

La maîtrise des enjeux de l'économie numérique

Identifier les acteurs

D5-2

Section 1. Introduction

§1 Présentation

L'économie numérique que l'on a présentée plus haut ne se limite pas au secteur des produits ou services en lien avec les technologies de l'information et de la communication. Selon la définition de l'ACSEL, l'économie numérique comprend le secteur des télécommunications, de l'audiovisuel, du logiciel, de l'Internet et les secteurs qui les utilisent en tant que cœur ou support de leur activité. Toutes les activités qui utilisent un support numérique sont donc concernées. L'économie numérique résulte de l'interaction d'un grand nombre d'intervenants. Il s'agit d'un système intégré où la tâche de chacun participe au système global.

A partir de la définition retenue, deux acteurs sont facilement identifiables : le producteur de contenu numérique (ou fournisseur de services numériques) et le destinataire de ces produits ou services. Leur relation sera le plus souvent contractuelle, parce qu'elle sera recherchée et non purement fortuite. Elle prendra donc la forme juridique du contrat. Cette relation peut se concevoir sans intermédiaire juridique, mais reposera toujours sur des moyens numériques, ce qui nécessite la présence d'un tiers mettant à disposition ces moyens.

Remarque : aux débuts de l'économie numérique, certains ont pensé que de par ses spécificités techniques, ce modèle économique pourrait se concevoir sans intermédiaire. Ce nouveau modèle économique laissait présager des gains de productivité importants grâce à la dématérialisation alliée à la désintermédiation. Il n'en est rien : parmi les plus importants gains du commerce électronique figurent ceux engendrés par les nouvelles formes d'intermédiation.

Complément sur la spécificité du modèle économique : cf E. BROUSSEAU, Encyclopaedia Universalis, V° Economie de l'Internet)....

L'intermédiation qui va permettre à la relation de s'établir ne sera donc pas de nature uniquement juridique mais principalement technique, numérique. Les intervenants qui mettent à disposition ces différents moyens numériques ne doivent donc pas être oubliés dans la présentation des acteurs de l'économie numérique.

§2. Problématiques et plan

Se dessinent dès lors un certain nombre de problématiques juridiques. Il est d'abord nécessaire d'assurer une pérennité de l'économie numérique par des moyens techniques efficaces. Se pose donc le problème de la structure et de l'infrastructure. Par qui sont-elles assurées ? Faut-il réguler le nombre d'intervenants pour plus de fiabilité ou au contraire, dans le même but, faire jouer la concurrence ? C'est la question du droit de la communication applicable aux acteurs.

Mais il s'agit avant tout de bien connaître les rôles des différents acteurs et leur qualification juridique, afin d'avoir une vue d'ensemble de l'économie numérique. C'est l'occasion de constater que le régime juridique de chacun obéit à des règles distinctes, droits et obligations étant plus ou moins contraignants.

Une fois ces acteurs identifiés se pose la question de leur responsabilité. Est-elle identique quelle que soit la fonction assurée ou contingente à une fonction prédéfinie ? Quelles sont les différentes hypothèses de responsabilité pour un intervenant.

§3. Droit applicable

L'ensemble de ces questions doit être traité en gardant à l'esprit les contraintes qui pèsent sur le droit de l'économie numérique. La règle de droit vise en effet ici à permettre le développement et la pérennisation des échanges économiques. Le droit commun (responsabilité, consommation...) s'appliquera, aménagé parfois pour tenir compte des impératifs spécifiques du cadre numérique.

En effet, l'évolution technologique a conduit à faire un choix entre l'adaptation des règles existantes aux spécificités de l'économie numérique et la création de règles nouvelles « sur mesure ». Cette dernière option a plutôt la faveur des pouvoirs publics aujourd'hui.

L'enjeu financier est d'importance et le rôle de l'Etat est primordial. On peut ici reprendre les propos liminaires de la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 : « le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi [...] en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet ». Ces mêmes thèmes sont également au cœur des préoccupations du législateur (cf. la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet).

Cependant, le cadre d'exercice des activités dépasse très largement les frontières étatiques. Producteurs, fournisseurs, consommateurs et régulateurs sont souvent de nationalités et de systèmes juridiques différents. C'est l'un des effets du développement des technologies de l'information et de la communication que de faire du monde un village. Un autre de ces effets est de permettre une recherche de solutions transnationales harmonisées. A cet égard, l'Union européenne joue un rôle moteur mais aussi un rôle modérateur comme on a pu le voir dans l'actualité récente.

