



**Régulation juridique
du contenu de l'internet**
Concilier neutralité
et ordre public à l'heure
de la convergence technologique



Octobre 2013



**RÉGULATION JURIDIQUE
DU CONTENU DE L'INTERNET
CONCILIER NEUTRALITÉ ET ORDRE PUBLIC
À L'HEURE DE LA CONVERGENCE
TECHNOLOGIQUE**

Commission Numérique
Octobre 2013



SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
---------------------------	----------

1^{re} PARTIE

L'absence de pertinence du concept de neutralité de l'internet pour réguler le contenu	7
---	----------

I – L'émergence d'un « droit à internet »	7
--	----------

1/ Internet, droit fondamental autonome ou instrument des libertés fondamentales préexistantes ?	7
---	----------

2/ L'appréhension par le droit existant des éventuelles atteintes à l'accès à internet	10
---	-----------

II – L'absence de définition de la neutralité d'internet en droit positif	14
--	-----------

III – Les grandes étapes du débat public sur la neutralité de l'internet.....	19
--	-----------

2^e PARTIE

La nécessité, à l'heure de la convergence technologique, de faire des contenus l'objet du droit	25
--	-----------

I – La notion de convergence technologique et les principales étapes de sa prise en compte	25
---	-----------

1/ La notion de convergence technologique	25
--	-----------

2/ Les illustrations de la convergence technologique.....	27
--	-----------

3/ Les principales étapes de la prise en compte de la convergence technologique.....	29
---	-----------

II – Les défis de l'application du droit dans le contexte de la convergence technologique	32
--	-----------

3^e PARTIE

Les caractéristiques du droit sur l'internet.....	35
I – Internet comme contexte particulier d'application du droit.....	36
II – La question des abus commis sur internet	37
III – La conciliation entre le droit d'accès à internet et les autres droits.....	38
IV – La nécessaire définition de tous les acteurs au regard de la convergence technologique	44
1/ Des acteurs définis dans le cadre de dispositifs spécifiques... 44	
2/ Des catégories pourront être revues et/ou précisées..... 47	
3/ La nécessaire harmonisation des définitions des acteurs de l'internet au travers d'instruments internationaux..... 49	

ANNEXES

Annexe 1 : Synthèse des principales observations et recommandations.....	51
I – L'absence de pertinence du concept de neutralité de l'internet pour réguler le contenu	51
II – La nécessité, à l'heure de la convergence technologique, de faire des contenus l'objet du droit	51
III – Les caractéristiques du droit de l'internet.....	53
Annexe 2 : Définitions actuelles des acteurs de l'internet	55
I – Éditeurs	55
II – Fournisseurs d'accès.....	61
III – Fournisseurs d'hébergement.....	61
IV – Titulaires de droits	66
Annexe 3 : Composition de la commission	67
Annexe 4 : Liste des personnes auditionnées.....	69

INTRODUCTION

La question de la régulation juridique du contenu de l'internet renvoie à celle des motifs d'ordre public susceptibles de justifier une telle régulation. La régulation doit dès lors être toujours justifiée – par exception – et la proportionnalité des voies et moyens de régulation toujours respectée et ce, en particulier, en raison de la multiplicité des acteurs et des types de contenus qui s'y rencontrent.

Ce débat de la régulation juridique du contenu de l'internet se déroule dans une certaine confusion des concepts, voire en l'absence de définition juridique précise de certains acteurs.

Si **un droit à l'internet** semble s'affirmer – « facilité essentielle » pour l'exercice de droits fondamentaux, plus que droit fondamental en tant que tel – **un droit spécifique de l'internet** – entendu comme une régulation globale et par essence internationale – n'est ni fondé, ni opportun. Il y a donc place pour le **droit sur internet** qui doit permettre des régulations sectorielles et possiblement différenciées d'un pays à l'autre et la protection des ayants droit pour que l'internet ne soit pas synonyme de zone de non-droit.

Le récent débat autour de la neutralité de l'internet a vu émerger plusieurs propositions visant à consacrer un tel principe dans le droit positif. Cependant, la neutralité, si elle s'avère pertinente lorsqu'il s'agit d'analyser les relations économiques entre les différents acteurs, notamment entre

éditeurs de contenus et opérateurs de réseaux, et de caractériser d'éventuels abus de position dominante ou de garantir l'accès au marché, ne saurait embrasser l'ensemble des problématiques liées à l'application du droit sur internet.

De surcroît, la convergence des technologies oblige à appréhender sur le plan juridique les contenus de façon autonome par rapport aux vecteurs technologiques spécifiques.

Pour cette raison, on préférera à la matrice de la neutralité celle de la convergence, conduisant à abandonner l'approche technologique au profit d'une analyse de la nécessité de la régulation de certains contenus, dans ce contexte de convergence technologique, ainsi que de l'adaptation et de la proportionnalité de ses modalités de mise en œuvre.

Du fait notamment du caractère transfrontière de la circulation des contenus accentué par la convergence, les règles de droit et dispositifs de régulation institués doivent, non seulement expliciter les peines et sanctions encourues par les auteurs des manquements mais aussi définir les acteurs qui, à raison de leur rôle intermédiaire, peuvent être amenés à participer à la protection de l'ordre juridique. Ces acteurs, bien que ne pouvant pas être considérés comme auteurs d'un manquement, peuvent se voir imposer des obligations visant à faire cesser ses effets. En gage d'efficacité, leur définition doit être la plus neutre possible au regard des supports de diffusion utilisés.

Ce droit des acteurs de l'internet et de leurs responsabilités doit être idéalement harmonisé au niveau international. Les efforts des États doivent donc porter prioritairement sur cette question.

1^{re} PARTIE

L'absence de pertinence du concept de neutralité de l'internet pour réguler le contenu

I – L'émergence d'un « droit à internet »

Internet devenant progressivement un terrain d'exercice de plus en plus significatif de nombreuses activités sociales ou économiques, une réflexion s'est naturellement développée en vue de déterminer la nature qu'il convenait de conférer à l'accès à internet, nature de laquelle découleraient éventuellement les instruments concrets permettant la sécurisation et la protection des activités y prenant place.

1/ Internet, droit fondamental autonome ou instrument des libertés fondamentales préexistantes ?

Les différents contextes nationaux ayant conduit les juridictions, législateurs et constituants à se prononcer sur la nature juridique d'internet, et plus particulièrement de l'accès à celui-ci, ont donné lieu à des réponses diverses, dont il ressort cependant l'impression d'approches, sinon globalement convergentes, au moins conciliables.

■ Hors de nos frontières

Ainsi que le rapporte Michaël Bardin¹, plusieurs États ont d'ores et déjà situé internet, et la liberté d'accès à celui-ci, au sein de leur hiérarchie des normes, sous diverses formes :

– en 2001, la Grèce l'a inscrit dans sa Constitution comme une obligation mise à la charge de l'État de « *faciliter l'accès à l'information qui circule sous forme électronique, et la production, l'échange et la diffusion de cette information* » ;

– l'Équateur l'a inscrit en 2008 en tant que « *droit d'accès aux technologies de l'information et de la communication* » reconnu aux citoyens ainsi que sous la forme d'une obligation de promotion du pluralisme et de la diversité dans les médias pesant sur l'État.

Cependant, ainsi que le constate l'auteur, au-delà de ces rares cas d'inscription dans les textes fondateurs, l'approche des États est de manière générale plus circonspecte quant à une reconnaissance d'internet à un tel niveau dans la hiérarchie des normes.

Pour autant, les décisions de jurisprudence rendues sur le fondement des textes consacrant les libertés fondamentales ont fourni des exemples variés de la manière d'aborder internet à l'aune de ces libertés, et plus précisément de la liberté d'expression et de communication, de la liberté de la presse ou encore de la liberté de réunion.

■ En France

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans les termes suivants sur la relation qu'entretiennent l'accès à internet et les libertés fondamentales (décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet dite loi « Hadopi ») :

(1) « Le droit d'accès à internet : entre "choix de société" et protection des droits existants », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, mars 2013.

« Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ; »

Certains observateurs ont voulu voir dans cette appréciation portée par le Conseil constitutionnel sur l'accès à internet la consécration d'internet en tant que liberté fondamentale autonome, élevée par la juridiction constitutionnelle au même rang que la liberté de communication à laquelle il renvoie expressément. Une telle interprétation prête néanmoins à la décision une portée supérieure à celle que lui confère sa lecture littérale. Selon la formulation adoptée par les sages, la libre communication des pensées et des opinions implique la liberté d'accès aux services de communication au public en ligne.

L'accès à internet ne serait donc pas, d'après le Conseil constitutionnel, une liberté fondamentale à part entière mais une modalité d'exercice de la liberté de communication, *a minima*, au même titre que la presse et les services de radio et de télévision.

En cela, l'approche du juge constitutionnel français ne contraste pas avec la plupart des analyses étrangères. Au contraire, elle contribue à une vision globale de l'accès à internet non comme un droit juridiquement autonome mais comme un instrument parmi d'autres permettant l'exercice des libertés fondamentales.

Ce constat de la portée réelle de la décision du Conseil constitutionnel n'est pourtant pas dénué de conséquences sur le régime juridique d'internet en ce qu'il implique que, à l'instar des moyens de communications précités, internet puisse bénéficier d'une protection particulière, au titre de son rôle aujourd'hui significatif dans l'exercice d'une liberté fondamentale.

Précédemment, à l'occasion de l'examen des dispositions de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, le Conseil, dont la saisine faisait grief au texte déféré d'instaurer pour les services de télévision un régime méconnaissant la liberté de communication, énonçait ainsi l'articulation entre cette liberté et les restrictions justifiées qu'il était possible d'y apporter :

« il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ».

2/ L'appréhension par le droit existant des éventuelles atteintes à l'accès à internet

Au vu de ce qui précède, les risques d'atteintes à l'accès à internet peuvent être considérés à l'aune de leurs conséquences sur l'exercice des libertés fondamentales ou de droits existants par ailleurs objet d'une protection.

Ces atteintes, selon qu'elles sont l'œuvre de personnes privées ou publiques, vont appeler des analyses sensiblement différentes :

– les atteintes portées par des personnes privées, fournisseurs d'accès à internet, renvoient principalement au débat sur la neutralité d'internet et la possibilité, pour les acteurs impliqués dans l'économie numérique, d'opérer des discriminations sur les réseaux de communications électroniques ou les services qu'ils exploitent pour des raisons pouvant tenir à leur intérêt commercial, à des impératifs techniques ou encore à une démarche de protection des droits en amont d'une intervention étatique en

la matière. Elles incitent par conséquent à prendre tout particulièrement en considération le droit économique ;

- les atteintes portées par la puissance publique, quant à elles, renvoient à la nécessité pour l'État de garantir une application homogène des politiques publiques et du droit national, sur internet comme en dehors de celui-ci. Pour cette raison, le raisonnement en termes de conciliation entre droits et libertés publiques y sera prépondérant.

Par ailleurs, la diversité des possibles atteintes nécessite que soit brièvement évoquée une typologie de celles-ci parmi lesquelles on trouvera notamment :

- les atteintes à l'accès impliquant la mise en avant de certains services au détriment d'autres ;
- les atteintes à l'accès impliquant la restriction, partielle ou totale de l'utilisation de certains services, éventuellement par certaines catégories d'utilisateurs ;
- les atteintes à l'accès impliquant une privation de celui-ci.

L'examen des modalités et effets concrets de ces restrictions nourrit le débat relatif à leur nécessité, leur proportionnalité et leur caractère adapté. Ainsi, il conduira incidemment à l'examen des motifs d'ordre public les justifiant.

Bien que n'étant pas qualifiable de liberté fondamentale à part entière, l'accès au réseau internet, en ce qu'il conditionne, outre l'exercice de plusieurs de ces libertés, de nombreuses activités de nature sociale comme économique, s'est vu consacrer par les États une place relativement importante dans les politiques publiques. Dans le prolongement des actions des États en matière d'audiovisuel ou de communications électroniques de manière générale, les initiatives publiques ont parfois porté plus spécifiquement sur l'accès à internet. Ainsi, le débat autour de la neutralité d'internet a-t-il incité certains États à en inscrire le principe dans leurs normes les plus élevées tandis que d'autres poursuivent la réflexion sur l'opportunité de les imiter.

En l'absence d'un principe de neutralité juridiquement consacré, dont la portée ainsi que les modalités d'exercice seraient précisées par les textes, l'accès à internet ne se trouve néanmoins pas dépourvu de protection : le droit de la consommation, le droit de la concurrence, et le droit de la régulation sectorielle des communications électroniques fournissent déjà un certain nombre d'instruments propres à en assurer la protection et à en qualifier le statut.

■ L'accès à internet : composante du service universel des communications électroniques

Conçu à l'initiative de l'Union européenne comme un « *filet de protection au cas où le seul marché ne parviendrait pas à fournir les services de base* », l'instauration d'un service universel des communications électroniques vise à prévenir l'exclusion sociale en faisant en sorte que les habitants des zones rurales et isolées ou les ménages à faible revenu aient accès, à un prix abordable, aux services de communications électroniques de base et essentiels.

