

## Lamy Droit des Médias et de la Communication

Partie 4 - Télécommunications, réseaux et internet

Titre 2 - Réseaux et internet

Etude 464 - La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet

### Etude 464 - La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet

Par Lionel Thoumyre

#### 464-1 Indications bibliographiques

- CONSEIL D'ETAT, Rapport sur « Internet et les réseaux numériques », La documentation française, 1998 ;
- COSTES L., Hébergeurs, prestataires internet... entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle ?, RLDI 2009/47, no 1558 ;
- DREYER E., La responsabilité des internautes et éditeurs de site à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Légipresse 2004, no 214, p. 91 et s. ;
- DUPUIS-TOUBOL F., TONNELIER M.-H., LEMARCHAND S. et LINANT DE BELLEFONDS (sous la dir. de), Responsabilité civile et Internet, in Internet saisi par le droit, éd. des Parques, 1997 ; égal. Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, déc. 1996, H, p. 1 ;
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, Deuxième rapport d'activité – année 2003, La Documentation française, Paris, 2004 ;
- GYNBAUM L., LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet, Comm. com. électr., 2004, p. 36 ;
- HARDOUIN R., La jurisprudence, les textes et la responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/38, no 1313 ;
- LAMPE A.-S., De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN, RLDI 2008/39, no 1298 ;
- MELISON D., Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil, Juriscom.net, 25 avr. 2005, disponible sur le site <juriscom.net> ; Négation du génocide arménien : confirmation de l'irresponsabilité de l'auteur et de son hébergeur, RLDI 2007/26, no 853 ;
- ROUX O. et GASNIER J.-P., Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet, RLDI 2009/48, no 1593 ;
- SCHAFFNER M. et ABELLO A., LVMH c/ eBay : une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères, RLDI 2008/41, no 1372 ;
- SAINT MARTIN A., eBay responsable de son site... Première application d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0., RLDI 2008/39, no 1302 ;
- SARDAIN F., Liens hypertextes, J.-Cl. Communication, Fasc. 4730, 2005 ;
- SEDALLIAN V., Droit de l'Internet, éd. Net Press, coll. de l'AUI, 1997 ;
- TABAKA B., Commerce électronique : les plates-formes sont-elles des hébergeurs ?, RLDI 2007/33, no 1097 ;
- TEISSONNIERE G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, no 1165 ;
- THOUMYRE L., Responsabilité sur le web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques, Lex Electronica, vol. 6-1, printemps 2000, <lex-electronica.org> ; Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques, Légipresse 2004, no 214, p. 129 et s. ; Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, no 153 ; Responsabilité 2.0 ou l'éternel recommencement, RLDI 2007/33, no 1098 ; Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/35, no 1164 ;
- VERBIEST Th. et WERY E., Le droit de l'internet et de la société de l'information, éd. Larcier, 2001 ;
- VIVANT M., Entre ancien et nouveau : une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2004, no 171, p. 2 et s. ;
- VIVANT M. et autres, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, réédition annuelle.

## 464-5 Présentation

Les origines d'Internet remontent au réseau ARPANET, créé dans les années 60 par des chercheurs du Département de la défense des Etats-Unis. L'objectif de l'Armée américaine était d'élaborer un système de communication infaillible pouvant continuer à fonctionner alors même l'un de ses sites relais est endommagé.

Ce n'est qu'à partir de 1974 que la dénomination « Internet » apparaîtra, au moment où Vint Cerf et R. Kahn rendirent public le « *Transmission Control Protocol* » (TCP), qui intègre l'« *Internet Protocol* » (IP). C'est grâce au protocole TCP/IP que les réseaux du monde entier et les ordinateurs qui y sont connectés peuvent s'échanger aujourd'hui toutes sortes de données.

Internet s'est ensuite démocratisé avec la création du *World Wide Web*, en 1994, dont Tim Bresner-Lee est l'un des renommés pères fondateurs, et qui a permis d'exploiter une autre innovation, l'hypertexte, attribuée à Ted Nelson. Le Web et l'hypertexte permettent à tout individu de voyager de sites en sites à l'aide d'un logiciel de navigation (Browser) et de bénéficier d'une interface graphique confortable (pour une histoire d'Internet, voir notamment Guédon J.-C., *La Planète Cyber : Internet et Cyberspace*, Paris, Découvertes Gallimard Techniques, 1996).

De l'histoire d'Internet, qui comprend bien d'autres aspects, il faut retenir que ce système de communication a été conçu, depuis l'origine, pour que l'information puisse y circuler librement, sans qu'il ne soit possible d'interrompre son flux.

On peut également souligner qu'Internet est bien plus qu'un simple maillage de réseaux. Il est aussi, et surtout, défini par un protocole de communication permettant d'échanger, entre chacun des terminaux connectés, du courrier électronique, de procéder à des discussions synchrones (les « *chats* » utilisant les canaux *Internet Relay Chat*) ou asynchrones (par les *newsgroups* ou les forums web qui permettent notamment de créer des fils de discussion sur les blogs et les réseaux sociaux), de communiquer des fichiers (par le *File Transfert Protocol* ou les réseaux *Peer-to-Peer* permettant de relier directement deux terminaux entre eux) ainsi que des banques d'informations (Gopher, Wais, sites Web, Blogs).

Les caractéristiques essentielles d'Internet sont donc les suivantes : il s'agit d'un réseau ouvert de télécommunication, global et décentralisé permettant des communications interactives. De telles caractéristiques s'opposent *a priori* à la mise en œuvre d'un contrôle de type traditionnel exercé par une nation ou un organisme centralisé. Elles favorisent, au contraire, l'émergence d'un nouveau paradigme de réglementation (Reidenberg J., *Governing Networks and Cyberspace Rule-Making*, 45 *Emory Law Journal*, 1996, <[ksg.harvard.edu/iip/Gllconf/reid.html](http://ksg.harvard.edu/iip/Gllconf/reid.html)> ; Thoumyre L., *Abuses in the Cyberspace – The Regulation of illicit Messages diffused on the Internet*, Master of Arts Thesis, ESST, juin 1996, <[juriscom.net](http://juriscom.net)>).

A cela s'ajoute un paradoxe propre aux contenus édités sur le réseau. Ceux-ci présentent tout à la fois des symptômes d'instabilité, dus à la possibilité de modifier l'information en ligne, de la faire disparaître ou de changer son lieu d'hébergement, et de « *persistance* ». En effet, certains services – tels que le moteur de recherche Google ou le site d'archivage Archive.com – stockent et continuent à mettre à disposition du public des informations publiées il y a quelques années sur le web ou sur les forums du réseau Usenet. Aussi, tout contenu a-t-il vocation à demeurer en ligne tant que son responsable désire le maintenir à la disposition du public.

Entre le mouvant et le quasi-immuable, les contenus en ligne transcendent les principes de fugacité propres à la télédiffusion et de durabilité qui caractérisent le support papier. Leur espérance de vie dépend moins du support que de la volonté de leur éditeur.

Enfin, contrairement aux activités de radio et télédiffusion par voie hertzienne ou par satellite, Internet répond à une logique de demande et non d'offre. C'est l'utilisateur qui vient chercher l'information sur le site hébergé par le centre serveur. L'extranéité suppose donc une demande transnationale

(Bertrand A. et Piette-Coudol Th., Internet et la loi, Dalloz 1997, p. 55). Autant de facteurs compliquent conséquemment le travail du régulateur.

Or, Internet est le miroir de la réalité. Le merveilleux y côtoie le monstrueux et le discipliné y cohabite avec le transgressif. De nombreux lieux d'expression sur Internet regorgent ainsi de contenus illicites au regard du droit français : des sites web négationnistes édités en Alasaka ou aux Pays-Bas, des forums de discussion sur Usenet pollués par des messages incitant à la discrimination raciale, des racolages pédophiles dans les « chats » pour enfant, des réseaux *peer-to-peer* où s'échangent librement des œuvres musicales et audiovisuelles protégées par le droit d'auteur et les droits voisins...

Avec près de 16,5 millions de foyers (61 % du nombre total de foyers en France) connectés au Net au deuxième trimestre 2009, (source : Médiamétrie), la régulation du réseau demeure un enjeu politique majeur en France. Il en est bien sûr de même pour chacun des pays connectés qui ne cessent de voir augmenter le taux de pénétration de l'internet haut débit dans les foyers (74 % aux Pays Bas, 69 % en Suisse, 65 % au Canada en 2008).

Si l'application théorique du droit aux actes de diffusion de contenus illicites et préjudiciables sur le réseau ne pose plus tant de problèmes, la question de sa mise en œuvre – et, surtout, de son effectivité – reste entière. Elle pose le problème suivant : à qui doit-on et à qui peut-on imputer la responsabilité d'une infraction, d'une faute ou d'une négligence commise sur le réseau ? Cette question, qui n'est pas sans rappeler le mythe de Sisyphe (qui était condamné à rouler sans cesse un rocher jusqu'au sommet d'une montagne d'où il retombait par son propre poids), a retrouvé un regain d'intérêt avec l'avènement du « web 2.0 » (voir n<sup>o</sup> 476).

Le débat s'est très tôt cristallisé sur la responsabilité des acteurs de l'Internet, en impliquant en premier celle des fournisseurs d'accès. Le 15 mars 1996, l'Union des Etudiants Juifs de France (UEJF) avait ainsi assigné en référé neuf fournisseurs d'accès à l'Internet (Calvacom, Eunet, Axone, Oléane, Compuserve, Francenet, Internetway, GIP Renater, Imaginet) au motif qu'ils permettaient à leurs clients d'accéder à des serveurs et messages négationnistes, tombant en France sous le coup de l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881. L'UEJF demandait qu'il soit ordonné aux défendeurs d'empêcher, sous astreinte, leurs clients d'accéder à ces contenus (Droit de l'Informatique et des Télécoms 1997, n<sup>o</sup> 2, p. 36). Quelques mois plus tard, le 7 mai 1996, les dirigeants de Worldnet et Francenet, deux fournisseurs d'accès français, étaient mis en examen sur le fondement de l'article 227-23 du Code pénal pour avoir relayé des groupes de discussion Usenet sur lesquels ont été postées des images à caractère pédophile.

De son côté, le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'internet avait requis une clarification sur la question de l'imputabilité de l'infraction (Rapport Falque-Pierrotin I., Internet, enjeux juridiques, La documentation française 1997, p. 47). Cette clarification est toujours en germe depuis l'adoption de la directive du 8 juin 2000 (Dir. Cons. CE n<sup>o</sup> 2000/31, 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n<sup>o</sup> L 178, p. 1 et s.) qui définit, en ses articles 12 et suivants, un régime de responsabilité spécifique applicable aux prestataires techniques de l'Internet. La loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a transposé ces articles en droit interne (L. n<sup>o</sup> 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168).

Pour traiter de cette problématique, à la fois complexe et mouvante, il est nécessaire de dresser l'inventaire des principaux acteurs dont la responsabilité est susceptible d'être engagée pour la création et/ou la diffusion d'un message sur l'Internet, la qualification d'un acteur permettant de connaître le régime de responsabilité dont il relève. Il s'agira, ensuite, d'analyser ces différents régimes juridiques et la manière dont ils s'appliquent aux activités des acteurs identifiés. Il conviendra ensuite d'étudier certains aspects internationaux liés à la mise en œuvre de la responsabilité des acteurs.

## **Section 1 - Typologie des acteurs et qualification juridique**

#### **464-10 Le transporteur d'informations**

Par transporteur d'informations, on entend traditionnellement toute personne qui offre les dispositifs et les services techniques nécessaires à l'acheminement des contenus entre les utilisateurs des réseaux et assure l'interconnexion entre les différents terminaux.

Il s'agit principalement des opérateurs de télécommunication, compagnies de téléphone classiques ou câblo-opérateurs, aujourd'hui désignés sous le vocable « *opérateurs de communications électroniques* » définis à l'article L. 32, 15<sup>0</sup> du Code des postes et des communications électroniques (anciennement le Code des postes et télécommunications, renommé par la loi du 9 juillet 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ; L. n<sup>0</sup> 2004-669, 9 juill. 2004, JO 10 juill., p. 12483).

Cet article dispose qu'« *on entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ».

Les opérateurs de communication électronique sont également visés à l'article L. 32-3-3 du Code des postes et des communications électroniques qui les définit comme « *Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques* ».

Enfin, la loi définit également ce qu'il faut entendre par « *communications électroniques* » : ce sont « *les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* » (C. P et CE, art. L. 32, 1<sup>0</sup>).

Sur la notion de réseau de communications électroniques, voir Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2009.

#### **464-14 Le fournisseur d'accès à l'Internet**

En tant qu'ils offrent aux usagers d'Internet les dispositifs et les services techniques pour se connecter au réseau et qu'ils participent à l'acheminement des informations sur celui-ci, les fournisseurs d'accès à l'Internet appartiennent à la famille des transporteurs (ils sont également définis par l'article L. 32-3-3 comme les personnes assurant une activité de « *fourniture d'accès à un réseau d communications électroniques* »).

Cependant, leur activité est plus précisément visée par l'article 6, I-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN » ou « LEN ») (L. n<sup>0</sup> 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168), qui les définit comme « *Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* ».

Et l'article 1<sup>er</sup>, IV, al. 4 de la LCEN de définir la communication au public en ligne comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* ».

Les fournisseurs d'accès effectuent, en outre, des opérations dites de « *caching* », qui consistent à enregistrer temporairement les données disponibles sur le réseau auxquels leurs abonnés accèdent fréquemment, dans le but de préserver, voire d'améliorer, la fluidité de leur transmission. Les fournisseurs d'accès rentrent ainsi dans le champ d'une autre définition légale, celle prévue par l'article L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques, introduit par l'article 9 de la LCEN, qui vise

« 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 »

(L. n<sup>o</sup> 2004-575, 21 juin 2004, art. 9). Cette définition n'est autre que la transposition de l'article 13 de la directive n<sup>o</sup> 2000/31 du 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n<sup>o</sup> L 178, p. 1 et s., qui vise les prestataires réalisant un « *stockage automatique, intermédiaire et temporaire [d'une] information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service* ».

