'Amazon. Ce succès a fait des émules, chez eBay par exemple, qui possède le plus grand réseau mondial d'affiliés. L'affiliation peut donc constituer une activité complémentaire à une activité professionnelle, voire amener une requalification juridique de sa situation, le consommateur devenant un commerçant <sup>278</sup>.

**Le courtage** est «*un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant une rémunération, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention [activité de mise en relation], soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat*» <sup>279</sup>. Il constitue aujourd'hui un canal de vente en constante augmentation, notamment aux États-Unis ou en Allemagne et les produits mis en vente sont très variés. En France, cette activité tend progressivement à se développer.

---

<sup>278</sup>. C. Manara, le contrat d'affiliation sur internet, *D.* 2000, n° 19, 11 mai 2000, p. 3.

<sup>279</sup>. *Gazette du Palais* n° 114, 24 avril 2003, *op. cit.*, p. 29.

Derrière cette définition générique se cachent de multiples formes. Ainsi, le courtage pourra être à prix fixe (principe de l'achat immédiat réalisé avec l'aide d'un tiers) ou sous forme d'enchère (où le prix est fixé à la suite d'un processus d'enchères). Le courtage dit « à prix fixe » vise le cas où un tiers aurait pour fonction de mettre en relation un vendeur et un acheteur afin qu'ils concluent un contrat de gré à gré. *A priori*, cet acteur qui pourrait être une plate-forme technique, ne joue le rôle que d'un simple intermédiaire dans la transaction et n'a pas vocation à représenter l'un ou l'autre des deux contractants. En pratique, le courtier peut prendre la forme d'un journal papier ou d'un site de petites annonces permettant d'une part au vendeur de publier ses offres à prix fixe et, d'autre part, à l'acheteur d'acquiescer le bien sélectionné.

Au travers de ce site, il pourra y avoir la rencontre des volontés, c'est-à-dire un accord sur le prix et le bien entre l'acheteur et le vendeur. Juridiquement, le vendeur ne dispose d'aucune marge de manœuvre sur le choix de l'acheteur puisque dès l'acceptation de l'offre par l'acheteur, le contrat se trouve formé. Tout refus postérieur de l'une ou de l'autre des parties pourrait s'analyser en une inexécution contractuelle. Compte tenu de son statut d'intermédiaire, le courtier sera *a priori* regardé comme tiers au contrat, un simple facilitateur technique dans la contractualisation.

Contrairement au courtage à prix fixe qui existe d'ores et déjà dans le commerce traditionnel, le courtage sous forme d'enchères constitue, pour l'heure, une spécificité de l'internet. En effet, au lieu d'offrir au vendeur la possibilité de vendre son bien à un prix fixe, le courtier aux enchères met à la disposition de celui-ci un outil technique permettant au vendeur de déterminer un prix de départ – associé le cas échéant d'un prix de réserve – et aux acheteurs d'enchérir en proposant une succession d'offres.

Juridiquement, le vendeur, en déterminant un prix de départ, fait un « appel d'offres ». Les internautes, qui répondent à cet appel d'offre, émettent des offres d'achat. À la fin du délai de la vente, le vendeur conservera la possibilité de contracter avec l'un ou l'autre des offreurs. Une fois l'acheteur sélectionné par le vendeur, le contrat sera formé et aura force de loi entre les deux cocontractants, le vendeur s'engageant à délivrer la chose conforme à l'annonce, l'acheteur s'engageant à payer le prix fixé.

Le choix du meilleur enchérisseur n'est pas automatique. Si le vendeur conserve la possibilité de sélectionner n'importe quel internaute ayant réalisé une offre, le meilleur enchérisseur conserve uniquement la possibilité d'agir en justice à l'encontre du vendeur pour rupture abusive des pourparlers. Il devra alors prouver le caractère abusif de cette rupture qui ne sera probablement pas constaté s'il possède notamment sur le site une mauvaise notation <sup>280</sup>.

L'activité de courtage en ligne n'est plus aujourd'hui marginale. Plus de 970 millions d'objets ont été ainsi mis en vente sur eBay en 2003 par près de 95 millions d'utilisateurs dans le monde, représentant un montant total de transactions dépassant les 24 milliards \$. En France, le site Priceminister dénombre plus de 1,4 million de membres, 4 millions de produits en vente et permet environ 10 000 transactions par jour.

---

**280.** Afin de développer la confiance mutuelle entre les utilisateurs, les sociétés de courtage permettent à l'acheteur de noter le vendeur et, inversement, au vendeur de noter l'acheteur.

## Le courtage en ligne et le renouveau de l'encadrement des relations entre consommateurs

Aujourd'hui, le courtage en ligne constitue l'un des grands succès du commerce électronique. En France, la réussite des modèles de eBay, Priceminister, et les stratégies nouvelles d'acteurs majeurs tels que Amazon ou Alapage témoignent de comportements nouveaux de la part des consommateurs et d'une évolution structurelle du commerce en ligne. Au travers du courtage en ligne, les particuliers ont la possibilité de mettre en vente tous les produits d'occasion dont ils souhaitent se défaire que ce soient des objets de collection, des livres, des meubles ou des biens plus importants comme des véhicules automobiles. Sans de tels outils, ces particuliers auraient certainement jeté ou entreposé ces biens.

Néanmoins, le succès de ce vide grenier virtuel n'a jamais été envisagé par le droit. En effet, le droit des contrats à distance a toujours été conçu, même dans le corps de la directive de 1997, comme un texte protecteur du consommateur face à un professionnel. L'objectif était d'assurer une protection renforcée, justifiée par l'absence de rencontre physique avec le bien et d'évaluation de ce dernier et par le déséquilibre existant entre deux acteurs, l'un faible économiquement et mal informé (le consommateur), l'autre fort économiquement et averti (le professionnel).

Avec le courtage en ligne, se développent de plus en plus des relations de particuliers à particuliers auxquelles le droit de la consommation n'a plus vocation à s'appliquer. Ainsi, un consommateur qui achète un objet de collection sur un site de petites annonces à un autre particulier ne pourra pas en obtenir le remboursement sur le fondement du droit de rétractation prévu à l'article L. 121-20 du Code de la consommation. De même, le particulier-vendeur n'est plus tenu d'exécuter le contrat dans un délai de trente jours.

Pour autant, faut-il prévoir une protection du consommateur, identique à celle qui est la sienne lors de relations avec un professionnel, dans de telles situations? De par les témoignages reçus par le Forum des droits sur l'internet dans le cadre de son enquête, rares sont les problèmes survenus, en France, à la suite de transactions conclues sur des plates-formes de courtage en ligne et les montants – sauf exceptions<sup>281</sup> – demeurent faibles. Par ailleurs, dès lors que le contrat est conclu entre deux particuliers, aucun déséquilibre significatif n'existe entre les deux contractants contrairement à une relation opposant consommateur et professionnel. Néanmoins, le droit de rétractation a été prévu en raison de la distance entre le vendeur et l'acheteur. Dans ces conditions, pourquoi faudrait-il supprimer le droit à rétractation quand la convention est conclue à distance, mais entre deux particuliers?

**Une clarification des obligations du «particulier marchand» et de la protection du «particulier acheteur» doit donc avoir lieu.** À ce titre, il paraît important d'analyser le besoin de faire évoluer la protection instituée en matière de vente à distance entre professionnel et consommateur à ces relations.

---

<sup>281</sup>. Nous pouvons citer ainsi, à titre d'exemple, le cas d'un internaute ayant acquis deux véhicules automobiles par ce biais pour un montant supérieur à 30 000 €.

Ces évolutions devront être appréciées, notamment au regard des dispositions communautaires applicables en la matière, des pratiques constatées et des décisions judiciaires d'ores et déjà intervenues aux États-Unis ou en Allemagne où le marché du courtage en ligne est très développé.

### La nécessité de renforcer l'information des « nouveaux professionnels » sur les dispositions applicables

Grâce aux nouveaux outils fournis par l'internet, de nombreux acteurs, personnes physiques ou morales, particuliers et PME, peuvent exercer à moindre coût une activité commerciale, souvent accessoire, totalement dématérialisée. Ils deviennent ainsi soumis aux dispositions de la vente à distance qu'ils ne peuvent pas méconnaître.

#### **Quand le marchand traditionnel devient aussi marchand sur le web**

*« J'achète aujourd'hui la totalité de mes livres en salles de ventes pour les revendre sur eBay. Cela représente actuellement 100 % de mes revenus ».*

En s'offrant une vitrine commerciale sur l'internet, le marchand traditionnel a la possibilité de développer son activité commerciale<sup>282</sup>. Néanmoins, même si cette activité demeure bien souvent accessoire, elle impose aux marchands de respecter l'ensemble des dispositions applicables en matière de vente à distance et en particulier le Code de la consommation. Cette obligation est d'autant plus forte qu'en cas de non respect de certaines dispositions, le vendeur s'expose à des sanctions pénales<sup>283</sup>.

Or, il a pu apparaître au travers des témoignages reçus par l'Observatoire de la cyberconsommation que la connaissance de ces règles n'est pas forcément acquise par tous ces nouveaux vendeurs. Ainsi, un internaute s'interroge sur la pratique d'une librairie qui commercialise des livres neufs avec une réduction inférieure à 5 % et qui n'indique à aucun moment l'existence d'un droit de rétractation.

De même, un autre internaute critique le fait que les professionnels qui utilisent les plates-formes de courtage en ligne ne s'identifient pas correctement sur celles-ci alors que l'article L. 121-18 du Code de la consommation impose que toute offre de contrat doit préciser *« le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre »*.

Il semble donc nécessaire de **renforcer l'information de ces professionnels sur les obligations légales auxquels ils sont tenus dès lors qu'ils réalisent une activité de vente à distance.**

---

<sup>282</sup>. Ainsi, le site Priceminister propose depuis le mois d'octobre 2003 aux professionnels de vendre des produits neufs sur cette plate-forme d'échanges.

<sup>283</sup>. Articles R. 121-1 et suivants du Code de la consommation: le vendeur s'expose à une amende de 1 500 € en cas de non-respect de l'article L. 121-18, L. 121-19 du Code de la consommation et, également, en cas de refus de remboursement dans les trente jours du produit retourné par l'acheteur en application de son droit de rétractation. En cas de récidive, la peine est portée à 3 000 €. Les personnes morales peuvent, également, être déclarées responsables de ces infractions. Elles s'exposent notamment à une amende de 7 500 € voire 15 000 € en cas de récidive.

### **Quand le particulier devient « professionnel »**

Les outils aujourd'hui proposés sur l'internet permettent à toute personne, et notamment au « simple particulier », de vendre à distance. En particulier, les plateformes de courtage aux enchères et les outils de micropaiements sont autant de moyens qui offrent à un internaute la possibilité d'exercer une activité commerciale à moindre coût. Aujourd'hui, avec le seul site eBay, plus d'un millier de Français, 10 000 personnes en Allemagne <sup>284</sup> et 430 000 aux États-Unis tireraient exclusivement leurs revenus de cette activité. Le site Priceminister comptait en 2003 plus de 2 000 vendeurs professionnels dont plus d'une centaine de particuliers <sup>285</sup>.

*« Artiste-peintre et graphiste professionnel, j'utilise régulièrement les services du site eBay. Mes ventes artistiques sur ce site représentent plus de la moitié de mes revenus ».*

Seulement et dès lors que le particulier devient un professionnel au sens du Code de la consommation <sup>286</sup>, il devient également soumis à ses dispositions. La difficulté est que **la notion de professionnel n'est pas définie précisément par les textes**. Les juges considèrent néanmoins qu'un commerçant, au sens des dispositions du Code du commerce <sup>287</sup>, sera qualifié de professionnel au sens du Code de la consommation. Quand bien même le particulier ne revêtirait pas le statut de commerçant, il pourrait être considéré comme un professionnel dès lors qu'il a une activité économique <sup>288</sup>.

Ainsi, une association d'information des comités d'entreprises et collectivités a été regardée comme tel pour *« l'exercice de son activité d'édition »* <sup>289</sup>. À l'inverse, les juges ont pu estimer que *« le vendeur d'une chatte ne peut être considéré comme un professionnel dès lors qu'il exerçait par ailleurs une activité professionnelle, qu'il n'était pas immatriculé au registre du commerce, que la pratique d'une passion ne peut se confondre avec l'exercice professionnel d'une activité alors même que le contrat le désigne comme 'éleveur', cette qualification ne suffisant pas à établir qu'il était éleveur professionnel »* <sup>290</sup>.

---

**284.** Chiffres estimatifs indiqués par *Libération*, M.-D. Arrighi, eBay, « Une souris et des sommes », *Libération*, 27 novembre 2003, p. 42.

**285.** Chiffres indiqués par le *Journal du Net*, R. Karayan, « Priceminister ouvre ses rayons aux produits neufs », *Journal du net*, 29 octobre 2003; réactualisés par une interview du 9 mars 2004 réalisée par le *Journal du Net*.

**286.** L'article L. 121-16 du Code précise sur les dispositions de la section II relative aux ventes de biens et fournitures de prestations de service à distance *« s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel, qui pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance »*.

**287.** L'article L. 121-1 du Code du commerce dispose que *« sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »*. En pratique, les juges ont eu l'occasion de préciser que la profession « s'entend d'une occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence » (CA Paris, 30 avril 1906, *DP*. 1905, 5, p. 9).

**288.** CA Paris, 28 mai 1999, *Gazette du Palais*, 19-20 novembre 1999, p. 40.

**289.** CA Paris, 22 mars 1990; *D.* 1990, IR. 98; *RTDCiv.* 1990, p. 474, obs. Mestre.

**290.** CA Versailles, 4 octobre 2002, *BRDA* 2003, n° 1, p. 12.

*« Je suis collectionneur et j'ai développé avec ma famille une activité au niveau professionnel. Ma femme s'est inscrite au registre du commerce et on gagne environ 4 000 € par mois ».*

Avant toute autre chose et pour garantir une meilleure sécurité juridique, il semble nécessaire d'**identifier avec des critères simples et clairs, le statut dont les utilisateurs** de ces plates-formes peuvent relever afin de leur assurer une parfaite sécurité juridique. Enfin, il s'agira de mener une **action d'information plus importante à destination de ces « particuliers professionnels » qui relèvent, sans le savoir, d'un régime juridiquement contraignant.**

À ce titre, il est possible de citer le témoignage d'une personne qui voulait proposer des appartements à la location ou à la vente et prendre un pourcentage sur la transaction réalisée. Or, elle semblait oublier, ainsi, les règles applicables spécifiquement en matière de courtage immobilier à savoir l'obtention d'un agrément préalable et d'une assurance destinée à permettre une parfaite protection du consommateur.

## Les propositions de l'Observatoire de la cyberconsommation

De l'ensemble des auditions et consultations opérées par l'Observatoire de la cyberconsommation, il est nécessaire de mener les actions suivantes :

◆ **Sensibiliser les nouveaux vendeurs afin de leur rappeler l'ensemble des dispositions applicables en matière de vente à distance et auxquelles ils sont astreints.** Cela pourra prendre notamment la forme d'un guide pratique à destination de ces acteurs énonçant l'ensemble des règles applicables à la vente à distance.

◆ **Réfléchir à la nécessité ou non de la transposition des dispositions applicables en matière de ventes à distance aux opérations conclues entre particuliers notamment par le biais de plates-formes de courtage en ligne.** À cette fin, un groupe de travail devrait être constitué sur le courtage en ligne regroupant spécialistes du droit de la consommation, acteurs du courtage en ligne, représentants des consommateurs et administrations intéressées. Il conviendra particulièrement d'identifier des critères permettant de déterminer à partir de quel moment un particulier devient un « professionnel » au sens du Code de la consommation.

## **La nécessité de mettre en œuvre des dispositifs d'alerte et de médiation en matière de commerce électronique**

Aujourd'hui, le paysage français du commerce électronique connaît un grand nombre d'acteurs (juges, administrations, acteurs économiques et utilisateurs) qui interviennent tous dans la construction de la confiance des utilisateurs. Pour autant, les consommateurs considèrent que des actions complémentaires doivent être menées notamment en matière d'alerte et d'aide au règlement des différends qui pourraient survenir.

## Le paysage français de la régulation du commerce électronique

Aujourd'hui, une multitude d'acteurs participe à la construction d'un environnement fiable pour les marchands et sécurisant pour les acheteurs.

### **Les juges judiciaires**

Les organes judiciaires constituent l'organe de régulation naturel mais *a posteriori*. Contrairement à d'autres aspects de notre droit, les acteurs du commerce électronique ont rarement l'occasion de saisir le juge de différends nés en ligne. En effet, en ce qui concerne principalement les acheteurs, l'achat en ligne ne porte pas nécessairement sur des sommes très élevées et dès lors qu'un problème survient, ils préfèrent un règlement à l'amiable à celui opéré par la juridiction judiciaire.

Malgré cela, la justice est intervenue à plusieurs reprises. Les juges ont eu l'occasion de statuer sur les clauses des contrats de vente à distance, voire de 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 un commerçant en ligne Pere-Noel.fr à raison des dispositions contractuelles pratiquées. Le 4 février 2003<sup>291</sup>, le tribunal de grande instance de Paris faisait droit, partiellement, aux demandes de l'association et enjoignait à Pere-Noel.fr de procéder sous trente jours à la suppression de certaines clauses jugées abusives au regard du droit de la consommation.

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 € d'amende pour publicité mensongère et tromperie. En effet les juges relevaient 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* »<sup>292</sup>.

### **La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et la Mission économie numérique**

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) exerce, au sein du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, une mission de régulation à l'égard de l'ensemble des acteurs économi-

<sup>291</sup>. TGI Paris, 4 février 2003, *D.* 2003, AJ p. 763, obs. C. Manara, [www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=504](http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=504).

<sup>292</sup>. TCorr Saint-Étienne, 19 novembre 2003, *ministère public et autres c/ Alexandre F.*

ques, entreprises, consommateurs et élus locaux. À ce titre, elle veille au fonctionnement loyal et sécurisé des marchés, ce qui implique l'élaboration de règles, des contrôles et, le cas échéant, des sanctions prononcées par les tribunaux.

Dans le domaine de la protection du consommateur, la DGCCRF a compétence pour enquêter voire poursuivre les infractions aux dispositions du Code de la consommation. Elle exerce une vigilance particulière dans des secteurs qui, en raison de leur nouveauté ou de leur complexité peuvent être à l'origine de problèmes, comme la téléphonie mobile, l'accès à internet ou le commerce électronique.

La DGCCRF n'est néanmoins pas compétente pour statuer sur les différends de nature contractuelle (défaut de conformité, etc.), sauf à ce que ces dysfonctionnements aient pour objet ou pour effet de constituer une infraction pénale (publicité mensongère, etc.). La DGCCRF s'est dotée d'un Centre de surveillance du commerce électronique (CSCE) à Morlaix doté d'un réseau de veille et de contrôle des pratiques commerciales sur l'internet. En outre, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique prévoit que la CNIL et la DGCCRF seront habilitées, outre les services de police, à intervenir pour assurer le respect de la législation relative à la publicité par voie électronique. Un protocole d'accord entre ces deux organismes devrait ainsi être signé.

La Mission pour l'économie numérique a été créée en 2001 pour cinq ans et est rattachée au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Elle est chargée de favoriser le développement de l'économie numérique en assurant la coordination des travaux conduits à cet effet au niveau du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et en animant une réflexion prospective sur le développement et l'impact de l'économie numérique. En particulier, elle mesure les progrès accomplis par la France en ce domaine et conduit ou soutient des actions de communication en faveur de la diffusion la plus large de l'économie numérique. Elle contribue aux travaux sur l'adaptation du cadre juridique applicable à l'économie numérique.

### **Les fédérations professionnelles**

En matière de commerce électronique, une certaine régulation du secteur est exercée par les fédérations professionnelles regroupant les acteurs marchands du domaine à savoir la FEVAD et l'ACSEL et, au niveau européen, EMOTA.

La Fédération de la vente à distance (FEVAD) a pour missions de représenter, défendre la profession et en faire la promotion auprès des multiples acteurs de son environnement: pouvoirs publics, consommateurs, presse, Parlement, organismes de formation, organisations internationales. Ainsi, elle forme, informe et conseille ses adhérents, anticipe les évolutions du secteur, concourt à la discussion des lois et textes réglementaires qui régissent la profession, accompagne tous les facteurs susceptibles d'assurer le développement de la profession. Elle favorise et élabore des règles professionnelles et déontologiques, en concertation avec ses adhérents et veille à leur respect.

Vis-à-vis des consommateurs, les entreprises adhérentes à la FEVAD ont adopté, dès 1957, des règles d'autodiscipline. Ces règles ont été consignées dans un code professionnel, dont la dernière mise à jour date de juin 1995. Une charte qualité a

également été élaborée en 1996, notamment pour adapter les pratiques de la vente par correspondance aux moyens modernes de commande et de transaction. Ces textes garantissent l'éthique de la profession et la déontologie des adhérents dans leurs pratiques de vente et leur service au consommateur. La FEVAD a pour mission de veiller au respect de ces textes par les entreprises adhérentes. Elle examine par sondage leurs offres et documents de vente et vérifie leur conformité aux engagements pris. Les consommateurs peuvent ainsi la FEVAD, par courrier ou sur l'espace « conso » du site de la FEVAD, s'ils n'ont pu obtenir directement satisfaction auprès d'une société adhérente pour le règlement de leur litige afin qu'elle intervienne en recours auprès de son adhérent.

Par ailleurs, en 2000, la FEVAD a créé, en partenariat avec la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), L@belsite, un système d'habilitation des sites marchands sur l'internet pour répondre au besoin légitime de confiance des consommateurs. Les sites habilités L@belsite, identifiables grâce au logo L@belsite, sont soumis à un audit, réalisé par des auditeurs indépendants et certifiés, portant sur des règles exigeantes articulées autour des axes suivants : information sur la réalité du commerçant derrière le site, conformité à la réglementation de la vente à distance sur l'internet, transparence vis-à-vis des données à caractère personnel et protection des mineurs. Le système L@belsite est membre fondateur du programme Euro-label qui fédère plusieurs initiatives nationales et qui a bénéficié du soutien de la Commission européenne.

L'Association pour le commerce et les services en ligne (ACSEL) se définit comme un club d'entreprises. Elle joue un rôle de représentation des acteurs du commerce électronique et siège, à ce titre, dans différentes instances représentatives de son domaine. Elle participe notamment aux travaux menés par les pouvoirs publics. En outre, et dans un rôle d'anticipation, l'ACSEL réalise depuis 1994 plusieurs études consacrées aux enjeux de l'internet. En 2001, l'ACSEL a présenté un rapport sur la confiance, principal défi pour le commerce électronique, suivi en septembre 2002 d'un deuxième sur le *spam*, en décembre 2002 sur le haut débit et plus récemment sur les services financiers en ligne. Elle possède des commissions de travail qui sont des lieux privilégiés d'échanges et de réflexion. Elles permettent de s'informer des évolutions de la profession, des technologies, des expérimentations en cours. Ces commissions sont également l'occasion de réfléchir, d'échanger ou encore de mettre en place des actions spécifiques.

L'Association européenne de vente par correspondance et à distance (EMOTA) regroupe dix-huit associations nationales des acteurs de la vente à distance. Elle a élaboré, en mai 2002, un code de bonne conduite s'adressant aux acteurs européens.

### **Les associations de consommateurs**

Les associations de consommateurs regroupent des bénévoles au sein d'associations relevant de loi de 1901. Elles sont indépendantes des pouvoirs publics et leurs ressources proviennent d'abord des cotisations des adhérents, de ressources propres, et éventuellement de subventions.

Elles développent des actions de formation, de conseil et d'information aux consommateurs. Elles peuvent traiter de tout ce qui concerne les relations contractuelles entre un

acheteur et un vendeur et procéder par la recherche d'une solution amiable au litige. Si elles sont agréées, elles pourront intervenir devant les juridictions civiles pour soutenir la demande initiale en réparation d'un consommateur lésé sans pour autant se substituer à lui, en se portant partie civile s'il y a atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs, en représentation de plusieurs plaignants devant les tribunaux, dans le cas d'un préjudice causé par un même professionnel, en demandant au juge civil la suppression des clauses abusives dans les contrats qui sont proposés aux consommateurs, en demandant au tribunal civil ou pénal de faire cesser des agissements illicites ou de supprimer des clauses illicites dans un contrat ou type de contrat.

Dans le domaine du commerce électronique, les associations de consommateurs ont eu l'occasion d'intervenir principalement dans le cadre de l'affaire Pere-Noel.fr. Elles ont pu regrouper les plaintes individuelles pour ensuite saisir la justice d'une action collective devant le tribunal de grande instance de Saint-Étienne. Une autre association de consommateurs a pu également saisir la justice afin de faire supprimer certaines clauses abusives des contrats de ce marchand.

Bien souvent les litiges sont gérés au niveau local, ces associations faisant remonter lorsque le besoin s'en fait sentir, les différends au niveau national pour un traitement par la fédération.

### **Les internautes**

Les internautes jouent également un rôle dans la régulation des échanges sur l'internet. De nouveaux outils contributifs permettent aux particuliers d'échanger leurs avis, leurs critiques et leurs expériences en matière de commerce électronique. Au travers de sites internet dédiés, comme par exemple [Defense-consommateur.org](http://Defense-consommateur.org), de forums de discussions, les internautes élaborent une notation de chacun des marchands. Ils constituent ainsi les premiers indicateurs des problèmes ou des fraudes qui pourraient subvenir chez l'un de ceux-ci.

Ce système de construction collective de la confiance par les utilisateurs est également présent sur les plates-formes de courtage en ligne <sup>293</sup> qui incitent les internautes à se noter mutuellement: le vendeur évaluant la qualité de l'acheteur (délai de paiement essentiellement), l'acheteur donnant une note au vendeur pour la qualité de sa prestation (envoi rapide du bien, etc.).

Même si ce rôle de veille opéré par les consommateurs eux-mêmes est important, il ne permet pas d'éviter ou d'aider au règlement de différends qui seraient nés en ligne.

## L'affaire Pere-Noel.fr et le besoin de mise en œuvre d'un processus d'alerte des consommateurs en cas de fraudes

Constituant l'une des affaires médiatiques de l'internet français en 2002, il a semblé nécessaire à l'Observatoire de revenir sur l'affaire Pere-Noel.fr afin d'analyser la manière dont la coordination des divers acteurs du commerce électronique s'est opérée.

---

<sup>293</sup>. Le principe du «*feedback*» a été élaboré par Pierre Omydiar, fondateur de eBay en 1995.

En juillet 1999, la société Pere-Noel.fr, spécialisée dans la vente de matériel informatique est créée puis inscrite au marché libre de la bourse de Paris au mois de mars 2000. À partir du mois de mai 2001, les premiers utilisateurs se plaignent auprès de la presse internet des difficultés qu'ils rencontrent avec ce marchand : retards importants dans la livraison des commandes, produits défectueux, biens non conformes. En juillet 2001, deux particuliers ouvrent un site Defense-consommateur.org consacré à la défense des clients abusés par la société. De nombreux internautes font part quotidiennement des problèmes rencontrés avec le marchand, à travers leurs relations téléphoniques et épistolaires avec la société. Cette accumulation de plaintes fait réagir la société Pere-Noel.fr qui assigne l'association Defense-consommateur.org devant les tribunaux pour diffamation et injure et obtient la condamnation de ses créateurs en mai 2002 par le tribunal de grande instance de Lyon <sup>294</sup>. En juillet 2002, plusieurs fournisseurs de la société (administrateur du site internet, La Poste) décident également de saisir la justice à propos de factures non honorées. En novembre 2002, un premier événement intervient. La direction de Pere-Noel.fr change et décide le mois suivant d'abandonner les poursuites contre Defense-Consommateur.org <sup>295</sup>. Pour autant, les problèmes demeurent et les dirigeants de la société sont renvoyés devant le tribunal correctionnel avant d'être condamnés au mois de novembre 2003. L'entreprise est finalement mise en redressement judiciaire en mai 2003 et liquidée en juin 2003 <sup>296</sup>.

Interrogés par l'Observatoire, un grand nombre d'acteurs ont estimé qu'un faisceau de dysfonctionnements avait été réuni, expliquant qu'il ait fallu plus de deux ans pour solder les problèmes rencontrés. D'une part, une campagne médiatique a, en partie, dilué le message principal sur les pratiques frauduleuses, en mettant en avant les prix très compétitifs de la société. D'autre part, les autorités publiques, ainsi que certaines associations, se sont intéressées tardivement aux problèmes rencontrés par les consommateurs vis-à-vis de ce marchand.