Le code des postes et des communications électroniques prévoit² dans son chapitre relatif au service public des communications électroniques que l'accès à internet est inclus, en tant que composante de la fourniture d'un « service téléphonique de qualité à un prix abordable », au rang des prestations constitutives du service public des communications électroniques. À ce titre, l'État organise au moyen d'un fonds sectoriel, auxquels contribuent l'ensemble des opérateurs de communications électroniques déclarés, la fourniture de cette prestation d'accès sur l'ensemble du territoire national.

(2) Art. L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques : « *Le service universel des communications électroniques fournit à tous : 1° Un raccordement à un réseau fixe ouvert au public et un service téléphonique de qualité à un prix abordable. Ce raccordement au réseau permet l'acheminement des communications téléphoniques, des communications par télécopie et des communications de données à des débits suffisants pour permettre l'accès à internet, en provenance ou à destination des points d'abonnement, ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence [...]* ».

La réflexion suivie, au niveau européen³, sur la possibilité d'inclure l'accès à internet à haut débit dans le service universel des télécommunications témoigne de cette prise en considération accrue de l'accès à internet non comme une prestation accessoire mais comme une composante à part entière du service public répondant aux besoins essentiels des citoyens.

■ **L'accès à internet objet d'une protection par le droit de la concurrence et de la consommation**

La fourniture de l'accès à internet étant habituellement une activité commerciale menée par des acteurs juridiquement identifiés⁴, les règles du droit de la concurrence trouvent à s'y appliquer de la même manière que sur tout autre marché. Ces règles, si elles visent à évaluer, et le cas échéant à sanctionner, les relations entre acteurs et les situations observées sur un marché déterminé au regard d'un intérêt donné, sans considération de l'effet des atteintes portées au regard de l'exercice des libertés fondamentales, peuvent néanmoins venir indirectement au secours de celui-ci en garantissant la santé du marché de l'accès par la sanction des comportements (ententes, abus de position dominante, etc.) lui portant incidemment atteinte.

De la même manière, au-delà de l'accès *stricto sensu*, le droit de la concurrence ainsi que le droit de la consommation peuvent être amenés à appréhender certaines questions relatives aux acteurs d'internet, non identifiés ou définis par les textes, en vue de réprimer les comportements économiquement abusifs.

(3) *Télécommunications : consultation sur le futur service universel à l'ère numérique*, 2 mars 2010, IP/10/218 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-218_fr.htm?locale=fr).

(4) La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique désigne ainsi les fournisseurs d'accès à internet comme « *personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* » (art. 6, l. – 1).

II – L'absence de définition de la neutralité d'internet en droit positif

Dans le cadre du débat sur la régulation du contenu de l'internet, l'on peut se demander si la neutralité, tentative toute récente de créer un concept propre à l'internet, présente une réelle pertinence ou si les objectifs dont elle tentait de rendre compte ne seraient pas plus efficacement appréhendés et mis en œuvre à travers les catégories classiques – communes au monde « virtuel » et au monde « réel » – du droit des libertés publiques, de la consommation, de la concurrence, etc. En d'autres termes, le « *principe de neutralité* » ne doit-il pas céder la place à un faisceau de « *droits à la neutralité* » pour les utilisateurs du réseau ?

L'exercice consistant à définir de façon synthétique la neutralité de l'internet est suffisamment délicat pour que les publications consacrées à ce concept ne s'y livrent qu'avec la plus extrême précaution, préférant se concentrer sur les enjeux économiques, juridiques et sociétaux de la neutralité et sur les objectifs que la neutralité est censée poursuivre : accès de tous à tous les services et contenus, bon fonctionnement et développement à long terme des réseaux.

L'absence de définition partagée et le caractère très tranché de nombreuses prises de position confèrent d'ailleurs au débat public sur la neutralité de l'internet, le plus souvent, toutes les apparences d'un dialogue de sourds – dans le meilleur des cas – ou d'une guerre de religion – dans le pire.

La paternité du concept de neutralité des réseaux ou de neutralité de l'internet semble revenir à l'universitaire américain Timothy Wu⁵, qui le résume sommairement ainsi :

« Pour procurer une utilité maximale, un réseau public d'information doit tendre à un traitement équivalent de tous les contenus, sites et plate-

(5) Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, p. 141.

formes, de façon à transporter tout type d'information et à accepter toute application ».

On sait qu'il convient de distinguer au sein de la notion d'internet deux « couches » superposées :

– d'une part, une fonction de transport, assurée par un ensemble de réseaux de communication,

– et, d'autre part, un ensemble de contenus et de services véhiculés par ces réseaux.

Au regard de cette division, on pourrait considérer que la conception de la neutralité de l'internet telle que l'expose Timothy Wu consiste en ceci que les fournisseurs et consommateurs de contenus, de services, ou d'applications de la couche des usages doivent pouvoir agir sans interférence aucune des acteurs de la couche des réseaux. Ou, encore plus simplement, que la neutralité est « *l'égal accès des internautes à tous les contenus* »⁶.

Les autres prises de position sur la neutralité, qu'elles soient exprimées par les concepteurs du réseau ou par des publicistes, restent tout aussi générales sur la définition du concept, pour se concentrer sur sa justification et sur les fins que la neutralité est supposée poursuivre. Ainsi, selon l'universitaire Lawrence Lessig, le principe de neutralité doit empêcher « *de défavoriser certains contenus ou applications* » et implique, par conséquent, que « *les innovations, y compris celles que le réseau n'aime pas, (soient) possibles* »⁷. Pour Alexander Reicher, le réseau ne doit discriminer aucun contenu, exception faite des augmentations périodiques du trafic susceptibles d'entraver son bon fonctionnement⁸. Selon les mêmes auteurs, l'exi-

(6) Nicolas Curien, Winston Maxwell, *La neutralité d'internet*, La découverte, 2011, p. 3.

(7) L. Lessig, *L'avenir des idées, le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, préf. C. Paul, PUL 2005, p. 194.

(8) Cette idée est développée dans un article d'Alexander Reicher qui constate que, « *Internet traffic patterns are characterized by period of low activity followed by sudden "bursts" in transmission* » et selon lequel il y aurait deux types de discriminations : d'une part les *minimal discrimination* justifiées par des considérations techniques et d'augmentation du trafic sur un réseau donné et, d'autre part, les *non-minimal discrimination*

gence de neutralité serait en définitive inhérente à la nature de l'internet : en tant que « *réseau des réseaux* » universel, celui-ci devrait nécessairement reposer sur le protocole le plus simple possible pour permettre à tous les gestionnaires des réseaux qui le composent de s'interconnecter entre eux.

Dans ses propositions et recommandations relatives à la neutralité de l'internet, l'ARCEP⁹ s'abstient de proposer l'introduction d'une définition générale de ce concept en droit français. Toutefois, pour les besoins de l'analyse, elle considère que « *selon le principe de neutralité, chaque utilisateur doit avoir accès, à travers l'internet et, plus généralement les réseaux de communication électronique (quel qu'en soit le support de diffusion), à l'ensemble des contenus, services et applications véhiculés sur ces mêmes réseaux, quelle que soit la personne qui les délivre ou les utilise, de façon transparente et non discriminatoire* ». Cette définition, assez largement partagée, a le mérite de fournir un point d'appui à la réflexion collective. En d'autres termes, la neutralité qualifierait un réseau dans lequel aucune gestion différenciée des flux de données n'est pratiquée par les fournisseurs d'accès, que ce soit en fonction de l'origine des contenus (qu'ils proviennent des usagers eux-mêmes, comme sur les sites contributifs, ou de distributeurs spécialisés), des clients (usagers finaux ou fournisseurs de contenus et de services), ou de leur type (voix sur IP, pair-à-pair). Tout client d'un fournisseur d'accès doit ainsi pouvoir accéder ou diffuser l'ensemble des contenus et services en bénéficiant d'une qualité de service équivalente : c'est le principe du *best effort*.

En tout état de cause, aucune définition de la neutralité de l'internet n'a pour l'heure de force juridique, pas plus en droit français que dans les autres droits nationaux, pas plus au niveau communautaire que conventionnel.

qui ne répondraient pas l'idéologie de neutralité, A. Reicher, « Redefinig Net Neutrality after Comcast v. FCC », *Berkeley Technology Law Journal*, vol 26 :733 (disponible à l'adresse suivante : http://btlj.org/data/articles/26_1/Web%20PDFs/733-764_Reicher_091511.pdf).

(9) ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux, propositions et recommandations*, 2010, p. 13.

Ainsi, dans sa *Déclaration sur la neutralité de l'internet*¹⁰, la Commission européenne a-t-elle esquivé toute tentative de définition. Quant aux États, seuls quatre pays à ce jour ont légiféré au sujet de la neutralité de l'internet.

Le premier en date, le Chili, a publié le 26 août 2010 la loi n° 20.453 « *consacrant le principe de neutralité pour les consommateurs et les usagers de l'internet* » mais ce texte¹¹ se borne à mettre à la charge des opérateurs de télécommunications quatre obligations précises en matière d'accès des usagers au réseau, sans définir le principe de neutralité.

Il en va de même pour la *Telecommunicatiewet*¹² néerlandaise du 7 juin 2012, dont l'article 7.4a, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, apporte aux consommateurs une série de garanties concrètes en interdisant, sauf exception, les restrictions ou dégradations des conditions d'accès au réseau, mais ne propose, pour autant, aucune définition de la neutralité.

L'article 6 de la « *loi sur le haut débit* » adoptée par le Pérou le 14 juin 2012 mentionne l'expression de neutralité de l'internet mais sans la définir¹³ et se contente, là encore, de faire peser sur les opérateurs une interdiction générale de procéder à tout blocage, interférence, discrimination ou restriction dans l'accès des usagers au réseau.

Enfin, la loi du 28 décembre 2012 par laquelle la Slovénie a transposé le troisième « Paquet Télécom » semble contenir des dispositions relatives à la neutralité de l'internet mais le texte n'est pour l'instant disponible qu'en slovène¹⁴.

On signalera que, par ailleurs, la réglementation française fait référence à la notion de neutralité en imposant au fournisseur d'accès à internet l'obligation de prendre « *les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et*

(10) Déclaration de la Commission sur la neutralité de l'internet (2009/C 308/02), JOUE 18 décembre 2009.

(11) <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>.

(12) <http://www.government.nl/documents-and-publications/notes/2012/06/07/dutch-telecommunications-act.html>.

(13) https://dl.dropbox.com/u/199729/Ley_Banda_Ancha_TS.pdf.

(14) http://www.uradni-list.si/_pdf/2012/Ur/u2012109.pdf#!u2012109-pdf.

le secret des correspondances. À cet effet, l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité des messages »¹⁵.

Les législateurs ont donc jusqu'à ce jour, de façon pragmatique, évacué le débat sur l'essence de la neutralité de l'internet pour privilégier une approche centrée sur les droits concrets des usagers. Cette approche transparaît également dans la récente proposition de loi relative à la neutralité de l'internet déposée à l'Assemblée nationale par Mme Laure de La Raudière¹⁶, qui envisage d'inscrire au code des postes et communications électroniques les dispositions suivantes :

« Le principe de neutralité est défini comme la capacité pour les utilisateurs d'Internet :

1° d'envoyer et de recevoir le contenu de leur choix, d'utiliser les services ou de faire fonctionner les applications de leur choix, de connecter le matériel et d'utiliser les programmes de leur choix, dès lors qu'ils ne nuisent pas au réseau ; 2° avec une qualité de service transparente, suffisante et non discriminatoire ; 3° et sous réserve des obligations prononcées à l'issue d'une procédure judiciaire et des mesures nécessitées par des raisons de sécurité et par des situations de congestion non prévisibles ».

L'intensification du rythme de ces interventions législatives révèle, de la part des pouvoirs publics, une volonté de répondre à une demande politique dont la neutralité de l'internet constitue le slogan mais qui recouvre en réalité des préoccupations multiformes.

(15) Art. D. 98-5 du code des postes et des communications électroniques.

(16) Assemblée nationale, proposition de loi n° 190, enregistrée le 12 septembre 2012. Elle succède à la proposition de loi n° 3061 sur la neutralité de l'internet, déposée par M. Christian Paul et déposée par le groupe socialiste, rejetée par l'Assemblée nationale le 1^{er} mars 2011.

III – Les grandes étapes du débat public sur la neutralité de l'internet

Trois facteurs ont conduit à l'émergence et à l'intensification d'un débat sur la neutralité de l'internet au cours des dix dernières années :

- l'explosion du trafic, notamment imputable à la circulation de contenus vidéo et à l'apparition de nouveaux usages – domotique, généralisation du *streaming*, *e-learning*, e-administration, etc. – qui a multiplié les risques d'engorgement des réseaux ;

- la préoccupation de faire respecter sur les réseaux un certain nombre de principes liés à l'ordre public, notamment à travers la lutte contre la cybercriminalité, la diffusion de contenus dits « odieux » (pédopornographie, provocation à la discrimination ou à la haine raciale, apologie de crimes de guerre ou contestation de crimes contre l'humanité...) et les violations de la propriété intellectuelle¹⁷ ;

- les contraintes du financement des réseaux, jusqu'à présent exclusivement fondé sur les utilisateurs finaux, contrairement aux pratiques en vigueur dans la téléphonie où les fournisseurs de services, en amont, sont également mis à contribution.