## 464-18 L'hébergeur

L'hébergeur fait l'objet d'un régime de responsabilité particulier défini aux articles 6.1.2 (responsabilité civile) et 6.1.3 (responsabilité pénale) de la LCEN.

Ce régime s'apparente aux régimes de responsabilité de droit commun nécessitant de rapporter la preuve de l'existence d'une faute (C. civ., art. 1382) prédéfinie et d'un élément moral (l'intention ou la connaissance : C. pén., art. 121-3, al. 1 et 121-7). Ce régime apparaît avantageux pour l'hébergeur par rapport aux régimes qui s'appliquent à d'autres acteurs, tels que les directeurs de la publication. Car, sauf à avoir été conçu dans un but ornemental – hypothèse que nous ne pouvons que réfuter – ce régime excluait, pour l'activité d'hébergement, toute responsabilité résultant du fait d'autrui, d'une imprudence, d'une simple négligence, ou encore de la fixation d'un contenu préalablement à sa communication au public (régime de responsabilité de plein droit applicable au directeur de la publication pour les infractions de presse) (voir n<sup>o</sup> 464-71).

C'est dire l'importance qu'il y a à distinguer clairement celui qui est hébergeur de celui qui ne l'est pas.

Fort opportunément, l'article 6.1.2. de la LCEN nous offre une définition. Selon cet article, sont hébergeurs, « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* ».

Cette définition laisse toutefois place à certaines interrogations, qui ne cessent d'hanter les prétoires depuis l'avènement du web 2.0. (voir n<sup>o</sup> 476) : l'hébergeur ne délivre-t-il qu'une simple prestation technique ? qu'entendons-nous exactement par « *stockage* » ? l'hébergeur peut-il également être un éditeur de service de communication au public en ligne ? (et quelle responsabilité faudrait-il alors lui appliquer ?).

Certains éléments de réponse apparaîtront à ceux qui se voudront bien se remémorer l'histoire de cette définition.

La recherche d'une définition juridique des services d'hébergement a tout d'abord été soumise aux tâtonnements prétoires. La première définition convaincante que l'on a pu voir apparaître émane d'une décision du Tribunal d'instance de Puteaux prononcée sur une affaire ayant opposée les assurances Axa à la société Infonie, un fournisseur d'accès et d'hébergement. Pour ce tribunal, l'hébergement « *consiste à conserver en mémoire des informations et à connecter un site à l'Internet. Le fournisseur d'hébergement est donc généralement défini comme un fournisseur de service de stockage et de gestion de contenus permettant à un créateur de pages personnelles de rendre ces pages accessibles au public* » (TI Puteaux, 28 sept. 1999, Axa c/ Infonie, <[www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org)>).

Relevons les termes de « *stockage* », que l'on retrouvera plus tard dans la définition légale, et de « *gestion* » qui mettent en avant le caractère principalement technique de la prestation ou, à tout le moins, le distinguent clairement d'une activité de création de contenus. Le tribunal a également

souligné le rôle d'« *intermédiaire* » que joue l'hébergeur en notant que celui-ci permet à un tiers de réaliser librement son souhait : rendre les pages de son site accessibles au public. En revanche, la présente définition porte sur un cas d'espèce. Elle s'est donc naturellement concentrée sur l'hébergement d'un seul type de documents numériques : les pages web.

Une définition plus générale a été proposée par le Tribunal de grande instance de Nanterre, le 8 décembre 1999, à l'occasion de l'affaire Lynda Lacoste c/ Multimania et autres : « *Le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter. Son activité excède donc la simple prestation technique d'un transmetteur d'informations* » (TGI Nanterre, 8 déc. 1999, Légipresse 2000, n<sup>o</sup> 169, III, p. 38, note Ader, D. 2000, som., p. 274, obs. Caron, Comm. com. électr. janv. 2000, Actu. 12, obs. Haas et Nectoux, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n<sup>o</sup> 23, n<sup>o</sup> 1459, obs. Costes). Le tribunal précise cette fois que la prestation n'est pas, selon lui, seulement technique, comme le serait celle des fournisseurs d'accès ou des opérateurs de télécommunication. Cette remarque impliquera la mise en œuvre d'un certain niveau de responsabilité. Les magistrats ont également relevé que le stockage devait être « *durable* ». Ce terme trace la frontière entre la prestation d'hébergement et le « *caching* », c'est-à-dire la reproduction temporaire de données destinée à améliorer une prestation de fourniture d'accès par exemple.

La directive n<sup>o</sup> 2000/31 du 8 juin 2000, JOCE 17 juillet, n<sup>o</sup> L 178, p. 1 et s. a ensuite posé une définition légale de l'hébergement en son article 14 ; il s'agit de la « *fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* ». Le terme prétorien de « *stockage* » est donc toujours présent, et le rôle d'intermédiaire évoqué par le Tribunal d'instance de Puteaux y est également décelable. En revanche, nulle référence n'est faite à la mise à disposition du public des données ainsi stockées, élargissant par la même le champ d'application de la définition à ceux qui stockent des correspondances privées [les services de la société de l'information sont, eux, définis au considérant 17 de la directive « *commerce électronique* » comme « *tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, à la demande individuelle d'un destinataire de service (...)* »].

En France, l'article 43-8 de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n<sup>o</sup> 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000, applicable avant l'adoption de la LCEN (L. n<sup>o</sup> 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168), définissait les hébergeurs comme « *les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services* ».

Cette définition a été remplacée par celle de l'article 6, I.2 de la LCEN, ainsi rédigée :

« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

On remarquera notamment que les termes « *direct et permanent* » disparaissent de la seconde définition. En effet, les parlementaires ont estimé que ces derniers n'étaient plus utiles pour opposer l'hébergement aux activités de « *caching* », définies depuis la promulgation de la LCEN à l'article 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques comme étant une « *activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire* » des contenus qu'un prestataire transmet « *dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure* » (voir n<sup>o</sup> 464-14).

Chacune des définitions que nous venons d'aborder comporte des éléments caractéristiques de l'hébergement, sans toutefois aboutir à une description optimale de l'activité exercée par ces

intermédiaires techniques, soit parce qu'elles se rapportent à un cas d'espèce, soit parce qu'elles demeurent relativement abstraites... raison pour laquelle la jurisprudence peine à qualifier chacun des nouveaux services apparaissant sur le web : forums de discussion, plateformes de commerce électronique, plateformes de partage de contenus, réseaux sociaux ... Certes, nulle définition ne saurait parfaitement rendre compte d'une activité dont l'évolution est emportée par un puissant courant d'innovations technologiques.

Nous souhaitons toutefois proposer une définition souple, qui consiste en une traduction de celle de l'article 6.I.2. replaçant de manière plus évidente l'initiative de l'utilisateur au centre du processus de mise en ligne des contenus : ainsi, l'hébergement peut être défini comme l'activité qui consiste à offrir aux utilisateurs de l'Internet un service essentiellement technique leur permettant de stocker tous types de contenus en vue de les mettre immédiatement à la disposition du public, de leur propre initiative, à travers des réseaux de communication électronique.

#### 464-19 Les éditeurs

Qu'est-ce qu'un éditeur ? vaste question car l'**éditeur** en tant que tel n'est défini dans aucun texte juridique. On peut toutefois en apprécier la notion en extirpant quelques indications du pseudo silence de la loi et en se reportant à l'important travail jurisprudentiel qui a été fait à cet égard.

##### a) Une notion muette maintes fois effleurée par la loi

L'**éditeur** n'apparaît guère qu'au sein de l'article L. 132-1 du Code de propriété intellectuelle qui définit le contrat d'édition ; il s'agit du « *contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». Cet article ne nous renseigne *a priori* pas sur l'essence de cet énigmatique éditeur. A moins de déduire de la définition ci-dessus qu'il s'agit de « *la personne bénéficiant du droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires d'une œuvre et ayant pour obligation d'en assurer la publication et la diffusion* ». Cette définition demeure en partie insatisfaisante, la « *fabrication d'exemplaires* » en « *nombre* » étant un concept un peu trop poussiéreux pour définir une activité sur internet. Toutefois, nous savons au moins que, dans le Code de propriété intellectuelle, l'éditeur est celui qui « *assure* » la « *publication* » et la « *diffusion* » d'une œuvre.

Un autre éditeur est apparu plus récemment dans le *corpus* législatif, il s'agit plus précisément de la personne « *dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne* » (LCEN, art. 6, III). La LCEN n'en donne malheureusement nulle définition. L'on sait cependant que ce « *nouvel* » éditeur se distingue du précédent. Première différence notable : il n'édite plus des œuvres, mais un service.

Seconde différence : il n'est pas possible de déduire ici son activité de ses droits ou obligations. La LCEN nous informe simplement de son obligation de s'identifier auprès du public ou de son hébergeur, s'agissant d'un non professionnel, ce qui n'est pas suffisant pour définir une activité.

On peut néanmoins déduire de l'article précédent, le 6.II alinéa 1, le type d'acteurs que le législateur a précisément souhaité viser : « *Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I [les fournisseurs d'accès et les hébergeurs] détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires* ». A la lecture de cet article, on ne peut s'empêcher de penser qu'il puisse y avoir, dans une certaine mesure, identité entre les personnes ayant « *contribué à la création du contenu* » et l'éditeur d'un service de communication au public en ligne. La création dont il s'agit se rapporte tant à la création originale d'un contenu qu'à une copie servile, peu importe du moment que ce contenu ait été transmis au prestataire d'hébergement.

L'auteur de ces actes, peut tout à la fois être l'internaute, en tant que simple fournisseur de contenus, que ce fameux **éditeur de service de communication au public en ligne**.

Par ailleurs, la LCEN vise un autre éditeur que l'éditeur de service de communication au public en ligne. Il s'agit de l'**éditeur des informations ou activités litigieuses** (LCEN, art. 6.I.5 relatif à la procédure de notification, faisant obligation au notifiant de joindre au notifié (l'hébergeur), la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur retrait).

Bien qu'à court de définitions, nous devons nous poser la question de savoir s'il y a identité entre l'**éditeur de service de communication au public en ligne** et l'**éditeur des informations ou activités**. Cette question nous semble d'autant plus pertinente dès lors que toutes sortes d'« *éditeurs* » se sont matérialisés dans le corpus juridique ces dernières années sous la plume du législateur, et leurs activités ne sont pas toujours aussi uniformes que l'on voudrait le croire.

Ainsi, deux autres (nouvelles) catégories d'éditeurs méritent notre attention : l'**éditeur de service de presse en ligne** (loi n<sup>o</sup> 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet est venu –, dite HADOPI) et l'éditeur de services de médias (loi n<sup>o</sup> 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision).

S'agissant de l'**éditeur de service de presse en ligne**, on peut assez aisément déduire son rôle de la définition du service qu'il édite. L'article 27.I. de la loi HADOPI (qui ajoute deux alinéas à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n<sup>o</sup> 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse) définit en effet ce « **service de presse en ligne** » comme « *tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale.* » L'éditeur de ce type de services a donc « *la maîtrise éditoriale de son contenu* ». Ce service étant un démembrement des « *services de communication au public en ligne* », faut-il comprendre, par une lecture *a contrario* de l'article cité ci-dessus, que l'éditeur de services de communication au public en ligne, autre que de services de presse en ligne, n'a pas nécessairement « *la maîtrise éditoriale de son contenu* » ? Simple question qui ne trouvera pas de réponse dans l'immédiat.

S'agissant de l'**éditeur de média audiovisuels à la demande**, son rôle se déduira également de la définition de son service : « *Est considéré comme service de médias audiovisuels à la demande tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service.* » La définition se poursuit par une série d'exclusions, tels que « *les services consistant à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de communautés d'intérêt* » ou encore « *ceux consistant à assurer, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le seul stockage de signaux audiovisuels fournis par des destinataires de ces services* » (loi n<sup>o</sup> 2009-258 du 5 mars 2009, art. 36 2<sup>o</sup> relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision). L'éditeur de ce service a donc pour rôle de contrôler la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes.

Pour être complet, mentionnons au passage que la LCEN évoque également l'« **éditeur de services de radio et de télévision** » (LCEN, art. 1.III insérant un article 3-1 dans la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986) et l'« **éditeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision** » (LCEN, art. 11, 1<sup>o</sup> modifiant l'article 42-4 de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986) qui sont sans doute les mêmes personnes, mais qui ne bénéficient d'aucune définition.

On ne peut donc tenter d'apprécier ce qu'est un « **éditeur** » qu'au travers des textes qui ne le définissent qu'incidemment, soit par rapport à un contrat (le contrat d'édition), soit par rapport aux obligations qui s'imposent aux prestataires techniques (détention de données permettant l'identification



des créateurs de contenus), soit par rapport à un service internet (de presse en ligne ou de média audiovisuel à la demande).

Partant, pourrions-nous définir les critères de l'activité éditoriale de tout ce qui précède ? nous avons vu que l'éditeur pouvait remplir les fonctions suivantes :

- assurer la publication et la diffusion d'une œuvre ;
- contrôler la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes ;
- avoir la maîtrise éditoriale de son contenu.

Mais s'agit-il réellement de ses fonctions ? La liste ci-dessus se rapporte davantage aux obligations qui incombent à l'éditeur, et nous constatons que celles-ci varient suivant le secteur d'activité dont il s'agit : édition d'ouvrage, de service de média à la demande ou de service de presse en ligne.

