



Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle

Jacques **Françillon**, Professeur à la Faculté de droit Jean Monnet (Université Paris-XI)

La circulation des informations sur les réseaux soulève des questions juridiques nombreuses et fort embarrassantes en raison de la spécificité technologique de ces nouveaux moyens de communication de masse que sont le Minitel et l'Internet. L'une des plus délicates est celle de la détermination du responsable pénal pour les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur le réseau mondial. Même s'il paraît à première vue cantonné à la responsabilité pénale des producteurs de services de messagerie télématique, l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 décembre 1998 (*Bull. crim.*, n° 335) va au-delà. Il apporte en effet une contribution non négligeable au débat actuel sur la responsabilité des hébergeurs de sites internet.


### 1. Responsabilité pénale des producteurs de messageries télématiques

On se souvient que, dans la célèbre affaire *Roncin*, la Cour de cassation, se ralliant après hésitation à une opinion doctrinale autorisée (obs. Delmas Saint-Hilaire, cette Revue 1991.337 , et 1994.116 ) , avait retenu la responsabilité de l'exploitant de messageries roses en tant qu'auteur principal du délit de l'ancien article 284, alinéa 2, du code pénal, le créateur du message n'étant que complice (Crim. 17 nov. 1992, *Bull. crim.*, n° 379 ; Petites Affiches 12 avr. 1993, note V. Alvarez. Comparer Crim. 15 nov. 1990, *Bull. crim.*, n° 388). La cour d'appel d'Amiens, approuvée par la Chambre criminelle, avait en effet considéré que ce qui était avant tout répréhensible n'était pas le fait *en soi* d'attirer l'attention sur des occasions de débauche, mais de donner à ce fait une certaine *publicité*, en fournissant par conséquent un public à l'auteur du message litigieux. Par suite, les échanges de pseudos et de CV à caractère pornographique via le Minitel ne se situaient plus dans le cadre de la correspondance privée, mais bien dans celui de la communication audiovisuelle au sens de l'article 2, alinéa 2, de la loi du 30 septembre 1986. A la veille de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, la jurisprudence allait donc dans un sens favorable à la répression des atteintes aux bonnes moeurs, selon la dénomination encore admise à l'époque.

L'arrêt ici commenté se situe dans le prolongement de cette jurisprudence, qu'il confirme. Il porte cependant sur des faits de nature différente puisque les poursuites avaient été engagées pour des provocations diverses (meurtre, violences, discrimination) et apologie de crimes contre l'humanité. Il s'agissait donc d'infractions de presse, prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881, pour lesquelles une responsabilité dite « en cascade » est établie, la loi désignant en priorité le directeur de publication du journal (L 29 juill. 1881, art. 42) ou du service de communication audiovisuelle (L 29 juill. 1982, art. 93-3, mod. L 13 déc. 1995) comme auteur principal du délit. Toutefois, la loi prend en compte les particularités de ce second type de communication en subordonnant les poursuites contre le directeur de publication, pris en qualité d'auteur principal (ou le codirecteur lorsque le directeur de publication bénéficie de l'immunité parlementaire : art. 93-2, al. 2), à la condition que « le message incriminé ait fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ». En effet, dans une telle situation, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une émission de radio ou de télévision réalisée « en différé », le directeur (ou codirecteur) a la possibilité d'exercer un contrôle effectif sur les messages préenregistrés et d'éviter leur diffusion, notamment quand ils revêtent un caractère diffamatoire ; dès lors, il devient rationnel de le mettre en cause en première ligne dans la chaîne des responsabilités et de poursuivre l'auteur des messages répréhensibles comme complice (art. 93-3, al. 1 et 3. V. pour une application Crim. 29 oct. 1991, *Bull. crim.*, n° 387 ; *Gaz. Pal.* 1994, 1, 321, note Fiechter-Boulevard : diffamation par juxtaposition d'images diffusées au cours d'une émission de télévision « en différé »). En revanche, un tel contrôle devient beaucoup plus aléatoire si l'émission a lieu « en direct » ; il est alors naturel que l'auteur des messages soit

poursuivi comme auteur principal et que le directeur (ou codirecteur) de publication le soit, le cas échéant, comme complice en vertu du droit commun (art. 93-3, dernier al. V. pour une étude d'ensemble M. Véron, La responsabilité pénale du directeur de publication. Infractions de presse et infractions par voie de presse, Dr. pénal 1996, chron. 5). Ce n'est qu'à défaut de pouvoir mettre en cause le directeur (ou codirecteur) de publication que l'auteur de ces messages sera poursuivi comme auteur principal. C'est ce que prévoit expressément le texte (art. 93-3, al. 2), lequel ajoute : « et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal ». Or c'est bien dans cette dernière situation que se trouvait le prévenu en l'espèce.