Le débat entre partisans et adversaires de la neutralité de l'internet se développe entre les deux positions extrêmes suivantes :

- l'interdiction pour les opérateurs de procéder à des mesures de gestion et de tarification différenciée du trafic, génératrice à terme – selon ses adversaires – d'une dégradation des réseaux et en définitive de la qualité du service offert à tous les usagers ;

- la liberté totale pour les opérateurs de prendre de telles mesures, *proprio motu* ou sur la demande des pouvoirs publics, qui comporte – selon ses

(17) C'est tout le débat qui a eu lieu à propos du traité ACTA. Pour un état des lieux, voir le site de la quadrature du net et notamment : <https://www.laquadrature.net/fr/acta-victoire-totale-pour-les-citoyens-et-la-democratie>.

adversaires – le risque de pratiques discriminatoires et anticoncurrentielles à l'égard de fournisseurs de contenus ou de services, ainsi que d'atteintes à la liberté d'expression.

La controverse s'est cristallisée dans un premier temps aux États-Unis, autour des prises de position de la *Federal Communications Commission* (FCC). En 2005, la FCC a été saisie d'une affaire dite *Madison River*, dans laquelle un fournisseur d'accès de Caroline du Nord avait bloqué l'utilisation sur son réseau d'un service de voix sur IP, afin de favoriser la téléphonie classique. À cette occasion, la FCC a émis¹⁸ un *policy statement* qui consacrait quatre principes : liberté d'accéder à tout contenu légal de son choix, d'utiliser toute application ou service légal, de connecter au réseau tout équipement qui n'endommage pas ce dernier, de bénéficier d'une concurrence effective entre fournisseurs de services – l'ensemble de ces principes étant entendus sous réserve de la possibilité, pour les fournisseurs d'accès, de mettre en œuvre des mesures raisonnables de gestion du réseau (*reasonable network management*).

La tentative de la FCC de préciser la notion de *reasonable network management* en 2007, à l'occasion du blocage de l'accès à BitTorrent par le fournisseur d'accès Comcast, a toutefois tourné court avec l'annulation pour incompétence des mesures décidées par le régulateur¹⁹.

Enfin, l'adoption de nouvelles lignes directrices par la FCC, le 21 décembre 2010, a opposé les trois membres démocrates du collège à leurs deux homologues républicains, ces derniers faisant valoir le caractère nuisible à l'innovation de toute règle encadrant la neutralité de l'internet et l'incompétence de leur organisme pour les adopter.

Parallèlement aux tentatives de la FCC, il faut souligner l'importance de l'accord trouvé entre deux acteurs américains majeurs pour promouvoir une vision commune de la neutralité de l'internet. Le 9 août 2010, en effet,

(18) FCC 05-151 du 5 août 2005 : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf.

(19) [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/EA10373FA9C20DEA85257807005BD63F/\\$file/08-1291-1238302.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/EA10373FA9C20DEA85257807005BD63F/$file/08-1291-1238302.pdf).

Verizon et Google ont proposé un cadre législatif²⁰ laissant place à la création de services différenciés pour des abonnés payants ; par ailleurs, les réseaux mobiles ne seraient pas soumis à la neutralité afin de favoriser l'investissement dans ce secteur.

Au sein de l'Union européenne, le débat public sur la neutralité de l'internet n'a réellement pris son essor qu'avec le troisième « Paquet Télécom », publié le 13 novembre 2007 par la Commission européenne et adopté le 25 novembre 2009 par le Parlement européen et le Conseil. Il s'est focalisé notamment sur la défense, par le Parlement européen, d'un amendement encadrant les mesures susceptibles d'être prises par les États membres concernant l'accès au réseau des utilisateurs finaux – et notamment la suspension temporaire de cet accès²¹.

(20) https://docs.google.com/viewer?url=http://www.google.com/googleblogs/pdfs/verizon_google_legislative_framework_proposal_081010.pdf.

(21) Nouveau § 3 bis inséré à l'article 1^{er} de la directive 2002/21/CE par l'article 1^{er} de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 : « 3 bis. Les mesures prises par les États membres concernant l'accès des utilisateurs finaux aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes généraux du droit communautaire./ Toute mesure susvisée concernant l'accès des utilisateurs finaux aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux précités ne peut être instituée que si elle est appropriée, proportionnée et nécessaire dans le cadre d'une société démocratique, et sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates conformément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et aux principes généraux du droit communautaire, y compris le droit à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière. Par voie de conséquence, les mesures en question ne peuvent être prises que dans le respect du principe de la présomption d'innocence et du droit au respect de la vie privée. Une procédure préalable, équitable et impartiale est garantie, y compris le droit de la ou des personnes concernées d'être entendues, sous réserve de la nécessité de conditions et de modalités procédurales appropriées dans des cas d'urgence dûment établis conformément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le droit à un contrôle juridictionnel effectif en temps utile est garanti ».

Au même moment, se déroulaient en France dans un court laps de temps trois débats importants, respectivement relatifs à :

– la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (dite « Hadopi 1 »), complétée à la suite de sa censure partielle par le Conseil constitutionnel par la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite « Hadopi 2 »). Ce dispositif prévoyait une suspension administrative, devenue judiciaire, de l'accès internet en cas de violation des droits de propriété intellectuelle révélant un défaut de sécurisation de cet accès par l'abonné. La loi prévoit également la possibilité pour le juge de délivrer, à l'encontre des hébergeurs et des fournisseurs d'accès à internet, des injonctions de faire cesser l'hébergement ou l'accès aux sites illégaux ;

– la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, dont l'article 61 prévoit que l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut saisir le juge pour faire délivrer des injonctions, à l'encontre des hébergeurs et des fournisseurs d'accès à internet, de faire cesser l'hébergement ou l'accès aux sites illégaux, ainsi qu'à l'encontre des moteurs de recherche ou des annuaires pour faire cesser leur référencement ;

– la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite LOPPSI)²², dont l'article 4 comporte l'obligation, pour les fournisseurs d'accès, d'empêcher l'accès de leurs abonnés aux sites pédopornographiques dont les adresses leur sont notifiées par l'autorité administrative²³.

(22) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023707312&dateTexte=&categorieLien=id>.

(23) Pour un état des lieux du traitement de la question de la neutralité du net dans les différents pays européens, voir : L. de la Raudière, *La Neutralité d'Internet dans les différents pays européens : état des débats et enseignements à en tirer*, 2 mai 2012 : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000255/0000.pdf>.

Cet arsenal de textes – d'une densité probablement sans équivalent dans le reste du monde – et les échanges passionnés qu'ils ont suscités ont fortement structuré le débat politique sur la neutralité de l'internet dans notre pays, à deux égards.

En premier lieu, sur le terrain juridique, ils ont permis au Conseil constitutionnel de créer et de consolider sa jurisprudence sur la question de l'accès des usagers au réseau. Mais celle-ci se fonde sur la traditionnelle liberté d'expression et de communication, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont l'internet n'est qu'un des moyens d'exercice – sans passer par le détour de la neutralité.

En second lieu, sur le terrain des idées, ils marquent un recentrage très sensible du débat public sur la neutralité de l'internet autour de la question de la liberté d'expression. Plus exactement, en Europe et notamment en France, ce débat est né avec la question de la liberté d'expression et demeure largement monopolisé par elle. La concomitance avec les « Printemps arabes », où le rôle de l'internet dans la propagation des mouvements révolutionnaires a été largement valorisé par les médias, ainsi qu'avec diverses mesures récemment prises par des régimes autoritaires (Iran, Syrie, Chine) pour filtrer ou limiter l'accès de leurs ressortissants à l'internet, n'a fait que renforcer cette tendance. La question de la liberté d'expression était d'ailleurs centrale lors des échanges qui ont eu lieu, au niveau communautaire, au sujet de la ratification par l'Union européenne de l'accord commercial anti-contrefaçon (ACTA)²⁴ et qui se sont traduits par un rejet de ce texte, le 4 juillet 2012, par le Parlement européen²⁵.

Elle n'est toutefois pas exclusive d'autres problématiques, comme celle des accords de *peering*²⁶ récemment illustrée en France par la décision de

(24) <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st12/st12196.fr11.pdf>.

(25) <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/pressroom/content/20120217BKG38488/html/L%27ACTA-examin%C3%A9-au-Parlement-europ%C3%A9en>.

(26) Selon la définition de l'ARCEP, le *peering* (accord de pair à pair) est un type d'accord d'interconnexion permettant à deux acteurs de s'échanger, en direct, le trafic qu'ils s'adressent mutuellement, sans emprunter les routes du réseau international.

l'Autorité de la Concurrence relative à l'accord Orange/Cogent^{27 28}. Pour mémoire, ces accords qui permettent d'optimiser la transmission des contenus transfrontière sont conclus, dans le schéma traditionnel, à titre gratuit. Or, il s'avère, en pratique, que les flux envoyés par l'un des signataires à l'accord peuvent être trop importants pour être supportés par le réseau récipiendaire, ce qui nécessite pour le gestionnaire de ce dernier, soit de bloquer certains contenus, soit de faire payer un droit d'entrer sur le réseau. C'est pour cette dernière option qu'a opté la société Orange dans le cadre de son accord de *peering* avec la société Cogent. L'Autorité de la concurrence, constatant que des voies autres que les accords de *peering* étaient possibles pour acheminer les contenus, a considéré que cette pratique n'était pas anticoncurrentielle.

La neutralité de l'internet, si elle s'avère utile dès lors qu'il s'agit de caractériser un abus dans les relations économiques entre acteurs et de poser le principe de la non-discrimination, ne peut faire office de principe structurant au travers duquel s'analyserait toute question d'application du droit sur internet.

(27) Décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques de mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité internet, n° 19.

(28) Il convient en outre de relever qu'en 2007, en France, un FAI avait bloqué la lecture de vidéos sur Dailymotion du fait de négociations difficiles concernant le *peering* payant. Cette dimension économique peut donc avoir des conséquences pour le public.

2^e PARTIE

La nécessité, à l'heure de la convergence technologique, de faire des contenus l'objet du droit

Le développement des technologies permet l'accès aux mêmes contenus par des technologies indifférenciées ou interconnectées. Sous l'effet de la convergence, il en modifie les conditions d'usage (par ex. nouveaux services et usages liés à l'interactivité ou à la consommation délinéarisée).

La convergence technologique invite donc à adopter les régimes juridiques les plus neutres possibles par rapport aux vecteurs de diffusion des contenus, sauf à condamner le droit à être constamment dépassé par le progrès technique.

I – La notion de convergence technologique et les principales étapes de sa prise en compte

1/ La notion de convergence technologique

La convergence technologique désigne communément le phénomène de rapprochement des domaines traditionnellement distincts des télécom-

munications, de l'informatique et de l'audiovisuel, d'une part, et d'autre part, la capacité des différentes plateformes à transporter différents services (télévision, données, téléphonie...) ²⁹. La convergence technologique est ainsi un concept principalement issu du développement du numérique dans les télécommunications et les médias. En effet, les données et les services – qui ont désormais la même nature numérique – peuvent être transportés et reçus, de plus en plus indifféremment, sur des réseaux et *via* des terminaux qui, traditionnellement dédiés à un mode de communication particulier, deviennent polyvalents ³⁰.

La convergence des technologies conduit donc à l'interopérabilité de réseaux antérieurement dédiés à l'un ou l'autre des deux grands types de communication (les télécommunications et la communication audiovisuelle) et permet l'offre de services de nature mixte. La convergence technologique fixe/mobile, y compris le transport des données à haut et très haut débit, accentue et accélère cette évolution ^{31 32}.

L'interopérabilité voire la substituabilité des réseaux (c'est-à-dire des vecteurs de communication) amène au constat qu'un contenu ne peut plus être caractérisé par son mode de transport ou par l'interface permettant sa communication au public.

La convergence a transformé le marché des télécommunications et des médias en favorisant l'émergence de nouveaux services à l'image des offres *triple play* (téléphonie, télévision, SMAD ³³, internet) et a remis en cause la

(29) Livre vert de la Commission européenne du 3 décembre 1997 sur *La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*. Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Doc. fr., 1998.

(30) ARCEP, « Les réalités de la convergence », *Lettre de l'Autorité*, n° 48, janvier-février 2006.

(31) *Idem*.

(32) *J.-Cl. Administratif*, Nouvelles technologies de communication, fasc. 274-12, Jean-Louis Autin.

(33) Art. 2-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 : « 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

séparation traditionnelle du cadre juridique des communications fixes, mobiles, terrestres et par satellite³⁴.

2/ Les illustrations de la convergence technologique

Outre l'interopérabilité des réseaux, la convergence représente la capacité des différentes plateformes à transporter différents services (télévision, données, téléphonie...).

La télématique a, la première, illustré le phénomène de convergence en permettant l'acheminement de services nouveaux sur les réseaux de télécommunications : télétexte (sur minitel), vidéotex (sur téléviseur) et audiotex (par téléphone).