Conclusion : la **notion d'éditeur est protéiforme**, elle varie suivant le type de service qui est délivré. Cela ne nous renseigne que trop peu sur ce qui nous permettrait de qualifier un acteur d'« *éditeur de service de communication au public en ligne* ». Il est donc nécessaire de tourner nos regards vers la jurisprudence.

## **b) Vers une définition prétorienne en creux par rapport à celle de l'hébergeur**

Nous avons défini, dans les versions précédentes de cette étude, l'éditeur de service de communication au public en ligne comme « *la personne qui détermine les contenus devant être mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge* ». Notre objectif était de proposer un critère simple permettant de départager – ce qui semble être la principale préoccupation de la jurisprudence depuis ces dernières années – l'activité éditoriale de celle d'hébergement. La difficulté n'est pas moindre car, ne nous leurrions pas, l'hébergeur et l'éditeur partagent une identité génétique commune : ils sont tous deux acteurs de la publication. Pour autant, leurs rôles diffèrent vis-à-vis de l'action qu'ils sont amenés à exercer tant sur la publication des contenus que sur la qualité de ceux-ci. Un **rôle actif pour l'éditeur** : réunir des contenus, les évaluer, voire les modifier, et procéder volontairement à leur publication (mise en ligne). Un **rôle passif pour l'hébergeur** : fournir un service, essentiellement technique, permettant à des tiers de mettre des contenus en ligne. L'un a pour objet de procéder à la publication, l'autre de fournir le service permettant cette publication. L'hébergeur est donc indifférent à l'acte de publication, alors que l'éditeur en est l'initiateur ou le partenaire actif. Toujours est-il que ce dernier, étant à l'origine de la publication, décide de la qualité des contenus qu'il accepte de publier sous son « *autorité* ». Ainsi, le fait de « *déterminer les contenus devant être mis en ligne* » nous était apparu comme l'un des éléments les plus significatifs de l'activité d'édition des contenus sur les réseaux de communication au public en ligne.

Depuis lors, ce critère a été repris par le Tribunal de grande instance de Paris, qui a estimé que l'éditeur devait très exactement être « *la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge* » **et que** « *ne constitue un choix éditorial que le choix des contenus des fichiers mis en ligne* » (TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 15 avr. 2008, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net>, RLDI 2008/38, n<sup>o</sup> 1162, obs. Auroux J.-B. ; TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 15 avr. 2008, Omar S., Fred T. et a. c/ Dailymotion, <foruminternet.org> ; TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 22 sept. 2009, ADAMI, Omar S., Fred T. et a. c/ Sté Youtube, <juriscom.net> ; critère confirmé par CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), <foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n<sup>o</sup> 1464, obs. Trézéguet M. et CA Paris, 4<sup>e</sup> ch, sect. A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord Ouest Production et a., <legalis.net>). Certaines variantes existent, selon lesquelles l'éditeur est « *la personne, physique ou morale qui fournit le service de communication au public par voie électronique, en définit et crée le contenu éditorial* » (TGI Paris, réf., 15 déc. 2008, Claire C. dite Claire K. c/ JFG Networks, <juriscom.net>), ou la personne qui prend l'initiative dans le choix et la présentation des œuvres (T. com. Paris, 8<sup>e</sup> ch., 20 févr. 2008,

Google c/ Flach Film et a., <legalis.net>, RLDI 2008/36, n<sup>o</sup> 1197, obs. Costes L., ou encore celle qui décide des contenus mis en ligne et en assure un contrôle (TGI Paris, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Google et a., <legalis.net>).

Le Tribunal de grande instance de Paris a également, dans le cadre d'une procédure en référé, estimé que la qualification d'éditeur ne convenait pas aux hébergeurs en cause, « *dès lors qu'il n'était pas soutenu que les sociétés défenderesses ont pu, avant la mise en ligne des contenus en cause, intervenir de quelque manière que ce soit dans leur création, exercer sur ceux-ci un contrôle préalable, ou encore ajouter quelque valeur à ceux-ci avant d'en assurer l'hébergement* » (TGI Paris, réf., 9 févr. 2009, Kimberley P. c/ Vincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc., ZePeople, iTunes Store, <juriscom.net>). Le critère de « *l'intervention sur la création des contenus en cause* » est intéressant en ce qu'il semble, comme évoqué ci-dessus, se déduire de l'article 6.II alinéa 1 (voir Mimja P., La définition de l'éditeur était dans la loi ..., 11 mars 2009, <juriscom.net>).

Nous voyons également que le critère du « *contrôle* » des contenus, présent dans la loi s'agissant des éditeurs de service média audiovisuel à la demande (contrôle sur la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes), revient régulièrement en jurisprudence. Il fait écho au critère de la « *maîtrise éditoriale* » sur les contenus qui définit en partie l'activité de l'éditeur de service de presse en ligne.

Ces critères impliquent que l'éditeur détermine le contenu à mettre en ligne, et pour qu'il puisse le déterminer, qu'il en connaisse la teneur. Or, nous savons que la « *connaissance* » est un important fait générateur de responsabilité (s'agissant des infractions de presse, la loi n<sup>o</sup> 82-652 du 29 juillet 1982 substitue à la « *connaissance* » un critère technique, celui de la « *fixation préalable à la communication au public* », pour actionner la responsabilité du directeur de la publication, mais la « *fixation préalable* » découle bien du critère de la « *connaissance* » : le contenu ayant été enregistrée, il suppose que le directeur de la publication ait pu en prendre connaissance avant que l'infraction ne soit constituée par l'acte de publication). C'est la raison logique pour laquelle l'éditeur engage plus facilement sa responsabilité que l'hébergeur.

Ces critères emportent notre préférence par rapport à ceux qui avaient été retenus par deux décisions antérieures : le critère de la présentation des contenus à travers le propre site de l'hébergeur (CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. sect. A, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, <legalis.net>, RLDI 2006/17, n<sup>o</sup> 510, obs Auroux J.-B., note Chafiol-Chaumont F., Où finira la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ?, Légipresse 2006, n<sup>o</sup> 235, III, p. 181-185) ou celui de la présentation du contenu à travers « *une structure par cadres* » (TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Lafesse c/ MySpace, <legalis.net>, infirmée par CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., 29 oct. 2008, Lafesse c/ MySpace, <legalis.net>), et celui de l'exploitation commerciale par la mise en place des espaces publicitaires sur les pages personnelles (égal. : CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. sect. A, 7 juin 2006, précité et TGI Paris, réf., 22 juin 2007, précité). Car, en effet, ces derniers critères ne conditionnent en rien une quelconque capacité de « *connaissance* » sur les contenus litigieux ou sur leur caractère illicite.

Fort heureusement, ils ont été depuis lors abondamment critiqués et rejetés par nombre de décisions concernant des plateformes de partages de contenus, dites « *web 2.0* » (TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 13 juill. 2007, Christian C. et Nord Ouest Production c/ SA Dailymotion et SA UGC images, <juriscom.net>, RLDI 2007/30, n<sup>o</sup> 999, note Proust S., Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0 ; TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, <juriscom.net>, RLDI 2007/32, n<sup>o</sup> 1062, obs Costes L. ; CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. A, 12 déc. 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom <juriscom.net>, note Thoumyre L., Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la

responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/35, n<sup>o</sup> 1164 ; T. com. Paris, 8<sup>e</sup> ch., 20 fevr. 2008, Google c/ Flach Film et a., <legalis.net>, RLDI 2008/36, n<sup>o</sup> 1197, obs. Costes L. ; TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 15 avr. 2008, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net> ; TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 15 avr. 2008, Omar S., Fred T. et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net> ; CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), <foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n<sup>o</sup> 1464, obs. Trézéguet M. ; TGI Paris, réf., 9 fevr. 2009, Kimberley P. c/ Vincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc., ZePeople, iTunes Store, <juriscom.net> ; T. com. Paris, 16<sup>e</sup> ch., 27 avr. 2009, Davis Film c/ Dailymotion, <foruminternet.org> ; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch, sect. A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord Ouest Production et a., <legalis.net> ; TGI Paris, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Google et a., <legalis.net>).

L'inclinaison à conférer la qualité d'éditeur aux acteurs se faisant rémunérer sur des transactions relatives à des produits faisant l'objet d'une annonce qu'ils hébergent, est remontée jusqu'à la chambre commerciale de la Cour de cassation dans une affaire concernant un revendeur de noms de domaine. Cette dernière a considéré « *qu'en retenant, par motifs propres et adoptés, que la société Sedo éditait un site internet consacré aux noms de domaine qu'elle proposait à la vente, qu'elle offrait une expertise destinée à aider à la fixation de la valeur, à charge de commission en cas de vente, et qu'elle exploitait commercialement le site sedo.fr, la cour d'appel (...) a justifié sa décision d'écarter l'application à cette société du régime de responsabilité réservé aux intervenants techniques sur internet* » (Cass. com., 21 oct. 2008, Sedo GmbH c/ Hôtel Méridien, <foruminternet.org>, RLDI 2008/43, n<sup>o</sup> 1412, note Dreyfus N., Vers une responsabilisation des acteurs de l'internet : la Cour de cassation se prononce, RLDI 2008/44, n<sup>o</sup> 1441 ; voir aussi Caron C., Vendeur rime avec éditeur, Comm. com. électr. 2008, n<sup>o</sup> 12, n<sup>o</sup> 134). Devient ainsi un critère déterminant pour la qualité d'éditeur (ou pour le rejet de celle d'hébergeur), le fait d'offrir « *une expertise destinée à aider à la fixation de la valeur* », cette expertise présupposant sans doute que le prestataire ait eu connaissance des qualités du produit qu'il vend et, éventuellement de ses qualités contrefaisantes.

On peut admettre que les critères de l'édition aient leur originalité propre en matière commerciale, mais cela ne peut justifier, en tant que tel, que la qualification d'hébergeur soit écartée. Une démarche juridique orthodoxe aurait été de vérifier que les critères de l'hébergement n'étaient effectivement pas réunis (un stockage à la demande d'un destinataire du service, art. 6.1.2 LCEN) et, dans le cas inverse, d'analyser si le prestataire dirigeait ou contrôlait le destinataire du service (art. 6.1.2 al 2 LCEN). Un auteur explique cette tendance jurisprudentielle par l'application du principe de loyauté. Ce principe servirait d'alibi aux juridictions commerciales pour infiltrer du droit commun dans un domaine qui relève d'un régime spécial, celui créé par la LCEN. Ce même auteur nous fait part de son étonnement, dès lors qu'« *au sein d'un système de responsabilité limitée seule la réunion des conditions exigées par le texte spécial devrait être prise en compte* » (voir Dhenne M., Hébergeurs et contrefaçons : de l'usage de la loyauté dans un régime de responsabilité limitée, RLDI 2009/51, n<sup>o</sup> 1693). Il explique néanmoins l'attitude prétorienne par sa propension à « *se focaliser davantage sur la "balance" de la loyauté que sur la réunion des conditions imposées par le texte* ».

Tout ce passe, finalement, comme si les critères fixés par la LCEN n'étaient pas impératifs et que l'on pouvait rapporter, par tout moyen de preuve, qu'un hébergeur, qui rencontrerait pourtant les critères définis par la loi, n'est pas un hébergeur.

Cette démarche n'est cependant pas suivie par l'ensemble des juridictions françaises. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle, certes dans un cas d'espèce qui n'impliquait pas la responsabilité d'eBay pour des annonces de produits contrefaits, estimé qu'eBay devait être qualifié d'hébergeur : « *Considérant que le site <www.ebay.fr> est un support en ligne permettant à des professionnels ou des particuliers, à travers le monde, d'acheter ou de vendre en ligne des biens ou services qu'à ce*

*titre, la société eBay n'agit ni pour le compte du vendeur* » (CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B, 9 nov. 2007, eBay Europe – eBay France c/ SARL DWC, <juriscom.net>, obs Thoumyre L., affaire eBay c/ DWC : quand le statut d'hébergeur n'empêche pas de réguler, 24 nov. 2007, <juriscom.net>, RLDI 2007/33, obs. Saint Martin A., note Tessonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n<sup>o</sup> 1165 ; D. 2008, p. 1032, note Huet J., eBay n'est pas un hébergeur ; confirmé par Cass. com, 5 mai 2009, <foruminternet.org>). De même, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé récemment que les sociétés ebay stockent les annonces réalisées par les vendeurs et les mettent en ligne pour leur compte. Il s'agit donc d'un hébergeur (TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 3<sup>e</sup> sect., 13 mai 2009, S.A. L'Oréal, SNC Lancôme Parfums et beauté & CIE, SNC L'Oréal produits de luxe France et a. c/ S.A. eBay France, Société eBay International AG, SARL eBay Europe, Société eBay Inc, <foruminternet.org>, RLDI 2009/50, n<sup>o</sup> 1651, obs. Costes L., note Dreyfus N., La position frileuse du Tribunal de grande instance de Paris face à eBay : vers un droit consensuel ?, RLDI 2009/51, n<sup>o</sup> 1664). Afin de rejeter toute requalification d'eBay en éditeur, même partielle, les juges constatent notamment que seul le vendeur décide de l'objet mis en vente, des différents éléments constituant l'annonce diffusée ainsi que de la mise en ligne de celle-ci et que tout le processus de la vente s'effectue en dehors de l'intervention d'eBay qui ne fait que jouer un rôle d'intermédiation dans le rapprochement des vendeurs et des acquéreurs via la mise à disposition de moyens techniques (logiciels et matériels), sans intervention sur le contenu des offres, les négociations entre les cocontractants et l'exécution du contrat. Cette démarche est intéressante en ce qu'elle restitue à l'utilisateur son rôle central dans le processus de publication de l'annonce, de la fixation du prix et de la transaction. Nous revenons donc sur ce qui constitue l'essence même de la définition de l'hébergeur au sein de la LCEN.

Nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de cette démarche. S'agissant du cas particulier des plateformes de commerce électronique, il est un état de fait que la LCEN leur est applicable au même titre que les autres plateformes d'hébergement de contenus. Dès lors que le prestataire rencontre les critères de l'article 6.I.2., il doit être qualifié d'hébergeur et nulles circonstances factuelles ne saurait permettre aux juges de le qualifier d'éditeur pour lui appliquer un régime de responsabilité différent.

Nous comprenons néanmoins les réticences qu'il y a, au sein de la jurisprudence et de la doctrine, à faire relever des plateformes de ventes entre particuliers indexant leurs rémunérations sur les transactions que ces derniers effectuent, du seul régime des hébergeurs. Car, en effet, le service de publication d'annonce fourni par eBay n'a pas pour objet premier de communiquer des contenus au public, mais plutôt de faire se réaliser une transaction commerciale entre individus. Or, le régime des hébergeurs fut, nous semble-t-il, davantage motivé par la volonté d'assurer une certaine sécurité juridique à des acteurs indispensables à l'exercice de la liberté d'expression sur internet, afin qu'ils ne soient pas conduits à exercer inopinément une censure sur les contenus (en ce sens, voir CA Versailles, 12 déc. 2007, Sté Les arnaques.com et a. c/ Sté Editions régionales de France, <juriscom.net>, RLDI 2008/34, n<sup>o</sup> 1148, obs. Saint Martin A.), que pour des raisons liées à la liberté de commerce. Il n'en demeure pas moins, dans le cadre législatif français et communautaire actuel, que ces acteurs du commerce électronique relèvent bien du régime des hébergeurs pour les annonces postées sur leur site. C'est ainsi que le Tribunal de commerce de Bruxelles a estimé qu'eBay relevait strictement du régime des hébergeurs (T. com. Bruxelles, 31 juill. 2008, Lancôme parfums et Beauté & Cie c/ eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay Belgium, <filterpflicht.de>, note Regniault A. et Guthfreund-Roland F., La responsabilité de l'opérateur d'un site de vente aux enchères en ligne : d'autres juridictions sont saisies en Europe, Comm. com. électr. 2009, p. 14 ; voir aussi Schaffner M. et Abello A., LVMH c/ eBay : une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères, RLDI 2008/41, n<sup>o</sup> 1372). Cette position n'est toutefois pas partagée par la Cour suprême fédérale allemande, laquelle a refusé à deux reprises de qualifier eBay d'hébergeur (Bundesgerichtshof, 11 mars 2004, Az. I ZR 304/01 ; Bundesgerichtshof, 19 avr. 2007, Az. I ZR 35/04).

Parmi l'ensemble abondant des décisions jurisprudentielles abordant les critères de l'activité éditoriale, notre préférence va vers celles qui définissent l'éditeur de contenu, en creux par rapport à l'hébergeur, comme la personne qui est « *personnellement à l'origine de la publication* ». La 3<sup>e</sup> chambre civile du Tribunal de grande instance de Paris a initié le mouvement en soulignant que le fait de fournir une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus ne permettait pas de qualifier Google Vidéo d'éditeur de contenu « *dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion* ». En d'autres termes, le Tribunal constate que la spécificité de l'hébergement qui, rappelons-le, partage une identité génétique commune avec l'éditeur en tant qu'acteurs indispensables de la publication, est le fait que celui-ci n'est pas personnellement à l'origine de la publication (ou de la diffusion). *A contrario*, la spécificité de l'éditeur, c'est d'être personnellement à l'origine de la diffusion (TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, <juriscom.net>, obs Thoumyre L., Google Video condamné pour contrefaçon, 29 oct. 2007, note Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétorienne des hébergeurs, 8 nov. 2007, <juriscom.net>, RLDI 2007/32, n<sup>o</sup> 1062, obs Costes L.). Cette analyse sera reprise plus tard par le Tribunal de commerce de Paris qui estime que la défenderesse « *a la seule qualité d'hébergeur et non celle d'éditeur de contenu car elle n'est pas à l'origine de la diffusion, lesdits contenus étant fournis par les utilisateurs eux-mêmes* » (T. com. Paris, 16<sup>e</sup> ch., 27 avr. 2009, Davis Film c/ Dailymotion, <foruminternet.org>). Ce critère de la personne à l'« *origine du contenu* » nous convient donc. Nous préfererions cependant, afin d'éviter toute confusion, parler de la personne à l'initiative de laquelle le contenu a été mis en ligne.

### c) Conclusion

La jurisprudence raffine de plus en plus la notion d'éditeur. Cela présente sans nul doute une utilité intellectuelle. On se rend toutefois compte que l'exercice de qualification a pour but ultime, à travers les moyens rapportés par les parties demandresses, de s'affranchir ou de contourner cette qualification d'hébergeur par trop encombrante puisqu'elle empêche d'entrer facilement en condamnation. Cela revient, au final, à vouloir dénier l'application d'un texte spécial à un acteur qui remplit pourtant les critères lui permettant d'en bénéficier.

De l'affaire Tiscali Media c/ Dargaud jugée le 7 juin 2006 à l'affaire Dailymotion c/ Nord Ouest du 6 mai 2009, les tribunaux n'ont cessé d'appréhender à tâton la notion d'éditeur, notion à laquelle nul régime de responsabilité n'est pourtant officiellement attaché ! En effet, à notre connaissance, le régime de responsabilité de plein droit défini à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 n'est pas – dans la loi – celui de l'« *éditeur* » mais celui du « *directeur de la publication* », en outre il n'est mis en œuvre que pour les infractions de presse et assimilées et répond à un critère propre de fixation préalable à la communication au public (*a contrario* il n'y a pas responsabilité de plein droit à défaut de fixation préalable). Cela fait très justement dire à M<sup>e</sup> Guillaume Teissonnière que « *le régime de responsabilité éditoriale en cascade ne constitue pas le dénominateur commun des différents régimes de responsabilité du fait des contenus. D'autres régimes fondés sur l'application d'autres critères coexistent à ses côtés* » (Teissonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n<sup>o</sup> 1165, p. 23).

En outre, à côté de la notion d'éditeur de contenus est apparue celle d'éditeur de service de communication au public en ligne (LCEN, art. 6.III). Il semblerait qu'il y ait une différence notable qui distingue ces deux acteurs (voir également Teissonnière G., RLDI, précité : « *il est important* », *selon cet auteur*, « *de relever que la LCEN envisage l'édition d'un « service » et non celle d'un contenu* »). S'il ne fait aucun doute que le premier est à l'origine de la publication du contenu, qu'en est-il du second ? Ne peut-on le considérer comme celui qui prend l'initiative de créer, de gérer, une plateforme permettant de publier du contenu, sur sa propre initiative ou ... sur l'initiative de tiers ? Dans ce cas, serait-il faux de prétendre que l'éditeur de service de communication au public en ligne peut être tant un éditeur de contenus qu'un hébergeur du web 2.0 ? C'est la thèse développée par M. Ronan

Hardouin (voir n<sup>o</sup> 476) et que nous soutenons, considérant que le rôle de l'éditeur de service de communication au public en ligne peut tout à fait être dual.

Ainsi, pour un contenu donné, l'éditeur de service de communication au public en ligne ne sera donc responsable, sous régime du droit commun, de la propriété intellectuelle ou du droit spécial de la presse s'il y a eu fixation préalable, que pour les contenus dont il est à l'origine de la publication (pour lesquels il ne se serait pas comporté comme un hébergeur). En revanche, pour tout contenu qu'il stocke à la demande de destinataires de ses services, donc dont il n'est pas personnellement à l'origine de la publication, il ne répondra strictement que des dispositions relatives à la responsabilité de l'hébergeur.

Nous réfutons, en revanche, toute proposition qui consisterait à dire qu'un double régime de responsabilité pourrait s'appliquer à un même prestataire pour les mêmes faits, sous prétexte qu'il aurait pu commettre une faute distincte dans la gestion de son service de communication au public en ligne de celle que l'on pourrait lui reprocher en tant qu'hébergeur, car cela nous conduirait à contourner des dispositions spéciales, ce qui ne peut se faire. Les thèses particulièrement instructives de M<sup>e</sup> Teissonnière et de M. Saint Martin (Teissonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n<sup>o</sup> 1165 ; Saint Martin A., Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le Web 2.0, RLDI 2007/32, n<sup>o</sup> 1070) qui nous éclairent sur les obligations pouvant incomber à l'éditeur de service de communication au public en ligne, sont donc à manier avec précaution sur ce sujet, dès lors qu'elles risquent d'aboutir, si l'on y prend garde, au contournement des dispositions spéciales lorsque cet éditeur est également hébergeur.

#### **464-21 L'auteur et le fournisseur de contenus**

Le fournisseur de contenus (images, textes, vidéo, son...) est la personne qui délivre du contenu à un éditeur de service de communication au public en ligne, étant entendu que ce dernier peut être tant éditeur de contenus qu'hébergeur (voir n<sup>o</sup> 476).

Le fournisseur de contenus peut être l'auteur des contenus qu'il transmet, au sens de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire la personne qui les a créés, et/ou l'éditeur de ces contenus.

#### **464-22 Le créateur d'hyperliens et de flux RSS**

On peut distinguer deux catégories de créateurs d'hyperliens : ceux qui mettent en place des systèmes permettant la création automatique de liens vers des contenus disponibles sur le réseau, tels que les moteurs de recherche ; et ceux qui créent consciemment ce type de liens, comme tout internaute qui souhaite faire partager l'existence d'une ressource du réseau avec d'autres internautes, soit en communiquant un lien par courriel, soit en l'inscrivant sur sa page web. Appartiennent à cette seconde catégorie les liens présentés dans les annuaires de recherche et les portails. Ces derniers mettent en œuvre des équipes de « surfeurs » pour créer manuellement un certain nombre de liens qu'ils classent ensuite par rubriques thématiques.

Il n'existe pas à l'heure actuelle de définition légale du créateur d'hyperlien. La directive n<sup>o</sup> 2000/31 du 8 juin 2000, JOCE 17 juillet, n<sup>o</sup> L 178, p. 1 et s. sur le commerce électronique n'évoque leur existence qu'au sein de son article 21 consacré au réexamen de la directive. Le premier rapport de la Commission consacré à ce réexamen se contente de renvoyer vers les « *travaux fondamentaux menés en France par le Forum des droits sur l'internet* » (Premier rapport sur l'application de la directive n<sup>o</sup> 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, 21 nov. 2003, p. 15, note 72, <www.europa.eu.int>).

Les travaux du Forum des droits sur l'internet proposent justement plusieurs définitions, à commencer par celle de l'hyperlien, qui consiste en une « *connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple, le réseau Internet)* » et qui est « *composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée* ». Les hyperliens permettent ainsi d'interconnecter les données contenues sur l'Internet qui sont mises à disposition du public, notamment sur le web, par les éditeurs de contenus. Ils forment autant de « *passerelles* » entre les ressources disponibles sur le web et sont susceptibles de se multiplier au gré des créateurs (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Hyperliens : statut juridique », 3 mars 2003, <foruminternet.org> ; voir aussi Thoumyre L., L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2003, n<sup>o</sup> 157, numéro spécial « Les Cahiers de l'ADIJ », p. 3).

La Recommandation du Forum des droits sur l'internet portant sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens différencie également les créateurs manuels d'hyperliens, entendu comme « *toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'Internet* » des créateurs automatiques d'hyperliens définis comme « *toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'Internet* » (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens ? », 23 oct. 2003, <www.foruminternet.org/recommandations/>).

La question de la responsabilité du fait des hyperliens connaît un regain d'intérêt avec l'avènement des flux RSS. Le principe du flux RSS (« *Rich Site Summary* » ou « *Really Simple Syndication* ») est de diffuser immédiatement, à partir de n'importe quel service de communication au public en ligne, une liste de titres et de courts résumés d'articles publiés sur un ou plusieurs services de communication au public en ligne tiers. Les titres sont dits « actifs » dans la mesure où ils renvoient, par liens hypertextes, au contenu cible. La publication des titres et résumés d'articles est réalisée grâce à l'inclusion d'un script sur un service de communication au public en ligne. Ce script est mis à la disposition du public par les services qui sont à l'origine de la publication des contenus, ou bien par des agrégateurs d'information. Concrètement, dès lors que ces services publient un article, un lien hypertexte sera automatiquement créé sur les sites ayant intégré leur script RSS, sans aucun contrôle de ces derniers sur le contenu cible ou, même, sur la composition des titres et des résumés. Ainsi, grâce au flux RSS, tout site sur internet peut relayer instantanément, auprès de ses lecteurs, des hyperliens vers des contenus qui sont publiés sur un site tiers.

Cette technologie a fait l'objet d'un examen juridique dans plusieurs affaires, opposant généralement des célébrités, dont des éléments de leur vie privée ont été révélés dans un article publié sur un site « source » (celui qui est à l'origine de la publication de l'article et qui met un script RSS à la disposition d'autres sites), à un site « destinataire » du contenu (celui qui a choisi d'inclure le script proposé par le site « source ») : TGI Nanterre, réf., 28 févr. 2008, Olivier D. c/ Eric D. (Les Pipoles), <juriscom.net>, RLDI 2008/36, n<sup>o</sup> 1215, obs. Auroux J.-B. ; TGI Paris, réf., 28 févr. 2008, Olivier D. c/ Sté Aadsoft Com, <legalis.net>, RLDI 2008/37, n<sup>o</sup> 1143, obs. Costes L. ; TGI Paris, réf., 26 mars 2008, Olivier M. c/ Société Bloobox Net (Fuzz), <juriscom.net> ; CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), <foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n<sup>o</sup> 1464, obs. Trézéguet M. ; TGI Paris, réf., 15 dec. 2008, Claire C. dite Claire K. c/ Mehdi K., <juriscom.net> ; voir aussi TGI Nanterre, réf., 7 mars 2008, Olivier D. c/ SARL Planète Soft (Wikio), <juriscom.net>, RLDI 2008/36, n<sup>o</sup> 1216 (voir n<sup>o</sup> 464-75).