Ce dernier avait pris en effet l'initiative de créer un service télématique comportant une rubrique Forum. Agissant en qualité de président d'une association, il avait effectué la déclaration exigée par la loi (L 30 sept. 1986, art. 43, 1<sup>o</sup>) et signé une convention avec un centre serveur. L'objectif poursuivi était de permettre à toute personne désireuse d'échanger des opinions sur des thèmes religieux et politiques définis à l'avance d'accéder, par le télétel, à un groupe de discussion. Le système mis en place répondait à cet objectif puisque toute personne pouvait inscrire en temps réel ses opinions à l'écran. C'est donc grâce à ce système que les messages anonymes litigieux avaient été diffusés et que les utilisateurs du Minitel avaient pu en prendre connaissance. Dès lors, la question se posait de savoir si le créateur du service pouvait être déclaré pénalement responsable de cette diffusion en tant que « producteur » au sens de l'article 93-3, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1982. La cour de Montpellier avait répondu par la négative et relaxé le prévenu. Mais, sur pourvoi du procureur général, son arrêt est cassé au motif qu'une telle circonstance est inopérante en droit : dès l'instant où une personne prend l'initiative de créer un tel service, elle peut être poursuivie « en sa qualité de producteur, sans pouvoir opposer un défaut de surveillance des messages incriminés ».

Cette solution peut paraître sévère. Elle se justifie néanmoins par les mécanismes de mise en cause automatique établis par la loi. Il s'agit en effet d'une responsabilité de plein droit pesant « ès qualité », selon un ordre de priorité déterminé à l'avance, sur certaines des personnes qui interviennent dans le processus de communication. Ce système de présomption de responsabilité en cascade est impératif, en ce sens que le prévenu n'est pas admis à rapporter la preuve contraire. Bien que des réserves aient été émises en doctrine sur la compatibilité d'un tel système avec le principe de la présomption d'innocence proclamé par l'article 6-2 de la Convention européenne des droits de l'homme (J. Pradel et M. Danti-Juan, Droit pénal spécial, Cujas, 1995, n<sup>o</sup> 463 ; M. Véron, *ibid.*, Armand Colin, 7e éd. 1999, p. 138 ; M.-L. Rassat, *ibid.*, Précis Dalloz, 2e éd. 1999, n<sup>o</sup> 422), la décision ici commentée ne dévie pas de la ligne que la Chambre criminelle s'était fixée précédemment : les dispositions légales (il s'agissait en l'occurrence de l'art. 42 L 29 juill. 1881) ne se bornent pas à fixer un ordre dans l'établissement des responsabilités ; elles édictent également une présomption irréfragable de culpabilité (Crim. 17 déc. 1991, Bull. crim., n<sup>o</sup> 481 ; cette Revue 1993.88 et s. , obs. B. Bouloc, arrêt rendu dans l'affaire de l'assassinat du petit Gregory Villemin). En d'autres termes, la responsabilité pénale est encourue en raison des fonctions exercées et non des comportements adoptés ; il n'est donc pas nécessaire de constater que le prévenu a manqué à son devoir légal de surveillance et de vérification du contenu des messages publiés.

Il est vrai qu'en l'espèce le débat sur la nature de la responsabilité se circonscrivait au « producteur ». C'est en cette qualité que le président de l'association, créateur du service télématique, avait en effet été poursuivi. La cour de Montpellier avait analysé sa situation par analogie avec celle du directeur de publication d'un service de communication audiovisuelle. Ce dernier n'est responsable de plein droit - rappelons-le - que si le message a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. Poursuivant dans cette logique, les juges du fond en avaient déduit que, en droit, le producteur ne pouvait être « que celui qui peut exercer son contrôle en cours de production ». Or tel n'était pas le cas en l'espèce puisque l'inscription des messages litigieux sur l'écran du Minitel s'était effectuée « en temps réel ». Le prévenu n'avait donc pas sur les messages de la rubrique Forum, « ni avant ni après leur communication au public », la maîtrise qui lui eût permis d'en effacer le contenu. Par suite, aucune obligation de surveillance et de vérification ne pouvait raisonnablement lui incomber. C'est la raison pour laquelle, selon la cour, la relaxe s'imposait.