A. Droit européen

C'est ainsi que le droit applicable sera majoritairement d'inspiration européenne. D'importantes directives ont ainsi donné pour objectif aux États d'harmoniser les droits nationaux :

Thème les réseaux et services de communications électroniques	Date et dénomination	Lien de téléchargement
Cadre commun pour les réseaux et services de communications électroniques	Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=505852:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=1&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications-&checktexte=checkbox&visu=#texte
Service universel – réseaux et services de communications électroniques	Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=505868:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=2&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications-&checktexte=checkbox&visu=#texte
Conservation des données	Directive n°2006/24/CE du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=42

	traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseau public de communication	5159:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=4&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte
Concurrence – marchés des réseaux et des services de communications électroniques	Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=275026:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=5&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte
Vie privée et communication	Directive n°2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (« directive vie privée et communication »)	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=274571:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=6&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte
Service universel	Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel")	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=273408:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=7&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte
Cadre commun pour les réseaux et services de communications électroniques	Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre")	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=273407:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=8&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte

Autorisation de réseaux et de services de communications électroniques	Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation")	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=273406:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=9&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte
Accès aux réseaux de communications électroniques	Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès")	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=273405:cs&lang=fr&list=505852:cs,505868:cs,502619:cs,425159:cs,275026:cs,274571:cs,273408:cs,273407:cs,273406:cs,273405:cs,&pos=10&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=communications~&checktexte=checkbox&visu=#texte
Commerce électronique	Directive n°2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive commerce électronique »)	http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=236968:cs&lang=fr&list=259975:cs,236968:cs,&pos=2&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=société de l'information~&checktexte=checkbox&visu=#texte

B. Droit national

Au plan national, outre les textes de droit commun et les très nombreux textes mettant en place des régimes juridiques de détail, il faut noter :

- la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)
- la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite loi HADOPI II) http://www.legifrance.org/jo_pdf.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046

Complément: l'adoption de cette dernière loi ne s'est pas faite sans vifs débats. Elle a été l'occasion de faire le point d'un certain nombre d'enjeux politiques et économiques. On peut donc consulter avec profit les documents préparatoires sur le site de l'Assemblée Nationale (www.assemblee-nationale.fr) et du Sénat (www.senat.fr) de même que le site du Conseil constitutionnel. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-590-dc/decision-n-2009-590-dc-du-22-octobre-2009.45986.html>

Attention:

Plus rapidement encore que dans d'autres branches du droit, le droit applicable aux opérations de l'économie numérique est en perpétuel mouvement. Le droit s'adapte aux nouvelles pratiques et à l'évolution de la technologie. Pensez à vous tenir informé...

Section 2. Présentation des acteurs

Allant au delà des seuls acteurs économiques dont le numérique est le cœur de l'activité, l'économie numérique repose principalement sur des supports numériques. Tous les modes de communication numériques sont concernés, l'un des plus complexes étant Internet. Les autres modes reposent sur des techniques mieux connues.

L'utilisateur final s'en doute, mais ne veut pas vraiment le savoir. Pour lui permettre d'accéder aux contenus des pages Web qu'il souhaite lire depuis son ordinateur ou son téléphone, pour lui permettre de payer son ticket de bus par SMS, un grand nombre d'intervenants sont entrés en jeu. Tous sont des acteurs de l'économie numérique.

Initialement, les réseaux de télécommunication ont été développés pour la transmission de textes (télégraphies) ou pour la communication orale (téléphonie). Il s'agissait de réseaux séparés, chacun ayant sa propre infrastructure. Aujourd'hui, les techniques dites numériques permettent d'échanger des fichiers de données, de parole, de photos ou de vidéo. L'ensemble est possible grâce à la convergence des techniques existantes.

§1. L'activité de transmission

L'activité de transmission est celle exercée par l'opérateur (parfois appelé transporteur ou transmetteur) qui est défini par l'article L 32 15° du Code des postes et communications électroniques *comme « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communication électronique »*.