L'affaire Pere-Noel.fr ne constitue pas l'unique cas de fraude existant. L'Observatoire a ainsi reçu des témoignages d'internautes victimes de fraudes ayant pris la forme de faux tiers de confiance. En l'espèce, un escroc contacte un vendeur sur l'internet se disant intéressé par le produit, souvent informatique, qu'il propose. Afin de le rassurer, il l'invite à finaliser la transaction par l'intermédiaire d'un site de confiance qui s'avère faux. Rassuré, l'internaute envoie son bien à l'adresse indiquée mais ne reçoit jamais en retour le prix promis, le faux tiers de confiance disparaissant définitivement de la toile mondiale.

*«Je viens d'hériter d'une somme importante d'argent et je ne m'y connais pas en transfert international ni en placement. J'ai donc besoin de vous pour m'aider à transférer et à gérer cette fortune».*

---

**294.** TGI Lyon, 28 mai 2002, SA Pere-Noel.fr c/ Monsieur F. M., Mademoiselle E. C. et SARL Deviant Network, [www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=323](http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=323).

**295.** H. Puel, Pere-Noel.fr raccroche sa hotte, 01Net.com [www.01net.com/article/211165.html](http://www.01net.com/article/211165.html).

**296.** *Ibidem*.

Il est également possible de citer le *scam nigérian*, escroquerie où une aide des internautes est demandée par un faux haut dignitaire africain pour opérer des transferts de fonds depuis son pays.

Même si ces fraudes sont connues de certains acteurs, aucune base de donnée unique ne les répertorie de manière exhaustive afin d'alerter les internautes des risques qu'ils prennent. Un système d'alerte doit donc être élaboré.

Ainsi, se manifeste **le besoin de mettre en place un système d'alerte à destination des consommateurs sur les infractions existantes en matière de commerce électronique**. Un tel pôle pourrait être concrètement mis en œuvre à partir de l'Observatoire Cyberconso du Forum des droits sur l'internet et des services intéressés du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

## La médiation : une réponse adaptée aux litiges de la cyberconsommation

La médiation fait parties des « modes alternatifs de règlement des différends » (MARD) qui recouvrent généralement tous les mécanismes permettant de trouver des solutions acceptables par des parties confrontées à un différend et ce, en dehors des procédures judiciaires traditionnelles. Ces mécanismes ne se substituent généralement pas à ces procédures judiciaires mais permettent de manière complémentaire de « vider les différends » de leur substance.

Tous ces modes ont comme point commun la présence d'un « tiers » impartial, distinct des parties en conflit, et dont la mission est de faciliter le dialogue ou de résoudre le différend. Cette existence d'un tiers extérieur et neutre est au cœur des processus de règlements alternatifs et permet souvent de différencier les MARD d'autres outils de résolution des différends comme les services consommateurs des entreprises. Parmi les MARD existantes, la médiation est un processus dans lequel le tiers facilite le dialogue entre les parties sans faire de propositions de solutions, (on parle dans ce cas de tiers « *accoucheur* »), ou peut aller jusqu'à proposer des solutions que les parties sont libres d'accepter ou de refuser (on parle alors de tiers « *aviseur* »).

Grâce à la souplesse de son processus, la médiation est ainsi utilisée dans de nombreux domaines de la consommation pour des différends entre une entreprise et un consommateur (cas par exemple des médiations mises en place par la Fédération française des sociétés d'assurance).

L'internet est un outil complexe : à la fois instrument d'échange entre individus, d'information, de commerce, dans un cadre international ou national, il peut générer des conflits variés et multiformes. Sa relative nouveauté et son évolution constante, tant dans ses fonctionnalités propres que dans les services et usages proposés, font que les conflits nés « en ligne » ne sont pas un territoire clairement balisé. Ils peuvent impliquer des acteurs variés, disséminés au niveau international, des droits différents, des cultures diverses. Dans le même temps, l'internaute devient consommateur et acteur, voulant s'impliquer dans les rouages des mécanismes qu'il utilise. D'une manière générale, il souhaite maîtriser le processus et ne plus le subir. Ce rapide constat souligne **l'intérêt actuel de recourir à la médiation**, processus ouvert dont

la maîtrise reste aux mains des parties en présence et qui permet de retrouver des bases communes de dialogue et de compréhension.

Au-delà de ce constat général, **la médiation présente des intérêts spécifiques en ce qui concerne la résolution des différends liés à la cyberconsommation.**

En effet, les entreprises doivent éviter dans la mesure du possible le recours à la justice en cas de conflit avec un consommateur car ces recours s'avèrent souvent coûteux en terme financier et d'image et la solution judiciaire est pour le moins incertaine. L'autre avantage reconnu à la médiation est celui de la confidentialité. Les entreprises doivent préserver leur image de marque et, dans ces conditions, une procédure judiciaire peut être un risque. Les entreprises peuvent également souhaiter éviter le discrédit et la mauvaise publicité d'un «procès» public. Mais surtout, les entreprises qui proposent le recours à un médiateur indépendant à leurs clients, contribuent à restaurer la confiance de ceux-ci dans l'acte d'achat et peuvent continuer à entretenir des relations commerciales cordiales alors même qu'un différend les aurait, un temps, opposé.

Enfin, la médiation peut apparaître, pour certains professionnels, comme un moyen de réintroduire la confiance dans l'acte d'achat lorsqu'une dimension internationale est en jeu : en cas de différend, le consommateur a ainsi la possibilité d'avoir recours à un mécanisme simple et rapide qu'il peut maîtriser. Ces mécanismes présentent, en outre, l'intérêt d'avoir un coût de fonctionnement moindre qu'une action en justice au niveau international.

*« Comme la plupart des consommateurs, et malgré ma formation juridique (y compris en droit de la consommation), j'ai abandonné le combat ne souhaitant pas avancer plus de frais et perdre plus de temps dans cette affaire ».*

Les consommateurs ont un intérêt à trouver une issue rapide au problème rencontré à la suite de l'achat d'un bien ou d'un service sur l'internet et la médiation peut répondre à ce besoin. Autre phénomène caractéristique, les consommateurs peuvent être réticents à s'engager dans une procédure judiciaire dont ils ne maîtrisent ni le résultat, ni les délais, surtout lorsque l'objet du différend est de faible montant. En outre, ils seraient susceptibles d'exprimer une certaine méfiance dans les solutions proposées par les services consommateurs internes des entreprises.

De manière pratique, l'Observatoire de la Cyberconso s'est notamment intéressé aux premiers résultats du service de médiation expérimenté par le Forum des droits sur l'internet.

Le Forum des droits sur l'internet a ouvert en juin 2003, à titre expérimental, un service de médiation destiné à aider les acteurs de l'internet dans les différends nés en ligne. Résultant d'une réflexion lancée dès la création du Forum des droits sur l'internet en mai 2001 <sup>297</sup>, ce service est pour l'heure réservé aux structures adhérentes au Forum. À ce titre, les premiers résultats enregistrés sont encourageants.

---

<sup>297</sup>. Recommandation du Forum des droits sur l'internet : « Internet et les modes alternatifs de règlement des différends », 17 juin 2002, [www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=343](http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=343).

En effet, en phase expérimentale, le service de médiation du Forum des droits sur l'internet a traité près d'une cinquantaine d'affaires <sup>298</sup> et enregistre un taux de réussite de plus de 75 %.

Il apparaît donc qu'un processus de médiation mené hors de l'entreprise, dont l'objectif est principalement de faciliter le dialogue et subsidiairement, de proposer des solutions si les parties n'y parviennent pas elles-mêmes, répond aux attentes des acteurs du monde cybermarchand. **Son utilisation pour la résolution des différends liés à la cyberconsommation doit donc aujourd'hui être envisagée avec grand intérêt par les acteurs.**

## Les propositions de l'Observatoire de la Cyberconso

De l'ensemble des auditions et consultations opérées par l'Observatoire de la Cyberconso, il est nécessaire de mener les actions suivantes :

- ◆ **Promouvoir les modes alternatifs de règlement des différends et en particulier la médiation en matière de commerce électronique.**
- ◆ **Faire de l'Observatoire de la Cyberconso du Forum des droits sur l'internet, un outil émettant des bulletins d'alerte sur les fraudes constatées sur l'internet. Ce travail pourrait s'opérer en partenariat avec les services intéressés du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.**

## Conclusion

Avec une application du droit de la vente et de la prestation de service à distance, le commerce électronique a pu se développer dans un cadre juridique relativement bien connu. Les chiffres publiés par les acteurs de la vente à distance montrent ainsi une forte croissance de l'achat sur l'internet.

Pour autant, quelques aménagements juridiques ont pu être identifiés. Ceux-ci peuvent nécessiter la mise en œuvre d'une réflexion approfondie associant l'ensemble des acteurs intéressés : pouvoirs publics, acteurs marchands, acteurs non marchands et experts de la matière. Les auditions menées et les contributions reçues par l'Observatoire ont permis d'identifier trois thématiques où la mise en place de groupes de travail semble nécessaire :

- ◆ **Publicité en ligne : les travaux pourront porter sur les 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.**
- ◆ **Problématiques générales du commerce électronique : les travaux analyseront les correctifs qui apparaîtraient nécessaires au niveau législatif et réglementaire**

---

<sup>298</sup>. La grande majorité des affaires traitées concerne des différends BtoC dont les montants sont les suivants : 24 % des affaires sont inférieures à 100 €, 22 % comprises entre 100 et 300 € et seulement 5 % supérieures à 1 500 €.

notamment en matière de régime des soldes et promotions, de présentation de l'offre ou, les problématiques qui pourraient survenir suite à l'adoption du nouveau cadre juridique des contrats à distance institué par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique.

◆ **Protection du consommateur dans ses relations commerciales avec un autre particulier: le groupe de travail aura pour mandat d'une part, d'identifier des critères permettant de déterminer à partir de quel moment un particulier devient un « professionnel » au sens du Code de la consommation et, d'autre part, de réfléchir à la nécessité ou non d'appliquer le régime de la vente à distance aux opérations conclues entre particuliers.**

En outre, l'Observatoire a identifié plusieurs besoins en matière d'information des acteurs sur les règles qui leur sont applicables ou dont ils peuvent se prévaloir. Dans ces conditions, deux guides pratiques pourraient être réalisés :

◆ **Un guide pratique « Cyberconsommateurs »: il serait destiné à renforcer la connaissance par les internautes de leurs droits. Il devrait être diffusé avant la période de Noël, propice aux achats en ligne.**

◆ **Un guide pratique « Nouveaux vendeurs »: il serait destiné à tous les nouveaux acteurs de la vente à distance afin de leur rappeler l'ensemble des dispositions qui leur sont applicables. Ce guide devrait être publié au début de l'année 2005.**

Enfin, aujourd'hui le paysage français du commerce électronique connaît un grand nombre d'acteurs qui interviennent tous dans la construction de la confiance des utilisateurs. Pour autant, il est apparu nécessaire à l'Observatoire de mener des actions complémentaires en matière d'alerte et d'aide au règlement des différends qui pourraient survenir. En pratique, les acteurs ont pu se déclarer favorables à :

◆ **Promouvoir les modes alternatifs de règlement des différends et en particulier la médiation en matière de commerce électronique.**

◆ **Faire de l'Observatoire de la Cyberconso du Forum des droits sur l'internet, un outil émettant des bulletins d'alerte sur les fraudes constatées sur l'internet. Ce travail pourrait s'opérer en partenariat avec les services intéressés du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.**

## **Annexe 1**

### **Composition de l'Observatoire de la Cyberconso**

**Cédric MANARA**, professeur de droit à l'EDHEC Business School et à Temple University Beasley School of Law (Institute for International Law and Public Policy).

**Cécile MOULARD**, consultante, Sixième Continent, ancienne directrice générale d'Amazon France.

**Anne LANGE**, ancienne secrétaire générale du Forum des droits sur l'internet.

**Benoît TABAKA**, chargé de mission au Forum des droits sur l'internet, rapporteur de l'Observatoire.

## Annexe 2

### Personnes auditionnées ou consultées par les membres de l'Observatoire de la Cyberconso

#### Acteurs économiques

**Michel BAUJARD**, président, Syndicat professionnel des médias de télécommunication (SPMT).

**David BOTVINIK**, directeur général, Fia-Net.

**Jean-Marie BOUCHER**, directeur du commerce électronique et multimédia, La Redoute – Redcats.

**Martine BRIAT**, responsable des affaires juridiques et bancaires, groupement des cartes bancaires.

**Jean-Pierre BUTHION**, responsable des produits et services, groupement des cartes bancaires.

**Éric DAUDON**, directeur technique, Société Eurovox – Allopass.

**Bernard ELHAIK**, président directeur général, Fia-Net.

**Régis GUFFROY**, directeur administratif et financier, Castorama Direct.

**Patrick JACQUEMIN**, président directeur général, (RueDuCommerce.com).

**Pierre KOCH**, directeur juridique, groupe Darty.

**Dominique MAUPU**, directeur général, Darty.com.

**Paul NAHON**, directeur général, Société Eurovox – Allopass.

**Blandine POIDEVIN**, avocate associée, SCP Hanus – Poidevin – Denys.

**Pierre de ROUALLE**, directeur général, (MisterGoodDeal.com).

**Sandra SAUMADE**, juriste, société COFIDIS.

**Igor SCHLUMBERGER**, président directeur général, (LeGuide.com).

**Alfred VERICEL**, président directeur général, BuyCentral.

**Denis WATHIER**, directeur général, Voyages-Sncf.com.

#### Acteurs non économiques

**Laurent GOMIS**, chargé de mission, Confédération logement et cadre de vie (CLCV).

**Sandra Woëhling**, juriste, Union fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir).

L'Observatoire a également entendu **Viviane LE FOURNIER**, maître de conférences associé à l'université de Paris VIII, directrice des études du DESS « médias et internet ».

L'Observatoire remercie enfin l'ensemble des équipes de l'EDHEC Business School à Lille, et en particulier **Christophe ROQUILLY**, directeur général adjoint, et **Christophe COLLARD**, responsable du département sciences juridiques, qui l'ont accueilli le 13 novembre lors d'une journée d'auditions organisée dans ses locaux.

## Annexe 3

### Synthèse des contributions reçues lors de l'enquête cyberconsommation

Entre le 19 septembre 2003 et le 19 mars 2004, le Forum des droits sur l'internet a lancé son « Enquête cyberconso » destinée à collecter auprès des internautes leurs expériences et pratiques du commerce électronique. Ces derniers ont été invités à indiquer les types d'achats réalisés et leurs montants, les sites de commerce électronique choisis, les éventuels problèmes rencontrés lors de l'achat ou après la livraison ainsi que les solutions mises en œuvre pour en obtenir la résolution.

Au total, le Forum des droits sur l'internet a reçu près de 400 contributions émanant exclusivement de consommateurs. Cette synthèse a pour objectif d'identifier les principaux commentaires apportés par les internautes.

### Un commerce électronique attractif

Parmi les contributions reçues, de nombreux internautes se déclarent satisfaits de leurs achats sur l'internet : *« J'ai effectué de nombreuses commandes sur l'internet en deux ans sans jamais avoir de problèmes »*. *« J'ai effectué divers achats sur l'internet : électronique, cadeaux de Noël, logiciels, validation d'abonnements, etc. pour différents montants (le plus > à 200 €) mais toujours une règle : adresse physique en France ou site connus, service spécialisé pour le paiement et pas de site exotiques »*.

Souvent, le premier achat est relativement décisif. Un internaute nous indiquait ainsi qu'ayant *« eu des doutes sur le sérieux de l'achat en ligne, je suis prêt à recommander sans hésitation »* dès lors qu'il a été *« pleinement satisfait du sérieux ainsi que du suivi en ligne du parcours du colis »*. Pour réaliser ce premier acte commercial sur l'internet, les internautes utilisent de manière indifférenciée tous les outils mis à leur disposition. Ainsi, un internaute a réalisé son premier achat sur un site de courtage en ligne, *« ça s'est très bien passé : réservation, livraison, paiement. Rien à redire »*.

Les achats sont de montants et de nature variés : électroménager (lave-vaisselle, table de cuisson ...), produits informatiques (disque dur, ordinateur, appareil photo numérique ...), livres, disques, jeux-vidéos, DVD, alimentation générale, consommables informatiques, billets de train, billets de concerts et spectacles, vêtements, réservation de voyages et de chambres d'hôtels, commandes de fleurs ou de vins. De même, d'autres achats peuvent être signalés : mobilier de jardin, appareils de musculation, ou une Bible.

L'intérêt porté au commerce électronique, tient essentiellement au caractère pratique de l'outil. *« Je commande sur internet d'abord pour le côté pratique : de chez soi, on peut recevoir ou faire envoyer ce que l'on veut. Les frais de port sont parfois offerts, qui plus est. Puis le prix entre en ligne de compte. J'ai vraiment payé mon lecteur DVD beaucoup moins cher que si je l'avais acheté dans la grande surface du coin. Enfin, je n'ai aucune crainte concernant un éventuel piratage de ma carte bleue »*. Un autre internaute indique en outre qu'*« il est très facile de surfer sur le net et en plus de comparer les prix de divers cybermarchands »*.

## La typologie des problèmes rencontrés

La majorité des messages reçus par le Forum fait néanmoins référence à plusieurs problèmes rencontrés. Cela s'explique dans l'exercice même de l'appel à contributions, **les internautes étant plus enclins à dénoncer les problèmes rencontrés qu'à indiquer n'avoir connu aucun litige.**

**Dès lors qu'ils sont récurrents, ces problèmes engendrent une méfiance envers le commerce électronique.** Ainsi, un consommateur estimait qu'il «*faut bannir les achats en ligne, c'est que de l'arnaque!*». En effet, il indiquait avoir effectué trois achats sur l'internet, sur trois sites différents «*et cela a engendré trois gros problèmes dont un qui n'est pas encore résolu. J'ai tout simplement décidé, de ne plus faire de commande via le net*». À l'inverse, un internaute confiant être «*un client très satisfait du commerce en ligne, sur une trentaine de commande passée, une seule n'est pas arrivée. [...] Tous les autres magasins (même certains Américains) respectent les délais de livraison, leurs tarifs sont 25 % en dessous des tarifs de centres commerciaux, l'utilisation des moteurs de recherche est indispensable en général ces sites contiennent des bons de réductions, voir même par exemple des tirages photos gratuits, et les prix indiqués sont les plus bas du marché*».

Parmi, les critiques apportées par les internautes, les principales concernent les **délais de livraison ou la non-conformité du bien livré** (absence de fonctionnement du produit). En effet, plusieurs plaintes traitent des délais de livraison relativement longs (deux ou trois mois). Ces retards sont d'autant mal compris que le compte de l'internaute est débité quasi automatiquement lors de la commande: «*J'ai acheté trois Bibles sur internet. J'avais confiance car nous sommes dans le domaine de la foi et qu'elle ne fût pas ma surprise quand un mois après ma commande je n'avais toujours rien reçu. Et toujours le même résultat, mon compte en banque avait été débité du montant de la transaction*».

Par ailleurs, en l'absence de livraison du bien, la multiplication d'intermédiaires entre le vendeur et l'acheteur fait que l'internaute ne sait plus vers quel interlocuteur se retourner: «*J'ai acheté un DVD d'occasion. À ma grande surprise, l'enveloppe est arrivée le 2 octobre ouverte et sans l'article commandé [...] J'ai fait une réclamation sur le site qui me demande de "demander à La Poste un certificat de spoliation". Je contacte La Poste qui me dit que le facteur n'a pas "repéré" que l'enveloppe était ouverte et donc n'a pas rempli de certificat de spoliation (certificat qui ne peut apparemment être demandé en différé). La Poste déclare ne pas pouvoir ainsi prouver sa responsabilité dans cette affaire*».

D'autres internautes se plaignent de **l'absence de remboursement** suite à l'exercice d'un droit de rétractation: «*J'ai passé une commande le 27 août 2003 et exercé mon droit de retrait le 28 août. J'ai annulé ma commande dans les sept jours, depuis je n'ai toujours pas reçu de remboursement, malgré mes différents mails et nous sommes le 6 octobre, je ne sais pas quoi faire pour récupérer mon argent*». Un autre consommateur indique avoir connu des «*difficultés majeures pour le remboursement (avoir différé de plusieurs jours, demande de remboursement payante, remboursement retardé de parfois plusieurs mois si articles manquants ...)*». Dans ces conditions, l'internaute avoue «*ne pas savoir quoi faire pour récupérer mon argent*».

Par ailleurs, quelques contributions indiquent des problèmes de **double débit du montant de la commande**. Ainsi, un internaute précise que *«j'ai effectué un achat et payé cet achat avec ma carte bancaire sur un site sécurisé. Mais le fournisseur suite à des erreurs internes dont je ne suis pas responsable, a pu effectuer un double prélèvement. Deux mois après je n'ai toujours pas été remboursé»*.

Enfin, des particuliers critiquent, en matière de vente de matériel informatique, l'**impossibilité d'acheter un ordinateur sans logiciels**. Ainsi, un internaute indique que *«j'ai acquis récemment un ordinateur à partir du site en ligne que ce constructeur fournit. Il n'était pas possible, cependant, lors de la configuration de l'ordinateur, de supprimer de la configuration les logiciels pré-installés. Souhaitant me les faire rembourser, car je n'en ai aucune utilité (je possède déjà une licence d'utilisation valide pour le système d'exploitation que j'ai installé sur cet ordinateur), j'ai pour l'instant un retour négatif de la part du constructeur. Or, je me suis aperçu que je n'avais pas le droit de revendre les logiciels fournis à quelqu'un d'autre, car je n'ai pas pu prendre connaissance du contrat de licence des logiciels avant l'achat. Je me retrouve avec des logiciels dont je n'ai pas l'utilité, que je ne peux pas revendre et que le constructeur ne veut pas me rembourser»*.

À l'inverse, **plusieurs internautes critiquent des pratiques de commerçants en ligne qui sont, pourtant, conformes au droit**. Ainsi alors même que le droit de rétractation ne peut s'appliquer pour les achats de voyages en ligne, un internaute critiquait la *«sourde oreille»* pratiquée par un voyageur après que l'internaute lui ait opposé *«l'article L. 121-20 du Code de la consommation disposant que le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour»*.

## **Les tentatives de résolution opérées**

Face à ces problèmes, les internautes se retournent assez facilement vers le service client ou le service après-vente du site du vendeur. Néanmoins, à ce stade, certains problèmes peuvent également subvenir. En effet, plusieurs internautes **se plaignent de l'absence de réponse** de ces services après l'envoi de plusieurs courriers électroniques, de la très grande difficulté de les joindre par téléphone ou de l'incompréhension engendrée par une succession d'interlocuteurs différents. Ces témoignages visent l'ensemble des commerçants en ligne, petites ou grandes enseignes, le service après vente d'un marchand faisant l'objet de critiques opposées, étant à la fois *«impeccable»* et *«absolument inexistant»*.

En pratique, ce silence se manifeste par une *«non prise en compte des messages malgré plusieurs réclamations, dont une par lettre recommandée avec accusé de réception 30 octobre 2003»*. *«J'ai réclamé à de nombreuses reprises soit par téléphone auprès de leur service client (payant, ce qui m'a coûté très cher!), soit par courrier, je ne sais plus que faire. Je n'ai obtenu aucune réponse de leur part faisant suite à mes demandes répétées»*. Des internautes n'hésitent pas à utiliser tous les outils mis à leur disposition : *«Pas de réponse à mes mails. Téléphone surtaxé ne réponds jamais. Faxes sans réponse. Espace de contact sur serveur du vendeur volontairement*

*non convivial. Le site a finalement bougé après avoir reçu une lettre recommandée avec accusé de réception et une menace de procès».*

*«Le pire, dans cette expérience, est le manque de contact via internet avec le site en question. La seule façon de les contacter est, soit par téléphone (service surtaxé) soit par chat (à 0,34 € la minute)». Ainsi, il faudrait «contraindre les sites vendeurs à laisser libre un accès aux acheteurs potentiels à un service de messagerie (e-mail) gratuit bien sur».*

Face à ce silence, les internautes se trouvent désemparés et «ne savent plus que faire».

### **Le manque d'information en cas de fraude**

Enfin, plusieurs internautes nous ont fait part d'une réelle fraude. En effet, se développent actuellement des faux sites de tiers de confiance destiné à duper l'internaute. En anglais *Escrow*, ces sites permettent à des personnes de se faire adresser un bien, le site disparaissant de la toile mondiale dès sa réception. Ainsi, un internaute indique avoir «*expédié, suite à une vente aux enchères, après contact avec l'acheteur et confirmation du paiement par un tiers de confiance, un ordinateur et son imprimante. Or, le site était bidon (probablement créé par l'acheteur) et je me retrouve, sans le paiement ni l'ordinateur, et avec des frais de port en sus ... Belle expérience! Ce site s'appelait Saferdeal.com*». Un autre nous indique que «*j'ai vendu à travers un site que m'a conseillé l'acheteur, un téléphone que j'ai maintenant envoyé depuis dix jours. Aujourd'hui le site en question ne semble plus exister et l'acheteur ne répond plus à mes mails*». Un dernier indique avoir également été abusé par cette pratique, le préjudice étant de plus de 1 300 €.

Dans ce domaine-là, un autre internaute se plaint de **l'absence d'information sur les fraudes commises en ligne**. En effet, «*à la fin de l'année 2002, j'avais commandé un ordinateur pour environ 1 459 €. J'avais envoyé à l'époque un chèque pour paiement à Pere-Noel.fr. Je n'ai jamais été livré. [...] Il aurait été bien que sur l'internet une information sur ce site fût donnée*».



Troisième partie

**Les autres travaux  
du Forum des droits  
sur l'internet**



# **Les réponses aux défis du *peer-to-peer*** **Actes du colloque du 28 septembre 2004**

## **Propos introductifs**

### **Discours d'accueil par Jacques Valade, sénateur de la Gironde, ancien ministre, président de la Commission des affaires culturelles du Sénat;**

Madame la présidente,  
Mesdames, Messieurs,

Je suis très heureux de vous accueillir aujourd'hui au Sénat pour ce colloque organisé, à l'initiative du Forum des droits sur l'internet, sur les défis du *peer-to-peer* dans l'esprit du thème général du Forum : « Construisons ensemble la civilité de l'internet ».

Lorsque votre présidente, Isabelle Falque-Pierrotin, est venue me présenter cette manifestation, j'ai immédiatement accepté de l'accueillir au palais du Luxembourg compte tenu de l'intérêt que nous portons notamment au sujet que vous allez évoquer.

Je salue tout particulièrement Laurence Franceschini, directeur-adjoint du cabinet du ministre de la Culture et de la Communication qui vous présentera dans un instant la position du ministre.

La lutte contre le piratage est un enjeu majeur pour l'avenir de la création culturelle dans notre pays, elle est au cœur des préoccupations de la commission des affaires culturelles du Sénat.

Le président de la République lui-même a appelé de ses vœux une Europe qui assure à tous ses créateurs une meilleure protection de leurs droits « *notamment par une lutte sans merci contre la piraterie et un soutien efficace à ses industries culturelles* ».

Ce sujet est d'une actualité brûlante comme en témoigne la récente déclaration du président de la FNAC, à l'occasion du lancement de son site de téléchargement de musique.

Je salue à cet égard l'accord conclu le 15 juillet dernier entre les différents acteurs – professionnels et fournisseurs d'accès à l'internet – sur un projet de charte d'engagements comportant trois volets : des actions de pédagogie et de sensibilisation, des

actions de dissuasion et la mise en œuvre d'obstacles concrets contre les adeptes du piratage ainsi que le développement de l'offre légale de musique en ligne.

Je souhaite cependant que ces engagements prennent en compte non seulement le monde de la musique, mais également celui du cinéma très menacé par le piratage et enfin que le point de vue des consommateurs ne soit pas négligé.

La commission des affaires culturelles a ouvert ce dossier il y a quelques mois, elle en a confié le rapport à Michel Thiollière, sénateur-maire de Saint-Étienne, dans la perspective de la discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information que le gouvernement a déposé. Nous avons déjà procédé à un certain nombre d'auditions mais malheureusement l'examen de ce texte par le Sénat va être différé, l'Assemblée nationale ayant pris quelque retard en raison de son ordre du jour très chargé. Ce sont les aléas du calendrier parlementaire!

Cependant nous allons mettre à profit ce délai supplémentaire pour approfondir nos connaissances sur ces questions particulièrement délicates et je ne doute pas que vos débats d'aujourd'hui contribueront à enrichir notre réflexion. Je vous remercie de votre présence et vous souhaite des débats fructueux dans le cadre de ce colloque que je suis heureux d'accueillir au Sénat et dont nous prendrons en considération le développement et les conclusions.