Le réseau internet est le lieu principal de la convergence. Accessible indifféremment *via* divers terminaux (PC, téléphones, TV, tablettes), le réseau internet permet l'accès à des services de natures différentes³⁵ :

- **la téléphonie *via* internet** : le service téléphonique, quel que soit son mode d'acheminement, transmet des correspondances privées ;
- **la télévision *via* internet** : la fourniture de services de télévision numérique *via* internet relève de la réglementation de la communication audiovisuelle ;

l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service. **Sont exclus** les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du code général des impôts, ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire, ceux 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, 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 et ceux dont le contenu audiovisuel est sélectionné et organisé sous le contrôle d'un tiers. Une offre composée de services de médias audiovisuels à la demande et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre ».

(34) « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en France », *CCE*, n° 11, novembre 2004, Étude 37, par Philippe Achilleas.

(35) *J.-Cl. Administratif*, Nouvelles technologies de communication, fasc. 274-12, Jean-Louis Autin.

– **le courrier électronique** : il est défini comme « *tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* »³⁶. Il a été jugé qu'un service de messagerie électronique revêt la nature de service de communication électronique, puisque les messages transmis ont un destinataire identifié, ce qui en fait en principe des correspondances privées³⁷. Il en va de même pour les e-mails adressés à l'ensemble des destinataires inscrits sur une liste de diffusion, sauf archivage des messages sur un site ouvert au public³⁸. Il ne saurait toutefois être exclu qu'un courrier électronique soit adressé dans des conditions de diffusion qui conduiraient la jurisprudence à le qualifier de communication au public par voie électronique³⁹ ;

– **les messages échangés dans des forums de discussion** sont en principe accessibles de manière indifférenciée à tout utilisateur ; il y a donc communication au public. La discussion sur *chat* peut en revanche présenter un caractère privé, lorsque deux internautes passent en mode de discussion privée ;

– **les contenus accessibles via des services de communication au public en ligne**, y compris les *blogs*, sont en principe publics, et relèvent donc de la communication au public par voie électronique, sauf si le service est utilisé pour des opérations au cours desquelles des informations confidentielles sont échangées (signature électronique, coordonnées bancaires, données personnelles) ;

– **les réseaux sociaux**, par lesquels les utilisateurs « postent » du contenu et/ou en reçoivent au moyen de la même interface et indistinctement. On peut penser à Facebook mais aussi et surtout à Twitter, dont les contenus sont eux-mêmes réutilisés.

(36) L. n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), art. 1^{er}, IV, al. 5.

(37) T. corr. Paris, 17^e ch., 2 novembre 2000, n° 9725223011 : www.droit-technologie.org, note E. Wery.

(38) V. Sédailan, *Droit de l'internet : Association des utilisateurs d'Internet [AUI]* 1997, p. 52.

(39) Commentaire de la décision n° 2004-496 DC, *Cah. Cons. const.*, cahier 17.

3/ Les principales étapes de la prise en compte de la convergence technologique

■ Le Livre vert de la Commission européenne du 3 décembre 1997

En 1997, la Commission européenne, constatant que la convergence était alors en passe de se réaliser au niveau technologique, présentait son Livre vert sur *La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*⁴⁰. La Commission constatait que le terme « *convergence* » échappait à une définition précise mais qu'il était communément exprimé de la façon suivante :

- la capacité de différentes plates-formes à transporter des services essentiellement similaires ;
- le regroupement des équipements grand public comme le téléphone, la télévision et les ordinateurs personnels.

Le Livre vert relevait la nécessité de réviser le cadre réglementaire, faisant valoir que, selon certains points de vue, les règles alors existantes avaient été définies pour un environnement national, analogique et monomédia alors que les services recoupaient de plus en plus différents secteurs traditionnels, ainsi que des frontières géographiques, et qu'ils pouvaient être fournis sous différentes plates-formes, cette situation créant une insécurité juridique susceptible de freiner l'investissement.

■ Le constat de l'inadaptation du cadre conceptuel classique et l'adaptation de la réglementation

Le droit et la régulation de la communication s'organisaient traditionnellement autour de la distinction entre réseaux et services de communication audiovisuelle, d'une part, et de télécommunication, d'autre part.

(40) Livre vert de la Commission européenne du 3 décembre 1997 sur *La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*.

Les services de communication audiovisuelle acheminaient des messages destinés à un public indifférencié, tandis que les services de télécommunication acheminaient de la correspondance privée, notamment téléphonique⁴¹. Cette architecture ne suscitait aucune difficulté tant qu'à chaque type de service correspondait un type de réseau, ceci alors même qu'un procédé différent de télécommunication était utilisé dans les deux cas.

La convergence des technologies, en permettant aux divers réseaux de faire circuler indifféremment les services de communication audiovisuelle et les services de télécommunications, a rendu nécessaire l'harmonisation des règles applicables à tous les réseaux de communication électronique, quels que soient le contenu et la destination des informations qui y circulent, faute de quoi se profilait un double risque d'incohérence de la régulation des réseaux et de distorsions de la concurrence entre opérateurs.

Ce souci de neutralité technologique de la réglementation des réseaux a conduit à faire primer la distinction supports/contenus sur celle, autrefois première, du caractère privé ou tout public du message acheminé. La substitution de la notion de communications électroniques à celle de télécommunications en est la conséquence directe⁴².

(41) Circ. 17 février 1988, JO 9 mars 1988.

(42) La loi n° 2004-569 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels notamment a pris acte des conséquences de la convergence technologique en proposant des règles communes applicables à l'ensemble des réseaux et des technologies. La loi, reprenant les définitions de la 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 électronique (directive « cadre »), a remplacé le terme « télécommunications » par « communications électroniques » pour marquer sa volonté d'adopter un ensemble normatif unique pour tous les réseaux de transport par voie électronique et les services associés. L'article 32 du code des postes et des communications électroniques définit ainsi, de manière générale, les communications électroniques comme « les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique ». L'article 32 donne ensuite une définition complète, mais non exhaustive, du « réseau de communications électroniques » pour englober tous les systèmes, les équipements et les ressources nécessaires à la transmission de signaux à distance à l'exception des équipements terminaux. En citant expressément les réseaux utilisés pour la télévision, le texte ne laisse aucun doute sur l'inclusion des supports de l'audiovisuel dans le droit des réseaux. Les services de communications électroniques sont quant à eux définis

La fonction de transport de contenus relève donc essentiellement du droit des communications électroniques alors que la fonction d'édition et de fourniture de contenus est réglementée par le droit de la communication au public par voie électronique⁴³.

■ L'adaptation du régime de responsabilité instauré par la loi du 29 juillet 1881 au phénomène de convergence technologique

Le régime de responsabilité instauré par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 s'est adapté *mutatis mutandis* aux moyens de communication émergents : ainsi, outre la presse écrite, l'ensemble des moyens de communication au public par voie électronique – c'est-à-dire communication audiovisuelle et communication au public en ligne, y compris les espaces de contributions personnelles – sont régis par un régime de responsabilité adapté à la marge.

■ L'adaptation de l'encadrement de la communication audiovisuelle au phénomène de convergence technologique

La communication audiovisuelle, organisée par la loi du 30 septembre 1986, a également pris en compte le phénomène de la convergence technologique : relèvent aujourd'hui de la communication audiovisuelle, quelles que soient les modalités de leur mise à disposition auprès du public, les services de télévision, les services de radio et les SMAD⁴⁴ (c'est-à-dire es-

comme : « les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques » mais « ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique ».

(43) Art. 1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : « On entend par communication au public par voie électronique 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 ».

(44) Art. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 « ... 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. **Sont exclus** les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du code général des impôts, ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire, ceux consistant

sentiellement la télévision de rattrapage et la vidéo à la demande). Ainsi, si le CSA est compétent pour les services de radio et de télévision diffusés via le réseau internet, ainsi que pour les SMAD, les autres contenus audiovisuels disponibles sur internet ne sont en revanche pas régulés⁴⁵.

Le débat sur la télévision connectée à internet fait apparaître que les grandes lignes de partage actuelles sont bousculées à nouveau par cette nouvelle forme de télévision hybride où la connexion des téléviseurs à internet permet à l'utilisateur d'accéder à des services comparables et concurrents avec des niveaux d'encadrement différents.

II – Les défis de l'application du droit dans le contexte de la convergence technologique

La convergence technologique doit pouvoir se développer dans une économie de marché ouverte, régulée par exception et de manière proportionnée, les autorités de régulation pouvant même être amenées à disparaître une fois que l'équilibre a été trouvé sur un marché donné.

Pour autant, le droit ne doit pas être condamné à courir après les évolutions technologiques. Les techniques juridiques doivent donc être sollicitées pour relever ce défi. La convergence technologique invite donc à

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, 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 et ceux dont le contenu audiovisuel est sélectionné et organisé sous le contrôle d'un tiers. Une offre composée de services de médias audiovisuels à la demande et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre ».

(45) En juillet 2012, le Gouvernement a décidé d'engager une réflexion sur les régulations de l'audiovisuel et des communications électroniques à l'heure de la convergence des réseaux et des supports.

adopter les définitions les plus neutres/indifférentes possibles par rapport aux contraintes technologiques et indépendantes de ces dernières.

Enfin, pour chaque mesure de régulation envisagée, il apparaît nécessaire d'éclairer le débat public par une justification des motifs d'ordre public et des voies et moyens envisagés.

Le débat public de l'adaptation du droit à la convergence technologique devrait être mené selon les grands principes suivants :

1. Identifier clairement les objectifs d'ordre public à atteindre, dont la légitimation apparaît encore plus nécessaire dans l'espace de libre échange créé par la convergence technologique.

Exemple : dans le débat actuel, face à l'offre de nouveaux services audiovisuels, notamment la télévision connectée, les motifs de régulation avancés sont la protection du public « sensible », la protection des données personnelles, l'exception culturelle et ses modalités de mise en œuvre telles que la contribution au financement de la création selon le principe du « bénéficiaire-payeur », les quotas de diffusion...

2. S'assurer de la pertinence et de la compatibilité de l'objectif d'ordre public avec la convergence technologique : l'ordre public considéré peut-il être mis en œuvre efficacement dans un contexte de convergence technologique et demeure-t-il pertinent ?

Exemple : la réglementation française relative à la publication des sondages électoraux, pensée dans un contexte de catégories de médias clairement identifiées et contrôlées, apparaît inadaptée et anachronique dans le contexte de la convergence technologique et d'un marché ouvert et internationalisé. L'accès rendu possible à une grande diversité de sources d'informations atténue la pertinence de l'objectif poursuivi par l'interdiction (protection contre la manipulation de l'opinion publique).

3. Déterminer les moyens à mettre en œuvre : est-il indispensable d'adopter une réglementation spécifique à un vecteur de diffusion technologique particulier ?

Le droit commun ou un droit catégoriel existant permettent-ils déjà d'atteindre cet objectif ?

Les moyens existants ou à envisager sont-ils pertinents, proportionnés et adaptés aux objectifs poursuivis ?

Par exemple, les moyens mis en œuvre pour protéger l'ordre public sont-ils adaptés si une règle aboutit à des distorsions de concurrence entre opérateurs français et étrangers (asymétries fiscales et réglementaires) ?

Exemple : contribution au financement de la création, chronologie des médias qui ne visent que les opérateurs établis en France... La mission Lescurcure a sur ces questions formulé des préconisations en vue de faire contribuer au financement de la création les services de vidéo à la demande dont le siège est installé hors de France mais s'adressant aux publics français⁴⁶.

4. Si l'on considère que les moyens de protection de l'ordre public sont adaptés à la convergence technologique (ex : presse, contrefaçon), se pose alors la question de son applicabilité au plan international (coopération policière, douanière, judiciaire...).

(46) Culture-acte 2, Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Pierre Lescurcure, p. 310.

3^e PARTIE

Les caractéristiques du droit sur l'internet

Au cours des deux dernières décennies, l'appréhension d'internet par le droit s'est traduite par deux dynamiques parallèles tendant, pour l'une, à la reconnaissance d'un « droit à l'internet », et plus particulièrement d'un droit d'accéder au réseau internet ou d'en être acteur, et, pour l'autre, au développement d'un « droit sur internet » entendu comme l'ensemble des mesures prises par les États pour assurer une continuité d'application du droit sur les réseaux numériques.

En parallèle de la question portant sur la nature juridique et sur la place d'un droit à l'accès à internet, le développement des services de communication au public en ligne a donné lieu, dans de nombreuses branches du droit, à l'adoption de dispositions spécifiquement applicables sur internet. Aux fins de distinguer ces droits et obligations de l'étude du droit de l'accès à internet, on a parlé de manière générale de « droit de l'internet » pour évoquer ces textes. S'agissant en réalité d'assurer l'application du droit dans le contexte de l'internet, il convient de préférer le concept du droit « sur internet » à celui du droit « de l'internet ».

I – Internet comme contexte particulier d'application du droit

Qu'il s'agisse de droit commercial, de droit de la consommation, de droit de la communication et de l'audiovisuel, de droit de la propriété intellectuelle, ou plus généralement de droit pénal ou de droit des obligations, internet a pendant la décennie passée fait office d'aiguillon incitant le législateur à adapter de nombreux domaines du droit confrontés à une réalité évoluant rapidement, menaçant tant la pertinence des définitions juridiques que l'efficacité des textes et la sécurité des rapports de droit.