Cette notion de « service de communication électronique » est entendue largement et doit pouvoir s'appliquer par exemple à la téléphonie ou aux réseaux de communication audiovisuelle. Il s'agit là d'importants supports pour l'économie numérique qui n'est pas limitée aux mises en relations par Internet. On peut citer en exemple les accès à des services téléphoniques payants (ex : les prévisions météorologiques de montagne...) ou l'accès à la « vidéo à la demande » voire à la « télévision de rattrapage » pour les clients des réseaux de télévision.

Attention : la notion d'opérateur historique : En France, il s'agit de France Telecom. L'entreprise détenait le monopole de la mise en place et de la gestion des infrastructures et services de télécommunication, avant l'ouverture du marché aux opérateurs alternatifs, sous l'influence du droit de la concurrence. Cf la partie « Historique », D. DROMARD et D. SERET, Encyclopaedia Universalis, *V° Réseaux informatiques*.

Le critère de l'ouverture au public implique que le service soit accessible à un nombre indéterminé de personnes, clients qui sont généralement les fournisseurs d'accès à internet. Ces clients peuvent être également des entreprises ou organisations qui souscrivent des abonnements au réseau public commuté ou à des lignes spécialisées. « On peut prendre ici l'exemple du réseau Renater, le réseau de l'enseignement supérieur : Réseau à haut débit ayant pour vocation de relier des sites de recherche scientifique, de technologie et d'enseignement ». <http://www.renater.fr/>. Les organismes membres du GIP RENATER sont de grands organismes de recherche : CNRS, CPU, CEA, INRIA, CNES, INRA, INSERM, ONERA, CIRAD, CEMAGREF, IRD, BRGM, ainsi que le Ministère l'enseignement supérieur et de la Recherche et le ministère de l'Éducation Nationale.

§2. L'activité de fourniture d'accès

Définition :

Les fournisseurs d'accès sont les intervenants dont « l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public ».

Les plus connus sont les fournisseurs d'accès à internet ou FAI . Il s'agit d'organismes qui permettent à leurs abonnés l'accès au réseau Internet. Contrairement aux abonnés eux-mêmes, le FAI est un maillon du réseau et transporte ses propres données, voire les données d'autres FAI.

Aujourd'hui, les offres sont de plus en plus diversifiées : l'internet fixe (utilisation d'une ligne de téléphonie fixe), l'internet mobile (claf 3G plus), les smartphones, la fourniture de télévision câblée...

La plupart des FAI français proposent des offres dites « triple play » qui concentrent grâce à l'ADSL accès à Internet, accès à des services de télévision et téléphonie.

Nées pour des raisons financières, ces offres groupées permettent d'assurer une meilleure rentabilité économique pour le fournisseur d'accès. Il faut noter que la Commission européenne vient d'exiger que la France réévalue la TVA appliquée aux abonnements triple play.

La tendance actuelle est au nomadisme et à l'individualisation des offres.

§3. Activité d'hébergement

La LCEN du 21 juin 2004 dans son article 6-1-2 définit les hébergeurs comme « 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 toutes natures fournis par des destinataires de ces services ».

Il faut les distinguer des fournisseurs d'accès puisqu'ils fournissent une prestation durable et non instantanée comme les FAI. La jurisprudence a ainsi pu préciser qu' « au contraire du fournisseur d'accès dont le rôle se limite à assurer le transfert de données dans l'instantanéité et sans possibilité de contrôler le contenu de ce qui transite par son service, le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles sur son serveur aux personnes désireuses de la consulter ».

Se pose la question de l'inclusion dans la définition des autres intermédiaires, par exemple des gestionnaires de forums de discussion en ligne. Ceux-ci sont désormais visés directement par la LCEN.

§4. Activité de fourniture de contenu

Qui est le fournisseur de contenu ?

« Il n'y a pas de définition légale de l'activité. On reprendra donc une définition doctrinale, celle de Me FERAL-SCHUHL pour qui il s'agit de « toute personne physique ou morale qui, à titre professionnel ou non, édite et met en ligne de l'information, au sens le plus large du terme, à destination des internautes, en la publiant sur son site internet » (in Cyberdroit, Dalloz, 2008, N°117.11)

Il peut ainsi s'agir de l'auteur de la mise en ligne ou encore de celui qui agrège différentes informations, tel l'éditeur d'un site web. »

Il est possible à la victime de se retourner contre l'un ou l'autre. Il est probable qu'elle choisira l'éditeur du site, certainement mieux identifié par elle et probablement plus solvable. On peut également envisager une condamnation in solidum...