## **464-26 L'organisateur d'espaces de discussion interactive**

On distingue classiquement deux grandes catégories de systèmes de discussion interactive : les premiers permettant des discussions synchrones (*chat*, sur réseaux IRC ou sur ICQ par exemple), les seconds des discussions asynchrones (forums et liste de discussion).

#### **a) Les espaces de discussions synchrones : l'exemple du chat**

Le « *chat* », que la Commission générale de terminologie et de néologie a traduit par le terme « *causette* », est défini comme une « *communication informelle entre plusieurs personnes sur l'Internet, par échange de messages affichés sur leurs écrans* » (JO 16 mars 1999). Plus concrètement, il s'agit de discussions en temps réel qui transitent sur le réseau principalement au moyen du protocole IRC (*Internet Relay Chat*). Les utilisateurs y accèdent en recourant à un logiciel spécifique (ex. mIRC). Certaines pages web intégrant une interface IRC proposent également des « *chambres de discussion* ». Dans ce cas, un simple navigateur suffit pour participer aux discussions.

Les « *chat room* » permettent à plusieurs personnes de dialoguer simultanément sur une page centrale publique et/ou d'entretenir des conversations plus discrètes avec d'autres interlocuteurs dans des chambres privées. Techniquement, les données transmises sur le *chat* passent par un serveur et peuvent être conservées par l'hébergeur (Dossier du Forum des droits sur l'internet, « Responsabilité liée à l'exploitation de forums de discussion », 18 juill. 2002, <[www.foruminternet.org/publications](http://www.foruminternet.org/publications)>).

Ces discussions peuvent être « modérées » par l'organisateur du *chat*, qui est la personne ayant pris l'initiative de créer une chambre de discussion sur un thème particulier, ou par toute autre personne, bénévole ou salariée, effectuant la tâche de modération pour le compte de l'organisateur ou pour celui de la communauté des internautes utilisateurs du chat. La tâche du modérateur consiste notamment à veiller à ce que les propos tenus sur la page publique du *chat* ne polluent pas la discussion générale – tel est le cas des propos hors thèmes – et de « bannir » les perturbateurs. De plus en plus d'organisateur de *chats* sur le web effectuent une modération *a priori* des messages, c'est-à-dire qu'ils supervisent la teneur du message avant que celui-ci ne soit rendu public. Mais la grande majorité des chambres de discussion sur les canaux IRC ne sont pas modérées ou ne sont modérées qu'*a posteriori*.

#### **b) Les espaces de discussions asynchrones : l'exemple des forums**

Selon la Commission générale de terminologie et de néologie, le forum de discussion est un « *service permettant l'échange et la discussion sur un thème donné : chaque utilisateur peut lire à tout moment les interventions de tous les autres et apporter sa propre contribution sous forme d'articles* » (JO 16 mars 1999). Les forums de discussion peuvent être accessibles soit sur le réseau *Usenet* – on parle alors de *newsgroups* – soit sur le web.

Les messages postés sur les forums *Usenet* exploitent le protocole NNTP. Ils sont reproduits sur l'ensemble des serveurs qui y donnent accès, c'est-à-dire « relayés » par les fournisseurs d'accès à l'Internet, lorsque ces derniers le souhaitent. On en dénombre approximativement 20 000. Tout utilisateur peut créer un nouveau groupe de discussion. La justification du thème doit être soutenue lors des Appels à Discussions, les « AAD », durant lesquels les utilisateurs de *Usenet* discutent de l'opportunité de la création d'un nouveau groupe et du contenu de la charte qui l'accompagne. Lorsqu'un accord émerge de l'« AAD », le groupe doit encore passer au vote. Chaque hiérarchie (alt., qc., fr. etc.) connaît ses propres modalités de vote. Le groupe est créé par une personne appelée « *control* », qui n'est pas nécessairement celle qui a soutenu l'opportunité de création du thème. Le « *control* » dispose d'une clé lui permettant d'informer les newsmasters de la création du groupe qui est alors proposé sur l'ensemble des serveurs de news. La modération du groupe ne peut être décidée qu'après un vote. Elle ne sera pas nécessairement effectuée par le créateur technique du groupe.

Les spécificités de création, d'organisation et d'hébergement des groupes de discussion sur le réseau *Usenet* posent des difficultés considérables dans la mise en œuvre des responsabilités de chacun des intervenants.



La situation est un peu moins complexe s'agissant des forums accessibles sur le web. Ces derniers sont généralement créés et organisés sur l'initiative du titulaire du site par lequel ce forum est accessible ou sur l'initiative de n'importe quel internaute, dans le cas des forums proposés par certains portails offrant une solution « clés en mains » pour la création d'espaces de discussion accessibles à partir de leurs sites. Selon les souhaits du créateur, le forum pourra être non-modéré, modéré *a priori*, ou modéré *a posteriori* (Dossier du Forum des droits sur l'internet, « Responsabilité liée à l'exploitation de forums de discussion », 18 juill. 2002, <[www.foruminternet.org/publications/](http://www.foruminternet.org/publications/)> ; Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le Web ? », 8 juill. 2003, précité).

Le statut de l'organisateur de forums web est ambivalent. Il pourra tantôt être considéré comme un hébergeur, tantôt comme un éditeur de contenu (voir n<sup>o</sup> 464-79).

#### **464-32 Le gestionnaire de blogs**

Un blog est un site web personnel dont la structure de base est préfabriquée. Il est composé d'actualités (« *news* » ou « *billets* »), publiées au fur et à mesure qui apparaissent selon un ordre ante-chronologique. Chacune de ces actualités peuvent, si le gestionnaire du blog le souhaite, faire l'objet de discussions ouvertes à tous les internautes. Le blog est facilement éditable pour n'importe quel utilisateur, d'où son imposant succès.

L'internaute responsable d'un blog sera, *a priori*, considéré comme un éditeur de service de communication en ligne s'agissant des contenus qu'il publie lui-même volontairement et comme un organisateur de forums pour les fils de discussion figurant à la suite des articles.

### **Section 2 - Régimes juridiques applicables aux acteurs de l'Internet**

#### **§ 1 Généralités**

#### **464-39 L'émergence d'un droit autonome et d'une régulation spécifique des communications en ligne**

Le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'Internet a amplement évoqué cette problématique de la loi applicable à Internet. Il privilégie l'application du droit commun, de préférence au droit de la communication pris en ses multiples branches (presse, audiovisuel, télématique) qui lui semble difficilement applicable eu égard aux spécificités des différents services proposés sur Internet (Rapport Falque-Pierrotin I., Internet, enjeux juridiques, La documentation française, coll. Les rapports officiels, 1997, p. 31 et s.).

Le droit applicable peut varier selon la nature du message diffusé ou selon le statut de la personne physique ou morale intervenant dans cette diffusion.

Par là même, le droit des télécommunications, le droit de l'audiovisuel ou le droit de la presse ont vocation à s'appliquer, comme l'a relevé le Conseil d'Etat, en privilégiant une application combinée et en rejetant la compétence exclusive d'une seule autorité comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, La documentation française, 1998, p. 226 et s.). Le législateur se devait néanmoins, pensait-on, d'intervenir pour clarifier l'application à l'Internet des différentes branches du droit de la communication, quitte à en remodeler l'architecture.

Cette « *clarification* » eût lieu au sein de la LCEN en son article 1<sup>er</sup> (L. n<sup>o</sup> 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168)

Les sénateurs avaient en effet répondu favorablement, en seconde lecture du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, à la proposition développée par la Commission des affaires économiques pour « *refondre l'architecture du droit des médias* » (Rapport n<sup>o</sup> 232 (2002-2003) de

MM. Hérisson P. et Sido B. fait au nom de la commission des affaires économiques, 3 mars 2004, p. 3, <www.senat.fr>. Les amendements qui ont été adoptés ont créé une nouvelle catégorie générique : la « *communication au public par voie électronique* ». Celle-ci se définit en creux par rapport à la correspondance privée. Elle se subdivise en deux sous-catégories : la « *communication audiovisuelle* », qui se rapporte essentiellement à la radio et à la télévision (les ondes électromagnétiques étant considérées comme « *électroniques* ») sur tout support, dont Internet, et la « *communication au public en ligne* » qui est définie comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* » (LCEN, art. 1<sup>er</sup>).

Aussi l'article 1<sup>er</sup> de la LCEN modifie-t-il l'article 2 de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 pour définir ce qu'il faut entendre par « *services audiovisuels* ». Il s'agit dorénavant de « *toute communication au public de services de radio et de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition du public ou d'une catégorie du public* » et de « *toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne* ». Sont également définis les services de télévision et de radio : il s'agit de « *tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie du public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons* », pour la télévision et, « *comportant des sons* », pour la radio (sur la délicate articulation entre ces nouvelles définitions, voir Vercken G., Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services dans la LEN, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n<sup>o</sup> 171, p. 19).

### Le nouveau droit de la communication

COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES			
1. Correspondances privées	2. Communication au public par voie électronique		
	2.2. Communication audiovisuelle (CA)	2.3. Communication au public en ligne (CPL)	
	Radio	Télévision	Autres services ne relevant pas de la CPL + SMAD
			Toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur.

La première conséquence de ce remaniement est que tout service de radio ou de télévision, y compris celui qui serait diffusé sur Internet, relève assurément de la compétence du CSA. L'article 3-1 nouveau de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 précise en effet que « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par la présente loi* ». Inversement, le CSA n'exerce aucune autorité sur les services de communication électronique qui ne répondraient pas à la définition de la radio ou de la télévision. C'est là la précision que l'on attendait du législateur, qui ne se révèle toutefois qu'à travers une lecture *a contrario* du texte. Il est donc devenu une certitude, aujourd'hui, que les sites web, forums de discussion et autres blog – qui appartiennent à la catégorie des services de communication au public en ligne (tant qu'ils n'ont pas de caractère privé) – ne relèvent pas de la compétence du CSA.

La question s'est toutefois posée, pour le CSA, de savoir si une banque de données de spots publicitaires audiovisuels disponibles à la demande sur Internet, par exemple à travers un site web, ne devait pas relever de sa compétence. La réponse nous semble être assurément négative dès lors que les spots publicitaires contenus au sein de cette banque de données ne sont pas destinés à être

reçus simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie du public car, ce faisant, ils échappent à la définition de la télévision.

Cette « *autonomisation* » de la réglementation des communications publiques en ligne n'allait pas, cependant, sans poser un certain nombre de difficultés, notamment pour l'application d'autres régimes juridiques aux acteurs de l'Internet (voir Fandiari J.-L., LCEN : une loi pour ou contre la confiance dans l'économie numérique ?, actu., 9 janv. 2004, <[www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)>).

L'écueil a été identifié par la Commission des affaires économiques du Sénat qui a proposé un amendement, adopté par les sénateurs lors de leur vote du 8 avril 2004, destiné à remplacer au sein de diverses lois (dont la L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse et la L. n<sup>o</sup> 82-652, 29 juill. 1982), du Code pénal, du Code de procédure pénale et du Code électoral, les termes de « *communication audiovisuelle* » par ceux de « *communication au public par voie électronique* » (amendement n<sup>o</sup> 3 au projet de loi n<sup>o</sup> 144). De la sorte, les différents régimes juridiques étudiés ci-dessous continuent – pour la plupart – de s'appliquer aux acteurs de l'internet.

Le travail des parlementaires devra néanmoins être poursuivi ultérieurement. En effet, on peut regretter que l'intégration de la notion de « *communication par voie électronique* » n'ait pas été prévue, par exemple, au sein de plusieurs dispositions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité des personnes ayant commis des infractions par voie de presse ou audiovisuelle : les articles 223-15, 226-2, 226-8, 227-24 (lequel sanctionne la fabrication, le transport, la diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur), 227-28, 412-8, 413-3, 413-4, 433-10, 434-16 ou 434-25 du Code pénal, ou encore l'article L. 3421-4 du Code de la santé publique.

Outre la création d'un droit autonome pour les communications au public en ligne, mentionnons la création d'un organisme, le 31 mai 2001, dans le but d'assurer la concertation entre les différents acteurs d'Internet et la compréhension des enjeux juridiques posés par les réseaux : le Forum des droits sur l'Internet (<[www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org)>).

A la suite de la publication en 1998 du rapport du Conseil d'Etat sur « *Internet et les réseaux numériques* » et en juin 2000, du rapport du député Christian Paul intitulé « *Du droit et des libertés sur l'Internet* », le Premier ministre Lionel Jospin avait manifesté la volonté d'initier une expérience unique, tant en France qu'en Europe, en lançant le projet du Forum des droits sur l'internet.

Le Forum est investi de trois grandes missions : la concertation entre les acteurs, la sensibilisation du public et la coopération internationale. Cet organisme, créé sous la forme d'une association loi 1901, est un lieu permanent de dialogue et de réflexion entre professionnels, instances publiques et utilisateurs. Sur la base des débats qu'il organise et des conclusions des groupes de travail, le Forum formule des recommandations – non contraignantes – qui s'adressent aussi bien aux acteurs privés, en les appelant à une action d'autorégulation, qu'aux acteurs publics de la régulation pour un aménagement du droit existant.

Cette mission de recommandation est exercée de sa propre initiative ou sur saisine du gouvernement, du Parlement ou des autorités administratives indépendantes (CSA, ART, CNIL, etc.). Cette activité est préparatoire à la prise de décision des autorités publiques ou privées et éclaire les fondements de celle-ci.