Ainsi le législateur a-t-il pris la mesure des phénomènes de contrefaçons des contenus culturels facilités par les échanges sur internet et les technologies numériques en adoptant plusieurs textes successifs⁴⁷ instituant des dispositifs de régulation et des actions judiciaires civiles et pénales adaptées en vue d'assurer une égale efficacité des droits concernés sur internet.

Similairement, l'efficacité du cadre légal applicable aux jeux d'argent et de hasard, lequel implique un fort degré de contrôle par l'État de ces activités, s'est trouvé considérablement réduit du fait du développement rapide d'activités similaires en ligne, ce qui a conduit le législateur à adapter les textes afin d'ouvrir à la concurrence et à la régulation le secteur des jeux en ligne⁴⁸ (régulation qualitative se substituant à une régulation quantitative dépassée sur et par les nouvelles technologies).

Antérieurement, et au terme d'une initiative d'harmonisation à l'échelon européen, le législateur était déjà intervenu⁴⁹ pour préciser, notamment, le régime général de responsabilité des intermédiaires techniques sur in-

(47) Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (dite « HADOPI »), Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

(48) Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

(49) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

ternet, mettant ainsi en principe fin à l'insécurité liée à la pluralité d'intervenants dans la mise en ligne et l'hébergement de contenus sur internet.

Ces interventions du législateur dans le domaine d'internet partagent, au-delà de leur prise en considération d'internet comme nouvel espace de conciliation des droits, un souci commun de cohérence entre l'application du droit sur internet et « hors ligne ».

Illustrant concrètement ce souci de cohérence, la loi HADOPI ne vient pas créer d'infraction spécifique de contrefaçon en ligne, le débat qui la concerne a davantage trait à la conciliation (et donc la proportionnalité des mesures) du droit « à » et du droit « sur » internet.

De même, la loi sur les jeux d'argent et de hasard en ligne procède à une homogénéisation des peines encourues pour les infractions liées au jeux d'argent et de hasard, qu'ils soient proposés ou non en ligne.

Il n'existe donc pas, à proprement parler, de droit de l'internet en tant que corpus unifié de règles propres aux activités menées en ligne. Au contraire, ce droit de l'internet est constitué, aujourd'hui, de la somme des adaptations prévues par le législateur pour garantir dans plusieurs matières une application cohérente du droit en ligne et hors ligne, du droit « sur internet » et hors internet.

Plus généralement, il conviendrait de dépasser le concept même du droit sur internet pour rechercher un droit applicable de façon indifférenciée quelle que soit la technologie support.

II – La question des abus commis sur internet

Internet créant, par l'usage qui en est fait aujourd'hui, un contexte parfois nouveau d'exercice des droits préexistants ainsi qu'un terrain privilégié d'exercice de certaines libertés fondamentales, il apparaît logique qu'il puisse faire l'objet, de la même manière que les autres supports de ces

droits et libertés, de restrictions visant à en prévenir ou sanctionner leurs abus.

Il est logique d'aborder la question du contrôle de la proportionnalité des interventions étatiques dans la sphère internet avec un niveau d'exigence comparable à celui observé dans la presse et sur les services de communication audiovisuelle. En somme, si le droit doit être le même, les moyens de l'appliquer peuvent être adaptés lorsque nécessaire.

À cet égard, la formulation adoptée par le Conseil constitutionnel en 1982 apparaît toujours pertinente en ce qu'elle évoque autant la prise en compte des contraintes techniques que la nécessaire sauvegarde de l'ordre public justifiant d'éventuelles restrictions, à la différence près que les contraintes techniques ne résident plus, dans le cas d'internet, dans la rareté d'une ressource appartenant au domaine public mais dans la nature internationale par essence d'internet, laquelle invite à une approche qualitative des restrictions à envisager et non plus à une organisation efficiente de la ressource publique.

À titre d'illustration, le régime de responsabilité mis en place par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse trouve aujourd'hui à s'appliquer avec autant de pertinence dans un contexte de convergence technologique car la logique justifiant initialement que soit mis en place un mécanisme de responsabilité en vue de sanctionner *ex post* l'abus d'une liberté (délits d'injure, de diffamation, etc.) n'a pas à être remise en cause.

III – La conciliation entre le droit d'accès à internet et les autres droits

De la même manière que les atteintes apportées aux libertés fondamentales peuvent être admises sur internet pour prévenir ou sanctionner leurs abus, sous condition de nécessité et de proportionnalité au regard de l'ob-

jectif recherché, les restrictions envisageables à l'accès à internet paraissent devoir répondre à ces mêmes conditions.

Ainsi que le commande l'article 1^{er}, b de la directive 2009/140/CE du Parlement et du Conseil modifiant les directives « cadre » et « accès » du paquet télécom, « *les mesures prises par les États membres concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes généraux du droit communautaire.*

*Toute mesure susvisée concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux précités ne peut être instituée que si elle est **appropriée, proportionnée et nécessaire** dans le cadre d'une société démocratique, et **sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates** conformément à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et aux principes généraux du droit communautaire [...] ».*

Plusieurs exemples récents dans la législation française peuvent ainsi témoigner de ce souci de conciliation guidé par les exigences d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité. Les illustrations suivantes mettent également en évidence le recours nécessaire à l'autorité judiciaire dès lors qu'il est porté atteinte à l'accès à internet, et incidemment à l'exercice de libertés fondamentales, pour des motifs d'ordre public préalablement énoncés par la loi.

■ La conciliation entre l'accès à internet et les droits de propriété intellectuelle : le dispositif HADOPI

Résultant d'une volonté de concilier le respect des droits d'auteurs et la liberté de communication sur internet, le projet de loi « Création et internet » a donné l'occasion (cf. *supra*) au Conseil constitutionnel de préciser quelles étaient les garanties procédurales attachées à une restriction telle

que la privation de l'accès à internet, le dispositif initial qui lui avait été délégué confiant la décision d'une telle mesure à une autorité administrative indépendante⁵⁰.

Les contentieux se rapportant aux lois ou aux dispositifs privés visant à protéger le droit d'auteur sur internet fournissent autant d'exemples d'application par les juridictions nationales de ces critères aux mécanismes de « riposte graduée » prévus par les législateurs, et plus particulièrement de leur caractère proportionné lorsqu'ils sont susceptibles d'entraîner *in fine* une privation de l'accès à internet. Or, si ces dispositifs ont principalement vocation à aborder les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises sur internet au moyen d'outils prenant en considération leur dimension immatérielle et l'utilisation qui est faite des réseaux de communication électronique (usage illicite répandu et banalisé, facilité de commission des atteintes, caractère dématérialisé des actes de contrefaçon), la dimension internationale d'internet n'y prend pas une place significative.

En effet, la mesure prise par les États du phénomène du téléchargement illégal les a conduits à une action politique orientée vers le comportement des utilisateurs (éducation aux usages légaux, prévention et sanction) plus que vers la recherche de responsabilités d'acteurs situés en dehors de leurs territoires respectifs.

(50) Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, considérant n° 16 : « Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilite la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ».

Cette approche est différente de celle, pourtant contemporaine, de la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne.

■ **La conciliation entre l'accès à internet et la politique publique en matière de jeux d'argent et de hasard**

Le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, en ce que sa régulation par l'État comporte une composante visant à restreindre l'accès aux services considérés comme illégaux, fournit par contraste un terrain plus fertile tant pour l'examen de la nature des restrictions susceptibles d'affecter l'accès à internet que pour la mise en évidence des limites, en l'état actuel du droit et de la technique, de ces restrictions sur le plan international.

Dans le domaine des jeux d'argent et de hasard sur internet, le législateur de 2010 a institué plusieurs procédures spéciales, de nature judiciaire ou administrative, visant à atteindre les opérateurs proposant illégalement leurs services au public français depuis l'étranger. Ces dispositions prennent en compte le fait que la prestation de services transfrontalière était une composante préexistante à l'intervention de l'État dans ce secteur.

Ces instruments ont pour particularité de toucher les opérateurs illégaux par le truchement des intermédiaires techniques concourant à la prestation de service. Ainsi la loi prévoit-elle qu'il peut être ordonné, au terme d'une procédure judiciaire, aux « *personnes mentionnées au 2 du I et, le cas échéant, au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* » (hébergeurs et fournisseurs d'accès à internet) d'empêcher l'accès au service de l'opérateur.

Il est également possible, pour le régulateur sectoriel, d'atteindre l'offre illégale dans sa visibilité en ligne en sollicitant l'autorité judiciaire aux fins de prononcer « *toute mesure destinée à faire cesser le référencement du site d'un opérateur [...] par un moteur de recherche ou un annuaire* ».

Similairement, un arrêté pris par le ministre en charge du Budget peut atteindre les opérateurs illégaux en prononçant l'interdiction, temporaire et renouvelable, de « *tout mouvement ou transfert de fonds en provenance ou à destination des comptes identifiés comme détenus par ces opérateurs* »,

mesure se traduisant concrètement par une obligation mise à la charge des intermédiaires financiers (établissements de crédit tels que définis à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier).

Cette approche de responsabilisation des intermédiaires par la loi française répond au constat de l'impossibilité, dans certains cas, d'atteindre directement l'opérateur visé. En effet, l'architecture d'internet permet à un acteur de s'installer sur le territoire d'un État où toute action judiciaire serait, sinon vaine, considérablement compliquée. Partant, les arguments conjugués tenant à l'immédiateté des atteintes à l'ordre public et à l'incertitude de pouvoir y remédier par la voie judiciaire internationale ont conduit le législateur à responsabiliser les intermédiaires techniques concourant à la fourniture du service de l'opérateur, ceux-ci se situant éventuellement sur le territoire français.

Cet état des dispositifs mis en place par le législateur incite en conséquence à s'interroger sur leur pérennité et leur efficacité dans un contexte international fécond en possibilités de contournement et, par suite, sur l'apport éventuel de procédures alternatives ou d'instruments internationaux propres à les renforcer tout en clarifiant les responsabilités des acteurs, et ce afin de limiter le recours aux atteintes les plus graves à l'accès à internet.

Deux éléments méritent d'être soulignés. D'une part, la régulation – après explicitation législative des motifs et objectifs d'ordre public de la régulation – dans ses modalités juridiques et opérationnelles vise à contraindre les opérateurs illégaux, en responsabilisant les intermédiaires techniques, sans sanctionner l'internaute. D'autre part, la fiscalisation et le contrôle d'une assiette représentative d'une création de valeur, par des opérateurs établis hors de France, notamment pour des raisons de droit communautaire, dans le marché de consommation domestique français est effective.

Comme peuvent également l'illustrer les exemples précédents, à la nécessaire conciliation entre l'application du droit sur internet et l'exercice des droits et libertés – laquelle traduit une volonté de ne pas créer de différence de traitement entre les supports d'exercice de ces droits et libertés tout en préservant l'efficacité des politiques publiques – s'ajoute un nou-

vel impératif issu de la convergence technologique, imposant que les règles spécifiques applicables à internet ne puissent *in fine* se muer en vecteurs de distorsions entre internet et les régimes d'exception préexistants.

En définitive, l'appréciation des mesures de régulation d'internet ne peut se faire à l'aune d'un seul et unique principe intangible propre à celui-ci. Elle nécessite au contraire que soient examinés concrètement les effets d'une telle intervention sur les droits et libertés, avec le souci de garantir une cohérence globale des mesures.

Les mesures étatiques tenant à la régulation d'internet, en ce qu'elles visent à assurer une continuité de l'application du droit et de l'exercice des libertés en ligne, doivent faire l'objet d'une appréciation au cas par cas de leur nécessité, de leur proportionnalité et de leur caractère adapté au regard de l'objectif d'ordre public ou social qu'elles poursuivent. De surcroît, l'explicitation des motifs de l'intervention publique est de nature à permettre, lorsque les mesures visent des acteurs extranationaux, leur examen par les États dans lesquels ces acteurs sont établis.

Les contradictions entre le droit à l'internet et la protection des droits sur internet (blocage ou filtrage de l'accès à des sites ou suspension de l'accès à internet) doivent être soumises à l'appréciation d'un juge et préféablement à celle d'une autorité administrative.

À partir de ces impératifs, la question se pose naturellement de savoir comment appréhender efficacement, dans un contexte de convergence, des acteurs dont les statuts, parfois issus de réglementations distinctes co-existantes, peuvent être amenés à entrer en conflit.

IV – La nécessaire définition de tous les acteurs au regard de la convergence technologique

L'efficacité des dispositifs de régulation existants ou à envisager ne peut être atteinte que si les acteurs visés sont clairement définis.

Il importe en effet d'identifier les acteurs qui seront responsables du manquement à la règle de droit, ceux qui, sans être responsables du manquement, peuvent être amenés à participer à la protection de l'ordre juridique y compris dans le cadre d'injonctions sous astreintes, ou encore ceux qui sont soumis à des réglementations spécifiques sectorielles.

Les définitions des acteurs doivent donc être suffisamment précises, cohérentes et l'ensemble des acteurs de la chaîne doivent être définis.

La clarification des définitions, lorsqu'elle apparaît nécessaire, doit être envisagée au niveau européen et international.

1/ Des acteurs définis dans le cadre de dispositifs spécifiques

Les acteurs de l'internet sont définis soit au travers du régime de responsabilité qui leur est applicable soit au travers de réglementations sectorielles spécifiques (par exemple en matière de contribution au financement de la création).