## **Introduction d'Isabelle Falque-Pierrotin, présidente du Forum des droits sur l'internet**

Mesdames, Messieurs,

Bonjour et bienvenue au colloque « Les réponses aux défis du *peer-to-peer* ».

Je tiens à remercier le sénateur Jacques Valade et, à travers lui, le Sénat, d'avoir accepté de patronner cette manifestation, le ministère de la Culture et de la Communication, ainsi que tous les autres partenaires de ce colloque (Apple, Hewlett Packard, Microsoft, Legipresse et BFM).

Je remercie les intervenants, qui ont été nombreux à se mobiliser pour cet événement. Je salue enfin le public qui a répondu à notre appel.

### **Pourquoi ce colloque ?**

Le Forum des droits sur l'internet, vous le savez, est un organisme en charge depuis trois ans des questions juridiques et de société liées à l'internet. Il est chargé d'organiser la concertation entre les différents acteurs (acteurs publics, entreprises, utilisateurs) pour conseiller les pouvoirs publics sur les questions internet.

Le *peer-to-peer*, à la confluence de questions juridiques, économiques ou politiques, est clairement dans son champ de compétence.

Nous travaillons sur le dossier du *peer-to-peer* depuis près de deux ans, notamment avec la création en 2004 d'un groupe de réflexion « propriété intellectuelle et *peer-to-peer* ».

Au sein de ce groupe, nous avons acté des positions divergentes sur ce sujet parmi nos membres et les personnes auditionnées : divergence entre les industries et les consommateurs, divergence au sein des ayants droit, divergence entre les plateformes et les ayants droit ...

Pourtant, au-delà de celles-ci, sinon une compréhension mutuelle, au moins la reconnaissance croissante d'une forme d'interdépendance a commencé d'émerger. Et ce colloque souhaite encourager et promouvoir une telle orientation.

La deuxième raison à ce colloque est liée au contexte politique : nous sommes à l'avant-veille de la discussion parlementaire du projet de loi sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information sur lequel le CSPLA (Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique) a travaillé.

Ce projet de loi est l'un des plus importants pour la société de l'information. Nous souhaitons attirer l'attention des représentants de la nation sur les enjeux du *peer-to-peer* par rapport à la problématique du projet de loi et accompagner ainsi l'important travail mené jusqu'à présent par le ministère de la Culture, qui a d'ailleurs signé une charte entre ayants droits, fournisseurs d'accès et pouvoirs publics en juillet dernier.

### **Pourquoi parler de « défis du *peer-to-peer* » ?**

Il faut d'abord constater que le *peer-to-peer* est une réalité : ce sont 12 milliards de fichiers audio, la plupart contrefaits, qui se sont échangés sur les réseaux *peer-to-peer* et 87 millions de fichiers vidéo dans le monde en 2003.

Face à cette réalité, je voudrais faire deux remarques :

– La première concerne la culture de l'échange et du partage qui est la base du développement du *peer-to-peer* : une nouvelle génération de personnes, que l'on pourrait appeler la « net generation », est apparue, pour qui l'informatique et l'internet sont naturels, presque « génétiques ».

Cette génération internet révèle une modification de la demande du public que l'on ne peut ignorer mais qu'il faut repositionner dans un cadre légal.

– La seconde remarque a trait au caractère très paradoxal du *peer-to-peer* : outil de piratage, ce système de communication est également outil de partage légal (exemple du calcul partagé, téléchargement légal de logiciels, voix sur internet ...). « Cauchemar » pour les ayants droit, il est également un « rêve » pour les utilisateurs.

Dans ces conditions, comment le transformer en un système profitable à tous ? Comment relever ces défis du *peer-to-peer* ? Par les mesures techniques de protection ? Par une extension de la rémunération pour copie privée ou une licence légale ? Par le filtrage ? Ou bien par une combinaison entre ces différents moyens ? Mais alors, ne risque-t-on pas de dénaturer notre droit de la propriété intellectuelle ? C'est ce que nous vous proposons d'étudier au cours de ce colloque.

Notre objectif est double : réunir tous les acteurs et dépasser les choix binaires. Ceci nous a conduit à réaliser un programme dense qui permet d'embrasser les principaux enjeux et les principales réponses. Tout le monde n'est pas à la tribune mais tout le monde pourra s'exprimer ! En conséquence, les temps de parole sont courts et nous

remercions les intervenants de les respecter scrupuleusement. Il s'agit de livrer les points clés d'une réflexion.

Le déroulement du colloque s'articule autour de cinq tables rondes qui, du constat initial à la prise de positions des politiques permettent d'étudier toutes les facettes de notre sujet.

En conclusion, mesdames, messieurs, permettez-moi de souligner que, au-delà des questions juridiques ou économiques l'enjeu de notre colloque est décisif: il s'agit de trouver les nouveaux moyens de notre diversité culturelle, sur internet. La pertinence des réponses dépend de l'équilibre qu'elles parviendront à réaliser entre les intérêts de chacun et le bien commun.

Bon débat à tous.

Je passe la parole au ministère de la Culture, représenté, en l'absence du ministre, par Laurence Francescini, directeur adjoint de cabinet.

## **Message d'introduction de Renaud Donnedieu de Vabres, ministre de la Culture et de la Communication**

Monsieur le président,  
Mesdames et messieurs les sénateurs,  
Mesdames et messieurs les députés,  
Mesdames et messieurs,

Le ministre de la Culture et de la Communication, Renaud Donnedieu de Vabres, convaincu que le développement d'un internet respectueux de la création est un enjeu majeur pour notre culture, aurait souhaité pouvoir introduire ce colloque sur les défis du *peer-to-peer*.

Comme il n'a malheureusement pas pu se libérer pour être présent ce matin parmi nous, il a tenu à me charger du message suivant à votre attention :

«Le développement des échanges illicites d'œuvres protégées par le droit d'auteur a atteint une ampleur sans précédent, bafouant la propriété et la dignité des créateurs. D'ores et déjà, ces échanges se chiffrent quotidiennement en millions et représentent plus du triple des ventes. Le secteur de la musique en ressent déjà les dures conséquences sociales, économiques et en matière de création.

Avec le soutien du président de la République, je me suis saisi du problème dès mon arrivée dans ce ministère. J'ai ainsi proposé au Conseil des ministres du 19 mai de mettre en place un plan de lutte contre la piraterie.

Internet représente un formidable moyen de mieux diffuser l'offre culturelle au plan national et international. Mais cette diffusion doit être respectueuse de la création, afin d'éviter que la diversité culturelle, à laquelle nous sommes tous attachés, ne soit irrémédiablement fragilisée.

Le vote de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, et de la loi relative à la protection des données à caractère personnel, avant l'été, ont mis en place une série d'outils juridiques pour défendre les droits des créateurs.

La charte "musique et internet", signée le 28 juillet par les professionnels concernés, sous l'égide du gouvernement, est un symbole fort de la coopération qui s'instaure entre ces professions, pour bâtir un internet respectueux de la création musicale.

Cette charte comporte une série d'engagements visant à développer l'offre légale de musique en ligne et des mesures de sensibilisation et de lutte contre la piraterie.

Pour développer l'offre légale, ces engagements consistent à favoriser l'accès aux catalogues pour les plates-formes de distribution, faire passer de 300 000 à 600 000 les titres disponibles en ligne, dans le cadre d'une tarification claire et compétitive, et développer diverses actions de promotion pour les plates-formes et la musique légale en ligne.

Pour prévenir et lutter contre la piraterie, ces engagements visent à sensibiliser les internautes, mieux articuler la publicité pour l'accès à internet avec le respect de la propriété intellectuelle, mettre en place un dispositif d'alerte par des messages de prévention, organiser les recours au juge et étudier la faisabilité d'une offre de contrôle parental bloquant l'utilisation du *peer-to-peer*.

La sensibilisation et l'éducation du jeune public sont indispensables et le ministère de la Culture et de la Communication y travaille avec le ministère de l'Éducation nationale.

Sous l'égide des pouvoirs publics, les professionnels sont en train de mettre en place ces mesures. Un point d'étape sera réalisé au début du mois de novembre. J'en attends des avancées concrètes.

Une démarche similaire s'engage également dans le domaine du cinéma. D'ores et déjà, la concertation pour le développement de l'offre légale de films en ligne, la VOD – vidéo à la demande, s'est engagée sous l'égide du Centre national de la cinématographie, notamment pour définir sa place dans la chronologie des médias. Cette concertation devra déboucher sur des propositions d'ici la fin de l'année, en parallèle des travaux qui seront menés sur ce sujet par le groupe de travail piloté par messieurs Chantepie et Berbinau.

Enfin, la discussion que je souhaite prochaine du projet de loi sur le droit d'auteur devra traduire cet équilibre entre la liberté du public et le respect des créateurs et donc de leur rémunération.

L'enjeu de ces actions est ambitieux. Car au-delà des mesures concrètes qui doivent contribuer à bâtir un internet respectueux de la création, c'est surtout une valeur nouvelle qu'il faut faire émerger et partager avec nos concitoyens, la valeur du respect de la création.

La protection de la création et de la diversité culturelle, auxquelles nous sommes tous attachés, nécessite que chacun prenne conscience que la création et la dignité des créateurs sont des valeurs qui méritent qu'on les respecte, sans céder à la facilité qui consisterait à justifier la piraterie au nom d'une liberté sans limites.

Je souhaite donc que les échanges de ce colloque puissent être fructueux et contribuer à faire prendre conscience à chacun de cette valeur qu'est la création, pour que nos créateurs puissent continuer à exercer leurs talents et à renforcer le rayonnement de notre pays dans le monde».

## TABLE RONDE n° 1

# Les défis du *peer-to-peer*

### **Les utilisations du *peer-to-peer***

par Daniel Kaplan, Fondation internet nouvelle génération (FING)

#### Pourquoi l'échange ?

Avant d'être des dispositifs de consommation, les réseaux sont – et ont toujours été – prioritairement des dispositifs d'échange entre les personnes. De son côté, la musique change de statut, tant dans la pratique des amateurs (les jeunes surtout) que dans celle des industriels de la culture, des publicitaires, des médias, des réalisateurs de films, etc.

La musique devient environnement, signature et véhicule d'échange et par conséquent, son échange s'inscrit naturellement dans la continuité des manières de la vivre. C'est «la» musique et plus «une» musique. Est-ce une dérive ou juste une nouvelle pratique? Toujours est-il que les producteurs ne peuvent s'en étonner, qui y contribuent très largement.

#### Pourquoi le *peer-to-peer* ?

Les usages du *peer-to-peer* dépassent de très loin l'échange de fichiers, protégés ou non. Il s'agit au fond d'une architecture d'échange et de partage naturelle, efficace, proche de la réalité des échanges humains, qui est dans le monde des applications informatiques (au même titre que l'internet dans le monde des réseaux, dont l'architecture est du type «pair à pair») appelée à devenir l'un des modèles dominants de l'avenir, avec des milliers d'usages différents: partage de bases de données, traitement coopératif, distribution d'information, téléphonie internet, messagerie, annuaires, etc.

Ces deux considérations rapides démontrent qu'aujourd'hui, la loi n'est pas le mécanisme adéquat pour encadrer des pratiques et des techniques en très forte et rapide évolution.

Graver dans le marbre l'état passé des circuits de création et des chaînes de valeur ne peut aboutir qu'à des tensions sans fin et ne permettra pas de rechercher les bonnes formes de régulation.

## **Les éléments de la problématique *peer-to-peer* et droit d'auteur**

**par Pierre Sirinelli, professeur de droit à l'université Paris I,  
Panthéon-Sorbonne**

La technique des échanges de pair à pair (*peer-to-peer* ou P2P) étant neutre en elle-même, la question de la licéité ou de l'illicéité des pratiques ne porte en réalité seulement que sur les usages qui en sont faits, ce qui conduit à envisager la situation de tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, interviennent dans le processus de distribution de fichiers *via* ce procédé. Le temps m'étant compté – cinq petites minutes –, ne seront envisagées ici que deux catégories de personnes, d'une part, les internautes et, d'autre part, certains fournisseurs de moyens. L'analyse va être cantonnée aux téléchargements qui se font sans l'autorisation des ayants droit. Certes, l'offre dite légale, encore balbutiante par rapport à l'importance des téléchargements sans l'accord des titulaires de droits, peut également susciter des difficultés d'ordre juridique – dont la non-résolution de certaines pourraient transformer une offre avec autorisation en une offre illicite – mais la difficulté des analyses y est moindre ce qui justifie que le regard s'attardera, ici, sur les téléchargements non autorisés. Qui, à cette occasion, peut voir sa responsabilité engagée ?

S'agissant des internautes qui partagent des fichiers, la solution ne fait aucun doute en ce qui concerne le flux montant de données, celui émis depuis le terminal d'un utilisateur en situation d'offre, c'est-à-dire, l'*upload*. Ce dernier s'analyse comme un acte de communication au public soumis au monopole des ayants droit. La copie réalisée sur le disque dur, et accessible à tout internaute, n'est pas une copie privée tandis que l'acte matériel de transfert entre indiscutablement dans le champ du droit de représentation en ce qu'il correspond à une activité de télédiffusion au sens de l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle. La mise à la disposition caractérise l'acte de représentation tandis que la masse des internautes, susceptibles d'accéder à l'œuvre par ce biais, constitue indiscutablement un public. Le fait d'y procéder sans avoir au préalable obtenu l'autorisation des titulaires de droit ou ayants droit constitue donc un acte de contrefaçon.

En revanche, il existe une controverse dans le cas du flux de données inverse, le *download*. D'aucuns considèrent que ce téléchargement « descendant », fait par l'internaute qui veut utiliser l'œuvre reproduite, constitue un acte de copie privée. Cette solution paraît avoir été retenue aux Pays-Bas ou au Canada. En France, elle peut s'appuyer sur les conclusions du Conseil économique et social <sup>299</sup>, qui, dans le cadre de cette exception au droit d'auteur et droits voisins, considère que le téléchargement descendant serait licite. Pourtant, cette dernière position pourrait être contestée. En effet, alors que dans le cas de la copie privée le copiste se confond avec l'utilisateur, cette adéquation peut être fortement remise en cause dans le cadre des réseaux *peer-to-peer* tant pour des raisons techniques et matérielles – Qui réalise la copie ? Qui en est l'utilisateur ? – que juridiques. Même en parvenant à distinguer l'activité de

---

<sup>299</sup>. Rapport sur *Les Droits d'auteur*, La Documentation française, Paris, 2004.

*download* de celle d'*upload*, et en regrettant que les premières décisions françaises ne prennent pas ce soin ni celui de motiver les solutions retenues <sup>300</sup>, même en acceptant – ce qui peut paraître difficile – l'idée que copiste et usager sont une seule et même personne, la question du statut de la matrice à partir de laquelle la reproduction est opérée suscite des interrogations. Le débat est le suivant : la copie privée est-elle encore licite lorsque la matrice n'est pas un exemplaire légitime ou que l'accès à cette dernière n'est pas fait par un utilisateur légitime ? Autrement dit, l'illégalité de la situation originelle rejaillit-elle sur le statut de la copie ? Ou faut-il au contraire considérer que l'acte de copie « blanchit » tout dès lors qu'il y a identité de personnes entre copiste et usager ? Alors que la loi nouvelle loi allemande prévoit expressément qu'il y a contrefaçon dès lors que le copiste a conscience de l'origine manifestement illicite de l'original, la loi française est muette à ce propos en sorte qu'aucune disposition ne permet d'exiger que la source de la copie privée soit licite. Mais le sort de ces actes peut être tranché sur un autre terrain puisqu'il est fort probable que l'application du test des trois étapes, issu des engagements internationaux souscrits par la France et présent à l'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001, et exigeant, notamment, la sauvegarde des intérêts légitimes des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique, devrait permettre au juge de rejeter le bénéfice de l'exception de copie privée quand bien même les conditions internes de celle-ci seraient (ce dont on peut douter) remplies. Pour résumer, sans autorisation de l'ayant droit, l'acte d'*upload* est indiscutablement un acte de contrefaçon tandis que celui de *download* sera vraisemblablement regardé comme n'échappant pas au monopole du titulaire de droit.

S'agissant de certains intermédiaires, la responsabilité, éventuelle, des fournisseurs d'accès et celle des fournisseurs de logiciels permettant le téléchargement pourraient être étudiées.

À l'égard des fournisseurs d'accès, des textes récents ont posé un certain nombre de règles. Au premier rang desquelles, on trouve un principe légal d'irresponsabilité <sup>301</sup> ou encore les engagements signés le 28 juillet 2004 en vue d'établir une collaboration avec les ayants droit pour l'identification des internautes contrefacteurs (« charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique » <sup>302</sup>). La charte assigne aux FAI un rôle de prévention et de sensibilisation au phénomène du téléchargement illicite puisque ceux-ci adresseront systématiquement un message d'avertissement aux abonnés « *offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers protégés* ». Mais pour l'essentiel, la situation de ces prestataires est avantageuse puisqu'ils sont *a priori* irresponsables et qu'ils ne sont pas soumis à une obligation de surveillance des contenus.

La situation des fournisseurs de logiciels n'a pas encore fait l'objet d'analyses approfondies en droit français. Quelques indications peuvent être trouvées dans des études de droit comparé mais le procédé a ses limites. *A priori*, le principe semble être celui de leur irresponsabilité lorsque le logiciel de *peer-to-peer* n'est pas à architecture

---

**300.** Cf. TGI, Vannes, 29 avril 2004.

**301.** Articles 6 et 7 de la loi n° 2004-575 mod. du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique.

**302.** Cf. [www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/donnedieu/charte280704.htm](http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/donnedieu/charte280704.htm).

centralisée. C'est le cas aux Pays-Bas, où la cour d'appel d'Amsterdam avait jugé que l'activité qui consiste à fournir aux internautes, par l'intermédiaire d'un logiciel, les moyens de s'échanger des œuvres ne constituait pas en soi un acte de reproduction et que, de ce fait, l'éditeur de logiciel ne violait pas les règles relatives à la propriété littéraire et artistique. La Cour suprême des Pays-Bas a, le 19 décembre 2003, admis cette décision en s'appuyant sur la jurisprudence américaine Sony – Betamax<sup>303</sup>. On peut se demander si la question avait été bien posée et si la référence à la jurisprudence américaine est la bien venue.

Aux États-Unis, justement, la cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit, le 19 août 2004, a fait valoir pour écarter la responsabilité indirecte (*contributory infringement*) du fournisseur de logiciel de *peer-to-peer*, que ce programme permet aussi de diffuser des œuvres du domaine public, donc des actes de téléchargement licites. Par conséquent, même si le logiciel est, dans les faits, majoritairement utilisé pour contrefaire des œuvres, la potentialité d'usages légaux permet par application de la jurisprudence Sony et Napster<sup>304</sup> d'échapper aux sanctions dès lors que les usages non contrefaisants ont une certaine réalité (*commercial viability*). Les demandeurs ne pouvaient donc aboutir que s'ils parvenaient à démontrer que Grokster avait une connaissance précise des infractions possibles au moment où il était encore en son pouvoir de faire quelque chose. En tout état de cause, il était, trop tard, au jour de la demande pour les avertir. Pareillement, la responsabilité fondée sur la notion de *vicarious infringement*, ne pouvait être encourue, puisque Grokster n'avait pas la capacité de contrôler l'activité des contrefacteurs. Le moins que l'on puisse dire est que, au pays du « précédent », le droit n'évolue pas. Mieux ! Alors que les demandeurs font état devant elle de leur désir de voir une intervention législative<sup>305</sup> se produire, la Cour exprime son peu d'enthousiasme pour pareille évolution, mettant en avant tant le fait que la loi sur le *copyright* a déjà fait la preuve de sa capacité d'adaptation au progrès technique que ses craintes quant aux conséquences imprévues d'une modification des règles. Sous réserve d'une traduction certifiée, il semblerait que la jurisprudence japonaise a adopté une position différente.

Ce rapide tour d'horizon est susceptible de laisser un peu perplexe. En toute hypothèse, on peut s'étonner que la question n'ait pas encore été posée en France. La pusillanimité dont font preuve les ayants droit peut surprendre. Redoutent-ils l'importation des solutions retenues aux États-Unis ? Peut-on, au contraire, imaginer une responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil ? On imagine mal les ayants droit rester totalement inactifs. L'adoption récente de mesures qui leur sont favorables, permettant, sous réserve de l'accord de la CNIL, de constituer des fichiers de données de connexion non nominatifs<sup>306</sup> renforce encore leur possibilité d'actions. Reste à en connaître l'ampleur et la direction.

---

**303.** *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 US 417 (1984).

**304.** *A&M Records v. Napster*, 239 F. 3d 1004 (9<sup>th</sup> cir. 2001).

**305.** À ce titre, le projet « *Induce Act* », déposé par le sénateur Orin Hatch, devait prévoir que quiconque provoquerait une violation quelconque du droit d'auteur serait passible de sanctions. Le but de pareille construction est incontestablement une remise en cause de la solution « Betamax » précitée sur laquelle se fondent, pour échapper aux poursuites, tous les industriels qui proposent des innovations technologiques permettant des usages licites et illicites des œuvres.

En somme, l'on assiste aujourd'hui, s'agissant des pratiques, à un mouvement très dynamique. Mais les éléments de réponses sont assez décevants. Les premières décisions sont, en France, elliptiques dans leurs démonstrations et centrées sur les internautes. L'on fait, ailleurs, usage de solutions des pays de *copyright*, même dans des régimes juridiques de droit d'auteur. On peut se demander si la réflexion est à la hauteur de l'événement. Il y a une espèce de phénomène de mimétisme, d'acculturation juridique. Les juristes font, à leur tour, de la copie servile en puisant leurs arguments dans des corps juridiques étrangers qu'ils réintroduisent dans un ensemble où ils font figure d'éléments allogènes. Cela a été manifestement le cas aux Pays-Bas dont la jurisprudence nourrit désormais, par un étonnant effet boomerang, les débats des *lawyers* américains. Il est temps d'envisager une sortie « par le haut ». D'abord avec l'émergence d'une offre légale susceptible de supplanter les pratiques illicites. Ensuite par une réflexion pluridisciplinaire mêlant les analyses sociologiques, techniques, économiques et juridiques. Ce colloque en constitue l'une des premières pierres et il faut espérer que l'action qui va être menée dans le cadre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique poursuivra dans cette voie.

## **Les chiffres de la contrefaçon sur les réseaux *peer-to-peer***

par **Benoît Danard**, Centre national de la cinématographie (CNC)

Le cinéma français :  
une industrie qui rencontre un large public

Le cinéma français est, depuis de nombreuses années, le plus dynamique d'Europe et il rencontre un large public aussi bien dans les salles, qu'en vidéo ou à la télévision. Ainsi, plus de deux cents films français sont produits chaque année et ils réalisent plus de 35 % des entrées dans les salles de cinéma. Le poids économique du cinéma est prépondérant dans le secteur culturel puisqu'il réalise aujourd'hui en France un chiffre d'affaires de plus de 4,3 milliards d'euros (soit deux fois plus que la musique) et emploie plus de 32 000 personnes.

### **La piraterie destructrice de valeur économique**

D'une manière générale la production de films est une activité à risque où les perspectives de recettes sont incertaines. De plus, elle nécessite des moyens financiers substantiels qui ne peuvent être mobilisés que si les investisseurs ont confiance dans le marché. Cette confiance des opérateurs s'appuie sur leur capacité à amortir leur investissement réalisé dans la production de film. Or la piraterie de film vient menacer cette confiance en portant atteinte à la valeur économique des films, puisqu'ils

---

**306.** Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative 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.

peuvent être consommés, totalement « gratuitement » et par le plus grand nombre sur les réseaux *peer-to-peer*. L'enjeu est d'importance pour le cinéma puisque le coût de production moyen d'un film français est de 4,6 millions €. Il l'est d'autant plus par rapport à la musique car le coût de production moyen d'un album de musique est plutôt de l'ordre de 150 000 €.

### **Les facteurs de développement de la piraterie**

Selon une étude qualitative, réalisée par l'institut QualiQuanti pour le CNC, une multitude de facteurs incitent un nombre grandissant d'internautes à pirater des films ou à visionner des films piratés. Parmi eux, les motivations individuelles liées aux avantages du visionnage gratuit de films à domicile sont prépondérantes. Toutefois, le développement de la puissance des micro-ordinateurs et la généralisation des accès à haut débit y contribuent aussi fortement. La quasi gratuité du téléchargement constitue également un facteur d'accélération essentiel de la piraterie. En effet, les contraintes et les coûts liés à la contrefaçon sont jugés mineurs par les internautes qui considèrent que l'accès aux contenus est intégré dans le prix du forfait d'accès à internet.

Le plaisir de la fraude fait partie intégrante de la piraterie. D'autre part, le téléchargement apparaît comme une pratique à la mode. Il valorise celui qui fait bénéficier son entourage de films piratés. Pour ces pratiquants, la contrefaçon constitue une façon de se soustraire au système marchand. Elle est assimilée à une sorte de jeu d'espionnage grandeur nature, ainsi qu'à une forme de rébellion.

### **Un risque de contamination**

Une part importante de la population n'est pas encore initiée à la piraterie de films. Néanmoins, il existe un risque réel que cette population soit rapidement « contaminée » par les « pirates » au travers de prêts ou de cadeaux de films copiés. L'offre de plus en plus importante de lecteurs de DVD de salon permettant la lecture de fichiers DivX peut faciliter la conversion des personnes qui ne téléchargent pas elles-mêmes mais qui pourront facilement visionner des films copiés.

### **Un sentiment d'impunité**

Les « pirates » ne savent pas exactement ce qu'ils risquent en téléchargeant et en copiant des films sur internet. Ils soulignent le manque d'information claire autour de la législation sur la piraterie. Les internautes n'ont pas le sentiment de prendre des risques en téléchargeant des films dès lors qu'ils ne pratiquent pas le commerce de copies. 55 % des internautes qui téléchargent des films estiment que cette pratique est légale, contre 47 % des internautes en général.

### **Perception de la légalité du téléchargement gratuit de films**

Toutefois, les « pirates » ont conscience de l'illégalité de leurs actes car ils savent que la piraterie représente un manque à gagner financier pour l'industrie du cinéma. Ils se disent informés par les messages de mise en garde délivrés sur les sites de téléchargement, dans les salles de cinéma ou sur les DVD ainsi que par les médias qui évoquent le phénomène de piraterie. Ils ont également conscience de profiter gratui-

tement du fruit d'un travail, en s'appropriant illégalement un contenu à valeur ajoutée. Les « pirates » admettent qu'une politique de répression plus sévère associée à une communication forte serait susceptible d'avoir un impact important.

### **3 millions de « téléchargeurs »**

Selon un sondage réalisé par Médiamétrie pour le CNC en avril 2004 auprès de 3 086 internautes âgés de 15 ans et plus, 41 % des internautes à domicile ont déjà visionné des films copiés et 31 % ont déjà visionné des films téléchargés. Le visionnage de films piratés se fait majoritairement (58 %) sur l'écran de l'ordinateur, en famille (40 %) ou seul (32 %). Les internautes visionnent 2,8 films piratés par mois, contre 4,2 pour les « téléchargeurs ».

19 % des internautes à domicile sont des « téléchargeurs », soit près de 3 millions d'individus. Dans 86 % des cas, le téléchargement de films est réalisé *via* la connexion internet du domicile et dans 10 % des cas depuis le lieu de travail. Les téléchargements de films depuis l'école ou l'université sont exceptionnels (3 % seulement). 87 % des téléchargeurs possèdent un accès internet à domicile de 512 Ko ou plus. Ils disposent de leur connexion à domicile depuis plus longtemps que les internautes en général. 55 % des téléchargeurs ont une connexion internet dans leur foyer depuis plus d'un an.

### **80,5 millions de supports pirates**

En moyenne, les téléchargeurs ont une vidéothèque sur CD ou DVD de 27,6 films piratés, soit un total de 80,5 millions de supports. Les films téléchargés sont d'abord conservés sur disque dur, puis supprimés si leur conservation n'intéresse pas l'internaute.

### **Près de 8 millions de téléchargement de films par semaine**

L'offre d'œuvres cinématographiques sur internet est particulièrement diversifiée. Ainsi, les pirates déclarent avoir au total téléchargé récemment plus de 340 films différents (total des cinq derniers films téléchargés). Les « pirates » déclarent télécharger en moyenne onze films de cinéma et neuf épisodes de séries télévisées par mois. Les films français sont, sur la période (mi-mars, mi-avril), les films les plus téléchargés avec 6,5 films en moyenne. Le téléchargement important de films français peut être lié aux nombreux succès français en salles sur la période concernée. En effet, les films français réalisent au mois de mars plus de 58 % des entrées en salles. Les films français sont davantage téléchargés par des occasionnels du cinéma (neuf films par mois), alors que les films américains le sont davantage par des non spectateurs (onze films par mois). La piraterie de films sur internet est donc loin de concerner exclusivement l'industrie américaine, elle concerne tout autant les œuvres et l'industrie cinématographique française.