Plusieurs recommandations ont été délivrées, notamment sur les sujets suivants : « *hyperliens* », « *forums de discussion* », « *protection des mineurs* » ou encore « *télétravail* ». Par ailleurs, le Forum des droits sur l'Internet a délivré deux avis sur des projets de loi : la loi sur la sécurité quotidienne (LSQ), adoptée le 6 février 2003, et le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (voir <[www.foruminternet.org/recommandations](http://www.foruminternet.org/recommandations)>).

Le Forum est présidé par Isabelle Falque-Pierrotin, maître des requêtes au Conseil d'Etat. On notera que le Forum compte parmi ses membres M. le professeur Pierre Sirinelli, directeur du Lamy droit des médias et de la communication.

#### **464-43 Le droit des communications électroniques : la question de la conservation des données de connexion**

La notion de télécommunication, qui figurait au sein de l'ancien article 2 de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986, a été substituée par celle de « *communication électronique* » depuis l'adoption de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite « LCEN » (L. n<sup>o</sup> 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168). Il s'agit des « *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ». En réalité, la définition de « *communication électronique* » est très proche, voire similaire, à celle de télécommunication.

Du point de vue statutaire, le droit des télécommunications, devenu le droit des communications électroniques depuis la loi n<sup>o</sup> 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, a vocation à s'appliquer au fournisseur d'accès à Internet (ou *Internet Service Provider*).

Pour ce qui est du message, il concerne plus particulièrement la correspondance privée transmise par messagerie électronique (ou *e-mail*).

Ainsi, le statut de fournisseur d'accès est visé par l'article L. 32, 6<sup>o</sup> du Code des postes et des communications électroniques qui dispose qu'« *on entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques* ». Le même article précise que « *ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique* ».

L'incidence pratique de cette définition est que le fournisseur d'accès est soumis à déclaration auprès de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 33-1-I du code précité : « *L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des télécommunications* ».

Le droit des communications électroniques a également vocation à assurer le secret des correspondances sur les réseaux électroniques.

Tout d'abord, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n<sup>o</sup> 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des communications téléphoniques dispose que « *le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi* ».

Aussi, l'article L. 32-3 du Code des postes et des communications électroniques exige-t-il le respect du secret des correspondances de la part des opérateurs et des membres de leur personnel. Toute atteinte au secret des correspondances par un agent de l'autorité publique ou un agent d'exploitation du réseau est sanctionné par l'article 432-9 du Code pénal.

Rappelons que la confidentialité des communications électroniques est visée par l'article 5 de la directive du Parlement et du Conseil CE n<sup>o</sup> 97/66 du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications et par l'article 5 de la directive du Parlement et du Conseil CE n<sup>o</sup> 2002/58 du 12 juillet 2002 dite « *vie privée et communications électroniques* » qui adapte la directive précédente à l'évolution des marchés et des technologies des services de communications électroniques (Dir.

Cons. CE n<sup>o</sup> 2002/58, 12 juill. 2002, JOCE 31 juill., n<sup>o</sup> L 201, p. 37). Cette directive a été transposée par la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (L. n<sup>o</sup> 2004-669, 9 juill. 2004, JO 10 juill., p. 12483) qui a notamment modifié le Code des postes et télécommunications – rebaptisé « *Code des Postes et des Communications électroniques* » – et la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des communications téléphoniques (L. n<sup>o</sup> 91-646, 10 juill. 1991).

Pour prévenir le risque lié au stockage et au traitement automatisés d'informations sur la vie privée des abonnés et utilisateurs des réseaux ouverts au public de communications électroniques et qui ont trait au secret de leur correspondance, le vingt-sixième considérant de la directive CE n<sup>o</sup> 2002/58 précitée dispose que « *ces données ne peuvent être stockées que dans la mesure où cela est nécessaire à la fourniture du service, aux fins de la facturation et des paiements pour interconnexion, et ce, pour une durée limitée* ».

Ce même considérant prévoit qu'il convient également « *d'effacer ou de rendre anonymes les données relatives au trafic utilisées pour la commercialisation de services de communications ou pour la fourniture de services à valeur ajoutée, lorsque les services en question ont été fournis* ».

Les données relatives au trafic sont définies au sein du quinzième considérant. Sont notamment visées les données concernant le routage, la durée, le moment ou le volume d'une communication, le protocole de référence, ou encore l'emplacement des équipements terminaux de l'expéditeur ou du destinataire.

Repris par l'article L. 34-1, I du Code des postes et des communications électroniques (correspondant à l'ancien article L. 32-3-1, I du Code des postes et télécommunications créé par la loi n<sup>o</sup> 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne puis repris par la loi n<sup>o</sup> 2004-669 du 9 juillet 2004, JO 10 juill., p. 12483 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle), le principe de non-conservation et d'effacement des données à caractère personnel s'impose à tout opérateur de communications électroniques : « *Les opérateurs de communications électroniques, et notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, effacent ou rendent anonyme toute donnée relative au trafic (...)* » (C. P et CE, art. L. 34-1, I). Les fournisseurs d'accès à Internet, dont l'activité répond à celle définie par l'article 6, I-1 de la loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, sont donc concernés par ces dispositions.

S'inscrivant dans le cadre des dérogations prévues par l'article 13 de la directive du Parlement et du Conseil CE n<sup>o</sup> 95/46 du 24 octobre 1995 et l'article 14 de la directive du Parlement et du Conseil CE n<sup>o</sup> 97/66 du 15 décembre 1997, et par la suite, de l'article 15 de la directive du Parlement et du Conseil CE n<sup>o</sup> 2002/58 du 12 juillet 2002, des aménagements au principe d'effacement des données de communication ont été prévus au sein du même article L. 34-1, lequel indique qu'« (...) *il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques* », et ce pour « *les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations* » (C. P et CE art. L. 34-1, II).

Longtemps attendu, le décret d'application de ce texte a vu le jour le 24 mars 2006 (D. n<sup>o</sup> 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques ; voir Tabaka B., Le décret sur la conservation des données de connexion enfin publié !, 26 mars 2006, <juriscom.net>).

La loi n<sup>o</sup> 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle limite elle-même ces exceptions, puisqu'elle précise que les données

conservées ne peuvent « *en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit* » (C. P et CE, art. L. 34-1, V, anciennement C. P et T, art. L. 32-3-1, IV créé par L. n<sup>o</sup> 2001-1062, 15 nov. 2001 sur la sécurité quotidienne).

Enfin, notons que, entre la loi n<sup>o</sup> 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne et la loi n<sup>o</sup> 2004-669 du 9 juillet 2004 relatives aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le dispositif français avait été complété par l'article 62 de la loi de finances rectificative n<sup>o</sup> 2001-1276 du 28 décembre 2001, toujours en vigueur, pour permettre aux agents de l'administration fiscale et de l'administration des douanes d'accéder aux données traitées et conservées par les opérateurs. Ainsi, les articles L. 621-10 du Code monétaire et financier et 61 du Code des douanes prévoient que, pour les besoins de la recherche, de la constatation de la sanction ou du règlement d'infractions aux dispositions du Code des douanes, du Code général des impôts ou du Code monétaire et financier, les opérateurs de communications électroniques et les prestataires mentionnés aux articles 6-I-1 et 6-I-2 de la loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 (JO 22 juin, p. 1168) doivent communiquer les données qui leur sont demandées par les agents, habilités à cet effet, de l'administration des douanes et des services chargés du recouvrement des impôts, droits et taxes.

Or, ces dispositions supplémentaires présentent plusieurs difficultés d'interprétation, en particulier parce qu'elles se réfèrent à l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques (anciennement article L. 32-3-1 du Code des P et T) « *dont l'étendue et les limites sont profondément différentes des régimes propres de ces administrations* » (Heslaut J. et Staub A., L'obligation de conservation des données de connexion étendue à tous les acteurs de l'Internet ?, Les Echos, 15 févr. 2002).

Tout d'abord, l'article L. 34-1 ne prévoit ce droit d'accès que dans le cadre de la recherche d'infractions pénales, alors que l'administration des douanes et l'administration fiscale disposent d'un pouvoir de communication pour tout type d'infraction relevant de leur pouvoir de contrôle. En outre, les durées de conservation dont bénéficient ces administrations sont en général égales à trois ans, contre une année prévue par la loi sur la sécurité quotidienne et la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. Enfin, ces administrations peuvent également requérir la communication de données auprès des personnes visées à l'article 6-I-1 de la loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à savoir les prestataires d'hébergement, là où les dispositions originellement introduites par la loi sur la sécurité quotidienne ne concernent que les personnes visées à l'article 6-I-1 de la LCEN, c'est-à-dire les opérateurs de communication électroniques et les fournisseurs d'accès à l'Internet.

La loi n<sup>o</sup> 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure a, elle aussi, poursuivi l'œuvre législative débutée en 2001. Elle a ajouté, en premier lieu, un article 60-1 au Code de procédure pénale qui permet aux officiers de police judiciaire, agissant dans le cadre d'une enquête judiciaire et sur autorisation d'un magistrat, d'accéder directement à des fichiers informatiques et de saisir à distance les renseignements qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité. Il est corrélativement prévu que les personnes mentionnées à l'article 6-I-1 de la LCEN mettent à disposition des autorités les informations requises par voie télématique ou informatique dans les meilleurs délais. En second lieu, l'article 32-3-1 du Code des P et T, devenu l'article 34-1 du Code des postes et des communications électroniques, avait été à nouveau modifié pour permettre aux opérateurs de conserver certaines données en vue d'assurer la sécurité de leurs réseaux (C. P et CE, art. 34-1, III). Cette disposition, maintenue en vigueur, transposait l'une des propositions émises par le Forum des droits sur l'Internet qui recommandait, au-delà du dispositif de la loi du 15 novembre 2001 « *de prendre en compte une évolution possible des dispositions législatives afin de permettre aux entreprises de procéder à une conservation et un traitement des données nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de leurs propres réseaux* » (Recommandation du Forum des droits sur

l'Internet relative à la conservation des données relative à une communication électronique, 18 déc. 2001, <[www.foruminternet.org/recommandations](http://www.foruminternet.org/recommandations)>).

#### **464-47 Le droit de la presse et la problématique du délai de prescription des infractions**

Comme le rappelle l'article 93-3 de la loi n<sup>o</sup> 82-652 du 29 juillet 1982 modifiée, la principale loi venant réprimer les délits commis par la voie de la presse est la loi du 29 juillet 1881 (voir n<sup>o</sup> 203), même si un certain nombre de délits de presse existent en dehors de la loi de 1881 (notamment protection civile et pénale de la vie privée, protection de la morale et de la jeunesse, respect de la présomption d'innocence).

Avant l'adoption de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN », L. n<sup>o</sup> 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin 2004, p. 1168), la plupart des services en ligne étaient considérés comme des modes de communication audiovisuelle, à l'exclusion des correspondances privées par voie électronique. A ce titre, il ne faisait aucun doute que les délits prévus par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 puissent donner lieu à poursuites en application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 précitée (voir n<sup>o</sup> 464-51). Bien que la LCEN ait autonomisé le droit des communications au public en ligne par rapport au droit de la communication audiovisuelle, ces dispositions demeurent applicables à l'Internet (voir n<sup>o</sup> 464-39).

L'une des questions les plus délicates est celle de l'imputabilité du délit (voir n<sup>o</sup> 464-71 et s.).

Une seconde question s'est posée plus récemment à propos de l'application sur Internet de la prescription courte de l'action judiciaire prévue par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881. Cet article dispose, en effet, que l'action publique et l'action civile résultant des infractions prévues par cette loi se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour où elles ont été commises, ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite, s'il en a été fait. Ce délai constitue l'un des éléments essentiels de l'équilibre conçu par la loi du 29 juillet 1881 entre liberté de presse, droit des personnes et ordre public.

Schématiquement, les juges et la doctrine hésitent entre deux solutions : faire courir le point de départ du délai au jour de la mise en ligne du document ou au jour où celui-ci a été retiré du serveur.

Mais aucune de ces deux propositions n'est véritablement satisfaisante.

On se heurte, dans le premier cas, au risque de **persistance des contenus litigieux**. Leur accessibilité permanente en tout point du réseau, phénomène inconnu sur support papier, peut alors s'avérer inopportune au regard de la protection du droit des tiers et de la préservation de l'ordre public.

La seconde solution retire néanmoins tout l'intérêt d'une prescription abrégée puisque, en refusant de faire courir le délai à partir du premier acte de publication, elle confère aux infractions de presse commises sur Internet un caractère imprescriptible tant que les informations litigieuses demeurent en ligne.

Une voie **médiane**, enfin, consisterait à **refaire courir le délai de prescription à chaque fois que le document litigieux a été modifié**. C'est vers celle-ci qu'aurait pu se diriger la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 15 décembre 1999, n'a pas manqué d'évoquer la modification de l'adresse du site du prévenu pour déclarer les faits poursuivis non prescrits. Mais son argumentation s'inscrivait dans la logique de la première solution évoquée ci-dessus.

Dans cette affaire (dite « *affaire Costes* »), la cour d'appel devait se prononcer sur la recevabilité des poursuites formées par plusieurs associations antiracistes à l'encontre d'un individu ayant publié des écrits violents sur son site susceptibles de constituer les infractions d'injures et de diffamation publiques raciales et de provocation à la violence raciale prévues par la loi du 29 juillet 1881. La cour d'appel

a tout d'abord estimé que l'application du principe selon lequel le délai de prescription court à dater du premier jour de publication était principalement adapté aux caractéristiques « *périssables, voire furtifs* » des messages publiés sur support papier ou audiovisuels, et non à celles d'une publication sur le réseau qui résulte, selon elle, « *de la volonté renouvelée de l'émetteur qui place le message sur un site et choisit de l'y maintenir ou de l'en retirer quand bon lui semble* ». Elle en conclut à l'existence d'une infraction continue pour faire démarrer le délai de prescription à la date du constat d'huissier fondant la prévention (CA Paris, 11<sup>e</sup> ch. A., 15 déc. 1999, JCP éd. G 2000, II, n<sup>o</sup> 10281, note Schmidt Ph.-A. et Facchina V., Rev. sc. crim. 2000, p. 644, obs. Francillon J.).