La plupart des acteurs de l'internet sont appréhendés par des définitions qui se dégagent des textes et de la jurisprudence.

Le glossaire annexé au présent rapport illustre l'état de définition de la plupart des acteurs en droit positif (éditeurs, fournisseurs d'accès, fournisseurs d'hébergement et titulaires de droits). Ces définitions résultent soit de la réglementation, soit de créations jurisprudentielles, soit des deux.

Il apparaît que ces acteurs ont été définis dans le cadre de réglementations coexistantes qui répondent à des objectifs d'ordre public distincts :

1. d'une part, le régime de responsabilité mis en place par la directive « commerce électronique » et la LCEN, ces textes visant à encourager le développement des services de la société de l'information. Ce dispositif envisage des qualifications des acteurs *a priori* exclusives les unes des autres (notamment hébergeur/éditeur). Au regard des précisions apportées par la jurisprudence, il apparaît que les définitions des acteurs visés par ces textes sont aujourd'hui à peu près stables ;

2. d'autre part, la défense de l'exception culturelle, notamment au travers de la réglementation audiovisuelle qui appréhende certains acteurs pour les soumettre à des obligations et/ou leur octroyer certains avantages eu égard à la nature des services qu'ils proposent. Dans ce cadre, sont notamment visés les éditeurs et les distributeurs de services de communication audiovisuelle (services de télévision, de radio et SMAD).

La coexistence de définitions relevant de corpus de règles distincts apparaît envisageable dès lors que sont explicités les objectifs d'ordre public poursuivis dans chaque cas. À cet égard la directive « commerce électronique » précise dans son premier article qu'elle ne porte pas atteinte aux mesures prises au niveau communautaire ou national, dans le respect du droit communautaire, pour promouvoir la diversité culturelle et le pluralisme des médias⁵¹.

Si la qualification d'éditeur de service de communication audiovisuelle ne semble pas pouvoir être attribuée à un opérateur bénéficiant du statut d'hébergeur au sens de la LCEN, il n'apparaît pas incompatible ni contraire aux textes précités d'attribuer dans certains cas des qualifications cumulatives dès lors qu'un acteur propose des prestations de natures différentes. À cet égard, les FAI au sens de la LCEN sont aujourd'hui soumis à la taxe sur la distribution de services de télévision (TST-D) en qualité de distributeurs de services de télévision au sens de l'article 2-1 de la loi du 30 septembre

(51) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, art. 1.6 : « La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prises au niveau communautaire ou au niveau national, dans le respect du droit communautaire, pour promouvoir la diversité culturelle et linguistique et assurer la défense du pluralisme ».

1986⁵² dès lors qu'ils constituent des bouquets de programmes en établissant des relations contractuelles avec les éditeurs de services de télévision.

Au plan de la méthode, il apparaît que l'approche adoptée par la réglementation audiovisuelle, qui consiste à définir les services et les acteurs indépendamment de la modalité de communication au public du service concerné (c'est-à-dire l'adoption de définitions matérielles), répond à la réalité de la convergence technologique et permet l'adaptation des dispositifs mis en place.

Exemple : la définition de distributeur de services de communication audiovisuelle précitée a permis d'appréhender, dans le cadre du dispositif de la taxe sur la distribution de services de télévision qui alimente le fonds du CNC, les distributeurs dits classiques – chaînes auto-distribuées comme le groupe Canal+ ou les bouquets de programmes – mais aussi les FAI et les opérateurs de téléphonie mobile qui distribuent des services de télévision au sein d'offres composites⁵³.

Dans un contexte de convergence technologique, il convient de poursuivre la tendance consistant à privilégier des définitions matérielles des services et des acteurs. La coexistence de définitions relevant de corpus de règles distincts peut être justifiée, mais implique que soient explicités les objectifs d'ordre public poursuivis dans chaque cas. Il n'apparaît pas incompatible ni contraire aux textes d'attribuer certaines qualifications cumulatives dès lors qu'un acteur propose des

(52) Art. 2-1 de la loi du 30 septembre 1986 dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : « Pour l'application de la présente loi, les mots : *distributeur de services désignent toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques. Est également regardée comme distributeur de services toute personne qui constitue une telle offre en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs* ».

(53) Cf. Rapport mission Lescure, fiche B-9.

prestations de natures différentes. Face au développement de nouveaux services, les catégories juridiques auxquelles se rattachent certaines activités devront être revues et/ou précisées.

2/ Des catégories pourront être revues et/ou précisées

Si les notions sont aujourd'hui globalement stabilisées et permettent d'appréhender la plupart des acteurs, il apparaît que les catégories juridiques auxquelles se rattachent certaines activités peuvent être amenées à être revues (exemple : le statut des sites de partage de vidéos pourra être revu pour ce qui concerne certaines de leurs prestations qui les rapprochent d'une activité de distribution notamment).

Pour ce qui concerne les moteurs de recherche, l'absence de définition positive pose des difficultés d'application du droit à au moins deux égards :

– la loi « ARJEL » n° 2010 du 12 mai 2010 prévoit en son article 61 que le Président de L'ARJEL peut saisir le Président du Tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir prescrire toute mesure « ... destinée à faire cesser le référencement du site d'un opérateur... par **un moteur de recherche ou un annuaire** ». Faute de définition légale des moteurs de recherche/annuaires, créant de ce fait une insécurité juridique, cette procédure n'a pas à ce jour été utilisée par le Président de l'ARJEL à l'encontre desdits opérateurs ;

– sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle⁵⁴, des demandes ont pu être formées par des titulaires de droits à l'encontre de moteurs de recherche alors que lesdits opérateurs semblent

(54) « En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier ».

arguer qu'ils ne seraient pas visés par ce dispositif qui doit être interprété à la lumière de l'article 8.3 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001⁵⁵.

L'activité de moteur de recherche renvoie à celle de référencement et d'indexation. Au regard de la jurisprudence, les moteurs de recherche relèvent de la catégorie des intermédiaires techniques bénéficiant du régime de responsabilité allégée prévu par l'article 6 de la LCEN, au même titre que les hébergeurs. La qualification de l'activité de référencement dépend donc du rôle actif ou passif du prestataire. Si le rôle du prestataire est passif, il ne sera susceptible d'engager sa responsabilité que sous réserve d'avoir eu connaissance effective du caractère illicite du référencement qu'il opère⁵⁶ : le rôle actif semble consister dans la capacité pour l'opérateur de s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer une représentation directe sur son service à l'intention de ses propres clients⁵⁷.

Toutefois, il apparaît que c'est au regard de la « captation de valeur » pratiquée par certains services que certains opérateurs souhaiteraient qualifier l'activité de référencement.

La mission Lescure a précisé que « *la réflexion sur le statut juridique du référencement n'est pas suffisamment mûre et pourrait connaître dans les mois à venir des progrès substantiels* » et rappelé que (i) la CJUE a été saisie le 18 septembre 2012 d'une question préjudicielle par une juridiction suédoise⁵⁸ et que (ii) les conclusions d'une étude lancée sur le sujet par le CSPLA devraient être publiées prochainement.

(55) « *Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin* ».

(56) CJUE 23 mars 2010, *Vuitton et autres c/ Google* – Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012, *Google c/ Bac Films* – CA Paris, 28 juillet 2011, *SAIF c/ Google*.

(57) Culture-acte 2, Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Pierre Lescure, p. 295.

(58) La question préjudicielle porte sur les points suivants :

– le fait de fournir sur un site internet un lien cliquable vers une œuvre protégée constitue-t-il une « communication au public » au sens de la directive 2001/29/CE ?

3/ La nécessaire harmonisation des définitions des acteurs de l'internet au travers d'instruments internationaux

Afin d'améliorer l'efficacité du droit sur internet au niveau international, il apparaît que l'effort doit porter a minima sur l'harmonisation des définitions des acteurs de l'internet (cf. *supra* notamment pour ce qui concerne l'absence de définition des moteurs de recherche).

Des propositions d'harmonisation des définitions des acteurs de l'internet pourraient être formulées dans le cadre des accords de libre-échange (ces accords étant structurés selon des secteurs traditionnels : services informatiques, services de télécommunication, commerce électronique, propriété intellectuelle...). À cet égard, il convient de relever que si les accords de libre-échange posent un principe de responsabilité limitée/conditionnée au bénéfice des opérateurs techniques, ils ne proposent pas pour autant de définitions précises des acteurs de l'internet (seules les activités de *caching* et de *hosting* faisant généralement l'objet de définitions).

En tout état de cause, il importe de poursuivre le travail d'harmonisation des définitions des acteurs de l'internet au travers d'instruments internationaux existants ou à créer.

– les conditions d'accès au site ciblé par le lien (accès ouvert ou restreint) et de présentation de l'œuvre (renvoi à un site tiers ou apparition sur le site même) ont-elles une incidence sur la qualification juridique du lien ?

– est-il loisible à un État membre d'étendre la notion de « *communication au public* » au-delà des cas prévus par la directive ?

Annexe 1

Synthèse des principales observations et recommandations

I – L’absence de pertinence du concept de neutralité de l’internet pour réguler le contenu

Le récent débat autour de la neutralité de l’internet a vu émerger plusieurs propositions visant à consacrer un tel principe dans le droit positif.

Cependant, la neutralité de l’internet, si elle s’avère utile dès lors qu’il s’agit de caractériser un abus dans les relations économiques entre acteurs et de poser le principe de la non-discrimination, ne peut faire office de principe structurant au travers duquel s’analyserait toute question d’application du droit sur internet.

II – La nécessité, à l’heure de la convergence technologique, de faire des contenus l’objet du droit

- Le développement des technologies permet l’accès aux mêmes contenus par des technologies indifférenciées ou interconnectées. Sous l’effet de la

convergence, il en modifie les conditions d'usage (par ex. nouveaux services et usages liés à l'interactivité ou à la consommation délinéarisée).

- L'interopérabilité voire la substituabilité des réseaux (c'est-à-dire des vecteurs de communication) amène au constat qu'un contenu ne peut plus être caractérisé par son mode de transport ou par l'interface permettant sa communication au public.
 - La convergence technologique invite donc à adopter les régimes juridiques les plus neutres possibles par rapport aux vecteurs de diffusion des contenus, sauf à condamner le droit à être constamment dépassé par le progrès technique.
 - Pour cette raison, on préférera à la matrice de la neutralité celle de la convergence, conduisant à abandonner l'approche technologique au profit d'une analyse de la nécessité de la régulation de certains contenus, dans ce contexte de convergence technologique, ainsi que de l'adaptation et de la proportionnalité de ses modalités de mise en œuvre.
 - En conséquence, le débat public de l'adaptation du droit à la convergence technologique devrait être mené selon les grands principes suivants :
 - Identifier clairement les objectifs d'ordre public à atteindre, dont la légitimation apparaît encore plus nécessaire dans l'espace de libre échange créé par la convergence technologique ;
 - S'assurer de la pertinence et de la compatibilité de l'objectif d'ordre public avec la convergence technologique : l'ordre public considéré peut-il être mis en œuvre efficacement dans un contexte de convergence technologique et demeure-t-il pertinent ?
 - Déterminer les moyens à mettre en œuvre : est-il indispensable d'adopter une réglementation spécifique à un vecteur de diffusion technologique particulier ?
- Le droit commun ou un droit catégoriel existant permettent-ils déjà d'atteindre cet objectif ?
- Les moyens existants ou à envisager sont-ils pertinents, proportionnés et adaptés aux objectifs poursuivis ?

Par exemple, les moyens mis en œuvre pour protéger l'ordre public sont-ils adaptés si une règle aboutit à des distorsions de concurrence entre opérateurs français et étrangers (asymétries fiscales et réglementaires) ?

– Si l'on considère que les moyens de protection de l'ordre public sont adaptés à la convergence technologique (ex : presse, contrefaçon), se pose alors la question de son applicabilité au plan international (coopération policière, douanière, judiciaire...).

III – Les caractéristiques du droit de l'internet

- Les mesures étatiques tenant à la régulation d'internet, en ce qu'elles visent à assurer une continuité de l'application du droit et de l'exercice des libertés en ligne, doivent faire l'objet d'une appréciation au cas par cas de leur nécessité, de leur proportionnalité et de leur caractère adapté au regard de l'objectif d'ordre public ou social qu'elles poursuivent.

De surcroît, l'explicitation des motifs de l'intervention publique est de nature à permettre, lorsque les mesures visent des acteurs extranationaux, leur examen par les Etats dans lesquels ces acteurs sont établis.

Les contradictions entre le droit à l'internet et la protection des droits sur internet (blocage ou filtrage de l'accès à des sites ou suspension de l'accès à internet) doivent être soumises à l'appréciation d'un juge et préférentiellement à celle d'une autorité administrative.