§5. Activités de tiers de confiance

La notion de tiers de confiance a été utilisée dans la loi n°90-1170 sur la réglementation des télécommunications. La loi ayant été abrogée, le tiers de confiance n'est plus défini officiellement, mais sa mission est pourtant bien vivante. Il s'agit en fait d'un rôle recommandé pour assurer la sécurité des systèmes d'information, par une action de certification.

Voyons l'explication donnée par Me Alain Bobant, huissier de Justice, de la mission du tiers de confiance.

Complément :

Il existe une Fédération Nationale des Tiers de Confiance qui édite diverses publications, disponibles sur Internet. On peut consulter un glossaire reprenant les définitions des acteurs de l'économie numérique. La définition donnée du tiers de confiance est la suivante : « organisme habilité à mettre en œuvre des signatures électroniques reposant sur des architectures d'infrastructures à Clés Publiques ».

Section 3. La responsabilité des acteurs

§1. Les enjeux de la responsabilité des acteurs

La question de la responsabilité des acteurs est l'une des questions essentielles soulevées par l'existence d'Internet et l'évolution des technologies en général. A de nouvelles perspectives de communication correspond un élargissement des possibilités de comportement illicite ou d'infraction.

Ces comportements sont extrêmement divers, de la diffusion d'images pédophiles à la diffamation, en passant par l'escroquerie.

L'existence d'un système intégré rend toutefois plus difficile l'identification d'un responsable en particulier. Certains ont alors considéré qu'Internet pouvait être considéré comme une zone de non droit. D'autres, au contraire, ont prôné une responsabilité objective de chaque participant au système global. Ce système se serait rapproché de celui mis en place par la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux et par la loi de transposition de 1998. Les modèles de fonctionnement peuvent en effet être rapprochés. D'autres encore ont fait appel à la notion d'auto-régulation et à celles de bonnes pratiques, préférant prévenir que guérir les cas de responsabilité sur Internet.

Complément :

On peut consulter le rapport du Conseil d'État de 1998 (<http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=18>) pour un état des pistes de réflexion.

L'état du droit est encore différent. Il s'agit d'une volonté de pragmatisme dans la détermination des responsabilités. En effet, le principe de la responsabilité des acteurs de l'économie numérique est celui de la mise en cohérence de la responsabilité avec la fonction technique. Une fois celle-ci établie, la responsabilité se comprend aisément. Elle n'est cependant pas automatique, elle repose sur les mécanismes de droit commun, en particulier celui de la faute.

Ce mécanisme de responsabilité est aussi un mécanisme de responsabilisation. Il nécessite une identification parfaite du rôle de chacun (la responsabilité pénale n'est-elle pas personnelle?) et la mise en place d'une transparence importante. Le système intégré permet alors la mise en place de contrôles réciproques, dans le respect des principes de neutralité et de confidentialité nécessaires à l'efficacité de tout système de communication.

Tant la directive de 2000 que sa loi de transposition, ou que la LCEN ont prévu un régime de responsabilité en lien avec la fonction technique de chacun. La responsabilité pénale trouve donc à s'appliquer mais aussi la responsabilité civile, les deux pouvant se combiner. La victime est ainsi mieux protégée puisqu'elle peut potentiellement agir contre toutes les personnes à l'origine de son préjudice, ou choisir celui qu'elle identifie le mieux.

Reste alors à distinguer les différentes responsabilités et leurs conditions d'application.

§2. Les fournisseurs de contenu

Pour cette catégorie d'intervenants, la responsabilité est de principe. Cela va de pair avec leur action, décisive dans la production du dommage. Il n'y a pas de responsabilité particulière des fournisseurs de contenus. C'est donc à la lumière du droit commun qu'il faut caractériser les principes applicables.

A. Responsabilité civile

Leur responsabilité peut tout d'abord être de nature civile. On distingue alors classiquement la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle.

1. Responsabilité contractuelle

Elle présuppose bien entendu l'existence d'un contrat, ce qui réduit les cas de responsabilité comme les victimes de préjudice. On peut distinguer deux types de contrats qui lient les fournisseurs de contenus : ceux qui les relient aux autres intervenants, notamment pour la fourniture des moyens techniques et ceux qui les relient aux destinataires finaux du contenu.