### **Impact du téléchargement de films**

L'offre d'œuvres disponibles sur internet est particulièrement diversifiée. Les téléchargeurs profitent de cette richesse et ne téléchargent pas uniquement des œuvres cinématographiques. Toutefois, les films français figurent d'une manière générale, en

bonne place dans les pratiques de téléchargement. La piraterie des films sur internet est donc loin de concerner exclusivement l'industrie américaine, elle concerne tout autant les œuvres de l'industrie cinématographique française.

## **Un impact plus marqué sur la consommation de vidéo**

Près de quatre téléchargeurs sur dix déclarent avoir diminué leurs achats et locations de supports vidéo depuis qu'ils téléchargent des films sur internet. Parallèlement, deux téléchargeurs sur dix avouent fréquenter moins les salles de cinéma. L'impact du téléchargement de films sur la consommation télévisuelle semble proche de celui sur la fréquentation des salles. Ainsi, la consommation vidéo subit davantage de préjudice que les autres modes de diffusion des films.

## **Le point de vue des utilisateurs**

**par Jean-Pierre Quignaux, Union nationale des associations familiales (UNAF)**

«*Ne pas anticiper c'est déjà gémir!*». La défense et la promotion des intérêts matériels et moraux, présents et futurs, de toutes les familles en France conduit l'Union nationale des associations familiales (UNAF) à demander au Gouvernement de surseoir à tous les projets législatifs, réglementaires, administratifs ou simplement politiques visant à la répression, la judiciarisation et à la pénalisation sous quelque forme que ce soit des téléchargements par les particuliers d'œuvres et de produits culturels *via* l'internet et notamment *via* les réseaux de particuliers à particuliers (*peer-to-peer*).

L'avenir culturel, social et économique de la France est pour partie déterminé par la capacité de chacun des citoyens de notre pays de s'inscrire dans la dynamique des réseaux locaux et mondiaux d'échanges et de partage de connaissances, de participer à la création d'une part de nouveaux systèmes de création de valeur ajoutée et d'autre part de gouvernance de la répartition des richesses créées tant au niveau local, national, qu'international.

L'analyse de l'institution familiale n'est ni libertariste, ni liberticide. Elle repose sur des constats de bon sens et rejoint l'analyse de nombreux experts scientifiques et juridiques de l'information et de la communication, d'associations représentatives de la société civile, de sociétés d'artistes, d'élus politiques mais aussi du Conseil économique et social.

Pour l'UNAF, la transposition de la directive européenne sur les droits d'auteurs et droits voisins dans le droit français ne peut justifier la criminalisation du *peer-to-peer* et de ses utilisateurs.

– Les réseaux *peer-to-peer* grand public n'existaient pas au moment de l'adoption de cette directive. Par dizaines de millions aujourd'hui et par centaines de millions demain, jeunes ou adultes, utiliseront ces réseaux pour leurs échanges culturels, éducatifs, ou de recherche.

– La loi, qu'elle soit française ou européenne, est faite pour évoluer. Le législateur prend le risque de la dévaloriser, de rendre caduque son sens et son application si celle-ci n'est pas en adéquation avec l'évolution des techniques et surtout avec leur appropriation par le plus grand nombre.

– La loi peut-elle aller à contresens de l'histoire des échanges humains dont la caractéristique est de s'enrichir en permanence de nouvelles dimensions, de supports et de moyens nouveaux, se complétant les uns et les autres sans jamais vraiment se substituer les uns aux autres ?

Pour l'UNAF, assimiler à des « pirates » passibles de poursuites et de sanctions pénales, les millions d'enfants, adolescents, adultes qui utilisent les moyens mis à leur disposition par le progrès technique afin d'avoir accès aux produits et œuvres culturelles et pour les échanger sans intention marchande ou de nuire, est inadmissible. Le choix de la prohibition des usages du *peer-to-peer* dans le domaine culturel est par ailleurs un choix dangereux pour la démocratie car il conduit :

– d'une part à promouvoir des systèmes massifs de surveillance, de police, de justice, de pénalisation dont les pouvoirs publics n'ont pas les moyens de la mise en œuvre sans recourir à des officines privées ;

– et d'autre part à favoriser des comportements de délation et la création de nouveaux réseaux mafieux qui entreront dans une course technologique sans fin pour contourner ces systèmes de prohibition et de sanction.

De plus, pour l'UNAF, la stratégie politique qui consiste à criminaliser le plus grand nombre pour protéger les positions dominantes d'industries menacées parce qu'elles n'ont pas su ou voulu anticiper équivaut à geler les capacités de création et d'innovation des forces vives d'un pays et à sacrifier les intérêts à long terme du plus grand nombre au profit des intérêts à court terme des forces vieillissantes d'une nation. Ce n'est pas en protégeant l'industrie de la cire et de la bougie, que tous les foyers français ont pu bénéficier de l'électricité ...

Pour ce qui concerne tout particulièrement, les enjeux culturels de la société de l'information, le législateur doit faire sienne cette maxime prêtée à Leonard de Vinci « *Ne pas anticiper, c'est déjà gémir* ». Pourquoi ?

– Tout en devenant de plus en plus mobiles, les capacités de stockage de l'information continuent de s'accroître et sont toujours plus accessibles au grand public. Un disque dur de 200 gigaoctets coûtant aujourd'hui 100 euros peut contenir 280 films ou 60 000 chansons ou encore 2 millions de livres soit bien davantage que ce qu'un acheteur moyen possède chez lui à la fin de sa vie.

– Le constructeur Seagate, annonce la mise sur le marché d'ici à cinq ans de disque durs grand public d'un téraoctet (1 000 gigaoctets). Ces derniers rendront totalement mobiles des vidéothèques de 1 500 films ou des audiobibliothèques de 250 000 chansons ou encore de bibliothèques de 10 millions de livres.

– Les moyens d'acquisition numériques ou analogiques rendent déjà possible à tout ménage de stocker et indexer chaque image issue de la télévision.

– Toujours plus puissants ces moyens de stockage communiquent toujours plus rapidement entre eux indépendamment d'internet. Certes il faut encore quelques heures pour copier un disque dur de 200 gigaoctets et quelques secondes pour charger un film sur une clé USB d'un gigaoctet, mais combien demain ?

– En fait, tout flux d’images ou de sons est aujourd’hui – et le sera toujours plus demain – susceptible d’être versé dans un stock de plus en plus miniaturisé, de plus en plus mobile, toujours plus rapidement et à un coût de plus en plus faible.

Quelle que soit la législation sur internet, cette évolution permet déjà aujourd’hui à chacun de stocker et de communiquer grâce à des outils mobiles l’ensemble de ce qui constitue son patrimoine immatériel, ce qu’il a vu, entendu, lu, mais aussi ce qu’il espère un jour pouvoir voir, entendre ou lire. Ce patrimoine immatériel et virtuel sera de plus en plus ce par quoi l’individu se définira et constituera son identité, ce grâce à quoi il rencontrera et communiquera avec l’autre. Même si internet cessait d’exister, l’acquisition, le stockage et les échanges numériques interpersonnels continueraient leur inexorable croissance. Le *peer-to-peer* n’est qu’une facette d’une évolution beaucoup plus profonde, à la fois destructrice et créatrice, qui s’inscrit dans les temps longs du rapport de l’homme à la technique. Imagine-t-on vraiment pouvoir stopper cette évolution par la loi, par la prohibition, par une stratégie de mise en examen de quelques centaines ou milliers d’internautes à titre d’exemplarité ?

Pour l’UNAF, la loi doit prioritairement s’attacher à définir les grands principes de l’échange numérique, à créer les conditions grâce auxquelles cet échange permettra à la fois la pérennité du lien social, du vivre ensemble et la rémunération des créateurs et des artisans de la vie culturelle. Elle doit laisser aux juges le soin de l’interprétation et de l’application de la loi, au cas par cas.

Pour l’UNAF, la question posée par la future loi sur les droits d’auteurs et les droits voisins et par celle du *peer-to-peer* est fondamentalement celle du devenir de l’exception culturelle française et européenne et plus profondément celle du rapport des citoyens français et européens à la création et la production artistique et intellectuelle. Il appartient au législateur de poser les bases d’un nouveau contrat social promouvant l’exception culturelle européenne et, en son sein, celle de la France. Cela ne peut se faire sans redonner un sens politique et économique, intelligible par tous, à la création artistique et intellectuelle dans la chaîne de création de la valeur.

Pour ce faire, il faut asseoir la culture et la production de biens culturels sur une contribution nationale faisant symbole, marquant le fait que si le don et contre-don culturel numérique interpersonnels se déploient au préjudice de ceux qui le permettent et de ceux qui en vivent, c’est le fondement de la spécificité culturelle européenne et française et de sa richesse qui feront défaut au monde de demain.

Ainsi pour l’UNAF, « *ne pas gémir demain, c’est dès aujourd’hui anticiper pour éviter le pire* », à savoir une situation qui ne permettrait pas de sauver ce qui reste de l’exception culturelle française tout en laissant le champ libre à la criminalisation des échanges numériques au profit de monopoles mondiaux de communication faisant fi de la diversité culturelle et dont l’enrichissement se poursuivrait au détriment de la grande majorité des auteurs et des artisans d’une production culturelle nationale et européenne.

L’UNAF se prononce donc en faveur d’un débat national, voire européen, qui porterait sur la mise en place d’un nouveau modèle social, juridique et économique viable permettant à la fois aux familles de bénéficier du progrès technique qu’est l’échange numérique de fichiers, aux artistes et artisans de la production culturelle de se rému-

néer, à la Nation et aux nations européennes de soutenir durablement une création artistique et culturelle riche et diversifiée.

À cet égard, l'instauration d'une taxe assise sur tous les revenus générés par le haut débit et les supports numériques, servant de redevance à une licence légale libérant par foyer connecté le droit d'usage des logiciels pair à pair dans le domaine culturel, apparaît comme le socle sur lequel un nouveau contrat social culturel peut se bâtir.

Cette libération ne serait pas incompatible avec le développement d'offres privées de téléchargement garantissant à l'utilisateur des produits de qualité dont le marketing devra dès lors être plus créatif et faire valoir des avantages nouveaux par rapport au tout-venant des échanges pair à pair libérés. Les ventes de vidéogrammes et de phonogrammes à forte valeur ajoutée, les projections en salle et les spectacles vivants continueront à se développer par l'effet de l'élargissement du marché culturel.

Dans une France, où le haut débit va couvrir l'ensemble du territoire d'ici à la fin de 2006, où la concurrence a permis de réduire considérablement le coût des équipements et des connexions et où les usages de l'internet sont en train de prendre un sens pratique et concret pour les familles, cette taxe serait susceptible de générer des fonds d'un montant considérable dont la gestion pourrait être assurée paritairement au profit des auteurs, des ayants droit mais aussi d'un soutien renouvelé à la jeune création.

Si elle est accompagnée d'une campagne de sensibilisation, d'éducation, d'explications dignes de ce nom, portant sur la chaîne de création de valeur ajoutée qui conduit aux œuvres et aux produits culturels, l'instauration d'un modèle du type licence légale permettrait de rétablir symboliquement l'ordre des choses, à savoir que les produits culturels ne sont pas gratuits, que les artistes en vivent, que c'est le fruit d'une culture commune grâce à laquelle des auteurs créent, des artistes jouent et interprètent, et des intermédiaires en assurent la promotion ...

Pour l'UNAF, le modèle de la licence légale permettrait de réassurer le socle de l'ensemble du système culturel par un nouveau contrat passé entre les citoyens et les artistes. Il sera trop tard si la stratégie de la prohibition passe en premier et celle de la licence légale en second comme une éventuelle bouée de sauvetage.

Une solution de type licence légale en premier, c'est d'abord remettre les choses dans leur ordre symbolique et politique. Sa mise en œuvre ne signifie pas la victoire du tout gratuit. Au contraire, elle serait le début d'une remise à plat de la chaîne de valeur et une incitation faite d'une part aux acteurs de créer plus de qualité pour rencontrer leur marché, d'autre part aux consommateurs-citoyens de discerner cette valeur et de la respecter.

Plus que jamais, le législateur porte une responsabilité dans la définition du sens qu'il convient de donner au futur. Une loi misant sur la criminalisation du citoyen, du consommateur et de la jeunesse ne peut en aucun cas inspirer la confiance dans ce futur. Plus que jamais, il convient d'anticiper, d'élargir et d'approfondir, en France comme en Europe, le débat démocratique sur les enjeux de la société de l'information.



## TABLE RONDE n° 2

# Lutte contre la contrefaçon et éducation

### **État de l'art de la lutte contre la contrefaçon**

**par Frédéric Delacroix, Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA)**

La lutte contre la piraterie ne peut se comparer à un « art », il s'agit malheureusement d'une nécessité.

La piraterie n'est pas une notion juridique française mais un terme passé dans le langage courant. Il recouvre essentiellement le délit de contrefaçon ainsi que d'autres infractions plus spécifiques. Pour rappel, la contrefaçon par reproduction et/ou diffusion d'œuvres sans autorisation des ayants droit est passible des peines prévues par le Code de la propriété intellectuelle, soit trois ans de prison et 300 000 € d'amende.

Il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau puisqu'il est lié à l'apparition des techniques de reproduction et de diffusion.

Il a toujours été un fléau, quelles que soient les technologies utilisées, qui a toujours fait courir un danger aux industries culturelles du cinéma et de l'audiovisuel.

En terme économique et d'emplois, bien sûr, mais également en terme de création d'œuvres et particulièrement d'œuvres françaises. Cela tient au financement spécifique du cinéma et de l'audiovisuel en France.

Si dans l'univers analogique la piraterie s'est développée de manière importante, l'ère du numérique en a fait un phénomène de masse.

Il est aujourd'hui possible de reproduire à très faible coût des œuvres sans perte de qualité en réalisant des « clones » de l'original. Le développement récent de l'internet haut débit en permet la diffusion massive à travers les réseaux, et notamment les réseaux *peer-to-peer*.

Les chiffres de l'étude du CNC montrent l'ampleur du téléchargement d'œuvres illécitales qui n'est plus le fait d'internautes chevronnés, mais celui du grand public disposant d'un accès internet haut débit.

La piraterie audiovisuelle sur internet est essentiellement guidée par la recherche à bon compte de la nouveauté et la recherche de la qualité. C'est ce qui lui donne une spécificité dans sa structure et les différentes formes qu'elle peut revêtir.

## Formes de la piraterie sur internet

### **La délinquance organisée**

La piraterie est le fait, tout d'abord, d'une délinquance organisée qui présente les caractéristiques suivantes :

– très structurée, elle est souvent à l'origine des œuvres piratées qui se retrouvent ensuite sur les réseaux d'échange peer-to-peer. Elle n'œuvre pas sur le peer-to-peer mais sur des forums, des boards, des « chats IRC » dans lesquels des pirates s'échangent d'importantes quantités d'œuvres piratées en utilisant des protocoles techniques permettant des temps de téléchargement très courts (moins de 15 minutes pour un film). Il s'agit en fait d'organisations pirates, souvent à caractère international qui pour réaliser leurs actes illégaux commettent d'autres types de délits liés à l'informatique (*hacking* ...).

Cette forme de piraterie tend malheureusement à se développer.

– cette délinquance organisée tire parfois profit financier de la piraterie, soit en rendant l'accès aux œuvres payant dans certains forums, soit en utilisant le principe des réseaux peer-to-peer. Il s'agit de ces annuaires répertoriant et classant des milliers de liens d'un réseau peer-to-peer donné, renvoyant après validation, vers des œuvres circulant sur les réseaux d'échange. Ces annuaires de liens, évitant les recherches aléatoires sur les réseaux, se comportent comme de véritables « aspirateurs à internautes » en les attirant sur un site facilitant le téléchargement de films pirates mais également leur proposant d'accéder à des sites marchands à travers des bannières publicitaires. Les titulaires des sites étant rémunéré à chaque « clic » sur ces bannières (environ 0,10 cent €).

Cette délinquance organisée a été, pour l'instant, la cible principale des actions de l'ALPA. Nous avons d'ailleurs enregistré plusieurs succès en la matière.

Mais le grand danger de la piraterie sur internet, à cause de son aspect massif, vient des réseaux d'échange *peer-to-peer*.

### **Le *peer-to-peer*, une piraterie de masse**

#### **Le *peer-to-peer* est basé sur l'échange**

Le *peer-to-peer* est une technologie qui permet à l'utilisateur d'échanger des informations avec toute une communauté d'internautes sur un réseau donné. Son fonctionnement est basé sur la notion de partage et d'échange de fichiers.

Cette technologie, dont certaines applications sont légales, ne sert aujourd'hui presque exclusivement qu'à diffuser et permettre l'accès à des œuvres illicites.

Son utilisation n'est pas neutre juridiquement. Il est important de rappeler qu'en téléchargeant une œuvre piratée, on devient receleur d'une contrefaçon ; en la reproduisant (lors du téléchargement) sur le disque dur de son ordinateur, on devient contrefacteur (reproduction sans autorisation) ; et le principe même de tous ces réseaux fonctionnant sur le partage, fait que l'on diffuse illégalement au minimum la partie de

l'œuvre que l'on en train de télécharger. L'accès à certains réseaux n'étant possible qu'en proposant le partage de quantités importantes de fichiers.

### **Le téléchargement est banalisé**

Grâce au *peer-to-peer*, chaque internaute disposant du haut débit peut télécharger des contenus culturels et les mettre à disposition sans autorisation des titulaires de droit.

Cette facilité d'accès aux œuvres fait perdre à l'internaute tout sentiment d'illégalité et des conséquences de son acte.

Cette banalisation du téléchargement est également accentuée par l'esprit libertaire couramment véhiculé sur internet, où il est de bon ton de prôner l'accès aux contenus culturels, et particulièrement aux œuvres audiovisuelles, sans contrainte et sans coût. C'est faire peu de cas de la valeur des œuvres, et de la création, c'est mépriser la propriété intellectuelle et les ayants droit.

## Les réponses à la piraterie

### **La répression**

C'est le cœur de métier de l'ALPA de traquer les « pirates » dans le monde physique comme dans le monde virtuel. Mais nous ne sommes pas une police parallèle, nous n'avons que le pouvoir de constater des infractions par agent assermenté. Nous défendons un intérêt collectif en nous appuyant sur les services répressifs et la justice.

Sur internet l'anonymat est un mythe et des actions pénales ciblées doivent faire perdre aux pirates le sentiment d'impunité qu'il procure.

Cependant, face à cette nouvelle forme de piraterie, la volonté de l'État dans cette lutte doit se concrétiser par des réponses adaptées :

- en dotant des moyens nécessaires les services chargés de réprimer ce délit. Dernièrement une augmentation sensible des moyens a été donnée à la lutte contre la cybercriminalité. Mais rien concernant la contrefaçon numérique!
- en redéfinissant les priorités d'action des services répressifs et en faisant de la contrefaçon des biens culturels une infraction à traiter au même niveau de priorité que les autres délits d'atteinte aux biens.

### **La sensibilisation/éducation**

Ce n'est pas vraiment à l'ALPA d'aborder ce volet, mais la lutte contre la piraterie doit passer par la sensibilisation du grand public à la propriété intellectuelle et aux risques liés à la piraterie. Cela doit se faire surtout à destination des plus jeunes.

Le ministère de l'Éducation nationale aura un rôle primordial à jouer.

Les professionnels concernés doivent également délivrer un message clair à l'égard de leur public pour le sensibiliser aux problèmes. Ils doivent aussi prendre les mesures nécessaires pour protéger leurs œuvres.

## Un engagement accru des acteurs de l'internet

Les avancées en la matière ont été notables au cours de l'été. La signature d'une charte avec la musique est un progrès significatif marquant une volonté des acteurs de l'internet de lutter contre la piraterie.

Il est nécessaire que ces derniers poursuivent leurs efforts dans ce domaine, notamment au cours de l'amorce du dialogue avec le secteur audiovisuel, autrement que par des engagements de bonne volonté.

Je souhaiterais conclure en vous présentant quelques diapositives qui sont des copies écran d'un site qui est l'annuaire répertoriant des liens du réseau de *peer-to-peer* Bittorrent le plus important au monde.

Exemple :



Commentaires : des milliers d'œuvres sont rendues accessibles au téléchargement par ce site en plusieurs langues et en qualité DVD.

Il est le fait d'une délinquance organisée à caractère international.

Hier à la même heure, près de 1,8 million de personnes était connectée sur ce site et procédait massivement à des téléchargements. Ce chiffre déjà impressionnant est monté à 5 millions de personnes lors de l'apparition de la version pirate d'Harry Potter III.

Le site est rémunéré par la vente de produits « dérivés » du piratage (tee-shirts, badges ...) mais surtout par les bannières publicitaires.

*Vous pouvez apercevoir sur les diapositives de la page d'accueil du site des bannières publicitaires de sociétés françaises de renom, certaines possédant même des fonds publics. Je vous laisse apprécier lesquelles ...*

*Il est probable qu'elles ont fait appel à des régies publicitaires et, je l'espère, ne sont pas au courant de l'utilisation qui est faite de leur image sur un des plus gros site pirate du monde ainsi que de la rémunération qu'elles versent à des délinquants!*

*Certaines de ces sociétés se sont engagées dans la diffusion de contenus audiovisuels, on peut s'étonner que leurs déclarations de bonnes intentions à l'égard de la lutte contre la piraterie ne se manifestent pas encore par des actes concrets.*

## **Peer-to-peer et propriété intellectuelle : entre contestation et compromis**

**par Thaima Sanan, Microsoft France**

Les principes de propriété intellectuelle sont profondément ancrés dans l'ordre juridique international et ont toujours eu pour objectif d'établir un équilibre entre la légitime rétribution des auteurs pour leurs actes de création et l'intérêt tout aussi légitime des consommateurs à avoir accès à ces créations. Tel est le cas de la directive sur l'harmonisation des droits d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001 (ci-après la directive) issue d'un accord international signé dans le cadre de l'OMC : les accords ADPIC <sup>307</sup> de 1994. Dans ce contexte, la directive a vocation à régler des situations économiques en devenir, notamment celle du partage de fichiers (essentiellement des contenus numériques à valeur ajoutée comme la musique ou les films) *via* l'internet.

Or, c'est dans un contexte de contestation de la propriété intellectuelle en France, dont le développement des échanges de fichiers protégés par un droit d'auteur est une illustration, que va intervenir cette transposition, contestation remettant en cause le principe de l'économie de marché, dont on pensait pourtant qu'il faisait aujourd'hui l'objet d'un consensus.

### Les échanges illégaux de fichiers protégés : le reflet de la contestation de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle a des difficultés à être comprise et acceptée en raison de la nature immatérielle du bien qu'elle protège. Il est toujours difficile de comprendre sa valeur et son modèle économique : elle est basée sur la notion des coûts perdus quelle que soit ensuite la vie du bien, assortie d'une logique de coût de reproduction lorsqu'il a du succès, différente de celle du produit matériel et du coût fixe qui est associé à chaque reproduction. Le modèle économique de l'internet à ses débuts

---

**307.** Accords portant sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

a encore amplifié cette incompréhension: phénomène non marchand, que se sont appropriés les libertaires, il s'est ensuite développé dans le monde commercial sur un modèle de distribution gratuite dont le coût devait être payé par les recettes publicitaires. Ce modèle a connu l'effondrement que l'on sait mais a amplifié l'impression d'absence de valeur des biens numériques distribués généreusement aux consommateurs pendant de longs mois.

Le modèle de l'échange gratuit de fichiers à contenu protégé par un droit d'auteur (*peer-to-peer*), illustre bien cette tendance. Les consommateurs revendiquent aujourd'hui un accès à la culture qui soit permanent et à faible coût. C'est un véritable courant d'opinion revendiquant la publicisation des biens de communication qui se développe, soutenu par l'émergence d'un certain nombre de droits ou de libertés, comme le droit du public à l'information, le droit à la culture, à l'éducation, qui sont aujourd'hui opposés au droit d'auteur. Ce courant est marqué par la volonté de revenir à l'état originel de l'internet: le partage, l'absence de profit, l'absence de régulation ... La propriété intellectuelle est ainsi perçue comme un frein au partage, protectrice des seuls intérêts privés. La philosophie du « libre » (les logiciels libres) reflète cette tendance à la négation du profit économique, car elle privilégie la recherche de l'enrichissement intellectuel, culturel, l'absence de propriété mais l'échange au sein de la communauté.

La démarche est sympathique et la revendication d'un droit d'accès aux biens culturels non dénuée de légitimité. Pourtant, force est de constater que le partage gratuit de contenus protégés ne peut être le fondement d'une économie de marché, de même que l'hypothèse du secteur du contenu dépendant des subventions de l'industrie des télécommunications ou du matériel informatique, très en vogue en France actuellement mais en contradiction avec le modèle économique du reste de l'Europe, ne peut pas non plus être une solution.

La directive droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information a donc cherché des réponses législatives à cette recherche, classique en matière de propriété intellectuelle, d'un équilibre entre les intérêts en présence.

### La protection juridique des mesures techniques dictée par la directive: le possible compromis

La directive a cherché à utiliser les technologies pour s'assurer d'une protection de la propriété intellectuelle adaptée au monde du numérique, tout en essayant d'anticiper l'évolution des modèles économiques de l'industrie du contenu.

La directive donne notamment un cadre juridique à l'utilisation des mesures de protection, dont l'apport principal est de permettre aux titulaires de droits de protéger leurs créations et de gérer leurs droits de manière indépendante. En outre, le projet de loi transposant la directive en droit français impose (sauf cas particulier) que ces mesures techniques soient compatibles avec l'exception de copie privée, ancrée dans notre système législatif depuis 1957 (article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle), dans l'intérêt des utilisateurs des œuvres. Ainsi, la transposition de ce texte dans notre droit ne remettra pas en cause les tolérances accordées aux utilisateurs, dès lors que ces derniers ont bien intégré qu'il ne s'agit que d'exception au

droit exclusif des auteurs. Comme l'a rappelé récemment le juge: «*Le législateur n'a pas ainsi entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe (s'agissant notamment de l'article L. 122-5) au monopole détenu par les auteurs, consistant dans le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres*»<sup>308</sup>.

Conformément à l'interprétation restrictive qui est faite de l'exception de copie privée, nous pensons que l'argument selon lequel un téléchargement de contenu protégé par un droit d'auteur n'est que l'exercice de l'exception de copie privée, est une hérésie au regard des principes de la propriété intellectuelle (nationale et internationale) mais également une hérésie économique en ce qu'elle ne permet pas aux industries du contenu d'assurer leur équilibre économique sans une démarche de subvention extrêmement forte (publique ou privée en forçant d'autres industries à payer) en contradiction avec les règles du marché et la pratique des autres pays.

Les mesures techniques, en donnant aux titulaires de droit la possibilité de maîtriser la distribution de leurs œuvres sur les réseaux, permettent non seulement l'émergence de services payants, constitutifs du modèle économique que tous les acteurs s'accordent à considérer comme le seul viable sur internet (et permettant d'entrer dans les meilleures conditions dans l'ère de l'économie numérique et d'assurer des points de croissance), mais également l'émergence d'une offre *peer-to-peer* légale, gratuite ou peu onéreuse, à partir du moment où elle peut être maîtrisée.

Le projet de loi actuel permet également la mise en œuvre d'une politique publique d'accès aux biens culturels, identifiant les exceptions au droit d'auteur et les financements raisonnables nécessaires à cette politique. Et c'est certainement ce débat qu'il serait temps de lancer.

\*  
\* \*

Il va aujourd'hui de la survie des économies occidentales de protéger leur propriété intellectuelle, celle-ci ayant de plus en plus tendance à incarner leur modèle économique fondamental. Les biens immatériels constituent actuellement plus de 60 % des immobilisations des entreprises, représentant une richesse et une valeur dont on n'a pas toujours conscience. La protection de notre matière grise est ce qui permettra demain de plus en plus à nos économies de se maintenir face à la concurrence de pays à la main-d'œuvre très bon marché.

Les DRMs ouvrent des perspectives nouvelles au secteur des contenus numériques en offrant des moyens sécurisés favorisant l'émergence et la viabilité de modes de distribution légaux et rentables, non contradictoires avec la mise en œuvre d'une politique publique d'accès aux contenus culturels. C'est bien cette discussion que nous devons avoir aujourd'hui pour permettre aux technologies de l'information d'être au service de l'exception culturelle française dans un modèle économique équilibré.