- À partir de ces impératifs, la question se pose de savoir comment appréhender efficacement, dans un contexte de convergence, des acteurs dont les statuts, parfois issus de réglementations distinctes coexistantes, peuvent être amenés à entrer en conflit :

– Il convient de poursuivre la tendance consistant à privilégier des définitions matérielles des services et des acteurs ;

- La coexistence de définitions relevant de corpus de règles distincts peut être justifiée, mais implique que soient explicités les objectifs d'ordre public poursuivis dans chaque cas ;
 - Il n'apparaît pas incompatible ni contraire aux textes d'attribuer certaines qualifications cumulatives dès lors qu'un acteur propose des prestations de natures différentes ;
 - Face au développement de nouveaux services, les catégories juridiques auxquelles se rattachent certaines activités devront être revues et/ou précisées.
- Afin d'améliorer l'efficacité du droit sur internet au niveau international, il apparaît que l'effort doit porter *a minima* sur l'harmonisation des définitions des acteurs de l'internet.

Annexe 2

Définitions actuelles des acteurs de l'internet

I – Éditeurs

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) est un texte fondateur pour les acteurs de la convergence technologique. Elle ne précise pourtant pas la notion d'éditeur tout en y faisant référence à plusieurs reprises, notamment concernant l'adaptation à la communication au public par voie électronique de certains dispositifs du droit de la presse¹.

La LCEN² fait obligation aux hébergeurs³ de détenir et conserver « *les données de nature à permettre l'identification de **quiconque a contribué à la***

(1) L'article 6.III.1. de la LCEN se contente d'imposer aux personnes dont l'activité est l'édition d'un service de communication au public en ligne de mettre à disposition du public leurs coordonnées et 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 du 29 juillet 1982 prévoyant l'obligation pour tout service de communication au public par voie électronique d'avoir un directeur de la publication.

(2) Art. 6.II al. 1^{er} de la LCEN.

(3) L'hébergeur est quant à lui défini à l'article 6.I.2 de la LCEN comme la personne physique ou morale qui assure « ... *le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature...* ».

création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ».

Il apparaît que ce « quiconque » a « contribué à la création du contenu » fait référence à l'éditeur lui-même. Ainsi, selon certaines positions, la LCEN « ... semble le désigner implicitement comme celui qui contribue à la création d'un contenu »⁴.

1/ Une tentative de définition de l'éditeur selon la dichotomie éditeur/hébergeur

Les juges semblent raisonner par défaut : « ... l'hébergeur se distingue ainsi de l'éditeur de site, qui est la personne physique ou morale qui fournit le service de communication au public par voie électronique, en définit et crée le contenu éditorial et est responsable de celui-ci »⁵.

Les juges distinguent ainsi « l'hébergeur qui n'a qu'une fonction technique et l'éditeur de contenu qui opère un choix éditorial »^{6,7,8}.

Toutefois, un certain nombre de critères peuvent venir perturber la dichotomie éditeur/hébergeur.

Par ailleurs, une qualification cumulative « hébergeur et éditeur de site »⁹ a parfois été adoptée. Ainsi, le gestionnaire d'un *digg like*¹⁰ a été qualifié à

(4) Pierre Mimja, *La définition de l'éditeur était dans la loi*, www.juriscom.net, 11 mars 2009.

(5) TGI Paris, *Mlle Claire L., dite Claire K. c/ MMK*, 15 décembre 2008.

(6) Lionel Costes, « Hébergeur, éditeur de contenu et éditeur de service de communication au public », *RLDI* janvier 2009, n° 1494, p. 51-56, www.juriscom.net.

(7) TGI Paris, 15 avril 2008, *Lafesse c/ Dailymotion*, JurisData n° 2008-360863.

(8) TGI Paris, 15 avril 2008, *Omar S. et Fred T. c/ Dailymotion*.

(9) TGI Troyes, 4 juin 2008, *Société Hermès International c/ Mme Cindy F, S.A Ebay France, Ebay International AG*.

(10) Cf. Wikipedia : « **Digg** est un site web communautaire qui a pour but de faire voter les utilisateurs pour une page web intéressante et proposée par un utilisateur. Typique du phénomène "Web 2.0", il combine social bookmarking, blog et syndication. Il dispose de plusieurs catégories telles que Politique, Divertissement, Vidéos et Technologie. Les nouveaux articles et les sites web soumis par les utilisateurs sont notés par

la fois d'hébergeur et d'éditeur d'un site internet¹¹. Il a été observé à cette occasion qu'« ... *il est possible de penser que le fournisseur d'hébergement est également toujours éditeur d'un service de communication au public en ligne dans la mesure où la LCEN prévoit qu'ils assurent le stockage par des services de communication en ligne* »¹².

2/ Une tentative de définition de l'éditeur par référence à la fonction première d'un éditeur

En retenant les critères de « *maîtrise, détermination des contenus* » ou encore de « *choix, contrôle éditorial* », les juges semblent se référer à la fonction première d'un éditeur au sens du droit de la presse et du droit de l'audiovisuel.

Dans une affaire *Fuzz.fr*¹³, le TGI de Paris a qualifié un site d'information « *d'éditeur de service de communication au public en ligne* » dans la mesure où ce site « *doit supporter une responsabilité éditoriale pour avoir effectué une publication, c'est-à-dire pour avoir volontairement mis le public en contact avec des messages librement choisis* ». La Cour de Paris a considéré au contraire que ce site qui diffusait des articles signalés par les internautes avait la qualité d'hébergeur. Et l'internaute constitue l'éditeur du contenu, à savoir du lien hypertexte et du titre. Dans ces conditions, la Cour de Paris a estimé que le site ne détermine ni ne sélectionne les informations et « *n'a enfin aucun moyen de vérifier le contenu des sites vers lesquels pointent les liens mis en ligne par les seuls internautes* »¹⁴.

La question s'est posée de savoir si la notion d'édition recouvre également le fait d'organiser, d'agencer des sources ou de structurer son site de ma-

d'autres utilisateurs. Si une proposition remporte le succès nécessaire, elle est affichée sur la page d'accueil ».

(11) Cour d'appel de Paris, 21 novembre 2008.

(12) Axel Saint Martin, « Le gestionnaire d'un "digg-like" est hébergeur et éditeur d'un site internet (responsabilité et Web 2.0), *RLDI* janvier 2009, n° 1486, p. 47.

(13) TGI Paris, ord. réf., 26 mars 2008, *Olivier Martinez c/ Bloobox Net*.

(14) Cour d'appel de Paris, 21 novembre 2008.

nière logique, et ce, exclusivement dans un souci de clarté au regard de la présentation du site pour les utilisateurs. S'il a été jugé dans une affaire relative à un flux RSS que « *la décision d'agencer [...] différentes sources [...] constitue bien un choix éditorial* »¹⁵, d'autres décisions ont jugé que « *l'hébergeur ne pourrait devenir éditeur seulement parce qu'il organise son site de manière logique* »¹⁶. Ainsi, il apparaît que le fait de concevoir l'architecture d'un site en thèmes ou de structurer les fichiers mis à la disposition du public selon un classement choisi par le seul créateur du site ne donne pas à ce dernier la qualité d'éditeur tant qu'il ne détermine pas les contenus des fichiers.

Selon les différents critères susceptibles d'être retenus, il apparaît que l'éditeur doit déterminer, être lui-même à l'origine des contenus diffusés, mis à la disposition du public et opérer ainsi un choix, un contrôle éditorial avant leur mise en ligne. Un rapport parlementaire déposé le 23 janvier 2008 regroupe l'ensemble de ces critères dans la formule générale de « *capacité d'action sur les contenus* »¹⁷.

La notion de contrôle des contenus apparaît centrale dans la définition du statut d'éditeur et mériterait à ce titre d'être précisée.

Selon la LCEN (art. 6.I.2 dernier alinéa et 6.I.3 dernier alinéa), l'hébergeur deviendrait éditeur lorsque le destinataire du service agit sous son autorité et son contrôle. En effet, si l'hébergeur contrôle l'éditeur, il contrôle nécessairement les contenus dont l'éditeur est l'auteur. Pour autant, l'hébergeur peut contrôler les contenus produits par l'éditeur sans nécessairement contrôler l'éditeur lui-même (en effet, certains services peuvent s'assurer de la nature des contenus – par exemple de leur caractère pornographique – choisis par les utilisateurs, sans pour autant contrôler ces utilisateurs).

(15) TGI Nanterre, ord. réf., 28 février 2008, *Olivier D. c/ Éric D.*, D. 2008. AJ. 778, obs. Manara.

(16) TGI Nanterre, ord. réf., 7 mars 2008, *M.O.D. c/ SARL Planète Soft*.

(17) Députés Jean Dionis Du Séjour et Corinne Erhel, Rapport d'information déposé par la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale n° 627 sur la mise en application de la LCEN, 23 janvier 2008, p. 23.

Enfin, il apparaît que la partie de la jurisprudence^{18 19} qui a défini l'éditeur comme « *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* » n'est pas sans ambiguïté car « déterminer » semble renvoyer à l'idée de choix éditorial mais pas nécessairement au contrôle des contenus.

3/ Une définition sectorielle : la notion d'éditeur de service de communication audiovisuelle

Les éditeurs de services de communication audiovisuelle (services de radio²⁰, services de télévision²¹, SMAD²²) ne sont pas expressément définis

(18) TGI Paris, 15 avril 2008, *Lafesse c/ Dailymotion*, JurisData n° 2008-360863.

(19) CA Paris, pôle 5, 1^{er} ch., 14 avril 2010, *RLDI* 2010/62, n° 2034 « ... la LCEN distingue au sein des services de communication au public en ligne entre le service hébergeur, qui répond à la définition précitée de l'article 6-I-2 d'où il résulte que sera tenu comme tel le prestataire technique qui met à la disposition du public le stockage de contenus fournis par des destinataires de ce service et le service éditeur, qui a le pouvoir de déterminer les contenus mis à la disposition du public en sorte que, le critère du partage ainsi opéré réside dans la capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne ;... ».

(20) « Est considéré comme **service de radio** tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons ».

(21) « Est considéré comme **service de télévision** tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons ».

(22) « 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.

Sont exclus les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du code général des impôts, ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire, ceux 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, 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

par la loi de 1986 relative à la liberté de la communication, qui fait pourtant référence à la notion d'éditeur à plusieurs reprises.

La directive SMA s'applique aux fournisseurs de services de médias audiovisuels, c'est-à-dire aux personnes qui assument la « **responsabilité éditoriale** » qui consiste en « *l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur **organisation**, soit sur une grille chronologique, dans le cas d'émissions télévisées, soit sur un catalogue, dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande* ». Pour ce qui concerne les SMAD, l'article 2-1 de la loi du 30 septembre 1986 reprend la notion de « *catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service* ».

La notion d'éditeur de service de communication audiovisuelle peut également être appréhendée au travers des lignes directrices du CNC concernant la Taxe sur les services de télévision (TST)²³ et aux instructions fiscales en matière de TST²⁴ et de Contribution sur les retransmissions sportives prévue à l'article 302 *bis* ZE du code général des impôts²⁵ :

– est assujetti à la TST tout éditeur de services de télévision qui a programmé, au cours de l'année civile précédente, une ou plusieurs œuvres audiovisuelles ou cinématographiques éligibles aux aides financières du CNC. A ce titre, sont redevables de la taxe les entreprises publiques ou privées qui **programment** des émissions de télévision nationales, régionales ou locales, quel que soit le mode de diffusion de ces émissions (voie hertzienne terrestre, satellite, câble, internet fixe ou mobile, etc.) ;

des destinataires de ces services et ceux dont le contenu audiovisuel est sélectionné et organisé sous le contrôle d'un tiers. Une offre composée de services de médias audiovisuels à la demande et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre ».

(23) Taxe prévue aux articles L. 115-6 et suivants du code du cinéma et de l'image animée ; *Guide juridique des redevables de la TST* édité par le CNC.

(24) BOI 3 P-3-08.

(25) BOI-TCA-RSP-20120912.

– l'instruction fiscale BOI-TCA-RSP-20120912 relative à la Contribution sur les retransmissions sportives prévue à l'article 302 *bis* ZE du code général des impôts précise : « *Sont considérées comme éditeurs de services de télévision les entreprises publiques ou privées qui **programment** des émissions de télévision, quel que soit le mode de diffusion de ces émissions (voie hertzienne terrestre, voie numérique terrestre, satellite, câble, ADSL, internet, mobile, etc.)* ».

II – Fournisseurs d'accès

L'article 6-I-1 de la LCEN les définit comme « *les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public* ».

Il apparaît que les fournisseurs d'accès sont donc les personnes qui mettent à la disposition du public un service de connexion au réseau internet. Ils ne fournissent pas l'information contenue dans un message mais se contentent de la relayer. Ils assurent, par des contrats d'abonnement qu'ils proposent, la connexion entre l'utilisateur et les services en ligne que ce dernier souhaite consulter.

III – Fournisseurs d'hébergement

Les fournisseurs d'hébergement (ou hébergeurs) sont définis à l'article 6, I, 2 de la LCEN²⁶ : il s'agit des « *... personnes physiques ou morales qui as-*

(26) « *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 ne peuvent pas voir leur responsabilité civile*

surent, 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... ».