Les premiers contrats peuvent le plus souvent être analysés comme des contrats d'adhésion. On y retrouve des chartes de bonne conduite mais aussi des engagements très clairement définis. La violation de ces derniers, par exemple la mise en ligne d'un contenu illicite, peut être qualifiée d'inexécution du contrat. Caractérisée, elle donne lieu à résiliation et éventuellement à des dommages et intérêts si le cocontractant démontre un préjudice. Cette responsabilité n'a rien d'original et repose sur les principes de droit commun édictés aux articles 1137 et suivants du Code civil.

Il en va de même pour le contrat qui lie le fournisseur de contenu au destinataire de celui-ci. C'est là encore les textes de la responsabilité contractuelle de droit commun qui s'appliquent. Le fournisseur de contenu peut alors tenter de limiter ou d'exclure sa responsabilité grâce à des clauses ad hoc, prévues dès la rédaction du contrat. Présentées parfois comme de simples mises en garde relatives à l'utilisation de l'information par son destinataire, elles constituent en fait de véritables clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Cette pratique fréquente doit toutefois s'harmoniser avec les prescriptions du Code de la consommation, en particulier avec la législation sur les clauses abusives si le contrat lie un professionnel et un non-professionnel ou consommateur.

2. Responsabilité délictuelle

Cette responsabilité délictuelle repose sur le droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil. Elle suppose la réunion d'un préjudice et d'une faute par un lien de causalité. Elle va s'appliquer hors de tout contrat, par exemple à un tiers victime de concurrence déloyale ou encore à un co-inventeur « oublié » dans un article scientifique détaillant les étapes de l'invention.

Cependant, dans la plupart des cas, cette responsabilité délictuelle va de pair avec une responsabilité pénale.

B. Responsabilité pénale

1. Responsabilité pénale de droit commun

Elle n'appelle pas de commentaire particulier mais attire l'attention sur les règles à respecter dans le cas d'une mise en ligne par une personne morale. Il s'agira alors de savoir si cette dernière est responsable, éventuellement de façon conjointe avec ses organes ou représentants. Il peut aussi advenir qu'une personne physique bien identifiée soit le fournisseur de contenu, sa responsabilité pénale pouvant alors être engagée.

2. Responsabilité pénale en matière d'infractions de presse

La loi sur la presse de 1881 peut tout à fait s'appliquer aux infractions de presse commises par des biais numériques. Les différents dispositifs légaux se coordonnent parfaitement. Ainsi, la loi de 1881 prévoyant la responsabilité du directeur de publication, l'article 93-2 du CPCE dispose que « tout service de communication au public par voie électronique est tenu d'avoir un directeur de publication ».

Le dispositif prévu par la loi sur la presse est donc parfaitement applicable, la prescription spécifique de trois mois également. On peut toutefois s'interroger sur son utilité. En effet, la loi de 1881 prévoyait une responsabilité en cascade afin de préserver la liberté d'expression du journaliste. Une telle responsabilité en cascade ne trouve pas sa place dans les infractions numériques.

§3. Les opérateurs techniques

On l'a dit, il s'agit de tous les intervenants qui rendent possible l'économie numérique par la fourniture de moyens techniques. C'est à leur propos que le débat sur la responsabilité a été le plus vif. Pourtant, la question théorique de la responsabilité de tels acteurs est résolue depuis longtemps (on pense ici à la complicité pour fourniture de moyens reconnue par le Code pénal).

Cette possibilité théorique a alimenté les questionnements et les prises de position, compliquant la recherche de solution. Mais la doctrine, notamment sous la plume de M. Vivant, appelle maintenant à une « responsabilité de raison ». Le droit applicable distingue selon la fonction de chaque intervenant, fonction qui doit être entendue au sens pragmatique et non théorique. Il s'agit de regarder quelle est l'activité réellement pratiquée par un opérateur afin de connaître les critères d'engagement de sa responsabilité.

A. Les transporteurs ou opérateurs

D'après l'article L. 32 15 du Code des postes et communications électroniques, l'opérateur est « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communication électronique ».

Reprenant une solution prétorienne ancienne, la loi leur reconnaît aujourd'hui une irresponsabilité de principe. En effet, il n'a pas à connaître des contenus véhiculés par son intermédiaire. Bien au contraire, deux obligations s'imposent à lui : il doit respecter le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications et s'en tenir au principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis.