---

**308.** TGI Paris 30 avril 2004.

## **L'assimilation de la norme délictuelle par les enfants et les adolescents**

**par Patrice Huerre, psychiatre et directeur médical, clinique  
médico-universitaire et Georges Heuyer, Fondation santé des  
étudiants de France, expert près la cour d'appel de Paris**

Les jeunes seraient-ils tous des délinquants en puissance? Certes non. Il n'y a pas plus de grandes transgressions qu'auparavant même si on en parle plus. Ce qui est vrai par contre est l'augmentation des débordements hors limites, en particulier chez les jeunes les plus vulnérables tant sur un plan psychologique que familial, social, culturel ou économique.

Pour ceux-là, les «incivilités» et autres transgressions des règlements et des lois apparaissent mineures, sans conséquences, banalisées.

Ils fonctionnent sur le mode de l'avoir. Avoir pour être – «*je veux, je prends*» -, reflets en cela d'une certaine manière qu'a notre époque de définir les critères du bonheur et de l'existence. Consommez et vous trouverez le bonheur!

Ils captent par ailleurs les incohérences d'une société qui met en avant des interdits sans toujours les respecter. Les menaces de sanctions, lorsqu'elles sont inapplicables ou inappliquées (comme dans le cas de l'usage du cannabis dans un autre domaine) exercent un effet attractif de défi visant à vérifier les contradictions adultes et l'absence de fiabilité de leurs positions.

L'absence de réponse – ou parfois des réponses disproportionnées – occasionne en outre une insécurité intérieure chez le jeune en même temps qu'une satisfaction immédiate conduisant l'une et l'autre à la poursuite des transgressions à la recherche d'un point limite.

Mais ces jeunes révèlent aussi les manques anciens d'intégration des limites dans leur enfance. Bien souvent ils ont pu obtenir satisfaction face à leurs parents et aux adultes qui se sont occupés d'eux en bousculant les points de repère établis, sans conséquences, renforcés ainsi dans une certaine toute-puissance et le sentiment de ne pas causer de préjudice. Ceci est dû en partie au désarroi croissant des parents et éducateurs depuis quelques années, parents et éducateurs qui refusent le conflit avec l'enfant pour viser un idéal de très bon adulte au nom d'une bienveillance qui les conduit à laisser faire ce qu'ils ont posé comme interdit.

S'ajoute à ces éléments la faiblesse du niveau d'information en matière de droit, dont même les bases ne sont pas enseignées durant la scolarité.

Par rapport à ces enjeux sociétaux et individuels, le *peer-to-peer* renforce chez l'adolescent la possibilité d'une satisfaction immédiate des désirs, le sentiment d'impunité et le plaisir de contourner des interdits mal identifiés certes, mais non ignorés, dont les conséquences sur les «victimes» sont perçues comme négligeables. Ponctuel chez la plupart et susceptible d'évolution grâce à une information adaptée, le recours à la transgression peut chez d'autres, minoritaires, accréditer l'idée qu'il est une solution possible face aux frustrations de la vie.

## TABLE RONDE n° 3

# Les modes de rémunération

### **Réponse par une solution de rémunération équitable**

**par Alain Charriras, Société civile pour l'administration des droits  
d'artistes et des musiciens interprètes (ADAMI)**

Face au phénomène du *peer-to-peer*, il faut se poser deux questions : peut-on éradiquer le *peer-to-peer* ? Peut-on tolérer que les échanges de fichiers ne procurent aucune rémunération aux ayants droit ?

Peut-on éradiquer le *peer-to-peer* ?

Tous les moyens mis en avant pour éradiquer les échanges non-autorisés sur les réseaux *peer-to-peer* nous semblent vains et dangereux pour les libertés individuelles.

#### **Le filtrage**

Un filtrage performant et sans danger ne semble possible que si les sociétés chargées de l'opération disposent d'une liste exhaustive des fichiers légaux ou des fichiers illégaux. Il nous apparaît difficile d'atteindre cet objectif rapidement.

Tout autre moyen de filtrage ne pourra qu'entraîner des erreurs préjudiciables aux usagers. Le filtrage des ports ou des protocoles notamment.

Par ailleurs, les FAI sont hostiles au filtrage dont ils connaissent les limites.

#### **Les mesures techniques de protection et les *Digital Right Management Systems***

L'efficacité des MTP et DRMS reste à prouver. Ils constituent d'avantage un frein au développement des sites de vente en ligne qu'ils ne contribuent à freiner les échanges sur les réseaux *peer-to-peer*.

#### **La surfacturation de l'*upload***

Outre le fait que la surtarification de l'*upload* ne rapporterait rien aux ayants droit, elle condamnerait tous les développements futurs d'internet nécessitant des échanges importants de données (visioconférence, téléphonie IP) et il serait toujours loisible de télécharger des fichiers depuis l'étranger.

## Les poursuites judiciaires

Nous nous opposons totalement à toutes poursuites à l'encontre d'internautes tant qu'une solution globale et satisfaisante, aussi bien pour les ayants droit que pour le public, n'a pas été trouvée.

Il nous semble évident qu'il est impossible d'éradiquer totalement le *peer-to-peer* qui continuera longtemps à cohabiter avec les autres modes de consommation de la culture.

En revanche, le *peer-to-peer* pourrait devenir un excellent outil de promotion ou de diffusion des œuvres à faibles tirages ou devenues rares. C'est un outil performant et très économique.

Peut-on tolérer que les échanges de fichiers  
sur les réseaux *peer-to-peer* ne procurent  
aucune rémunération aux ayants droit ?

Le *peer-to-peer* est, dans l'immédiat, une source de préjudice notoire pour les ayants droit.

Il nous semble impératif de réfléchir à un nouveau mode de rémunération pour dédommager les ayants droit des échanges de fichiers non autorisés sur internet. La solution la plus simple consiste à adapter le régime de la rémunération pour copie privée au téléchargement.

## Que propose l'ADAMI ?

L'ADAMI propose la mise en place d'une rémunération pour copie privée prélevée par les FAI sur le montant des abonnements haut débit destinée à compenser le préjudice subi sur le territoire français par les différents ayants droit de la musique du fait des téléchargements effectués sur les réseaux *peer-to-peer*.

Nous considérons que le téléchargement constitue un acte de copie privée, quelle que soit la source de copie dès lors que la copie est strictement réservée à l'usage privé de la personne qui télécharge.

Nous proposons dès lors de compléter les dispositions actuelles des articles L. 311-4 et L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle, afin qu'il puisse être prélevé une rémunération de type forfaitaire sur l'ensemble des revenus des FAI.

Cette solution a pour avantage de pouvoir être mise en place rapidement. Elle rémunère les ayants droit au titre du téléchargement de leurs œuvres. Elle n'épuise pas le droit exclusif sur internet.

Nos sociétés savent parfaitement répartir ce type de rémunération.

Enfin, cette solution vient en complément des rémunérations directes perçues auprès des sites « légaux », ainsi qu'en complément de l'ensemble des revenus des créateurs (par exemple : le spectacle vivant).

## **L'upload reste-t-il illicite ?**

Le téléchargement ainsi rémunéré demeurerait parfaitement licite mais la mise à disposition (l'*upload*) de fichiers serait interdite et passible de poursuites.

Il nous semble peu acceptable pour le consommateur de payer une redevance pour le téléchargement sans obtenir également une totale sécurité juridique pour les actes de mise à disposition qu'il pourrait être conduit à effectuer, parfois à son insu, puisque certains logiciels (Edonkey) rendent immédiatement disponibles au téléchargement des fractions de fichiers déjà téléchargés.

Or nous savons que les termes de la directive 2001-29 du 22 mai 2001 nous interdisent de sortir les services à la demande du cadre du droit exclusif.

Pour résoudre le problème de l'upload, nous proposons la mise en place d'une licence de gestion collective étendue.

Ce contrat de licence serait signé par les sociétés représentant les ayants droit et des organisations de consommateurs.

Il y serait défini ce qui est autorisé ou pas et dans quelles conditions. Les règles fixées pourraient tenir compte des spécificités de certains répertoires comme le cinéma, par exemple.

Ce contrat pourrait, en échange de la rémunération prélevée sur les abonnements, céder aux consommateurs la possibilité d'user des réseaux *peer-to-peer*, dans les limites fixées par l'accord.

L'extension de la licence de gestion collective résulterait ensuite, de la loi ou du règlement.

Ces deux solutions combinées permettent de mettre fin au préjudice subi par les ayants droit et garantissent au consommateur une totale sécurité juridique quant à l'ensemble des échanges auxquels il pourrait se livrer dans le domaine musical, sur internet.

## **Le point de vue des détaillants du disque**

**par Philippe Person, Syndicat des détaillants spécialisés du disque (SDSD)**

En remarque préalable, soulignons que les distributeurs français ont été parmi les premiers au monde à se lancer dans la distribution numérique (au Canada par exemple, le premier détaillant traditionnel à se lancer sur ce marché a été la société Archambault qui n'a lancé son site qu'en mars 2004). En France, les sociétés Virgin Stores, avec le site virginmega.fr, et FNAC, avec le site fnacmusic.com, ont récemment lancé de nouvelles versions de leur site, mais étaient présentes sur le marché du téléchargement légal dès 2001, avec une offre restreinte à l'époque. L'année 2003 a marqué un tournant, avec l'ouverture des gros catalogues et les nouveaux sites offrent autour de 300 000 titres en téléchargement.

La barrière à l'entrée sur ce marché reste cependant considérable, car il demande des investissements lourds et hors de portée pour des magasins indépendants. À titre

d'exemple, la société hollandaise Free Record Shop (trois cents magasins aux Pays-Bas et en Scandinavie) a investi 1,5 million € (hors frais de personnel) pour le développement de son site internet de vente à distance et de téléchargement légal.

Les détaillants spécialisés qui se lancent sur ce marché font un pari stratégique sur l'avenir en se positionnant sur un marché dont certaines caractéristiques restent inquiétantes :

- la première des concurrences vient malheureusement des offres pirates ;
- la concurrence légale attire de nouveaux acteurs sur le marché de la distribution (producteurs, fabricants d'électronique, télécommunications) ;
- les détaillants traditionnels travaillent avec un niveau de marge insuffisant pour assurer la pérennité de leurs investissements ;
- les fabricants d'électronique utilisent la musique comme *loss leader* (technique marketing consistant à ne pas gagner d'argent, voire même, à en perdre dans les pays qui l'autorisent, sur un produit d'appel afin de mieux vendre un autre produit) ;
- les producteurs ont le loisir de transférer la marge en amont de la chaîne de valeur ;
- il existe des incohérences entre les directives « commerce électronique » et « TVA » sur la qualification des services de téléchargement, qui laissent augurer de sérieux problèmes de concurrence intra européenne, voire de délocalisation ;
- les détaillants sont pris dans un étau ... d'un côté par le truchement des droits exclusifs et la menace permanente du non-épuisement pour la distribution sur internet qui constitue un élément anticoncurrentiel pour la vente de téléchargement légal, et d'un autre côté par le verrouillage technologique des formats de fichiers et des technologies de DRM – à ce jour, les technologies DRM Fairplay d'Apple ou Open Gate de Sony ne sont pas licenciées aux détaillants ; de cette attitude protectionniste découle une situation absurde et incompréhensible où l'offre pirate est plus interopérable que l'offre légale.

### La menace du *peer-to-peer*

Le *peer-to-peer* est certainement le vecteur principal de la piraterie aujourd'hui. Il procède à la fois de la mise à la disposition du public, de la transmission, de la reproduction. À l'exception du britannique Wippit, il n'existe pas de réseau *peer-to-peer* légal, et il faut bien remarquer que Wippit offre un mélange de téléchargement et d'échanges.

L'éradication de cette piraterie à échelle mondiale est une condition nécessaire au décollage de l'offre légale de téléchargement. Faire payer ce qui peut facilement s'obtenir gratuitement, relève de l'exploit. La qualité du service, la garantie de fichiers propres, la facilité d'utilisation, le contenu éditorial sont les atouts sur lesquels les détaillants se basent actuellement pour se positionner, mais ils restent insuffisants pour convaincre la majorité des internautes.

L'interopérabilité, il faut le répéter, est un élément essentiel à la mise en place d'une offre attrayante pour le consommateur, et aussi une condition indispensable au fonctionnement du commerce en ligne dans des conditions concurrentielles normales. Les technologies sont actuellement utilisées comme des outils protectionnistes et érigées comme des barrières à l'entrée sur ces marchés et cette situation est intolérable.

## La question du modèle économique

Les modes de rémunération des détaillants sont simples : ils suivent le modèle de l'achat et de la revente. Ce modèle permet d'installer une structure de rémunération qui peut s'apprécier parallèlement à la structure de coût de cette offre. La marge dégagée (en principe) permet de rentabiliser l'investissement et le coût d'achat permet ensuite de rémunérer les acteurs de la chaîne de valeurs, parmi lesquels on trouve des créateurs (artistes, auteurs, etc.), des investisseurs (producteurs et éditeurs), des agents économiques des ayants droit (SPRD) et une kyrielle de services (studios, agents, etc.).

Un grand nombre de modèles de rémunération sont actuellement en place, dans l'ancienne comme dans la nouvelle économie. Ces rémunérations reposent sur des marges commerciales, des royautés ou des perceptions de droits. Chaque modèle est appliqué avec un mode d'administration, individuel ou collectif, et répond à une logique économique propre. Certains secteurs économiques relevant du tertiaire et des services distinguent fréquemment le *front* et le *back office*. À l'heure où l'industrie de la musique, et bientôt celle de la vidéo, apprend doucement à sortir du pressage de galettes (même de celles en polycarbonate) pour mieux entrer dans la distribution dématérialisée et la gestion des droits y afférents, il semble que ces notions peuvent apporter un éclairage nouveau sur certaines des propositions qui sont faites concernant les modes de rémunération. Le *front office* est en interface avec le client final (à l'extérieur du secteur) et fait grossir le gâteau, le *back office* est en interface avec l'intérieur d'un secteur et s'occupe de diviser les parts du gâteau.

La distribution numérique de sonneries et le marché du *single* sont en train de démontrer qu'il existe un avenir pour ce marché. Le rapport de *Jupiter Research* d'août 2004 prédit un marché de 836 millions € en Europe de l'Ouest en 2009. Cette économie est en prise directe avec le client final et deviendra un vrai relais de croissance pour compléter la vente de produits physiques, c'est-à-dire un *front office* d'avenir.

C'est pourquoi un régime de licence légale appliquée aux échanges *peer-to-peer*, comme le suggèrent certains, est une aberration économique, car il s'agit d'un modèle de *back office*, un *back office* datant qui plus est de l'époque des radios périphériques.

En plus d'être un modèle inadéquat, il fait courir les risques suivants :

- risque lié au calcul de la licence légale ;
- benchmark trompeur de Wippit (échanges infinis pour le prix de quatre CD par an) ;
- benchmark irréaliste du chiffre d'affaires de l'industrie de la musique (à 20 millions d'abonnés, pour 1,6 milliard de CA, un abonnement de 80 € supplémentaires par abonnés) ;
- méthode trop complexe de la structure de coûts additionnée d'une marge (trop d'inconnus).

Mais encore pire que ces chiffres et notions économiques, il y a l'incompréhension de toute une industrie culturelle et de ses fondamentaux. La valeur perçue d'un bien culturel n'est pas égale, ni dans le temps ni dans l'espace. Susciter l'envie du public, créer des attentes ou structurer l'offre sont essentiels à l'économie culturelle. Nivelier la valeur de toutes les productions ou œuvres musicales sur un même niveau, celui

d'un ticket d'entrée pour une base de données infinie et mondiale, car distribuée sur toute la population des internautes, sur un tarif forfaitaire n'a aucun sens pour qui souhaite développer un nouveau marché.

## Les questions juridiques

L'introduction de mesures techniques, la protection de telles mesures et la possibilité pour les ayants droit de limiter le nombre de copies sont parmi les points essentiels de la transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Les détaillants militent pour une protection forte et juste des contenus et sont solidaires de la lutte contre la piraterie, puisqu'affectés par elle.

L'argument consistant à dire que l'éradication impossible du *peer-to-peer* en justifie la légalisation par la voie de la licence légale, est absurde. Qu'en serait-il de la lutte contre les stupéfiants ou de la sécurité routière avec de tels arguments? C'est pourquoi les détaillants souhaitent qu'on ne remette pas en cause les principes du droit exclusif instaurés par la loi de 1985 sous prétexte qu'une nouvelle forme de piraterie est apparue. Il faut noter d'ailleurs qu'une telle remise en cause serait en contradiction avec le traité de l'OMPI de 1996 dont la France est signataire.

Cela étant dit, les détaillants souhaitent que la transposition de la directive droit d'auteur dans la société de l'information soit complète. Or, cette directive, dans son article 5§2b, dispose que «*l'application de la compensation équitable doit prendre en compte l'application ou la non-application des mesures techniques [...]*». Le projet de loi «droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information», dans sa version du 22 mai 2003, ne transpose pas l'article en question. Les détaillants souhaitent aussi que la transposition soit l'occasion de traiter de la question de l'évaluation du préjudice des ayants droit et que la loi donne les moyens de mettre en pratique les principes visés à l'article 5§2b. Les destinataires de la compensation équitable, notamment dans le cadre de la rémunération pour copie privée, ne peuvent continuer d'être juges et parties. Les commissions mises en place par le législateur doivent pouvoir bénéficier de budgets propres et indépendants pour mener les enquêtes nécessaires à l'évaluation du préjudice et ainsi s'émanciper de la tutelle des bénéficiaires des compensations.

C'est à la condition de distinguer fermement et de façon non-ambiguë entre piraterie et copie privée que l'introduction des mesures techniques de protection gagnera en compréhension pour le public et pour les consommateurs. C'est aussi en gommant ces ambiguïtés, que le cap vers un combat ferme contre la piraterie *peer-to-peer* et contre les fausses bonnes idées pourra être maintenu.

## **Le point de vue des fournisseurs d'accès**

**par Marie-Christine Levet, Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA)**

Avec plus de 4,5 millions d'internautes haut débit en France, et près de 6 millions d'ici à la fin de l'année 2004 – ce qui constitue un succès majeur dont tous les Français

doivent se réjouir – la consommation des biens culturels, en particulier la musique, les films et les jeux, est en train de changer radicalement. La réalité est là. Le consommateur veut de moins en moins acheter de la musique sous la forme d'un CD avec douze titres imposés, mais l'acheter désormais à l'unité et en téléchargement sur l'internet. *Idem*, dans un proche avenir, on préférera acheter ou louer un film de chez soi, en le choisissant dans un large catalogue. Cette évolution doit être prise en compte par les acteurs de l'industrie culturelle.

Pour tous les internautes, le haut débit, c'est avant tout la diversité des services, la facilité, la fiabilité, l'usage illimité, la libération de la ligne téléphonique, et bien sûr la vitesse de connexion et la connexion permanente ce qui a permis à de nouveaux usages de se développer fortement tels le téléchargement et l'échange de fichiers, le fameux *peer-to-peer*. C'est une activité constitutive de l'internet haut débit, qui lui donne un de ses intérêts majeurs et un nouveau mode de communication communautaire.

Pourtant, il est totalement inexact de résumer ou d'amalgamer le *peer-to-peer* au piratage. Le téléchargement sur internet et l'utilisation de logiciels d'échanges comme Kazaa ou autres ne sont pas des actes illégaux en soi. On peut très bien aujourd'hui s'échanger des logiciels libres de droit, le système Skype qui permet de téléphoner gratuitement sur internet est un logiciel *peer-to-peer*.

Par ailleurs, selon une étude menée en juin 2004 auprès des abonnés haut débit de Club Internet, il ressort dans le classement des usages préférés que c'est le téléchargement de logiciels (57 %) qui dépasse largement le téléchargement de musique (37 %). En effet, depuis toujours, les versions « bêta » sont largement diffusées pour être testées par les internautes et les logiciels sont souvent proposés en *freeware*. De fait, le téléchargement gratuit de logiciels est, non seulement légal, mais emblématique de la culture de l'internet.

Les industries menacées par le piratage ont commencé à entamer des actions judiciaires contre le téléchargement illégal et le piratage étant un acte illégal, il est normal que celui qui le fait encoure le risque d'une amende ou d'une peine.

Selon la même étude menée par ma société, 95 % des internautes en ont connaissance et 52 % ont modifié leurs pratiques en conséquence.

La loi sur l'économie numérique prévoyait déjà une collaboration avec les autorités de police et la justice dans le cadre de la lutte anticybercriminalité, dont fait partie le piratage. Les fournisseurs d'accès ont toujours et continueront bien sûr d'exécuter loyalement les décisions de justice et couperont la ligne d'un abonné si un juge le leur demande.

Mais en tant que présidente de l'un des principaux acteurs de l'internet en France (Club Internet, filiale de T-Online, *leader* européen de l'accès internet) et de l'Association des fournisseurs d'accès à l'internet (AFA), je considère que la répression n'est en aucun cas la seule réponse.

C'est par la combinaison d'actions de prévention et le développement d'une offre légale de qualité que l'on arrivera à endiguer le phénomène du piratage.

Les fournisseurs d'accès ont un rôle clé de prévention, d'éducation et d'information des internautes sur le caractère illégal du piratage et les risques qu'ils encourent à télécharger des œuvres sur lesquelles ils ne disposent d'aucun droit.

C'est d'ailleurs tout le sens de la charte signée fin juillet 2004 entre les fournisseurs d'accès et l'industrie du disque, sous l'égide des ministères des Finances et de la Culture. Les fournisseurs d'accès se sont engagés à organiser des campagnes de communication sur leur portail et auprès de leurs abonnés et à relayer les plaintes des ayants droit auprès des internautes qui ont téléchargé des œuvres dont ils ne disposaient pas des droits et à les alerter sur les risques qu'ils encourent.

Deuxième action clé pour endiguer le phénomène du piratage: le développement d'une offre légale de qualité. En effet, c'est avant tout le manque d'anticipation et le retard d'adaptation des industries musicales au phénomène du haut débit qui expliquent en grande partie l'explosion du piratage. Aujourd'hui, l'alternative du téléchargement ne doit plus être: un contenu gratuit mais piraté ou un contenu payant de mauvaise qualité. Il est donc urgent que se développent des offres de téléchargement attractives et légales.

Voilà l'objectif véritable, dont la charte apporte un premier élément de réponse fort puisque les producteurs se sont engagés à augmenter le catalogue de titres musicaux disponibles en ligne de 300 000 à 600 000 titres.

Le sondage mené auprès des internautes de Club Internet montre ainsi que 38 % sont prêts à payer pour télécharger des morceaux de musique à un prix raisonnable, à moins de 1 € l'unité, avec l'assurance de ne pas être contaminés par un virus, de trouver une offre large et de qualité et que 32 % se déclarent prêts à payer pour télécharger des films. Ces chiffres, enregistrés avant même la signature de la charte, sont plus qu'encourageants.

Le succès d'une plate-forme comme I-Tunes d'Apple, tout juste quelques mois après son lancement, apporte la démonstration que le téléchargement de qualité trouve rapidement sa place. Les analystes prévoient que le téléchargement par internet représentera d'ici quelques années, 20 % du marché total de la musique.

Mais il est clair que ces plates-formes de téléchargement légal ne pourront se développer que si elles font l'objet de campagnes de promotion fortes. Les maisons de disques devront utiliser tout leur savoir-faire marketing pour inciter les utilisateurs à découvrir ce nouveau mode de consommation de la musique légal – proposition de téléchargement sur internet de chansons en avant-première et avant la sortie en CD, développement de promotions croisées ...

Certes des problèmes majeurs subsistent comme la non interopérabilité des plates-formes et baladeurs qui constitue un frein majeur au développement de l'offre légale et nous invitons les pouvoirs publics à apporter rapidement avec les acteurs concernés des réponses à ces problèmes.

C'est par la prévention, l'éducation des internautes et le développement d'offres légales de qualité que l'on arrivera à trouver de nouveaux débouchés pour l'industrie musicale, à protéger la création artistique tout en permettant aux consommateurs de profiter au mieux et de manière légale de la richesse et des potentialités de l'internet haut débit.

## **Le point de vue de l'industrie des technologies de l'information**

**par Alain Riout, Syndicat de l'industrie des technologies  
de l'information (SFIB), Alliance Tics**

Je représente Alliance (SFIB plus GITEP). Je suis par ailleurs membre de la Commission pour Copie Privée.

### Positions de principe

1) Les auteurs doivent légitimement être rémunérés dès lors que quelqu'un accède à leurs œuvres; c'est ainsi que nous reconnaissons la légitimité de la rémunération dans le cadre de l'exception pour copie privée, telle que prévue dans l'article L. 331-6 avec le test des trois étapes.

2) La lutte contre le piratage est une priorité absolue; elle doit passer par l'éducation des internautes et par des sanctions sévères et exemplaires pour ceux qui continuent à pirater, particulièrement ceux qui en font le commerce.

3) Afin d'assurer une juste rémunération aux ayants droit, certains ont suggéré de taxer l'ensemble de la chaîne des opérateurs et intervenants, voire des produits (disques durs), permettant le *peer-to-peer*; c'est une approche très dangereuse qui reviendrait à légitimer la piraterie en permettant des copies à l'infini et à violer les droits d'auteur. Une autre position à ce jour préconise la légalisation du *peer-to-peer* dans le cadre d'une licence légale, ce qui représenterait une menace pour les droits d'auteur.

### Comment rémunérer les auteurs et ayants droit ?

La solution est celle préconisée dans la charte du 28 juillet 2004 qui encourage l'offre légale de la musique sous forme dématérialisée et qui permet tout à la fois la protection du droit d'auteur, ainsi que la gestion de ses droits.

Nous constatons depuis quelques mois le déploiement à grande échelle d'offres concurrentes de la part d'opérateurs très différents (majors, électronique grand public, distributeurs). Selon nous, ce n'est qu'un début, le phénomène va s'amplifier, le modèle économique va s'imposer petit à petit. Il offre la flexibilité, la facilité d'utilisation, un choix varié et une grande qualité.

Notre position en tant qu'industriels est clairement celle exprimée par le *High Level Group* auprès de la Commission européenne à savoir que nous sommes favorables à l'interopérabilité et aux standards ouverts, même si ce jour des offres propriétaires sont proposées.

Il faudra un temps d'adaptation, il faudra laisser agir les lois du marché; nous travaillons déjà sur la convergence et l'interopérabilité (à titre d'illustration la norme MPEG 21, standard commun et mutualisé).

Vous allez me demander ce que devient la copie privée avec ce nouveau modèle économique.

L'exception pour copie privée peut coexister avec cette offre légale, son sort va dépendre des ayants droit eux-mêmes, lesquels vont définir lors des négociations avec les opérateurs le nombre de copies qu'ils souhaitent permettre dans le cadre de la copie privée en plus des téléchargements autorisés sur les baladeurs; les titulaires de droits, grâce au DRM qui permet de gérer l'exception de copie privée contrôlent et maîtrisent ainsi les pratiques de copie privée.

## **Le point de vue de l'économiste**

**par Joëlle Farchy, maître de conférence à l'université Paris XI  
et Paris I Matisse**

Je partirai du postulat de départ que les pratiques de *peer-to-peer* sont en plein essor et témoignent d'une évolution sans doute irréversible contre laquelle il est illusoire de vouloir lutter par une répression acharnée grâce au droit et à la technique. Reste que le *peer-to-peer* pose à mon sens deux types de problèmes économiques qu'il s'agit de résoudre.

Premier problème: la coexistence entre sites gratuits,  
sites payants et formes de distribution plus traditionnelles

Il faut cesser de se faire peur en laissant croire que le *peer-to-peer*, parce qu'il est gratuit, est un trou noir qui va absorber tout autre mode de distribution.

La gratuité tout d'abord, comme dans l'audiovisuel, est en grande partie une illusion. En 2003, les Français ont dépensé environ 1 milliard € pour une sortie en salles qu'ils trouvent trop chère alors que la consommation domestique, supposée gratuite, a mobilisé 10 milliards si l'on ajoute les dépenses en équipement et les programmes hors cinéma. La consommation supposée gratuite de biens culturels sur internet est de même largement un leurre puisque, contrairement aux apparences, la facture est loin d'être négligeable pour l'internaute qui doit acheter un ordinateur – et le renouveler régulièrement car l'obsolescence technique entretenue par les industriels de l'informatique est très rapide – s'abonner à une connexion haut débit ...