Le premier rapport d'évaluation de la directive n° 2000/31/CE a précisé la notion d'hébergeur : « *la limitation de responsabilité en matière d'hébergement prévue à l'article 14 couvre, outre l'hébergement de sites web, différents cas dans lesquels il y a stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les bulletins boards (systèmes privés de transfert) ou les chat-rooms (forums de discussion) ».*

1/ L'appréciation de la qualité d'hébergeur par la jurisprudence française

Les juges français ont reconnu la qualité d'hébergeur notamment aux services suivants²⁷ :

- des forums de discussion²⁸ ;
- des sites diffusant des enchères en ligne²⁹ ;
- des sites de partage³⁰ et notamment au gestionnaire d'un site *digg-like*³¹ ;

engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

(27) *Lamy Droit du numérique*, n° 2607, 2013, p. 1692.

(28) TGI Paris, 18 février 2002, www.foruminternet.org ; TGI Lyon, 21 juillet 2005, www.foruminternet.org.

(29) TGI Paris, 11 février 2003, www.legalis.net ; TGI Paris, 26 octobre 2004, www.foruminternet.org ; TGI Paris, 13 mai 2009, *RLDI* 2009/50, n° 1651, *D.* 2009, p. 1474, obs. Manara, p. 2910, note Huet, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 75, note Caron [eBay].

(30) TGI Paris, 3^e ch., 10 avril 2009, *RLDI* 2009/49, no 1618 [**Daily Motion**] ; T. com. Paris, 16^e ch., 27 avril 2009, *RLDI* 2009/50, n° 1649 [Daily Motion] ; TGI Paris, 22 septembre 2009, *RDLI* 2009/53, n° 1768, obs. Costes [**YouTube**] ; CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 avril 2010, *RLDI* 2010/62, n° 2034, et l'article Hardouin, *in* *RLDI* 2010/67, n° 2190, *Comm.*

- à un agrégateur de flux RSS³² ;
- à un « réseau social »³³ ;
- ou encore à un moteur de recherche affichant ses résultats sous forme d'images³⁴.

Parmi les acteurs du Web 2.0, les sites de vente sont ceux qui se voient le plus facilement refuser la qualité d'hébergeur, comme l'a récemment confirmé la Cour de cassation³⁵.

Les acteurs qui offrent une structure d'accueil de données mises en ligne par des utilisateurs ont été reconnus comme susceptibles d'entrer dans la catégorie des hébergeurs. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 janvier 2010 a toutefois jugé que la société Tiscali, en offrant « à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et proposant aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces

com. électr. 2010. comm. 74, note Debet ; CA Paris, pôle 5, 1^{er} ch., 13 octobre 2010, *RLDI* 2010/66, n° 2178, et encore, Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2011, *RLDI* 2010/69, n° 2281, obs. Costes – également commentaire Castets-Renard, *in RLDI* préc., n° 2259) [**Daily Motion**] ; TGI Créteil, 14 décembre 2010, *RLDI* 2011/67, n° 2194, obs. Costes [**YouTube**] ; TGI Paris, 3^e ch., 13 janvier 2011, *RLDI* 2011/68, n° 2243 – et l'article L. Grynbaum, « Dailymotion et Google Vidéos : des "hébergeurs" responsables », *RLDI* 2011/70, n° 2306, p. 38 ; TGI Paris, 3^e ch., 3 juin 2011, *RLDI* 2011/73, n° 2429, obs. Costes ; analyse « validée » par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2011, *RLDI* 2011/69, n° 2281, obs. Costes – et les articles C. Castets-Renard, « Revirement de l'arrêt *Tiscali* et confirmation de la qualité d'hébergeur pour DailyMotion », *RLDI* 2011/69, n° 2258 ; et V. Dahan V. et H. Tempier, « Les sites participatifs du web 2.0 sont des hébergeurs : est-ce la fin d'une controverse ? », *RLDI* 2011/70, n° 2308, p. 48) ; (TGI Paris, 3^e ch., 29 mai 2012, *Sté TFI et a. c/ Sté You Tube LLC*, n° 10/11205).

(31) CA Paris, 14^e ch., 21 novembre 2008, *RLDI* 2008/44, n° 1464 ; et l'article Saint Martin, « Le gestionnaire d'un site « Digg-like » est hébergeur et éditeur d'un site internet », *RLDI* 2009/45, n° 1486, p. 43.

(32) TGI Nanterre, 1^{er} ch., 25 juin 2009, *RLDI* 2009/51, n° 1685, obs. Costes.

(33) TGI Paris, réf., 13 avril 2010 [**Facebook**].

(34) CA Paris, 26 janvier 2011, pôle 5, 2^e ch. [**Google Images**]. Mais solution contraire à propos de Google *in* TGI Paris, 17^e ch., 14 novembre 2011, *RLDI* 2011/77, n° 2563, obs. Costes. Pour ce qui est d'un « service de référencement », voir l'arrêt *Google* de la Cour de justice du 23 mars 2010.

(35) Cass. com. 3 mai 2012 (n° 11-10.505), confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Paris, pôle 5, 2^e ch., 3 septembre 2010 [*eBay*], *JurisData* n° 015040, n° 015041 et n° 015044.

pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion » avait « excédé » les fonctions techniques de stockage qui font l'hébergeur.

La Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 14 avril 2010³⁶, retenu comme critère du partage « *la capacité d'action* » sur les contenus. La première chambre civile de la Cour de cassation a confirmé la qualité d'hébergeur de *Dailymotion* dans un arrêt du 17 février 2011.

Enfin, il convient de relever que la Cour de cassation a, par trois arrêts du 12 juillet 2012³⁷, considéré que la remise en ligne d'un contenu illicite préalablement retiré par un intermédiaire technique après notification d'un ayant droit doit être considérée comme un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification. La Cour de cassation a ainsi considéré que les intermédiaires techniques n'étaient pas tenus à une obligation de *stay down* qui aboutirait à les soumettre à une obligation générale de surveillance des contenus qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites.

2/ Une notion précisée par la CJUE

Au travers de l'arrêt *Google* du 23 mars 2010, la CJUE a marqué une étape dans la qualification d'hébergeur. Un arrêt *L'Oréal c/ eBay* du 12 juillet 2011³⁸ s'inscrit dans la ligne de l'arrêt *Google*. Ces arrêts ont pour l'essentiel conditionné le bénéfice du régime spécial de responsabilité limitée propre à l'hébergeur à la démonstration du fait que celui-ci n'avait pas un

(36) CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 avril 2010, *RLDI* 2010/62, n° 2034 : « ...**la LCEN distingue au sein des services de communication au public en ligne entre le service hébergeur, qui répond à la définition précitée de l'article 6-I-2 d'où il résulte que sera tenu comme tel le prestataire technique qui met à la disposition du public le stockage de contenus fournis par des destinataires de ce service et le service éditeur, qui a le pouvoir de déterminer les contenus mis à la disposition du public en sorte que, le critère du partage ainsi opéré réside dans la capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne ; ...** ».

(37) Cass. civ. 1^{re}, RG 11-13666, RG 11-15165 et 11-15.188 et RG 11-13669 du 12 juillet 2012.

(38) CJUE, gr. ch., aff. C-324/09.

rôle actif sur les contenus stockés, c'est-à-dire que le prestataire n'avait pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 mai 2012, qui a refusé à eBay le statut d'hébergeur (en confirmant l'analyse faite par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 3 septembre 2010³⁹) semble se situer dans la droite ligne des deux décisions de la CJUE précitées.

Le critère principal posé par la CJUE pour distinguer l'éditeur de l'hébergeur est celui du « rôle actif » permettant à l'opérateur d'avoir « une connaissance ou un contrôle » des contenus transmis ou stockés⁴⁰. La même idée de neutralité est reprise dans l'arrêt *L'Oréal c/ eBay*.

L'idée de neutralité ou de passivité peuvent alors se voir reconnaître une valeur de synthèse :

- l'hébergeur doit être neutre c'est-à-dire passif par rapport au contenu ;
- cette neutralité, cette passivité « impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »⁴¹.

(39) CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 septembre 2010, RLDI 2010/64.

(40) « 113 – Il découle [...] du quarante-deuxième considérant de la directive 2000/31 que les dérogations en matière de responsabilité prévues par cette directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information revêt un caractère "purement technique, automatique et passif", impliquant que ledit prestataire "n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées" ;

114 – Dès lors, afin de vérifier si la responsabilité du prestataire du service de référencement pourrait être limitée au titre de l'article 14 de la directive 2000/31, il convient d'examiner si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke ».

(41) Dans un jugement du 14 novembre 2011 (TGI Paris, 17^e ch., RLDI 2011/77, n° 2563, obs. Costes) le Tribunal de grande instance de Paris a refusé d'attribuer la qualité d'hébergeur à Google sur une analyse globale de la situation qui lui était soumise s'agissant du service Google Adwords :

– « la modification de l'ordre d'apparition des annonces caractérise déjà un rôle actif, qui ne saurait être assimilé à ce qui est décrit par le considérant 42 de la directive 2000/31, à savoir une activité qui "revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information

IV – Titulaires de droits

Il s'agit des titulaires des droits de propriété intellectuelle protégés par le code de la propriété intellectuelle (auteurs, titulaires de droits voisins, titulaires d'une marque, d'un brevet ou d'un dessin et modèle) ou de droits *sui generis*, tel que le droit *sui generis* d'exploitation des manifestations sportives⁴².

Il s'agit aussi des personnes physiques et de la protection des droits attachés à leur personne, laquelle est également devenue essentielle sur les réseaux (vie privée, droit à l'image, données personnelle).

Les réseaux ne font pas *a priori* surgir en tant que tels des problèmes originaux de titularité, si ce n'est peut-être pour ce qui concerne la création en ligne, notamment lorsque la création est plurale, *a fortiori* lorsque les créateurs de l'œuvre collective ou de collaboration sont situés sur des territoires différents. Se pose alors la question de l'harmonisation des définitions, outre des droits dont la protection est demandée, des titulaires desdits droits. La convergence accentue la problématique relative au régime applicable à la création en cause, notamment en ce qui concerne la détermination du lieu de première publication.

n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées", que ce rôle est non négligeable compte tenu de l'importance pour un annonceur de figurer en page une des résultats plutôt qu'en page cent » ;

– « *la connaissance par le service AdWords des informations traitées, comme le rôle actif des sociétés Google dans le système AdWords, résultent des "conditions générales des services de publicité" produites par les sociétés Google » ;*

– et d'en conclure que « *compte tenu de la connaissance avérée par le responsable du service AdWords, du contenu des messages et mots clés, comme de la maîtrise éditoriale qui lui est contractuellement réservée, il convient d'exclure à son égard la qualification d'hébergeur* ».

(42) Art. L. 333-1 du code du sport « "[...] *les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent*". Il s'agit d'un droit de propriété incorporelle, à caractère général, au profit de l'organisateur sur toute exploitation qui est faite de sa manifestation, y compris sous forme de paris sportifs : « *Le droit d'exploitation défini au premier alinéa de l'article L. 333-1 inclut le droit de consentir à l'organisation de paris sur les manifestations ou compétitions sportives* ».

Annexe 3

Composition de la commission

Présidents :

Jean-François VILOTTE

Président de l'ARJEL

Louis de GAULLE

Avocat au Barreau de Paris, de Gaulle Fleurance & Associés

Membres :

Jean-Marie DANJOU

Directeur Général Délégué de la Fédération française des Télécoms

Giuseppe DE MARTINO

Secrétaire Général de Dailymotion

Président de l'Association des Services Internet Communautaires (ASIC)

David GROSZ

Directeur juridique Orange Contenus

Olivier HENRARD

Secrétaire Général Groupe SFR

Philippe JANNET

Directeur général de ePresse.fr,
ancien Président du Geste, ancien Président du Monde interactif

Olivier JAPIOT

Conseiller d'Etat
Ancien Directeur général du CSA

Philippe LOGAK

Directeur général de Thalès

David MASSON

Avocat au Barreau de Paris, Dentons

Alexandra NÉRI

Avocat au Barreau de Paris, Herbert Smith

Secrétaire :

Soufiane CHAABANE

Avocat au Barreau de Paris, de Gaulle Fleurance & Associés

A également contribué à la rédaction du rapport :

Guillaume BOUQUET

Juriste à l'ARJEL

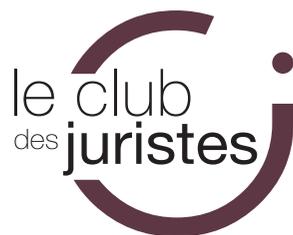
Annexe 4

Liste des personnes auditionnées

Pierre Collin, Conseiller d'Etat et **Nicolas Colin**, Inspecteur des finances ont présenté le 4 février 2013 leur rapport sur la fiscalité numérique commandé en juillet 2012 par le ministre de l'Économie et des Finances, le ministre du Redressement productif, le ministre délégué chargé du Budget et la ministre déléguée chargée des PME, de l'Innovation et de l'Économie numérique.

Alexandra Neri, Louis de Gaulle, Olivier Henrard et Jean-François Vilotte ont rencontré **Laure de la Raudière**, députée, auteur de la proposition de loi et d'un rapport sur la neutralité d'internet et des réseaux, à l'Assemblée nationale, le 5 février 2013.

Winston Maxwell (avocat, co-auteur de l'ouvrage *La neutralité d'Internet*) a présenté le 18 mars 2013 ses observations sur le thème de la neutralité de l'internet.



Association déclarée - 4, rue de la planche 75007 Paris

Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

www.leclubdesjuristes.com