Cette solution a été reprise au sein d'un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 6 décembre 2000 qui en a d'ailleurs légèrement modifié l'argumentation théorique en évoquant cette fois-ci le caractère d'« *infraction successive* » du délit susceptible d'être constitué par une publication sur un site Internet (T. corr. Paris, 6 déc. 2000, Carl Yves L. c/ Thierry M. et Raphaël M., Association Réseau Voltaire, JCP éd. G 2001, II, n<sup>o</sup> 10515, note Lepage A., Comm. com. électr., janv. 2001, comm. 8, p. 23, obs. Galloux J.-C.).

Un arrêt du 30 janvier 2001 de la Cour de cassation a finalement amorcé un important retour sur l'interprétation que les juridictions du fond avaient faite de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 (Cass. crim., 30 janv. 2001, n<sup>o</sup> 00-83.004, Bull. crim., n<sup>o</sup> 28, p. 75, JCP éd. G 2001, II, n<sup>o</sup> 10515, note Lepage A., Rev. sc. crim. 2001, p. 605, obs. Francillon J., D. 2001, p. 1833, note Dreyer E., Linant de Bellefonds, Comm. com. électr., juin 2001, comm. 68, p. 35, obs. Lepage A., Petites affiches 3 avr. 2001, p. 3, note Pansier F.-J., Légipresse 2001, n<sup>o</sup> 180, III, p. 58, note Ader B.).

Huit mois et demi plus tard, la Haute juridiction délivre un attendu clair et non équivoque sur la date à partir de laquelle il convient de faire courir le délai de prescription. Celui-ci se prononce en faveur de la date correspondant au premier acte de publication, précision faite que cette date est « *celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau* » (Cass. crim., 16 oct. 2001, n<sup>o</sup> 00-85.728, Bull. crim., n<sup>o</sup> 211, p. 676, J.-Cl. Pénal, Fasc. 12, note Véron M., Légipresse 2001, n<sup>o</sup> 187, III, p. 205, note Dreyer E., Comm. com. électr., déc. 2001, comm. 132, p. 30, obs. Lepage A., Rev. Lamy dr. aff. 2002, n<sup>o</sup> 45, n<sup>o</sup> 2854, obs. Simon G., <foruminternet.org> ; voir CA Paris, 23 juin 2000, <juriscom.net> ; Rojinsky C., Le point de départ de la prescription en matière de délits de presse sur l'Internet, Légipresse 2000, n<sup>o</sup> 176, III, p. 182).

Un troisième arrêt, enfin, est venu confirmer la voie sur laquelle la Cour de cassation s'est engagée en cassant la fameuse décision de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 1999 (CA Paris, 15 déc. 1999, JCP éd. G 2000, II, n<sup>o</sup> 10281, note Schmidt Ph.-A. et Facchina V., JCP éd. E 2000, p. 1905, note Mallet Poujol N., Comm. com. électr., mai 2000, comm. 58, p. 26, obs. Lepage A., Rev. sc. crim. 2000, p. 644, obs. Francillon J., Expertise mai 2000, p. 149, note Manseur-Rivet M., Légipresse 2000, n<sup>o</sup> 169, III, p. 38, note Ader B., Petites affiches 7 juill. 2000, p. 9, note Peltier V.) au motif que « *Lorsque des poursuites pour l'une des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881 sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau Internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication* ». L'attendu est similaire à celui de l'arrêt du 16 octobre 2001, à la différence près qu'il élargit la portée du principe énoncé pour les « *poursuites pour diffamation et injures publiques* » aux « *poursuites pour l'une des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881* » (Cass. crim., 27 nov. 2001, n<sup>o</sup> 01-80.134, Légipresse 2002, n<sup>o</sup> 189, III, p. 26, Comm. com. électr., févr. 2002, comm. 32, p. 38, obs. Lepage A., Rev. Lamy dr. aff. 2002, n<sup>o</sup> 46, n<sup>o</sup> 2920, obs. Costes L. ; voir aussi <foruminternet.org> et <juriscom.net>).

La solution entérinée par la Cour de cassation rappelle ainsi que les infractions à la loi du 29 juillet 1881 commises sur Internet demeurent instantanées et, par voie de conséquence, soumises à la



prescription prévue en matière de presse écrite. L'exercice de la liberté de presse ne souffre donc pas d'un régime dérogatoire sur Internet. En revanche, cette solution emporte certaines difficultés liées à sa mise en œuvre, notamment quant à la recherche du jour précis de la mise en ligne du message incriminé, et ne résout pas la problématique liée à la persistance des contenus préjudiciables sur Internet.

Si elle a néanmoins fini par s'imposer devant la Cour d'appel de Paris (CA, 11<sup>e</sup> ch., 27 févr. 2002, Carl Yves L. c/ Thierry M. Raphaël M., Association Réseau Voltaire), elle demeure discutée dans certains cas d'espèce.

Dans une célèbre affaire relative à la mise à disposition d'objets nazis sur un site de vente aux enchères accessible à travers le portail <yahoo.com>, une ultime décision du Tribunal correctionnel de Paris s'est écartée du principe posé par la Cour de cassation en se fondant sur la nature spécifique du site, support de vente, qui propose à chaque nouvelle mise aux enchères une information différente aux internautes impliquant notamment « *la modification du prix de la chose, en fonction du nombre d'acheteurs potentiels* ». Les magistrats en ont conclu que « *C'est à compter de cette première offre que le délit est consommé, et chaque mise à jour de ce site particulier constitue, dans cette hypothèse, une infraction nouvelle, distincte de l'offre initiale. En conséquence, chaque nouvelle mise à disposition d'objets aux internautes, fait courir un nouveau délai de prescription* » (TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 26 févr. 2002, Timothy K., Sté Yahoo! Inc. c/ Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie et Mrap, Comm. com. électr., mai 2002, comm. 77, note Lepage A., Rev. Lamy dr. aff. 2002, n<sup>o</sup> 48, n<sup>o</sup> 3082, <foruminternet.org>).

En outre, la cour de renvoi, dans l'affaire « Jean-Louis Costes », a estimé que le prévenu, en modifiant le nom de domaine de son site, avait créé « *un nouveau mode d'accès à son site* » et avait ainsi « *renouvelé la mise à disposition des textes incriminés dans des conditions assimilables à une réédition* ». De la sorte la Cour d'appel de Paris a estimé que la prescription de l'action publique n'était pas acquise (CA Paris, 11<sup>e</sup> ch., 29 janv. 2004, Jean-Louis Costes c/ Licra, LFDDHC, MRAP et UEJF, <juriscom.net>).

Pour finir sur ce chapitre, nous remarquerons que la solution retenue par la Cour de cassation se heurte à de fortes résistances politiques. La crainte de ne pouvoir sanctionner des infractions de presse qui « resurgissent » sur Internet, après que se soit écoulé le délai de prescription de trois mois, est très présente. Le Sénateur Trégouët avait ainsi fait introduire un amendement au sein du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, lors de la seconde lecture au Sénat le 8 avril 2004, visant à prescrire l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus à la loi du 29 juillet 1881 après trois mois révolus « *à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message susceptible de déclencher l'une de ces actions* » (projet LCEN n<sup>o</sup> 144, art. 2 bis IV bis, adopté au Sénat le 8 avr. 2004, JO doc. AN, n<sup>o</sup> 1535). L'amendement précisait néanmoins que, lorsque le contenu d'une publication sur support papier est reproduit à l'identique sur un service de communication public en ligne identique, la prescription est acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, à savoir que le délai court à partir du jour de la publication. Malgré cette précision, c'était tout le travail jurisprudentiel décrit qui aurait été jeté à bas par cet amendement. Celui-ci aurait eu pour conséquence de réinstaurer une imprescriptibilité de fait pour les délits de presse exclusivement commis sur l'Internet (pour une opinion critique de cet amendement, voir Vallet A., L'amendement Trégouët au projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique : un grave recul de la liberté de la presse, Légipresse 2004, n<sup>o</sup> 212, I, p. 93 ; pour une opinion favorable, voir Albrieux S., La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique, Légipresse 2005, n<sup>o</sup> 220, p. 40 et s.). Fort heureusement, le Conseil constitutionnel a écarté cette disposition de la LCEN, dans sa décision du 10 juin 2004, au motif suivant : « *Considérant que, par elle-même, la prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps, selon qu'il est publié sur un support papier ou qu'il est*

*disponible sur un support informatique, n'est pas contraire au principe d'égalité ; que, toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique »* (Déc. n<sup>o</sup> 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO 22 juin, p. 11183 ; pour une analyse de cette décision, voir not. Lepage A., LCEN. Liberté sur Internet. Cybercriminalité, Comm. com. électr. 2004, n<sup>o</sup> 9, p. 24).

Rappelons enfin que des dispositions adoptées antérieurement à la discussion de cet amendement atténuent conséquemment la problématique liée la persistance des propos racistes ou xénophobes. Le gouvernement a en effet procédé à l'augmentation du délai de prescription pour les infractions de provocation à la haine, à la discrimination et à la violence raciale (art. 24), de contestation de crime contre l'humanité (art. 24 *bis*), de diffamation de nature raciale (art. 32, al. 2) ou d'injures de nature raciale (art. 33, al. 3). Le délai a ainsi été porté de trois mois à un an par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (L. n<sup>o</sup> 2004-204, 9 mars 2004, JO 10 mars, p. 4567).

#### **464-51 Le droit de la communication au public en ligne : un droit conçu pour l'Internet**

Avant l'adoption de la loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les communications au public en ligne, telles que les sites disponibles sur le web sans conditions d'accès, étaient simplement assimilées aux communications audiovisuelles. La Cour de cassation a ainsi fait application de la responsabilité en cascade prévue à l'article 93-3 de la loi n<sup>o</sup> 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle pour condamner, en tant que complice, l'auteur de propos diffamatoires diffusés sur un site web (Cass. crim., 6 mai 2003, Comm. com. électr. 2003, n<sup>o</sup> 9, p. 35, note Lepage A. ; Rojinsky C., La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle s'applique en matière de délits de presse, Légipresse 2003, n<sup>o</sup> 204, III, p. 125).

L'article 2 de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 posait que : « *on entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* ».

Une circulaire du ministre de la Culture et de la Communication du 17 février 1988 précisait encore que « *la communication audiovisuelle se définit par opposition à la correspondance privée. Il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personne(s), physique(s) ou morale(s), déterminée(s) et individualisée(s). A l'inverse, il y a communication audiovisuelle lorsque le message était destiné indifféremment au public en général ou à des catégories de public, c'est-à-dire un ensemble d'individus indifférenciés, sans que son contenu soit fonction de considérations fondées sur la personne* ».

Mais les repères d'antan semblent avoir été bouleversés avec l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le 21 juin 2004. L'article 1<sup>er</sup> de la LCEN modifie ainsi l'article 2 de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 pour redéfinir ce qu'il faut entendre par « *services audiovisuels* ». Il s'agit maintenant de « *toute communication au public de services de radio et de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition du public ou d'une catégorie du public* » et de « *toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne* ». Par la même occasion, les services de télévision et de radio ont été définis avec précision (voir n<sup>o</sup> 464-39). Et la communication au public en ligne s'assimile, elle, à « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant*

*pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* » (art. 1<sup>er</sup>, IV, al. 4 de la LCEN).

Ainsi, la LCEN autonomise la communication au public en ligne par rapport à la communication audiovisuelle. En revanche, elle rattache du même coup les deux notions à une catégorie générique, « *la communication au public par voie électronique* ». En réalité cette « *nouvelle catégorie* » agit en trompe l'œil : elle ne fait rien d'autre qu'emprunter sa définition à la communication audiovisuelle telle qu'on l'entendait avant le 21 juin 2004. La communication au public par voie électronique est ainsi décrite au sein de la LCEN : il s'agit de « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* » (sur l'articulation de ces nouvelles définitions, voir Vercken G., *Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services audiovisuels*, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n<sup>o</sup> 171, p. 19).

Pour résumer, retenons que la communication au public par voie électronique se démembrer en deux sous-catégories – la communication audiovisuelle nouvellement identifiée et la communication au public en ligne – et qu'elle se définit en creux par rapport à la correspondance privée.

Il s'agit donc de s'interroger sur le statut des correspondances effectuées au travers de services de communication tels que les listes de diffusion (*mailing lists*) ou les forums de discussion, qui permettent de communiquer un même message à plusieurs destinataires à la fois. Ces systèmes relèvent-ils de la correspondance privée ou bien de la communication au public par voie électronique ? La difficulté n'est pas moindre dans la mesure où ces correspondances s'adressent, suivant les cas, à un public plus ou moins déterminé.

Dans une affaire où la 17<sup>e</sup> chambre du Tribunal de grande instance de Paris a eu à déterminer le caractère public ou non de propos diffamatoires diffusés sur une liste de discussion, les magistrats ont relevé qu'« *il est constant que la diffusion d'un texte aux seuls membres d'un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêts ne constitue pas une distribution publique* ». Ils ont néanmoins ajouté que la notion de « *communauté d'intérêts* » ne peut être caractérisée « *par le simple assemblage inorganisé d'individus attirés par une passion commune ou une curiosité partagée* » lorsque l'accès du public à ce groupement demeure « *entièrement libre et spontané* ». *A contrario*, pour que les correspondances émises sur une liste de discussion échappent à la notion de publicité, l'abonnement à ce service doit être soumis à certaines conditions permettant de conclure à l'existence d'une communauté d'intérêt parmi ses abonnés. Tel est le cas, selon les magistrats, d'une liste dont l'abonnement est réservé aux membres d'associations ou d'écoles précisément désignées ou aux personnes parrainées par elles (TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 25 oct. 1999, *Légipresse*, sept. 2000, I, p. 99 ; voir égal. <foruminternet.org>). Encore faut-il que le système d'abonnement présente, comme cela a été jugé pour un forum de discussion, des « *garanties sérieuses* » permettant de restreindre le nombre des membres et de s'assurer de leur communauté d'intérêt. Ne peut satisfaire à cette exigence un système de questionnaires successifs qui ne garantit pas l'identité véritable de l'utilisateur (TGI Paris, réf., 5 juill. 2002, <foruminternet.org>).