Compte tenu de la concurrence de propositions considérées comme gratuites, l'internaute n'accepte de payer que pour des produits à forte valeur ajoutée. On se rappelle que le cinéma en salles après avoir pâti de la concurrence de l'offre télévisuelle dans les années soixante puis quatre-vingt a finalement trouvé à travers la différenciation des produits des sources de renouvellement. Le vrai miracle est bien que malgré l'abondance d'offres de films bon marché, près d'un milliard d'Européens se déplace encore chaque année pour aller voir des films dans les salles.

En ce qui concerne les sites de diffusion de contenus, face à la concurrence d'offres gratuites, comment devenir attractif quand on est payant? Jusqu'à présent l'offre légale payante a été associée à la protection de l'existant grâce aux DRM et à la

répression plus qu'à une vraie logique de différenciation. Contrairement aux entreprises modernes qui tentent de choyer leurs clients, les industriels de la musique les espionnent et menacent de les envoyer en prison. Difficile pourtant de gagner une « guerre » contre ses propres clients.

Malgré les difficultés, divers éléments peuvent jouer en faveur du développement d'une offre légale payante : une facilité d'emploi plus importante que la relative désorganisation du *peer-to-peer*, une plus grande souplesse pour le consommateur et des services plus complets que le simple téléchargement d'un morceau de musique ou d'un film dans une qualité dégradée seraient également des atouts non négligeables. Le *peer-to-peer* engendre un certain nombre de nuisances pour l'internaute : *spams* intempestifs, risque de virus, logiciels espions, présence de *fakes* (fichiers leurre), incertitude sur la qualité des fichiers ... Sur tous ces points l'offre légale peut marquer une vraie différenciation.

En conclusion de ce premier point, je dirais qu'une des clés de l'adaptation des industries culturelles aux mutations en cours, semble être la notion de différenciation des produits qui permettra sans doute de faire coexister diverses formes de distribution des œuvres.

## Deuxième problème : la coexistence de la gratuité pour le consommateur avec une juste rémunération des auteurs et des producteurs

La gratuité en économie de marché n'existe pas ; elle correspond seulement à des formes de financement indirectes qui peuvent être la publicité qui finance en grande partie les médias classiques, la vente de biens et services complémentaires ou le recours à des formes de redistribution publique.

Si Kazaa est distribué gratuitement aux internautes il s'agit bien, pour les actionnaires de la firme, de constituer un modèle économique fort rentable. La mise en place de bannières publicitaires, la vente de produits et services annexes, la vente de fichiers d'internautes à des entreprises qui pratiquent le *spamming* sont les principales sources de revenus.

Derrière la gratuité apparente se profile le développement d'un modèle dans lequel les contenus culturels sont utilisés comme produits d'appel, non pour séduire un spectateur un auditeur ou un lecteur, mais pour vendre du matériel informatique, des appareils de lecture, des abonnements à l'internet haut débit, des espaces publicitaires ou tout autre chose. La généralisation du modèle « produit d'appel » pose deux types de problèmes :

- un problème majeur – sur lequel je ne m'étendrai pas car il nécessiterait un colloque à lui tout seul – de dévalorisation symbolique de la production artistique : quelle valeur une société accorde-t-elle à des artistes qui n'ont aucun prix pour leur public ?
- un problème économique afin de garantir les transferts au sein de la chaîne de valeur entre des industries qui financent les contenus culturels et des firmes, souvent étrangères au monde de la culture et de la communication qui les utilisent sans contribuer à leur production. Ces transferts peuvent être assurés de façon négociée entre les partenaires ou plus probablement sous la pression des pouvoirs publics par divers

mécanismes de redistribution: production directe par l'État, subvention publique ou formes de redistributions publiques qui prennent appui sur le cadre de la propriété intellectuelle mais s'en éloignent considérablement dans les faits.

La rémunération sous forme de droit d'auteur comporte sur le plan des principes deux particularités majeures; d'une part, il s'agit d'un droit exclusif d'autoriser l'exploitation ou non d'une œuvre et non d'un simple droit à rémunération; d'autre part, la rémunération doit être proportionnelle aux recettes et non forfaitaire. Les pratiques actuelles, qu'il s'agisse de licences légales ou plus généralement de l'ensemble des mécanismes de compensation des pertes liées aux copies (comme la copie privée) ont déjà fortement atténué ces principes. Ces diverses formes de droits à rémunération ont une légitimité économique certaine mais changent radicalement – sans l'annoncer clairement – le paradigme juridique fondé sur le droit exclusif. Selon le rapport annuel de 2004 de la commission permanente de contrôle des SPRD, les droits d'auteur trouvent leur origine dans une tarification forfaitaire (copie privée, rémunération équitable ...) pour plus de 50 % des droits perçus dans le cadre de la gestion collective. Admettre que ces évolutions existent déjà, c'est contribuer à dédramatiser de possibles remises en cause du droit exclusif dans l'univers d'internet.

Dans l'univers numérique on peut penser que le droit exclusif protégé par des DRM sera adapté à quelques niches de marché: contenus *premium* à forts coûts fixes pour lesquels existe un public dont le consentement à payer est fort. Mais le droit d'auteur exclusif n'est qu'une des formes de rémunération possibles, bien adaptée à certains types de contenus, beaucoup moins à d'autres.

Le rôle des économistes est de contribuer à faire sortir ces questions d'un débat purement juridico-technique. Mais pour concilier gratuité et rémunération il n'y a pas de solution magique; chacune présente son lot d'avantages et d'inconvénients qui doivent être examinées sereinement et, si possible, quantifiées en collaboration avec des juristes – et non séparément – avant d'apprécier leur faisabilité. L'économie n'étant que la science des choix alternatifs, il appartiendra en dernière instance aux politiques de choisir parmi l'ensemble des possibles.

## TABLE RONDE n° 4

# Les offres de distribution légales

### **Distribution « on demand » : l'exemple d'« e-compil »**

par Sophie Bramly, « e-compil »

« E-compil » a été lancé le 5 novembre 2001, premier site français de téléchargement, mais également premier site mondial de vente en ligne par abonnement. Ce site est né de la volonté d'Universal Music France à apprendre le marché de la musique en ligne sans attendre le développement de plates-formes européennes ou internationales par des acteurs classiques de la distribution musicale ou des fabricants de matériel hi-fi ou informatique. Il est utile de préciser qu'historiquement les maisons de disques ont toujours été portées par les fabricants de matériel hi-fi (c'est par exemple l'arrivée du CD qui prolonge la durée d'un album de 48 minutes à 74 minutes).

E-compil a démarré avec le seul catalogue d'Universal Music. Dans l'année qui a suivi l'intégralité des autres majors ont rejoint notre plate-forme, ainsi que les indépendants. Une faible concurrence nous a aidé à construire un marché, car il est impensable de remporter l'adhésion et l'enthousiasme des ayants droit comme celui des médias ou des consommateurs sans concurrence.

Les choix technologiques pour la construction de cette plate-forme ont été guidés par la problématique des DRM. À l'époque, il n'existait qu'une seule solution complète pour gérer le format d'encodage du fichier et la DRM. Les autres solutions étaient donc séparées, codecs d'une part et DRM de l'autre, à des coûts prohibitifs proportionnellement au coût de mise en vente au public d'un titre. C'est donc la solution du Windows Media de Microsoft qui a été retenue. Nous avons bien eu conscience de l'incompatibilité de notre solution avec Linux et Apple, mais elle a été relativisée par la faible part de marché de l'un et de l'autre.

Les différentes offres ont été définies pour palier aux problématiques des solutions de paiements en ligne, qui ne sont pas adaptées aux micropaiements. Trois types d'offres se distinguent donc :

- l'abonnement : dix ou vingt titres par mois pour respectivement 8 € et 15,50 € TTC, ce qui porte le prix d'un titre à 0,77 € HT. L'abonnement représente à lui seul 52 % du CA ;
- la vente par lot : vingt titres pour 18 € et bientôt cinquante titres pour 44 €, pour permettre au client de s'affranchir des contraintes de la carte bancaire en ligne, en prépayant un lot de titres qu'il peut télécharger dans une période de trois mois ;
- la vente unitaire : qui permet donc au consommateur de ne pas s'engager, mais qui subit l'impact des commissions des solutions de paiement sur le prix de son produit.

Aujourd'hui ce site revendique tous les mois plus de 600 000 visites, avec un million et demi d'extraits écoutés et environ 60 000 titres achetés, à partir d'une base de 300 000 titres, qui correspond exactement au nombre de titres mis à disposition par

les maisons de disques sur le territoire français. Tous les genres musicaux sont représentés: pop, world, musiques de films, musiques pour enfants, jazz, classique, etc. Mais c'est le répertoire local qui fait 70 % du chiffre d'affaires, soit 10 % de plus que dans le monde physique. C'est sa spécificité française, la mise en avant continuelle de la production française qui constitue aujourd'hui l'un des points forts du site, qui attire une clientèle de 25 à 45 ans (il est à noter que la cible 15 à 25 ans, qui est la cible principale dans la vente de CDs physiques, est absente ou presque de la vente en ligne ayant choisi un autre canal de distribution, celui, gratuit, du *peer-to-peer*). Les clients d'«e-compil» sont également suréquipés de produits technologiques (80 % ont des graveurs de CDs, 15 % ont des baladeurs numériques contre 3 % pour la moyenne nationale).

«E-compil» est bien évidemment en faveur de l'interopérabilité des systèmes, néanmoins, elle ne nous semble pas suffisante: sans l'interopérabilité des machines, elle n'est pas conviviale pour le consommateur. Il faut en effet, qu'un titre téléchargé depuis un téléphone mobile puisse être transféré vers un baladeur numérique ou un PC sans contraintes. Il faut également qu'un consommateur puisse faire ses achats sur l'ensemble des sites de téléchargements de son choix, sans être lié à un seul pour des raisons techniques.

Concernant l'avenir du téléchargement légal, nous sommes confiants, dans la mesure où l'ensemble des mesures prises par le législateur, le syndicat du disque (attaques des pirates), les mesures gouvernementales (charte de juillet 2004) et l'arrivée d'un nombre sans cesse croissant des plates-formes légales sur la France (une quinzaine d'ici à début 2005 avec la Fnac, Virginmega, Carrefour, Auchan, Apple, Sony, Club-internet, etc.) permettront une forte visibilité de ce nouveau mode de consommation. Il est par ailleurs vraisemblable que se développe un mode d'hyper-distribution de la musique qui permettra de démultiplier les possibilités pour un consommateur d'acquérir de la musique de son choix, de stopper la chute du marché du disque et, enfin d'installer le marché légal de manière significative. Il nous semble par contre impossible, malgré la publication de nombreuses études, de préciser une date, certains facteurs comme le filtrage ou non du *peer-to-peer* ayant un impact très significatif, mais il semble acquis que ce nouveau mode de consommation est là pour durer.

## **Expérience de *peer-to-peer* légal pour la Cyberfête**

**par Xavier Filliol, coprésident de la Commission musique du groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)**

Cette année, il nous a semblé important de dépasser le simple débat juridique sur le *peer-to-peer* pour comprendre l'intérêt économique que peuvent présenter ces nouvelles technologies aux éditeurs en ligne. À ce jour, deux utilisations commerciales sont en cours de déploiement: le *peercasting* et la superdistribution.

Aussi, la Cyberfête se devait d'aborder cette problématique, en avant-première: l'idée était de proposer un système d'échange (Salon d'échange) respectant un cahier des

charges strict (sécurisation des échanges, traçabilité des contenus, répartition de bande passante ...) à travers une interface simple, ergonomique et robuste qui valorise la pratique amateur et le patrimoine dans son accessibilité et sa diversité musicale : chaque membre du Salon d'échange doit s'enregistrer (identifiant/mot de passe envoyé par e-mail) pour accéder au catalogue de contenu (musique, films, images ...), après téléchargement et installation du logiciel Utopeer.

Chaque membre du Salon peut également mettre à disposition tout type de contenus dont il détient les droits, dans le strict respect de la propriété littéraire et artistique.

L'injection de contenu dans le réseau est strictement contrôlée : l'artiste titulaire des droits phonographique/cinématographique (pratique amateur, autoproduits ...) doit soumettre son œuvre au comité de gestion des contenus de la Cyberfête. Celui-ci sera tatoué, haché et introduit dans le réseau privé avec un traitement éditorial sur le portail [www.cyberfete.net](http://www.cyberfete.net). Ce tatouage permet également de retirer un contenu du réseau, selon de choix de la licence d'exploitation donné par l'artiste.

Un outil de *reporting* est également prévu afin de tracer les échanges titre par titre.

En partenariat avec L8R Media, le Salon d'échange/Utopeer a trouvé sa place parmi un ensemble de rubriques à la fois ludiques, pédagogiques et participatives, proposées sur le portail sur [www.cyberfete.net](http://www.cyberfete.net), dont le principe est de placer l'internaute en situation de responsabilité, afin de mieux faire comprendre les enjeux du secteur culturel sur internet :

- des « chats » avec des artistes et des personnalités des industries culturelles et des nouveaux médias (B. Miyet, P. Devedjian, R. Donnedieu de Vabres, J.-P. Nataf, La Blanche) ;
- une interface permettant la diffusion de concerts/mix en ligne d'artistes internautes ;
- une « Blog Party »/spécial Fête de la musique.
- des jeux en ligne ;
- un FAQ sur la propriété littéraire et artistique dans le domaine de la musique (en partenariat avec PromusicFrance), l'image et la presse en ligne ;
- une sélection internationale de créations digitales et de sites étonnants à découvrir ...

Depuis 2000, le GESTE organise la Cyberfête, opération d'intérêt général, soutenue par les industries culturelles, les pouvoirs publics et les principaux acteurs de l'internet en France, pour promouvoir un internet libre et responsable.

Ses objectifs sont de :

- sensibiliser le public et les professionnels du secteur sur les possibilités offertes par les nouveaux médias, dans la pluralité d'une offre musicale ;
- montrer que les solutions juridiques et techniques permettant de faire de l'internet un espace musical respectant les droits de chacun sont en train d'être trouvées et mises en œuvre ;
- promouvoir les cinq principes de l'internet musical français qui reprennent, de façon précise, l'ensemble de ces aspects à travers la charte « Pour un internet libre et responsable » ;
- valoriser l'existant à travers des interfaces en ligne ludiques et participatives ouverte à tous.

### **Charte « Pour un internet libre et responsable » :**

- la liberté de créer et d'administrer des sites internet dans le respect de la « Netiquette » ;
- la liberté de mettre en ligne des contenus multimédia dans le respect de la législation, notamment en matière de propriété intellectuelle ;
- la liberté de promouvoir les artistes et les créateurs, et d'exploiter leurs œuvres en toute équité et loyauté, dans le respect de leur image, leur réputation et leur liberté d'expression ;
- la liberté de recueillir des informations des internautes en toute confidentialité et selon les dispositions légales ;
- la liberté d'inventer de nouveaux modes d'accès à la musique et de communication en défendant une pluralité musicale.

Comité de pilotage Cyberfête: Philippe Jannet, Xavier Filliol, Philippe Chantepie, Magda Danisz, Gilles Castagnac, Michèle Parade, Sophie Marin, Gilles Sansamat, Frédéric Goldsmith, Tariq Krim, Cyril Fievet, Stéphane Marcovitch.

Partenaires de la Cyberfête: DMDTS/ministère de la Culture et de la Communication, CNC, FCM, DRDJS, iRMA, ACDMF, SACEM, ADAMI, SNEP, SPPF, PromusicFrance, AFA.

## **Le projet Utopeer**

**par Tariq Krim, L8RMedia**

Alors que le débat sur le *peer-to-peer* prend une tournure particulièrement répressive (démarrage des procès, radicalisation des positions), il nous a semblé qu'il était possible de démontrer que le *peer-to-peer* est une des applications les plus prometteuses du web.

Les technologies paires à paires s'inscrivent dans une problématique de bien public. Au-delà de la polémique sur le bien-fondé de ces technologies pour alimenter le consommateur-citoyen en contenus culturels, c'est d'une architecture publique d'accès à l'information, la culture et l'éducation, aux données essentielles qui est en jeu.

Comment mettre en place une infrastructure de bien public, permettant au plus grand nombre d'accéder aux ressources, dans le respect des lois en vigueur, mais également dans le respect des valeurs de partage, d'indépendance que nous proposent les technologies pair à pair ?

Nous avons choisi volontairement d'écarter le juridique et l'économique de notre réflexion. Avec la Cyberfête et le GESTE nous avons décidé de mener ensemble cette expérience et de mener un triple défi.

### Défi technique

Le premier défi est celui de la technique: comment mettre en œuvre une plate-forme pair à pair ouverte, respectueuse des ayants droit mais également des utilisateurs.

Utopeer se base sur un *commons* numérique, un ensemble de métadonnées permettant l'accès à un catalogue de ressources et de données autorisées. Autrement dit, permettre aux utilisateurs du service d'échanger, en toute légalité des contenus dont les droits et les licences d'exploitations ont été validés et empêcher l'échange de contenus non autorisés.

Un ensemble de solutions innovantes ont été apportées de façon à permettre d'authentifier les relations et les échanges, dans le respect de nos convictions sur la vie privée et en l'absence de mesures techniques de protections. Nous avons souhaité travailler dans le respect des standards, c'est ainsi que les outils mis en œuvre pour cette solution s'appuie sur des techniques compatibles avec l'ensemble des réseaux.

Parce que nous pensons qu'un réseau pair à pair ne doit pas être qu'un outil d'échange mais également un réseau de connexions sociales, nous avons mis en place des outils permettant aux audionauts de se retrouver et de rencontrer au gré de leurs échanges et de leurs partages.

## Défi culturel

L'internet est le lieu où doivent ce côtoyer les contenus d'hier, de maintenant et de demain. À l'heure où le patrimoine mondial de nos cultures et notamment le cinéma, la musique et le livre sont de moins en moins accessibles au public, il nous a semblé important de proposer au téléchargement le meilleur des archives disponibles.

Les nombreux contacts établis avec les archives numériques dans le monde nous laisse à penser que ce que nous préparons en France sera également suivi dans d'autres pays. Mais il ne faut pas se limiter au domaine public, permettre à la nouvelle génération de créateurs de l'internet de s'exprimer et de se diffuser à travers des outils démocratiques que sont le *peer-to-peer* nous a semblé une exigence importante pour Utopeer.

## Défi social

Beaucoup de gens souhaite diviser les internautes quand aux chances et aux moyens d'accès à la culture : par des mesures techniques qui les obligent à acheter des baladeurs et ordinateurs hors de prix, par des politiques commerciales qui ne rendent pas possible la soif de découverte et la voracité culturelle.

Beaucoup de gens souhaitent également culpabiliser les utilisateurs sur les bienfaits d'un accès démocratique à la culture. Notre approche est différente : l'apprentissage des règles, par l'expérience, la démonstration. Le meilleur moyen de rendre les utilisateurs conscient des problèmes, c'est de les partager avec eux.

Avant, le *peer-to-peer* était perçu comme un chemin préférentiel pour la prison, avec Utopeer nous espérons permettre aux utilisateurs de réseaux de devenir les gardiens du temple de la culture numérique. Dès la fin de cette année, Utopeer ambitionne de mettre en partage les chefs-d'œuvre de la culture internet et les trésors oubliés du domaine public mondial.

Biens publics et biens privés coexisteront dans la sphère numérique. Chacun doit trouver son espace et responsabiliser son public.

## Le point de vue des consommateurs

par Frédérique Pfrunder, Consommation, logement, cadre de vie (CLCV)

Avec beaucoup de retard au regard du développement de l'internet et de sa démocratisation, les offres professionnelles de distribution de musique en ligne commencent aujourd'hui à se développer. Il existe sans aucun doute pour elles un véritable marché, les consommateurs étant de plus en plus équipés, et désireux de faire évoluer leur mode d'écoute et d'usage des œuvres culturelles en utilisant tous les moyens offerts par la technologie (transportabilité et transférabilité de sa discothèque, possibilité de créer ses compilations ...). On peut donc se réjouir de voir que les professionnels de l'industrie et de la distribution musicale ont enfin décidé de proposer aux consommateurs des moyens d'accéder à l'offre culturelle adaptée aux évolutions technologiques; cependant, on ne peut qu'être sceptique quant à leurs possibilités de développement tant qu'elles ne seront pas en mesure de répondre au moins aux exigences de base des consommateurs, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Quelles sont ces exigences ?

### L'interopérabilité

L'utilisation de formats propriétaires en termes de compression et de DRM, conduisant à segmenter le marché en fonction des équipements des consommateurs, est un frein considérable pour l'adhésion des consommateurs à de tels services. Ce qui semblait être une avancée (la suppression du support physique) se révèle finalement pour le consommateur être un recul, puisqu'il est obligé de choisir sa musique et celui qui la distribue en fonction de son équipement, ce qu'il n'a pas à faire dans le monde *offline*.

### La diversité de l'offre

Elle est pour l'instant très limitée; même l'offre en ligne la plus importante (au niveau français) reste inférieure à ce que l'on peut trouver chez un distributeur de grande ville, ou bien tout simplement sur un site de ventes de CDs en ligne. D'autre part, au-delà du nombre, ce que les consommateurs attendent, c'est aussi de pouvoir trouver autre chose que ce qu'ils trouvent chez leur disquaire « physique »: des labels indépendants, des vieux titres ... et pas uniquement le top des ventes. Si l'offre en ligne doit être la même, en un peu moins riche et l'interopérabilité en moins, que l'offre physique, on se demande qui irait l'utiliser et pourquoi ...

Il faut ajouter à cela la nécessité d'une offre de prix attractive et la mise à disposition de moyens de paiement adaptés; c'est probablement sur ces deux points que les efforts les plus importants ont déjà été faits. En ce qui concerne l'interopérabilité et la diversité de l'offre, les acteurs du secteur promettent des progrès rapides. On ne peut qu'espérer, pour eux comme pour les consommateurs, que ce soit le cas. Ce sont en tout cas des conditions nécessaires au développement de ces offres de distribution. Nécessaires, mais sans doute pas suffisantes.

Pourquoi? Parce que les offres de distribution en ligne doivent se faire une place nouvelle à côté de la distribution *offline* bien sûr, mais aussi à côté d'échanges *peer-to-peer*, qui, à notre avis, ne peuvent et ne doivent pas être éradiqués.

Ils ne peuvent pas être éradiqués parce que personne n'a jamais réussi à interdire les relations de voisinage, et les échanges d'œuvres culturelles entre voisins, et qu'aujourd'hui, grâce au réseau, le voisinage s'étend potentiellement au monde entier. Des technologies, des moyens de traçage, de filtrage, peuvent toujours être développés, mais ils seront contournés, et peuvent finalement avoir plus d'effets pervers en conduisant à rendre le réseau plus opaque, facilitant ainsi le développement d'activités beaucoup plus néfastes que l'échange d'œuvres culturelles.

Ils ne doivent pas être éradiqués parce qu'ils représentent un outil de diversité et d'enrichissement culturels, une source de créativité, un bénéfice de la mondialisation des échanges pour tous ceux qui y ont accès.

Autant de raisons pour lesquels nous sommes pour notre part favorables à un débat ouvert sur les moyens de permettre une juste rémunération des ayants droit dans le cadre des échanges *peer-to-peer* pour que ceux-ci, à côté des offres de distribution de droit exclusif soient aussi un moyen légal d'accès aux œuvres culturelles.

Cette cohabitation fait peur; elle paraît en effet osée, mais elle est certainement possible à condition que les offres de distribution sachent en faire plus:

- plus en termes de qualité et de sécurité: meilleure qualité d'encodage, facilité et rapidité de téléchargement, assurance d'un produit sain et intact (pas de virus) ...;
- plus de services, plus d'offres: des concerts en vidéo, des infos sur les artistes, leurs tournées, la mise en ligne de sites et d'offres ciblés avec la remise sur le marché de titres oubliés et/ou introuvables (certaines maisons de disques n'exploitant à ce jour qu'un infime pourcentage des titres produits) ...

Les offres de distribution «légales» en ligne ne peuvent se contenter d'être de simples répliques, parfois même inférieures, de l'offre *offline*. Les consommateurs attendent de l'innovation, de la valeur ajoutée, adaptée aux évolutions des usages et des potentialités offertes par la technologie et ils sont prêts à payer pour celle-ci. Pour l'instant, elle n'existe pas; la balle est maintenant plus que jamais dans le camp des acteurs du secteur.

## **La mise en ligne des catalogues musicaux**

**par Frédéric Goldsmith, directeur juridique du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)**

L'industrie phonographique et plus généralement les industries culturelles sont confrontées à un phénomène de mutation industrielle profond. Cette mutation, qui a lieu depuis plusieurs années sous l'impulsion à la fois des progrès de l'industrie informatique et de ceux des télécommunications, aboutit à une dématérialisation qui modifie notre vision de ce que seront les modes d'accès à la musique de demain.

Ces modes d'accès, nous n'avons qu'une faible idée de ce qu'ils pourront devenir grâce au développement de ces nouvelles techniques d'enregistrement et de transmission.

J'aimerais à ce sujet vous convaincre que c'est une idée fausse que de croire que cette mutation industrielle se confonde avec la piraterie.

L'internet est né avant la piraterie et continuera à se développer après elle. Faire croire que la piraterie est indispensable au développement de l'internet est une grave erreur, qui tend à figer la situation actuelle alors que l'évolution est en marche vers une mutation beaucoup plus globale d'un point de vue économique et technique, permettant de véritablement transformer les services au public, dans un cadre économique viable.

La situation est la même en ce qui concerne la téléphonie (transport de la voix) et il en ira de la sorte de tous les nouveaux modes de communication issus notamment de la convergence croissante des terminaux et des réseaux.

Les nouvelles technologies ne doivent pas être opposées à la création mais, au contraire, doivent être considérées comme venant au support de celles-ci. C'est la raison pour laquelle nous pensons que les technologies actuelles permettent d'ores et déjà et permettront encore davantage dans l'avenir de construire des outils de gestion des droits respectueux de la propriété littéraire et artistique, permettant ainsi le développement non contradictoire de l'internet et des secteurs de création.

En d'autres termes, l'avenir de la musique en ligne repose sur la négociation des droits et l'accès contractuel aux catalogues pour multiplier les services sur les contenus, selon les modalités librement consenties par les titulaires de droits, à la fois pour des raisons artistiques et économiques. C'est le mécanisme contractuel qui, seul, permet à l'initiative du titulaire de droits, de choisir entre des modes de communication au public profondément différents : mise à disposition commerciale ou de type « licence libre ».

D'ores et déjà, la mutation en cours oblige les intervenants des secteurs du contenu à se recentrer sur leur métier.

En particulier, les producteurs ont pour mission de financer les enregistrements des prestations des artistes, de commercialiser ces enregistrements sous de multiples formes et de développer la carrière de ces artistes.

Ce métier va connaître et connaît déjà une complexification fructueuse avec l'arrivée de nouvelles formes d'exploitation, à condition que celles-ci permettent un équilibre économique nécessaire au financement du secteur musical dans son ensemble.

La charte signée le 28 juillet 2004 avec les fournisseurs d'accès à l'internet et le gouvernement montre que désormais les objectifs des acteurs de l'internet peuvent converger avec ceux de l'industrie musicale. Quels que soient les intérêts en cause, en concluant cette charte, les signataires ont entendu manifester la nécessité de lutter contre la piraterie si l'on souhaite développer une (nouvelle) économie de services sur les réseaux électroniques.

La poursuite des infractions, à l'instar des mesures nécessaires au respect du Code de la route, est inévitable.

La mise en ligne des catalogues constitue également une priorité. Elle est en marche et ne s'arrêtera pas, et ce au prix de très importants investissements, aussi bien d'un point de vue juridique que technique pour la numérisation des catalogues.

Nous sommes certains à cet égard que ceux des artistes interprètes qui sont encore réticents à la mise en ligne de leurs prestations accepteront de plus en plus de lever leur opposition.

Bien entendu, une mutation de cette ampleur ne se réalise pas en quelques mois voire en une ou deux années mais prend le temps nécessaire à la réalisation d'investissements de tous ordres et à l'adaptation de l'état d'esprit des différents intervenants d'une chaîne économique. C'est la raison pour laquelle, il existe aujourd'hui un certain décalage entre les pratiques de piraterie et le temps de mise en place d'offres légales.

Bien que ce décalage se résorbe, il importe de faire des efforts notamment dans le domaine de la compatibilité des lecteurs portables de musique avec les offres légales sécurisées actuellement en place. La charte du 28 juillet 2004 mentionne expressément la nécessité, et nous espérons que cela se concrétise rapidement, d'une coopération entre les éditeurs de logiciels de lecture, les fabricants d'équipements et les plateformes de musique en ligne, pour avancer dans cette compatibilité, étant entendu que les travaux européens actuellement en cours sur le sujet doivent être encouragés.