C'est ainsi que la jurisprudence a depuis longtemps consacré son irresponsabilité de principe. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a ainsi jugé, le 9 mai 2003, que « le fournisseur d'accès sur lequel pèse une obligation de neutralité quant aux contenus transportés n'est pas tenu à une obligation générale de surveillance des contenus transportés ».

Cette solution a été reprise par la directive communautaire et par la loi de 2004. Cette dernière précise ainsi que « toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne et modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

Cette irresponsabilité de principe permet donc de garder la cohérence du devoir de neutralité. Elle est le reflet du rôle passif de l'opérateur quant au contenu de l'information. On remarque ainsi que les trois exceptions dans lesquelles l'opérateur est responsable correspondent à une extension de son activité habituelle. C'est ainsi que le droit applicable est pragmatique. En effet, l'opérateur qui se trouverait dans une de ces trois situations dépasserait sa qualité usuelle, encourant ainsi une responsabilité du fait des activités exercées.

Enfin, il faut noter que l'opérateur, s'il est irresponsable, n'est pas hors du droit. En effet, la loi l'oblige à assurer l'identification des fournisseurs de contenus (il détient et conserve « les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu d'un service dont [ils] sont prestataires) et en informer l'autorité judiciaire à sa demande.

B. Les fournisseurs d'accès

Ce sont les prestataires « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public », d'après l'article 6-I-1 de la LCEN. Leur rôle est donc de permettre l'accès à l'information des utilisateurs se connectant à Internet.

Contrairement aux opérateurs, ils ne sont pas tenus par le secret des communications. Ils n'ont pas pour autant d'obligation générale de surveillance (article 6-I-7 de la LCEN) mais une obligation de surveillance ciblée afin de concourir à la lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie des crimes et délits et la diffusion d'images pédophiles.

La LCEN met ainsi à leur charge une obligation de signalement qui se décompose en plusieurs étapes. Il leur est ainsi demandé, à peine d'une condamnation pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 75 000€ d'amende, de :

- « mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données »
- « informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites [...] qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services »
- « rendre public les moyens [consacrés] à la lutte contre cette activité.

De plus, l'association des fournisseurs d'accès et de services à internet a également mis en place un point de signalement.

La LCEN oblige également les fournisseurs d'accès à internet à mettre à la disposition de leur client des dispositifs de filtrage afin de restreindre ou filtrer l'accès aux services. A ces dispositifs obligatoires s'ajoutent des systèmes de contrôle parental dont la mise en place est encore incitative.

Bien que plus impliqués dans la lutte contre les infractions commises sur internet que les opérateurs, les FAI bénéficient de la même irresponsabilité de principe (article L. 32-2-3 du CPCE). On retrouve les trois exceptions identiques à celles

d'appliquant aux opérateurs (origine de la demande de transmission, sélection du destinataire, sélection ou modification des contenus).

Il faut noter que le FAI est également responsable en cas de non-respect des prescriptions légales (mise en place d'outils de signalement et d'outils de filtrage) ainsi qu'en cas de non-respect d'une requête du juge des référés visant à faire cesser une situation illicite ».

C. Les fournisseurs d'hébergement ou hébergeurs

D'après l'article 6-I-2 de la LCEN, il s'agit de « 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 ou de sons de toutes natures fournis par les destinataires de ces services ».

Conformément au droit communautaire et rompant avec la jurisprudence ancienne, la LCEN prévoit que ces hébergeurs « ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'[ils] n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère, si dès le moment où [ils] en ont eu cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

Le principe est donc celui de l'irresponsabilité, mais il connaît une importante exception décomposée en deux étapes. Il faut ainsi une connaissance du caractère illicite et une absence de réaction face à cette connaissance pour pouvoir engager leur responsabilité.

Remarque : Le tiers de confiance n'a plus de définition légale. Le terme utilisé aujourd'hui dans les textes est celui de « prestataires de services de certification ». Si on trouve des références législatives aux préjudices subis par les personnes qui se sont fiées raisonnablement aux certificats présentés par les « prestataires de services de certification », rien n'est dit de la responsabilité de ces derniers. Il faut certainement en conclure qu'ils ont une responsabilité de droit commun, à laquelle peut s'ajouter une responsabilité professionnelle, le cas échéant.