Plusieurs conséquences découlent du rattachement à la catégorie des communications au public en ligne pour les éditeurs de ces services. Tout d'abord, l'article 6, III-1. de la LCEN leur fait obligation de tenir à disposition du public, sur leur propre site et dans un standard ouvert :

- 1) s'il s'agit de personnes physiques agissant à titre professionnel : leurs nom, prénom, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers : le numéro de leur inscription ;
- 2) s'il s'agit de personnes morales : leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers : le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

3) dans tous les cas : le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi no 82-652 du 29 juillet 1982 ; ainsi que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du fournisseur d'hébergement.

La loi prévoit une exception pour les éditeurs non professionnels qui, pour préserver leur anonymat, peuvent ne dévoiler que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 6, I-2 de la LCEN, à savoir leur hébergeur, sous réserve toutefois qu'ils lui aient communiqué leurs éléments d'identification personnelle mentionnée ci-dessus (noms, prénom et domicile).

La deuxième conséquence a trait à l'imputabilité des infractions réalisées par la voie des sites et autres services de communication au public en ligne.

La LCEN ayant expressément élargi l'application de l'article 93-3 de la loi 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle aux services de communication par voie électronique, le directeur du site est responsable des infractions de presse définies par la loi du 29 juillet 1881, à titre d'auteur principal, dès lors que « *le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* » (L. n<sup>o</sup> 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-3). Dans le cas contraire, précise l'article, « *l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal* ».

L'article 93-3 précité vise les imputabilités secondaires en disposant que « *lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice* » et en prévoyant que « *pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle les articles L. 121-6 et L. 121-7 du Code pénal seront applicables* » (L. n<sup>o</sup> 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-3).

Ces principes ont une importance majeure dans la mise en œuvre de la répression des délits de presse commis par la voie d'Internet.

Troisième conséquence : l'application d'un droit de réponse spécifiquement adapté aux services de communication au public en ligne. Avant le 21 juin 2004, la question s'était posée de savoir si les sites web et tout autre service en ligne étaient soumis aux dispositions de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la presse (voir n<sup>o</sup> 209), ou bien à l'article 6 de la loi modifiée n<sup>o</sup> 82-652 du 29 juillet 1982 régissant le droit de réponse en matière de communication audiovisuelle (voir n<sup>o</sup> 339) ? La solution n'était pas aisée, à tel point qu'une ordonnance de référé du 5 juin 2002 du tribunal de grande instance de Paris, rendue à propos de l'affaire « *Gotha.fr* », a rejeté l'application de l'un ou l'autre de ces régimes (TGI Paris, réf., 5 juin 2002, n<sup>o</sup> 02/55659, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n<sup>o</sup> 52, n<sup>o</sup> 3333, <foruminternet.org>).

S'agissant de la loi du 29 juillet 1881, le tribunal avait rappelé que l'article 13 ne vise que la presse périodique, qu'il ne peut s'appliquer à un site qui n'est pas celui d'un organe de presse dès lors que le caractère périodique de ce service électronique n'a pas été démontré. *A contrario*, nous aurions pu en déduire que l'article 13 avait vocation à s'appliquer à un site appartenant à un organe de presse ou, tout au moins, mis à jour périodiquement.

Mais le juge des référés ne s'est pas davantage satisfait de l'application de l'article 6 de la loi n<sup>o</sup> 82-652 du 29 juillet 1982 qui ne lui est pas apparu approprié aux circonstances de l'espèce tant au regard « *des mesures matérielles prescrites pour la diffusion de la réponse, inadaptées à un service de communication en ligne, – qui par la forme de sa diffusion, est, alors, plus proche du support écrit qu'audiovisuel –, qu'aux difficultés tenant à la détermination des dates précises, prévues par ces textes, notamment pour l'insertion de la réponse* » (TGI Paris, ord. réf., 5 juin 2002, précité).

Rappelons que l'article 6 de la loi précitée prévoit que la réponse doit être diffusée (1) dans des conditions techniques équivalentes à celles dans lesquelles le message contenant l'imputation

invoquée a été diffusé et (2) de manière qu'une audience équivalente à celle de ce message lui soit assurée.

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique est donc venue proposer un droit de réponse adapté aux services de communication au public en ligne. L'article 6, IV dispose ainsi que « *Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service. La demande d'exercice du droit de réponse est adressée au directeur de la publication ou, lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, à [l'hébergeur] qui la transmet sans délai au directeur de la publication. Elle est présentée au plus tard dans un délai de trois mois à compter de la mise à disposition du public du message justifiant cette demande* ».

Les discussions en seconde lecture au Sénat, le 8 avril 2004, ont permis d'ajouter une disposition faisant corrélativement obligation au directeur de la publication « *d'insérer dans les trois jours de leur réception* », comme c'est le cas en matière de presse, « *les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le service de communication au public en ligne sous peine d'une amende de 3 750 €, sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu* ».

Il est également précisé que les conditions d'insertion de la réponse sont celles prévues par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et que la réponse sera toujours gratuite. Les décrets d'application de ce texte ont été adoptés le 24 octobre 2007 (D. n<sup>o</sup> 2007-1527 du 24 octobre 2007 relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne et pris pour l'application du IV de l'article 6 de la loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; voir Forum des droits sur l'internet, Publication du décret relatif au droit de réponse en ligne, 6 nov. 2007, <foruminternet.org>).

Il était prévu, avant la décision du Conseil constitutionnel n<sup>o</sup> 2004-496 DC du 10 juin 2004, que la possibilité de recourir au droit de réponse perdurerait tant que le message était maintenu en ligne, puisque la computation du délai de trois mois devait courir à partir du jour où cesserait la mise à disposition du public du message justifiant cette demande. Mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition pour les mêmes raisons qu'il a censuré celles relatives à la computation du délai de prescription des infractions de presse (voir n<sup>o</sup> 464-47). La logique du droit de réponse n'est toutefois pas celle de l'action judiciaire. Il n'était pas question ici de sanctionner une infraction de presse mais de permettre à une personne nommée ou désignée de « *rétablir le caractère contradictoire d'une information et de permettre l'expression d'une personne physique ou morale mise en cause par un journaliste* » (TGI Nanterre, 1<sup>re</sup> ch., sect. A, 17 avr. 1996, Front national c/ Colombani et Sté Le Monde, JCP éd. G 1996, II, n<sup>o</sup> 22732, note Derieux E., infirmé par CA Versailles, 3 juill. 1996, Sté Le Monde et autre c/ Front national, D. 1997, som., p. 75, note Bigot C. ; voir n<sup>o</sup> 209). Or, cette possibilité de rétablir le caractère contradictoire semblait s'imposer dans un environnement où des propos préjudiciables peuvent demeurer à la disposition du public *ad vitam eternam*, notamment en raison du délai de prescription de l'action judiciaire de trois mois (voir n<sup>o</sup> 464-47). Cette disposition nous semblait donc être justifiée par ce qui est « *nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* ».

Quatrième conséquence : les fournisseurs d'accès à des services de communication au public et les hébergeurs de ces services répondent à un régime juridique très précis. Depuis l'amendement dit « Fillon » (L. n<sup>o</sup> 96-659, 26 juill. 1996), le législateur s'était attaché à définir, au sein de la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986, les contours d'un régime juridique propre à ces prestataires techniques. L'amendement Fillon avait ainsi inséré dans la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 un

article 43-1, devenu l'article 43-7 (reformulé par la loi n<sup>o</sup> 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000), selon lequel « *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* » (voir n<sup>o</sup> 464-67).

Maintenant que le droit de la communication au public en ligne s'est détaché du droit de la communication audiovisuelle, le législateur a prévu une disposition similaire au sein de l'article 6.I.1. de la LCEN. Elle est rédigée de la manière suivante : « *Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne 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* ».

Les fournisseurs d'hébergement, quant à eux, ont fait l'objet d'une attention accrue, due notamment aux actions judiciaires retentissantes intentées à leur encontre en 1998 et 1999. L'article 43-8 inséré dans la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 par la loi n<sup>o</sup> 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 les exonérait de leur responsabilité civile et pénale pour les contenus qu'ils hébergent. La loi sanctionnait néanmoins leur inertie en leur retirant le bénéfice de l'exonération si, ayant été saisis par l'autorité judiciaire, ils n'agissent pas promptement pour empêcher l'accès à un contenu litigieux.

La LCEN a modifié substantiellement le régime de responsabilité des hébergeurs, leur faisant notamment obligation de retirer un contenu dont ils ont eu la connaissance effective du caractère illicite ou la connaissance de faits et circonstances mettant en évidence ce caractère illicite (voir n<sup>o</sup> 464-71).

Pour finir, selon l'article 6.II. de la LCEN, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs sont tenus de détenir et de conserver « *les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires* » dans le but de les communiquer aux autorités judiciaires lorsque celles-ci les requièrent. Par ailleurs, les prestataires techniques doivent fournir aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques leur permettant de satisfaire aux conditions d'identification mentionnées ci-dessus.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, doit encore définir précisément les données dont il s'agit et les modalités de leur conservation. Ce décret est toujours attendu.

## **464-55 Le droit commun**

Avant d'examiner le niveau de responsabilité de chacun des intervenants en matière de diffusion en ligne, il convient de rappeler que les règles de droit commun sont susceptibles, en l'absence de toute disposition spéciale qui y ferait obstacle, de s'appliquer à l'un quelconque des acteurs de l'Internet.

En matière pénale, tout d'abord, le principe est que la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur, du coauteur ou du complice présuppose, outre l'élément légal, la réunion d'un élément matériel (commission de l'acte) et d'un élément moral (caractère voulu et conscient de l'acte).

L'article 121-1 du Code pénal dispose que « *nul n'est responsable que de son propre fait* », et l'article 121-3 du même code qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Au chapitre de la complicité, l'article 121-7 du Code pénal énonce qu'« *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* », précision faite que l'aide ou l'assistance doit avoir été apportée en connaissance de cause (voir notamment Cass. crim., 9 oct. 1941 ; Cass. crim., 19 mars 1986, Bull. crim., n<sup>o</sup> 112,

p. 289 : « *la complicité par aide ou assistance n'est punissable que si cette aide ou cette assistance ont été prêtées avec connaissance à l'auteur principal dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé son action* »).

Pour être responsable pénalement, il convient donc de réaliser une infraction ou d'aider ou de faciliter la réalisation de celle-ci, par un comportement positif et volontaire.

En matière civile, les articles 1382 à 1384 du Code civil envisagent la réparation des dommages causés directement par la faute ou le fait d'une personne, ou encore par le fait d'une chose ou d'une personne qu'elle a sous sa garde ; l'article 1147 du même code envisage la responsabilité contractuelle, qui n'est pas abordée au sein de la présente étude (sur l'ensemble de cette question, voir Dupuis-Toubol F., Tonnelier M.-H., Lemarchand S. et Linant de Bellefonds [sous la dir. de], Responsabilité civile et Internet, in Internet saisi par le droit, éd. des Parques, 1997, p. 105 et s.).

Les articles 1382 et 1383 sont applicables à l'ensemble des acteurs de l'Internet, à l'exclusion des intermédiaires techniques depuis l'adoption de la loi n<sup>o</sup> 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 modifiant la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication et de la loi n<sup>o</sup> 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

L'article 1382 du Code civil dispose que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » et l'article 1383 ajoute « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence* ».

La victime d'un fait dommageable causé par une personne doit, sous le régime des articles 1382 et 1383 du Code civil, prouver :

- 1) l'existence d'une faute ou d'une négligence, quelle qu'elle soit ;
- 2) prouver le dommage qui en est résulté ; et
- 3) prouver le lien de causalité qui unit les deux premiers éléments.

## **464-59 Les autres branches du droit applicables**

Par ailleurs, les autres branches du droit demeurent applicables : droit d'auteur (voir n<sup>o</sup> 521), droit de la consommation, protection du secret (de la vie privée, des données et systèmes informatiques).

A titre d'exemple, les dispositions du Code de la santé publique relatives à la publicité en faveur de l'alcool sont applicables dès lors que le message est reçu en France, comme on pourra le constater à l'examen des dispositions relatives à la détermination de la loi applicable.

S'agissant d'internet, on relèvera qu'il n'était pas visé au titre des supports limitativement autorisés à recevoir de la publicité en faveur de l'alcool. En conséquence, on pouvait en conclure qu'il constitue un support illicite pour toute publicité commerciale (à distinguer néanmoins de l'information générale non soumise au régime restrictif de la publicité en faveur de l'alcool). Certains auteurs ne partageaient cependant pas cet avis (voir Verbiest T., La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, Paris, 2003, p. 48 et s.).

Cette question a été traitée au sein d'une recommandation du Forum des droits sur l'internet (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Publicité en ligne et Alcool », 16 nov. 2008, <foruminternet.org>), avant qu'une loi ne vienne régler la question (loi n<sup>o</sup> 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires) en ajoutant les services de communication en ligne à la liste des supports autorisés à effectuer de la publicité ou de la propagande en faveur de l'alcool, « *sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive, ni interstitielle* ». Sont toutefois exclus les sites qui, « *par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des*



































































