Dans tous les cas de figure, les perspectives considérables qu'offrent la musique en ligne et sans doute bientôt la « vidéo à la demande », ne doivent pas aboutir à adopter des solutions tendant à entériner la piraterie actuelle pour en faire le modèle de demain. Je pense tout particulièrement à la fausse bonne idée de mettre en place un mécanisme de licence légale sur internet ou d'exception pour copie privée au titre du téléchargement.

Ce serait tout d'abord une très grave et même catastrophique erreur d'un point de vue économique puisqu'un tel mécanisme empêcherait toute possibilité d'adaptation du secteur de la création musicale, en figeant définitivement celui-ci dans un modèle aboutissant à une baisse inéluctable de ses revenus.

Ce mécanisme de licence légale sur internet ou d'exception pour copie privée au titre du téléchargement ne permet pas la rémunération des créateurs et des investisseurs dans la création, il ne permet pas non plus de faire vivre tout le circuit économique de la création et constitue une atteinte directe à la diversité en empêchant son renouvellement.

Le procédé forfaitaire de rémunération évoqué à partir du prix de l'abonnement d'accès à l'internet, aboutit à une baisse inéluctable de la rémunération des usages d'une œuvre. En effet, indexé non sur la valeur des contenus mais sur la valeur d'une prestation technique d'accès, la rémunération à l'œuvre baisse en proportion de l'augmentation du débit disponible pour ce forfait et donc du nombre d'œuvres pouvant être distribuées à partir dudit forfait.

Comment imaginer qu'un tel procédé, déniait toute valeur intrinsèque aux contenus, pour n'en faire qu'un accessoire de l'économie et des besoins des infrastructures, pourrait permettre une quelconque rémunération à leur juste prix des œuvres et enregistrements circulant sur les réseaux.

Ce n'est l'intérêt ni des secteurs de contenus, ni du public, qui verraient à terme la production nationale baisser car ne disposant plus des moyens nécessaires à son développement. Nous pensons que, notamment pour cette raison, ce n'est pas non plus l'intérêt des acteurs des télécommunications en France.

Sur le plan juridique, de telles formules, qu'il s'agisse de licence légale sur les échanges ou d'exception pour copie privée sur le téléchargement, seraient illégales au regard des textes internationaux ou européens, sans même mentionner leur caractère contradictoire avec les dispositions du Code de la propriété intellectuelle.

Ensemble ou séparément, elles seraient notamment contraires :

- à la convention de Berne de 1971 sur la protection des œuvres littéraires ou artistiques ;
- au Traité sur la propriété intellectuelle (TRIPS) inclus dans l'accord de l'OMC sur les services (GATS) de 1993 ;
- aux traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996 sur les œuvres, les prestations d'artistes et les phonogrammes ;
- à la directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information de mai 2001.

En effet, ces différents textes :

- protègent tous les actes de mises à disposition du public d'une œuvre ou d'un enregistrement sur internet, qu'il s'agisse de l'offre de cet enregistrement à partir d'un serveur sur internet (upload) ou de la transmission de cette œuvre ou enregistrement depuis ce serveur jusqu'au poste final de l'utilisateur (download) c'est-à-dire son téléchargement ;
- empêchent toute forme d'extension de l'exception pour copie privée à l'acte de reproduction sur le disque dur de l'utilisateur issu du téléchargement ; cette reproduction n'est autre que le dernier maillon du processus de « livraison » de fichier réalisé par le serveur, et porte atteinte à l'exploitation normale des œuvres ou enregistrements : elle se trouve nécessairement soumise à l'autorisation des ayants droit.

Une violation de ces textes aboutirait à placer la France, au niveau européen aussi bien qu'international, en conflit avec ses partenaires (qui, à l'échelon communautaire, ont pratiquement tous transposé la directive de mai 2001) et risquerait, par exemple, de provoquer la réunion d'un panel OMC sur le sujet de la copie privée en France, pays dont les tarifs dans ce domaine sont parmi les plus élevés au monde.

Les pouvoirs publics doivent donc poursuivre leur action en faveur d'un internet légitime, développé tout particulièrement à partir des acteurs locaux qui sont aussi bien ceux du contenu, que ceux de l'informatique et des télécommunications ou de la distribution en ligne.

Les modèles qui sont de nature à se développer sont ceux de plates-formes de téléchargement mais également de bases de données permettant la consultation à distance, ou de systèmes *peer-to-peer* respectueux des droits de propriété littéraire et artistique, sans compter les téléphones mobiles, GPRS ou UMTS, disposant de leurs propres systèmes de protection et de distribution.

Au final, le cercle vertueux des offres légales en ligne représente l'avenir de la création et des réseaux eux-mêmes. Les pouvoirs publics ont commencé à travailler en ce sens à travers la charte signée le 28 juillet dernier. Le Parlement aura l'occasion de poursuivre ce travail en complétant les dispositions du Code de la propriété intellectuelle par la transposition en droit français, avec rigueur et fidélité, de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Il faut espérer que ce texte soit examiné rapidement car la France est désormais l'un des derniers pays européens à la transposer.

## TABLE RONDE n° 5

### Le point de vue des politiques

#### **Intervention de Christian Vanneste, député, rapporteur du projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins à l'Assemblée nationale**

Le *peer-to-peer* est l'un des grands défis auxquels, le législateur, les auteurs, interprètes, producteurs, et distributeurs doivent répondre. C'est la possibilité, grâce à un logiciel d'échanger des fichiers gratuits. Cela présente quelques caractéristiques qui en font tout l'intérêt pour les utilisateurs mais aussi tous les dangers pour les professionnels des secteurs culturels de la musique, du cinéma, de l'édition et de la photographie ...

Comme le *peer-to-peer* touche principalement la musique et l'audiovisuel, ce phénomène a amené un véritable bouleversement car ces échanges sont gratuits. Il s'agit d'un nouveau mode d'échange qui n'a pas été tout de suite appréhendé par les industriels et les créateurs de ces secteurs.

En effet, quand on s'intéresse à la problématique du *peer-to-peer*, il est intéressant de constater l'évolution du marché de la musique et de l'utilisation du *peer-to-peer*. En 2003, on estime que près de 150 milliards de fichiers musicaux (contre 50 milliards vendus sur support physique), un milliard de films en DVD et 550 millions d'images ont été échangés sur les réseaux *peer-to-peer*. En France, le chiffre de 15 millions de téléchargement effectués par jour est avancé pour 2004.

Dans les quatre principaux pays équipés d'internet à haut débit, (USA, France, Royaume-Uni et Allemagne) la corrélation entre la baisse des ventes et le taux de pénétration du haut débit apparaît nettement. En France, depuis 2001, le marché est à la baisse. Le même phénomène est présent pour le domaine cinématographique à partir de 2002. Paradoxalement on constate que les consommateurs achètent moins de disques, mais ne consomment pas moins de musique. Ils tirent profit d'une nouvelle offre de contenus concurrente de l'offre disponible sur supports physiques.

Le gouvernement a déjà pris des dispositions contre le phénomène de piraterie, je pense notamment à la loi Perben II portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité du 9 mars 2004. Les sanctions pénales de la contrefaçon du droit d'auteur, du droit des marques et du droit des brevets d'invention sont plus sévères, la principale innovation de la loi consiste à augmenter le plafond maximum des amendes et la durée maximale d'emprisonnement. À ce sujet, il est à noter que le projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société d'information dans son article 13 assimile à un délit de contrefaçon «*le fait, en connaissance de cause, de fabriquer ou d'importer une application technologique, un dispositif ou un composant ou de fournir un service, destinés à faciliter ou à permettre la réalisation, en tout ou partie, du contournement d'une mesure de protection*».

Le débat sur la juridiction de l'internet s'est essentiellement concentré sur le maintien de la pertinence des frontières territoriales et de l'autorité des États pour édicter des lois sur le comportement des utilisateurs d'internet. La France se doit pour maintenir sa création culturelle et sa conception forte du droit d'auteur d'agir et d'agir rapidement. La réponse aux défis du *peer-to-peer* repose essentiellement sur la réponse qu'il peut être apportée au contrôle de la distribution des produits culturels au travers du réseau.

Je me suis rendu compte lors des auditions sur le projet de loi droit d'auteur et droit voisins dans la société d'information que face à la multiplication des contrefaçons réalisées sous couvert de copie privée sur les réseaux numériques, nombreux sont les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins à vouloir mettre en place des mesures de protection techniques de leurs œuvres, ainsi que les y autorise le droit communautaire et bientôt – je l'espère – le droit interne.

Néanmoins, et c'est le point sur lequel le législateur que je suis sera extrêmement vigilant, ces mesures de protection peuvent aboutir à supprimer toute possibilité de copie privée pour le public, voire à altérer le fonctionnement de certains supports sur lesquels sont enregistrés les œuvres acquies par les consommateurs.

Mon objectif premier sera d'arriver à concilier l'antagonisme entre les mesures techniques de protection décrites aux articles 6 et 7 du projet de loi, et le consommateur et le public; d'autant que le texte prévoit grâce à la création d'un collège de médiateurs, un dispositif juridique de règlement souple et rapide des éventuels litiges sur la compatibilité des mesures techniques de protection avec le respect de l'exception de copie privée.

L'industrie du disque n'a pas d'autres alternatives que de bâtir des modèles payants de distribution en ligne en réponse aux conséquences du *peer-to-peer*. Ceci suppose des investissements pour adapter les droits phonographiques au nouveau support (renégociation des contrats), ainsi que pour mettre en place les plates-formes de chargement. Je parie sur le développement à moyen terme de modèles payants comme réponse aux enjeux économiques. Mais pour être efficace, le législateur doit pouvoir garantir la viabilité économique de ces modèles en ne faisant aucune concession à la piraterie et à la contrefaçon.

D'autre part, la pédagogie me semble être un atout essentiel pour préserver les biens culturels. Je m'investis beaucoup sur ce point dans mon rapport pour la commission des lois de l'Assemblée nationale. S'il est vrai que «*l'on a tous un pirate chez soi*», il est temps d'informer les utilisateurs d'internet des nuisances à la fois économiques et en terme de création et de promotion des jeunes artistes induites par le développement du *peer-to-peer*.

Le temps doit être révolu où les pouvoirs publics afin de rattraper les retards français en équipements informatiques et en connexion internet permettaient aux fournisseurs d'accès de communiquer sur la facilité et la rapidité du haut débit pour capturer de la musique, du cinéma ou des images ... et permettaient également aux industriels de l'informatique de promouvoir leurs matériels équipés du dernier graveur permettant d'enregistrer ces biens culturels. De telles promotions ne peuvent se reproduire

aujourd'hui car elles ont malheureusement induit chez le consommateur la notion de gratuité du « bien culturel téléchargeable ».

Il faut donc rappeler aux 15 à 30 ans que la copie privée est une tolérance, que le téléchargement gratuit d'œuvres culturelles sur internet n'est absolument pas un droit acquis et qu'il s'oppose même à la notion intrinsèque de droit d'auteur, et qu'aujourd'hui, les internautes peuvent profiter des sites vendant de la musique en ligne à des prix raisonnables.

C'est sur ces bases que je souhaite débiter la discussion générale lors de l'examen du projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société d'information.

## **Intervention de Christian Paul, député de la Nièvre**

« La société de l'information en quête d'un projet »

La révolution numérique est d'abord faite d'innovations technologiques et d'usages quotidiens. Ce n'est pas un autre monde, c'est notre monde. L'internet, le téléphone mobile, les objets du nomadisme moderne, mais aussi les services en grand nombre accessibles par tous et partout ont façonné notre environnement dès la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Pour le meilleur et pour le pire, cette mutation est aussi une révolution industrielle, qui transforme le travail et l'entreprise, et génère de nouvelles filières. Les conditions de la création culturelle, de la diffusion des œuvres en sont profondément transformées.

Si chacun mesure le chemin ainsi parcouru depuis moins de dix ans, la société de l'information reste en panne de projet politique. Passer de la société de l'information à la « cité numérique » impose que nos valeurs d'égalité et de liberté y prennent toute leur place. Quelques réponses, qui sont au cœur du débat public : accès à la culture et aux savoirs, extension du domaine des biens publics, déploiement des réseaux numériques, loin d'être des débats techniques, construisent déjà le socle d'un véritable manifeste politique.

### L'avenir de la culture

L'avenir de la culture, la défense des créateurs ne passent pas par la chasse aux « pirates » sur l'internet. La croisade contre le « piratage » des œuvres musicales et cinématographiques, c'est le Prozac des industries culturelles en crise, qui investissent plus dans d'interminables guérillas juridiques que dans leur adaptation urgente à l'univers numérique. Prendre l'internet en otage serait la pire réponse à cette crise. « Droit d'auteur » contre « piratage » : trop simple !

Faut-il en effet criminaliser les pratiques de millions d'internautes qui accèdent à la musique sur le réseau ? Pourquoi transformer leurs fournisseurs d'accès en shérifs privés ? Comment tirer les leçons de la révolution numérique sans être accusé d'abandonner les créateurs, les auteurs, les interprètes ? Le débat public qui s'enflamme ces temps-ci fait apparaître des enjeux politiques trop longtemps refoulés. Là

où beaucoup rêvaient d'un consensus bien ordonné, émergent désormais des intérêts et des conflits que la puissance publique n'a pas appris jusqu'ici à réguler. Il y a donc urgence à éclairer les choix démocratiques.

Prenons-en acte: la révolution numérique modifie brutalement les modèles économiques des industries culturelles. On imagine la stupeur des moines copistes devant l'irruption de l'imprimerie ... C'est la situation des majors de l'industrie du disque d'aujourd'hui.

D'abord, tous les économistes en conviennent, en modifiant la chaîne de création, de production et de diffusion, la mutation technologique transforme le rôle, la valeur ajoutée et le bénéfice de chacun, pour le cinéma et encore plus pour la musique. Pour les œuvres musicales, en effet, les technologies numériques rendent possibles la copie multiple sur des supports vierges, le stockage sur des baladeurs et des disques durs, l'achat en ligne sur des plates-formes ou des portails, ou encore, grâce à ceux-ci, l'écoute gratuite et légale. Demain, le déploiement des réseaux à haut débit étendra au cinéma ces bouleversements dont le DVD n'est qu'une première étape. Ensuite, les pratiques qui chamboulent aujourd'hui le marché de la musique et réduisent ses ventes résident dans les réseaux d'échange direct de fichiers musicaux « de pair à pair » *peer-to-peer*. Ces téléchargements concernent en France des millions d'internautes et quelques centaines de millions sur le réseau mondial. Plus encore, là où Napster concernait seulement les fichiers musicaux, les logiciels *peer-to-peer* permettent de télécharger tous les contenus numériques (vidéo, images, logiciels, jeux, etc.).

Ces usages de masse, dont le développement s'accélère et qui font partie de la vie quotidienne de millions d'Européens, obéit à plusieurs logiques qui ne se limitent pas à un effet d'aubaine. Le consommateur n'est pas dupe. Il sait ou devine que dans l'univers numérique, la chaîne de production et de diffusion change et que les coûts sont comprimés. Il résiste aux excès du marketing musical et au durcissement de la protection des droits. C'est pourquoi paraissent dérisoires les batailles d'arrière-garde purement juridiques ou techniques, les guerres de retardement face à des évolutions irrésistibles dont on mesure encore à peine les effets.

La dernière trouvaille technique réside dans le verrouillage des CD, les rendant illisibles pour une partie des lecteurs. La dernière parade juridique prend la forme d'amendements flibustiers à la loi sur l'économie numérique. Sans rien protéger, ils provoquent des dégâts collatéraux et: dénaturent l'internet français sans apporter de réponses.

Pour autant, la liberté de l'internet n'est pas le culte de la gratuité totale. Réaffirmons-le, il n'y a pas de création culturelle sans rémunération des artistes. Quelles sont les responsabilités de chacun, celles des citoyens, des acteurs du marché et celle du législateur? D'abord, nous devons refuser les « lignes Maginot numériques », les bricolages improvisés sous la pression d'intérêts particuliers au mépris de la recherche d'une voie juste et équilibrée. Pour cela, il est impératif de provoquer de vrais choix publics, sans renvoyer aux catacombes des millions d'utilisateurs de Kazaa. Ensuite, nous devons reconnaître, négocier et défendre une pluralité de modes de rémunération et les régulations juridiques pour les accompagner. Les pistes sont nombreuses. L'objectif: la légalisation du *peer-to-peer* et des échanges de musiques sur le net. De

la crédibilité de ces réponses alternatives et déjà émergentes pour la rémunération des créateurs dépend la culture dans la cité numérique. Rien n'oblige à renoncer à des systèmes mutualisés de répartition des droits, à condition de les moderniser et de les alimenter.

La redevance pour copie privée (sur les CDs ou d'autres supports numériques de stockage) a déjà permis d'expérimenter une nouvelle forme de répartition des droits. L'extension de la licence légale, à laquelle deux sociétés de gestion des droits des artistes interprètes se sont ralliées, va dans le même sens.

L'adaptation de l'offre marchande doit être vigoureuse, en insistant sur la qualité des services et l'innovation. La première mesure aurait dû depuis longtemps proposer une offre commerciale attractive, complète, à prix raisonnable, de musique en ligne et greffant des services sur les contenus, comme y invite l'économie numérique dans tous les secteurs. Le recours à des rémunérations forfaitaires ou à des abonnements (les radios libres ont soutenu la musique, Canal+ n'a pas tué le cinéma...) participe de cette attractivité. Mais chacun le perçoit, il faut aller plus loin. En reconnaissant que des formes nouvelles de production voire d'autoproduction ne cessent de se développer sur les réseaux, rompant la chaîne des intermédiaires traditionnels, et en offrant même à une partie des artistes la possibilité d'être mieux diffusés et rémunérés. En rappelant que la liberté essentielle de l'artiste, c'est aussi de choisir son mode de diffusion. Désormais, les canaux sont multiples. La diversité culturelle en sera renforcée. La révolution numérique ne change pas seulement la diffusion des biens culturels, elle transforme radicalement la création et l'économie de la culture dans son ensemble.

## Logiciels libres ou monopole des idées

L'incohérence de l'action gouvernementale, en matière de numérique témoigne d'une schizophrénie stupéfiante. Cette situation pourrait prêter à sourire si la contradiction entre les actes et les grands principes affirmés n'était pas sans conséquences désastreuses à la fois pour les citoyens et pour l'économie. Lorsque, dans le cadre de la réforme des systèmes informatiques de l'État, le gouvernement annonce son intention de recourir, au cas par cas, à des logiciels libres (logiciels librement utilisables, étudiables, modifiables et redistribuables), il ne justifie ainsi son choix que par les simples économies financières qu'il en espère, alors que les bénéfices prouvés du logiciel libre sont ailleurs et que toute migration d'ampleur implique toujours un coût important dans un premier temps. Garantir la pérennité, la transparence et la maîtrise de nos systèmes d'information, et donc l'indépendance informationnelle de la France et de ses citoyens, est une nécessité : c'est le prix de la démocratie. L'enjeu ne se réduit pas à de simples réductions tarifaires !

On est d'autant plus tenté de le croire au vu de l'attitude de la France dans le processus d'élaboration de la directive « brevet logiciel ». Rompant avec la position du gouvernement de Lionel Jospin (et reniant une promesse de campagne du candidat Chirac ...), la France s'est, en effet, depuis mai 2002 constamment prononcée en faveur de la brevetabilité du logiciel et des méthodes commerciales. Or, un tel dispositif de confiscation intellectuelle, plaquage maladroit de principes hérités de la première révolution industrielle à l'ère informationnelle, constitue un danger mortel

non seulement pour le logiciel libre mais aussi pour toutes les petites et moyennes entreprises du secteur du logiciel. L'insécurité juridique résultant de l'octroi d'un tel monopole sur les idées plutôt que sur leurs concrétisations, les logiciels, protégées par le droit d'auteur, menace terriblement l'industrie européenne. S'efforcer, par l'institution de ce dispositif inepte, de livrer pieds et poings liés les développeurs de l'Union aux mastodontes américains du secteur est à la fois destructeur d'emplois et en totale contradiction avec la volonté affichée d'investir dans la « société de l'intelligence ».

## Les biens publics à l'âge numérique

Cet effort pour bâtir de nouvelles règles du jeu se double d'une revendication appelée à devenir notre manifeste politique: bâtir une coalition des biens publics informationnels. Sur d'autres fronts que la création culturelle (les brevets, les logiciels, les médicaments ou les semences agricoles ...), la question de la propriété intellectuelle et des biens communs est également devenu un enjeu politique majeur. Dans la cité numérique, faisons reconnaître une place immense pour l'accès libre aux savoirs, pour de la gratuité et pour des contenus publics. Une part conséquente du patrimoine culturel en fait d'ores et déjà partie. Le mouvement pour le logiciel libre a conquis sa place. Oui, je crois comme l'économiste Daniel Cohen, que « *la propriété intellectuelle rompt avec le schéma de la propriété tout court* ».

La question omniprésente aujourd'hui de l'accès aux réseaux à haut et très haut débit offre également un champ nouveau pour définir la ligne de partage entre le marché et l'intervention publique. Tout indique que le libre jeu des opérateurs privés, historique comme France Télécom (mais France Télécom relève majoritairement d'actionnaires privés depuis septembre 2004 ...) ou émergents ne permettra pas avant longtemps de réaliser la couverture numérique universelle, pour tous et au meilleur prix. Dès lors, l'intervention publique, celle de l'État garant de la solidarité des territoires et de l'absence de monopole privé, comme celle des collectivités locales, trouve sa légitimité.

Demain, les réseaux, en France et ailleurs, relèveront d'un service public local ouvert à de multiples opérateurs. Loin d'un débat technique, il s'agit d'un enjeu stratégique et d'un choix politique majeur. C'est dire que la société de l'information nous invite, souvent dans l'urgence à revisiter les principes fondateurs de notre engagement: l'égalité réelle d'accès aux savoir et à la culture, le partage entre biens publics et économie de marché ou l'équilibre à construire entre les libertés nouvelles et les nécessaires régulations.

## **Intervention de Michel Thiollière, sénateur, rapporteur du projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins au Sénat**

Mesdames, Messieurs,

Je tiens tout d'abord à féliciter le Forum des droits sur l'internet qui a pris l'heureuse initiative d'organiser cette journée de débats très intéressante.

Comme chacun d'entre vous, j'ai été très impressionné par la variété des intervenants et par la tenue des propos qu'ils ont exprimés.

Je puis les assurer que les arguments qu'ils ont avancés alimenteront la réflexion que le Parlement a engagée sur ces questions puisque, comme vous le savez, nous sommes actuellement saisis d'un projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Bien entendu, comme cette réflexion est en cours, je ne puis, à l'heure actuelle préjuger des conclusions auxquelles elle aboutira, et, en qualité de rapporteur de la commission des affaires culturelles sur ce texte, je ne puis me permettre d'anticiper sur les positions que celle-ci prendra lorsqu'elle se réunira pour se prononcer sur ce projet de loi et sur les amendements qu'il conviendra de lui apporter.

J'imagine que mon collègue Christian Vanneste qui est rapporteur pour l'Assemblée nationale, se trouve un peu dans une situation identique, même si, le texte étant d'abord inscrit à l'ordre du jour du Palais-Bourbon, il est sans doute plus avancé que nous dans sa réflexion.

Quoi qu'il en soit, je crois qu'il est possible au vu des premières auditions auxquelles nous avons procédé, et de nos diverses sources d'informations, de tracer les grands axes de la problématique qui doit nous guider dans notre réflexion.

Tout le monde convient aujourd'hui que la numérisation des œuvres, et l'explosion de leur diffusion qu'elle autorise, grâce à l'internet, ont commencé de bouleverser sinon les grandes notions juridiques de notre droit d'auteur du moins les conditions de sa mise en œuvre.

Face à ce contexte changeant, et qui n'a certainement pas fini d'évoluer compte tenu du rythme auquel se succèdent les innovations technologiques, nous devons, je crois, commencer par prendre une vue large des buts fondamentaux que nous devons nous assigner.

Ces buts fondamentaux sont au nombre de deux.

Le premier – il s'agit, bien entendu, d'un ordre d'exposition, et non d'une hiérarchie des priorités – consiste à assurer la meilleure diffusion possible des œuvres et de la culture.

Tout d'abord, parce qu'elle contribue, au plan mondial, au rayonnement de notre civilisation, et constitue un des leviers de notre politique en faveur de la diversité culturelle. Ensuite, parce qu'une des priorités la plus consensuelle de notre politique culturelle intérieure est de permettre l'accès du plus grand nombre à la culture. Cette politique répond d'ailleurs à une véritable attente du public qui considère qu'il

existe, aujourd'hui, un «droit à la culture». Enfin, parce que les auteurs eux-mêmes sont intéressés à ce que leurs œuvres connaissent la meilleure diffusion possible. Chez certaines catégories d'auteurs – je pense en particulier aux chercheurs – la diffusion de leurs travaux, et la contribution qu'elle peut apporter à leur notoriété, et à la progression du savoir l'emporte de très loin, semble-t-il, sur toute exigence de rémunération.

Or je crois que tout le monde se rend bien compte du levier extraordinaire que constitue l'internet et au sein de celui-ci, le *peer-to-peer* pour la diffusion du savoir et de la culture.

Je crois qu'il n'est pas exagéré de penser que la numérisation qui permet de traiter du texte, de l'image ou du son, voire les trois simultanément, puis de les dupliquer à l'infini est susceptible de susciter en matière de diffusion culturelle un changement de paradigme aussi important que celui qu'a constitué l'invention de l'imprimerie pour «la galaxie Gutenberg».

C'est une tendance générale qui est très positive et que nous aurions tort de chercher à enrayer – le pourrions-nous, d'ailleurs, sans nous marginaliser dans un réseau mondial? – même si le *peer-to-peer* qui constitue une de ses applications les plus prometteuses, permet «aussi» – d'autres diront «en premier lieu» – de télécharger des fichiers illégaux.

Cela nous conduit à notre autre objectif fondamental : celui d'assurer la protection des droits légitimes des auteurs et de leurs partenaires dans la chaîne de la création culturelle. Une étude du CERNA a montré que les utilisations du *peer-to-peer*, qui permettent de contourner les droits de propriété intellectuelle, engendrent une dynamique de transfert d'utilité des industries du contenu – les industries culturelles – vers les industries des réseaux et en particulier celles de l'accès à internet. Même si d'autres études ont contesté, ou à tout le moins relativisé l'ampleur du dommage causé, je crois qu'on ne peut laisser perdurer une situation dans laquelle les auteurs et les ayants droit seraient privés de la rémunération à laquelle ils ont droit sur l'exploitation de leurs œuvres et de leurs travaux. Ce serait à la fois contraire aux fondements de notre droit interne de la propriété intellectuelle, ainsi qu'aux engagements internationaux que nous avons pris avec les traités de Berne, de Rome, ou ceux de l'OMPI.

Un appauvrissement des acteurs de la culture – auteurs et industries – ne pourrait en outre que saper notre politique en faveur de la création et de la diversité culturelle.

La difficulté à laquelle nous sommes confrontés est donc la suivante : comment remédier à l'incapacité dans laquelle se trouvent aujourd'hui les auteurs et les ayants droit à faire respecter leur monopole et leurs droits exclusifs.

Un certain nombre de réponses partielles ont déjà été apportées par des lois récentes : je pense en particulier à la loi du 6 août sur la protection des données à caractère personnel, à la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ainsi qu'à la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques.

Le projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins que nous devrions prochainement examiner, comme la directive européenne de mai 2001 dont il assure la transposition, met l'accent, pour sa part, sur la protection des dispositifs techniques.

En limitant ainsi les possibilités de copie, on espère tarir à la source les téléchargements illicites.

La grande question qui se posera alors sera celle de l'avenir de l'exception pour copie privée. On sait que celle-ci se rattache à l'article L. 122-5-2° du Code de la propriété intellectuelle qui fait échapper au monopole de l'auteur «*les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé des copistes et non destinées à une utilisation collective*».

Toutefois le développement de la copie analogique sonore et audiovisuelle dans les années quatre-vingt a conduit le législateur à prendre acte de l'impossibilité pour l'auteur d'exercer un contrôle sur ces reproductions, et à lui garantir, en contrepartie, une rémunération financière.

L'arrivée du numérique rouvre aujourd'hui un débat aux dimensions multiples :

- dimension technique: les nouvelles techniques de gestion numérique des droits (DRM) permettent-elles d'envisager un certain nombre de cas de retour aux droits exclusifs? Dans le cas contraire, faut-il envisager une extension de la rémunération pour copie privée, ou une nouvelle forme de licence légale?
- dimension juridique: l'exception pour copie privée doit-elle rester ce qu'elle est aujourd'hui – une simple tolérance – ou faut-il envisager de la faire évoluer vers un droit véritable?

La directive européenne laisse en ce domaine une certaine marge de manœuvre au législateur national.

La voie reste cependant étroite car le législateur doit aussi tenir compte des dispositions des traités ratifiés qui, je le rappelle, ont dans notre Constitution une force juridique supérieure à celle des lois. Je pense en particulier au «triple test» de la convention de Berne qui subordonne à trois conditions la validité d'une exception au droit d'auteur :

- celle-ci doit être réservée à des cas spéciaux;
- elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre;
- elle ne doit pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Des dispositions législatives qui outrepasseraient ces «garde fous» risqueraient de se trouver privées de tout ou partie de leur contenu pratique, notamment à l'occasion d'un contentieux.

Ce droit en «trompe l'œil» pourrait alors entraîner un découplage entre la rémunération pour copie privée qui continuerait d'être perçue sur les supports, et la portée de l'exception pour copie privée, qui se trouverait réduite en pratique.

Un récent arrêt du tribunal de grande instance de Paris montre qu'il ne s'agit pas d'une simple hypothèse d'école.

Tels sont quelques-uns des points sur lesquels je souhaitais attirer votre attention pour la suite de notre débat.



## Les autres publications du Forum des droits sur l'internet disponibles en ligne

15 juin 2004 – Dossier «loi pour la confiance dans l'économie numérique»  
<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=734>

16 juin 2004 – Dossier «Les moyens de la lutte contre les moyens d'expression  
raciste, antisémite, ou xénophobe sur l'internet»  
<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=819>

24 septembre 2004 – Dossier «État des lieux sur le *peer-to-peer* et la musique en  
ligne en France»  
<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=797>

18 octobre 2004 – Dossier «Loi informatique et libertés : un nouveau cadre juridique  
pour le traitement des données à caractère personnel»  
<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=810>

3 décembre 2004 – Synthèse du forum de discussion «Racisme, xénophobie et anti-  
sémitisme sur l'internet : que faire ?»  
<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=824>

### **Les publications du Réseau européen de corégulation de l'internet**

3 juin 2004 – *Child protection on the internet: Preventing the exposure of children to  
harmful content*  
<http://www.internet-coregulation.org>



Quatrième partie

# **Les perspectives de l'année 2005**



## **Les perspectives de l'année 2005**

### ***Isabelle Falque-Pierrotin***

L'évolution technologique, l'arrivée des réseaux haut débit et la mise en place, par le gouvernement, d'une politique active de construction de la confiance sur internet ont entraîné le développement de l'équipement et de l'usage de l'internet en France.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) et la loi relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels ont su fixer un cadre juridique à l'internet, clarifiant les obligations pesant sur les prestataires et renforçant la protection du consommateur dans ses échanges électroniques.

Pour autant, ce contexte favorable ne doit pas masquer les zones d'ombre: la cybercriminalité, le *spam*, la lutte contre la pédopornographie, la protection de la vie privée, et plus largement la question de la régulation de l'internet continuent de se poser.

En 2005, le Forum entend continuer à jouer son rôle de régulateur, à la fois au niveau national à travers ses travaux de concertation, ses actions de sensibilisation du public et la médiation, mais aussi au plan international avec le réseau de corégulation de l'internet.

### **Les objectifs 2005 du Forum des droits sur l'internet**

#### La concertation

Des groupes de travail créés en 2004 sont en cours et remettront leurs travaux courant 2005 sur les thèmes suivants:

#### **Pédo-pornographie et pédophilie sur l'internet**

L'objectif de ce groupe de travail est d'établir l'état des lieux des connaissances de ces phénomènes et de proposer un plan d'action pour mieux protéger les jeunes usagers du réseau. La recommandation sera rendue publique en janvier 2005.

#### **Publicité en ligne**

Les principaux thèmes abordés par ce groupe sont ceux de la responsabilité des acteurs de la publicité, des liens commerciaux, des *adwares*, du profilage et de l'affichage des mentions légales. La sortie de la recommandation est prévue au premier semestre 2005.

## **Conservation électronique des documents**

Ce groupe réunit les acteurs clés français intervenant dans l'archivage (juristes et techniciens, représentants des pouvoirs publics et du secteur privé). Mené conjointement avec la Mission économie numérique, il remettra ses travaux dans le courant de l'année 2005.

## **Relations commerciales entre particuliers**

Ce groupe examine le champ d'application du droit de la consommation et s'intéresse à la protection du consommateur face à ce nouveau type d'usages. Il remettra ses recommandations à Christian Jacob, ministre délégué aux Petites et Moyennes entreprises, au Commerce et à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation au printemps 2005.

## **L'observatoire Cyberconso**

L'Observatoire Cyberconso publiera les résultats de son enquête sur le paiement en ligne. Certains sujets qu'il aura identifiés pourraient faire l'objet de groupes de travail au sein du Forum.

De nouveaux groupes de travail verront le jour en 2005, sur les questions de commerce électronique, d'usages de l'internet, de responsabilité des points d'accès publics, de santé en ligne.

D'autres groupes de travail pourront être créés en 2005, en fonction de l'actualité, de la saisine des pouvoirs publics ou des demandes des membres.

## **L'information et la sensibilisation**

### **Organisation d'un débat public sur la carte nationale d'identité électronique**

Le ministère de l'Intérieur a demandé au Forum des droits sur l'internet d'organiser un débat public sur le projet de carte nationale d'identité électronique (CNIE) au cours du premier semestre 2005. Ce projet, qui prévoit notamment l'inscription de données biométriques sur la carte d'identité, peut susciter des interrogations, voire des inquiétudes auprès de la population. Il est opportun de recueillir l'avis des Français à ce sujet ainsi que leurs propositions sur les modalités pratiques de mise en œuvre du service. Réalisé en collaboration avec le ministère de l'Intérieur, ce débat se déroulera de février à mai 2005, en ligne, mais aussi sous la forme de débats publics régionaux, en présence des principaux acteurs concernés (administrations, entreprises, utilisateurs).

Une synthèse des témoignages recueillis sera présentée au ministre de l'Intérieur en juin 2005.

## De nouveaux guides pratiques

Le Forum des droits sur l'internet a été mandaté fin 2004 par le ministre de la Culture et de la Communication Renaud Donnedieu de Vabres et le ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche François Fillon, pour réaliser un guide dans le but de sensibiliser les jeunes internautes aux **enjeux de la création artistique**. Ce guide pratique est dans la continuité des travaux menés par le Forum des droits sur l'internet depuis juin 2003 sur les questions de propriété intellectuelle et est attendu pour le premier trimestre 2005.

Dans la continuité des travaux entrepris sur le télétravail, le Forum se propose d'élaborer courant 2005 un **guide pratique sur le télétravail** à destination des entreprises et des salariés (informations juridiques, ergonomiques, pratiques ...).

## Renforcement du programme d'événements

En 2005, le Forum entend développer ses événements, notamment vis-à-vis de ses membres. De nouveaux événements ouverts au public verront le jour dans une optique de sensibilisation renforcée sur les enjeux sociétaux de l'internet.

### La médiation

Compte tenu du succès enregistré par le service MédiateurDuNet.fr depuis son ouverture au grand public en septembre 2004, il est nécessaire de mettre en place des moyens complémentaires, humains et financiers pour maintenir le niveau de qualité d'un réel service rendu au public. L'équipe des administrateurs d'affaires interne au Forum sera donc renforcée en 2005 et un soutien complémentaire sera accordé par les pouvoirs publics.

### La coopération internationale

Une réunion des membres du réseau européen de corégulation de l'internet se tiendra à Milan en mai 2005.

Le réseau rendra publics deux rapports en 2005.

Un premier rapport, sur la gouvernance de l'internet, viendra alimenter les réflexions du groupe de travail de l'ONU et le second sommet mondial de la société de l'information.

Un second rapport sera publié à l'été 2005 sur «la protection des mineurs et la téléphonie mobile».



# Table des matières

<b>Sommaire</b>	3
<b>Préface</b>	5
<b>Le public, au cœur de l'internet et du Forum des droits sur l'internet</b>	7
<b>Le Forum des droits sur l'internet en 2004</b>	9
<b>Fonctionnement du Forum en 2004</b>	9
<i>Une équipe renforcée</i>	9
<i>Des ressources financières consolidées</i>	9
<i>Des organes dirigeants actifs</i>	10
<b>Missions du Forum des droits sur l'internet</b>	10
<i>Les actions de concertation entre les acteurs publics et privés sur les enjeux juridiques de l'internet</i>	10
Avis sur les projets de lois relatives à l'internet ou projets de décrets	10
Les recommandations des groupes de travail	11
<i>Les actions d'information et de sensibilisation</i>	12
L'évolution du site foruminternet.org	12
L'évolution du site DroitDuNet.fr	12
Les événements	12
La publication de guides pratiques	13
<i>L'ouverture du service de médiation MediateurDuNet.fr</i>	13
Une demande soutenue	13
Un réseau de relations étroites tissé avec les principaux acteurs marchands de l'internet	14
Un comité de suivi pour piloter l'évolution du service	14
<i>La coopération internationale à travers le réseau européen de corégulation de l'internet</i>	14
<b>Annexes</b>	15
Composition du Conseil d'orientation au 15 juin 2004	15
Composition du Conseil de surveillance au 30 avril 2004	15
Les adhérents du Forum des droits sur l'internet au 31 décembre 2004	16
<b>Les nouveaux enjeux de droit et de société en 2004</b>	18
<b>Le phénomène du <i>peer-to-peer</i></b>	18
<i>Le renforcement du dispositif répressif</i>	19

<i>L'action infructueuse des ayants droit contre les sociétés éditrices de logiciels de partage de fichiers</i>	20
<i>L'action des ayants droit contre les utilisateurs : premières condamnations</i>	21
<i>Les difficultés des ayants droit face aux fournisseurs d'accès, détenteurs des éléments d'identification des internautes</i>	22
<i>Le développement d'actions de sensibilisation</i>	23
<i>Les réponses au débat sur la copie privée</i>	23
<b>Le développement de l'administration électronique</b>	25
<i>La généralisation des expériences de vote électronique</i>	26
<i>Le processus de dématérialisation du Journal officiel est engagé</i>	29
<b>Le commerce électronique</b>	30
<i>La poursuite de la lutte contre le spamming</i>	32
<i>Le phénomène des ventes aux enchères entre particuliers</i>	35
<b>La vente de produits et les activités réglementées</b>	36
<i>La vente d'alcool et des produits du tabac</i>	36
<i>Le développement des « e-pharmacies »</i>	37
<i>Les casinos en ligne</i>	38
<b>La protection juridique des noms de domaine</b>	40
<i>L'évolution de la réglementation des noms de domaine en .fr</i>	40
<b>La lutte contre la cybercriminalité</b>	42
<i>La préparation du nouveau régime de conservation des données de connexion</i>	44
<i>La responsabilité des acteurs de l'internet</i>	45
<b>Internet au travail</b>	50
<i>L'utilisation des nouvelles technologies au sein de l'entreprise toujours en question</i>	50
<i>Réforme des modes d'expression des syndicats</i>	51
<i>L'encadrement des offres d'emploi en ligne</i>	53

Première partie

**RECOMMANDATIONS 2004  
DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET** 55

**Les enfants du net (I) : l'exposition des mineurs aux  
contenus préjudiciables sur l'internet** 57

**Introduction** 57

Chapitre I

**État des lieux de l'exposition des jeunes  
aux contenus violents, pornographiques  
et attentatoires à la dignité humaine sur l'internet** 60

**Une exposition croissante et mal maîtrisée** 60

*L'accès des jeunes à l'internet* 60

*Un média désormais « indispensable » aux jeunes* 61

La communication au cœur des usages 61

Les promesses de l'internet mobile 61

*Une mauvaise perception des enjeux* 62

**Les contenus et usages à risques** 62

*La diffusion de contenus de nature violente, pornographique et attentatoire à la  
dignité humaine sur le réseau* 63

*Les modes d'accès aux contenus pornographiques et violents et l'exposition  
parfois involontaire des mineurs* 64

Résultats de recherche 66

Cybersquatting et contrefaçon de marques 67

Publicité 67

Messages électroniques non sollicités : spam 69

**les effets controversés de l'exposition des mineurs  
aux contenus violents et pornographiques** 70

*Les effets de l'exposition à la violence médiatique* 70

*Le cas des messages et contenus pornographiques* 71

**Examen critique des réponses juridiques, techniques et pédagogiques en France, en Europe, et au plan international** 73

**Les dispositifs juridiques destinés à encadrer la diffusion en ligne de contenus préjudiciables aux jeunes publics** 73

*L'encadrement législatif et administratif de la diffusion de contenus préjudiciables aux mineurs sur internet en France* 73

L'article 227-24 en débat 73

Responsabilité des intermédiaires techniques 76

Responsabilité des parents 77

À la différence d'autres médias, l'internet ne fait pas, en France, l'objet d'une régulation spécifique au support 78

*L'Union européenne : l'autorégulation avant tout* 80

Du « Livre vert » de 1996 à la recommandation de 1998 81

Le plan d'action pour un internet plus sûr (Internet Action Plan) 82

Au-delà des contenus préjudiciables 84

*La situation dans quelques États européens* 84

Allemagne 85

Royaume-Uni 86

Belgique 86

Italie 86

*Quelques éléments de comparaison internationale* 87

États-Unis 87

Australie 88

**Des dispositifs techniques imparfaits** 89

*Contrôle de l'âge* 89

Contrôle de l'âge par vérification d'un numéro de carte bancaire 89

Contrôle de l'âge par intégration de moyens de contrôle aux documents d'identité 90

Contrôle de l'âge par délivrance d'un certificat par une autorité tierce 91

Logiciels de contrôle parental 91

Évaluation des outils de contrôle parental 92

Diffusion des outils de contrôle parental par les FAI 94

Moteurs de recherche et contrôle parental 96

*Labellisation et autodescription de contenus* 96

Labellisation et autolabellisation 96

Autodescription des contenus 98

**Une pédagogie des usages de l'internet d'initiative publique et privée** 99

*En France, de nombreuses expérimentations et initiatives pédagogiques ne font pas l'objet d'une réelle coordination* 100

Une pédagogie des usages de l'internet à l'école encore peu développée 100

De nombreuses initiatives, mais pas de campagne nationale 101

*De nombreuses campagnes et initiatives européennes* 103

Autres exemples d'initiatives nationales 104

## Chapitre III

<b>Recommandations : pour un partage réaliste des responsabilités</b>	105
<b>Principes généraux</b>	105
<b>Pour une application raisonnée du Code pénal (article 227-24) aux contenus accessibles sur l'internet</b>	106
Aux magistrats	107
Aux pouvoirs publics	107
<b>Porter le débat au niveau européen</b>	108
Aux pouvoirs publics	108
<b>Clarifier la responsabilité des opérateurs, animateurs et usagers d'espaces et d'applications interactifs</b>	109
Aux organisateurs et usagers d'espaces interactifs de discussion	109
Au législateur	110
Aux usagers de logiciels et services d'échanges de fichiers	111
Aux éditeurs de logiciels d'échange de fichiers sur les réseaux pair à pair	111
<b>Favoriser le développement de multiples sélections de ressources en ligne recommandées aux jeunes publics</b>	111
Aux pouvoirs publics	112
<b>Constituer un annuaire de sites recommandés : un projet participatif pour l'Éducation nationale</b>	113
Aux pouvoirs publics	113
<b>Développer l'information sur les outils de contrôle parental</b>	114
Aux prestataires d'accès à l'internet (FAI)	114
Aux FAI mobiles	115
aux pouvoirs publics	116
<b>Promouvoir la description volontaire des contenus sur le web</b>	116
Aux prestataires d'hébergement, sociétés d'enregistrement de noms de domaine et fournisseurs de solutions de paiement	116
Aux pouvoirs publics, éditeurs de sites internet publics	117
Aux éditeurs de services en ligne	117
<b>Informier et sensibiliser adultes et enfants à la maîtrise des usages de l'internet</b>	117
<i>Une campagne grand public</i>	117
Aux pouvoirs publics	117
<i>Éveiller les parents à leurs responsabilités</i>	118
Aux parents	118
<i>Mobiliser le réseau des associations familiales</i>	118
Aux pouvoirs publics, aux associations familiales et de jeunesse	118

<i>Pour une véritable éducation scolaire aux usages de l'internet</i>	119
Aux pouvoirs publics	119
<b>Établir une veille permanente des usages de l'internet par les jeunes publics</b>	119
Aux pouvoirs publics	120
Annexe 1	
<b>Composition du groupe de travail</b>	121
Annexe 2	
<b>Personnes auditionnées et entretiens menés par le groupe de travail</b>	122
<b>Le courtage en ligne de biens culturels</b>	123
<b>Introduction: la loi du 10 juillet 2000 et l'encadrement du courtage aux enchères de biens culturels</b>	123
<i>La loi du 10 juillet 2000 et l'encadrement du courtage en ligne de biens culturels sous forme d'enchères</i>	123
La fin du monopole des commissaires priseurs	123
L'intégration des ventes aux enchères électroniques et du courtage en ligne sous formes d'enchères	125
L'adoption du texte et la notion de « biens culturels »	126
<i>La position du Conseil des ventes volontaires développée dans son avis du 16 septembre 2002</i>	126
<i>La position des sociétés de courtage en ligne sous forme d'enchères</i>	129
<i>Conclusion</i>	131
<b>Les modes de commercialisation des biens culturels sur l'internet</b>	131
<i>La vente aux enchères publiques sur l'internet de biens culturels</i>	131
Les sociétés de ventes volontaires	132
Les règles applicables au déroulement des ventes aux enchères	133
<i>Les ventes de gré à gré sur l'internet de biens culturels</i>	133
La vente directe de biens culturels sur l'internet	134
Le courtage en ligne de biens culturels	136
<i>Conclusion</i>	142
<b>Les définitions des biens culturels et leurs objectifs de protection</b>	142
362	

<b><i>La notion de biens culturels</i></b>	143
La notion de biens culturels en droit international	143
La notion de biens culturels en droit communautaire	144
La notion de biens culturels en droit français	148
<b><i>La notion d'œuvres de l'esprit</i></b>	150
<b><i>Les notions d'œuvres d'art, d'objets de collection et d'antiquités</i></b>	151
<b><i>La notion de patrimoine culturel</i></b>	153
<b><i>Synthèse</i></b>	153
<b>Les propositions du Forum des droits sur l'internet</b>	155
<b><i>La compétence du Conseil des ventes volontaires pour émettre un avis en la matière</i></b>	155
<b><i>Les difficultés tenant à l'application des dispositions issues de la loi du 10 juillet 2000</i></b>	155
La difficile adaptation de certaines obligations imposées par les articles L. 321-3 et suivants du Code du commerce aux activités de courtage en ligne	155
La fragilité juridique de l'encadrement des opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels	157
Conclusion	161
<b><i>L'encadrement des opérations de courtage en ligne portant sur les biens culturels</i></b>	161
Information et protection des parties au contrat et sécurité juridique des transactions	162
Protection du patrimoine national culturel et historique	164
Lutte contre le trafic de biens volés	165
Dispositions diverses en matière de droit de suite et de droit fiscal	167
L'adoption d'une définition autonome du bien culturel	168
<b>Conclusion: les modalités de mise en œuvre</b>	170
<b>Annexe 1</b>	
<b>Composition du groupe de travail</b>	172
<b>Annexe 2</b>	
<b>Personnes auditionnées par le groupe de travail</b>	173
<b>Annexe 3</b>	
<b>Tableau comparatif entre les dispositions applicables aux ventes aux enchères électroniques et au courtage en ligne</b>	175

<b>Le télétravail en France</b>	180
<b>Introduction</b>	180
<b>Le télétravail : état des lieux</b>	183
<i><b>Des formes très différentes de télétravail salarié</b></i>	183
Le télétravail en réseau au sein de l'entreprise dans des locaux géographiques distincts	183
Le télétravail dans des locaux partagés par plusieurs entreprises	184
Le télétravail nomade	184
Le télétravail à domicile	185
<i><b>Le télétravail en France se développe lentement et de manière différenciée</b></i>	185
La progression du télétravail en France est lente mais régulière	186
Le télétravail se développe dans un cadre largement informel	186
Un phénomène qui concerne aujourd'hui surtout les « cols blancs »	186
Quelques entreprises pilotes	188
Une quasi-absence du secteur public	190
<i><b>Le développement international du télétravail</b></i>	191
Des pratiques de télétravail différentes selon les pays	191
L'absence de cadre législatif particulier mais une mise en œuvre fréquente de l'accord-cadre européen	193
Des interventions des pouvoirs publics plus actives qu'en France	194
<b>Le développement du télétravail : potentialités et interrogations</b>	194
<i><b>Le télétravail offre un certain nombre de potentialités</b></i>	195
Les potentialités pour les entreprises	195
Les potentialités pour les salariés	196
<i><b>Le télétravail suscite néanmoins des interrogations de la part des employeurs et des salariés</b></i>	197
Les interrogations communes aux employeurs et aux salariés	197
Les interrogations de la part des employeurs	199
Les interrogations de la part des salariés	201
<b>Un environnement de confiance pour développer le télétravail</b>	202
<i><b>Le télétravailleur salarié est un salarié à part entière</b></i>	203
<i><b>Le télétravail doit s'accompagner d'un cadre juridique adapté et sécurisé</b></i>	204
Formaliser et rendre transparentes les conditions du télétravail	204
Instaurer une présomption d'accident du travail au domicile	205
Assurer la santé et la sécurité du télétravailleur	205
Le local du télétravailleur	207
Clarifier l'utilisation de l'équipement par le télétravailleur et son contrôle par l'employeur	207
Fiscalité, charges sociales et télétravail	209
<i><b>Le télétravail ne doit pas isoler le télétravailleur</b></i>	

<b><i>son collectif de travail</i></b>	210
La prise en compte de l'incidence du télétravail sur l'organisation du travail	210
Organiser la relation du télétravailleur avec son collectif de travail et avec les institutions représentatives du personnel	211
<b><i>Le télétravail doit procéder d'une démarche volontaire et adaptée</i></b>	212
Une attention particulière pour l'embauche directe d'un nouveau salarié en télétravail	212
Télétravail, période d'adaptation et réversibilité	213
La formation au télétravail	213
<b><i>Mesure de la charge de travail et droit au repos</i></b>	214
La mesure de la charge de travail	214
Amplitude de la journée de travail et droit au repos	217
<b><i>Les pouvoirs publics doivent accompagner le développement du télétravail</i></b>	217
<b>Conclusion</b>	218
<b>Synthèse des recommandations</b>	
<b>Le télétravailleur salarié est un salarié à part entière</b>	220
<b>Annexe 1</b>	
<b>Lettre de mission</b>	226
<b>Annexe 2</b>	
<b>Composition du groupe de travail</b>	227
<b>Annexe 3</b>	
<b>Personnes auditionnées par le groupe de travail</b>	228
<b>Annexe 4</b>	
<b>Quelques réactions issues de l'appel à témoignages</b>	230
<b>Annexe 5</b>	
<b>Le télétravail en France : un premier cadrage statistique</b>	234
<b>Annexe 6</b>	
<b>Accord-cadre européen sur le télétravail</b>	243

Deuxième partie

<b>DOSSIER : CYBERCONSOMMATION : LES NOUVELLES TENDANCES</b>	249
Introduction	250
Ventes et prestations de service sur l'internet: une forme particulière de contrat à distance nécessitant quelques aménagements juridiques	252
<i>Le droit de la vente et de la prestation de service à distance : un droit connu et mis en œuvre</i>	253
<i>Les difficultés et incompréhensions rencontrées par les consommateurs</i>	254
<i>Les aménagements nécessaires à la prise en compte de la virtualité du magasin</i>	259
<i>Les propositions de l'Observatoire de la cyberconsommation</i>	265
L'internet favorise l'arrivée de nouveaux acteurs qui ont besoin d'être formés aux règles du « e-commerce »	266
<i>L'internet offre aux acteurs des outils permettant d'entrer plus facilement dans le commerce électronique</i>	266
<i>Le courtage en ligne et le renouveau de l'encadrement des relations entre consommateurs</i>	269
<i>La nécessité de renforcer l'information des « nouveaux professionnels » sur les dispositions applicables</i>	270
<i>Les propositions de l'Observatoire de la cyberconsommation</i>	272
La nécessité de mettre en œuvre des dispositifs d'alerte et de médiation en matière de commerce électronique	272
<i>Le paysage français de la régulation du commerce électronique</i>	273
<i>L'affaire Pere-Noel.fr et le besoin de mise en œuvre d'un processus d'alerte des consommateurs en cas de fraudes</i>	276
<i>La médiation : une réponse adaptée aux litiges de la cyberconsommation</i>	278
<i>Les propositions de l'Observatoire de la Cyberconso</i>	280
Conclusion	280
Annexe 1	
Composition de l'Observatoire de la Cyberconso	282
Annexe 2	
Personnes auditionnées ou consultées par les membres de l'Observatoire de la Cyberconso	283
Annexe 3	
Synthèse des contributions reçues lors de l'enquête cyberconsommation	284

Troisième partie

**LES AUTRES TRAVAUX DU FORUM  
DES DROITS SUR L'INTERNET** 289

**Les réponses aux défis du *peer-to-peer*  
Actes du colloque du 28 septembre 2004** 291

Propos introductifs

Discours d'accueil par Jacques Valade 291

Introduction d'Isabelle Falque-Pierrotin 292

Message d'introduction de Renaud Donnedieu de Vabres 294

**TABLE RONDE n° 1**

**Les défis du *peer-to-peer*** 297

Les utilisations du *peer-to-peer* 297  
Daniel Kaplan

Les éléments de la problématique *peer-to-peer* et droit d'auteur 298  
Pierre Sirinelli

Les chiffres de la contrefaçon sur les réseaux *peer-to-peer* 301  
Benoît Danard

Le point de vue des utilisateurs 304  
Jean-Pierre Quignaux

**TABLE RONDE n° 2**

**Lutte contre la contrefaçon et éducation** 309

État de l'art de la lutte contre la contrefaçon 309  
Frédéric Delacroix

*Peer-to-peer* et propriété intellectuelle :  
entre contestation et compromis 313  
Thaima Sanan

L'assimilation de la norme délictuelle par les enfants  
et les adolescents 316  
Patrice Huerre, Georges Heuyer

**TABLE RONDE n° 3**

**Les modes de rémunération** 317

Réponse par une solution de rémunération équitable 317  
Alain Charriras

Le point de vue des détaillants du disque 319  
Philippe Person

Le point de vue des fournisseurs d'accès 322  
Marie-Christine Levet

367

<b>Le point de vue de l'industrie des technologies de l'information</b>	325
Alain Rioult	
<b>Le point de vue de l'économiste</b>	326
Joëlle Farchy	
<b>TABLE RONDE n° 4</b>	
<b>Les offres de distribution légales</b>	
<b>Distribution « on demand » : l'exemple d'« e-compil »</b>	329
Sophie Bramly	
<b>Expérience de peer-to-peer légal pour la Cyberfête</b>	330
Xavier Filliol	
<b>Le projet Utopeer</b>	332
Tariq Krim	
<b>Le point de vue des consommateurs</b>	334
Frédérique Pfrunder	
<b>La mise en ligne des catalogues musicaux</b>	335
Frédéric Goldsmith	
<b>TABLE RONDE n° 5</b>	
<b>Le point de vue des politiques</b>	339
Intervention de Christian Vanneste	339
Intervention de Christian Paul	
Intervention de Michel Thiollière	345
<b>Les autres publications du Forum des droits sur l'internet disponibles en ligne</b>	349

Quatrième partie

<b>LES PERSPECTIVES DE L'ANNÉE 2005</b>	351
<b>Les perspectives de l'année 2005</b> Isabelle Falque-Pierrotin	353
<b>Les objectifs 2005 du Forum des droits sur l'internet</b>	353
<i>La concertation</i>	353
Pédo-pornographie et pédophilie sur l'internet	353
Publicité en ligne	353
Conservation électronique des documents	354
Relations commerciales entre particuliers	354
L'observatoire Cyberconso	354
<i>L'information et la sensibilisation</i>	354
Organisation d'un débat public sur la carte nationale d'identité électronique	354
De nouveaux guides pratiques	355
Renforcement du programme d'événements	355
<i>La médiation</i>	355
<i>La coopération internationale</i>	355