Il est clair que, si la Chambre criminelle avait admis ce raisonnement, tout le système de


responsabilités en cascade eût été paralysé. Aussi la haute juridiction raisonne-t-elle différemment. Selon elle, le producteur d'un service de communication audiovisuelle est celui qui prend *l'initiative* de créer un tel service, et non pas seulement celui qui a la maîtrise réelle de son contenu en cours de production. Or, en l'espèce, le prévenu avait bien pris une telle initiative puisqu'il avait créé les conditions permettant à des tiers d'accéder au Forum et d'inscrire leurs opinions à l'écran, voire de profiter de l'occasion pour diffuser des messages au contenu illicite. Certes, sa responsabilité éditoriale, en tant que directeur de publication, ne pouvait être retenue puisque la condition à laquelle cette responsabilité est subordonnée (fixation du message préalablement à sa communication au public) faisait défaut. De même, les poursuites ne pouvaient pas être engagées contre les auteurs, restés anonymes, des messages litigieux. Dès lors, pour assurer la répression, il ne restait d'autre possibilité que d'imputer les infractions à celui qui, par son initiative, en avait permis la réalisation. C'est pour cette raison que le prévenu avait été poursuivi en tant que « *producteur du service* ». Et c'est donc bien sur la notion de producteur que la discussion devait principalement porter.



A première vue, l'analyse à laquelle procède la Chambre criminelle est en harmonie avec les textes qui régissent la matière. On retiendra particulièrement - pour nous limiter à quelques exemples - les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 qui soulignent la nécessité de préserver l'indépendance des producteurs d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles à l'égard des diffuseurs (art. 27, 3° et 28, 6°. *Adde* les décrets n° 90-67 du 11 janv. 1990 et n° 95-668 du 9 mai 1995 fixant le régime applicable à certains services de télévision diffusés par voie hertzienne ou par satellite). D'autres dispositions, contenues dans le code de la propriété intellectuelle, réglementent le contrat de production audiovisuelle et fixent le régime applicable aux droits voisins du droit d'auteur (droits des producteurs de phonogramme et de vidéogramme, notamment). Elles présentent un intérêt particulier dans la mesure où elles définissent le producteur de l'oeuvre audiovisuelle comme étant la personne physique ou morale qui prend « l'initiative et la responsabilité » de la réalisation de l'oeuvre (art. L 132-23) ou de la première fixation d'une séquence de son (art. L 213-1) ou d'image sonorisée ou non (art. L 215-1). La qualification de producteurs est donc réservée à ceux qui, par les prestations qu'ils fournissent dans le domaine de l'organisation et du risque financier (en tant que créateurs intellectuels des premiers supports matériels des oeuvres), apportent leur concours aux auteurs (véritables créateurs intellectuels des oeuvres), comme le font les artistes-interprètes (qui sont également des auxiliaires de la création, mais évidemment sur un autre registre). Il s'agit donc d'une qualification centrée sur un rôle d'impulsion et les responsabilités qui en découlent (V. Littré, Dictionnaire de la langue française. Supplément. Encyclopaedia Britannica, 1999, p. 425, définissant le producteur comme « la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation d'une oeuvre cinématographique et, par extension, d'une oeuvre radiophonique ou télévisuelle »). Une telle qualification est, en outre, aisément transposable aux services télématiques interactifs de type télérel puisque ceux-ci entrent dans le champ de la communication audiovisuelle (services soumis à déclaration en application de la loi du 30 sept. 1986, art. 43, 1°, et de la circulaire du 17 févr. 1988, JO du 9 mars 1988). Enfin, le principe de la responsabilité à titre principal du fournisseur de services télématiques grand public résulte de la jurisprudence *Roncin*, ainsi qu'on l'a rappelé ci-dessus.

Il n'en demeure pas moins que la solution consacrée par l'arrêt revient à assimiler le producteur d'un *service* à un producteur de *contenu*. Elle est donc fort rigoureuse pour le fournisseur d'un service de messagerie télématique du type de celui envisagé en l'espèce. En effet, le producteur d'un tel service ne crée pas l'information ; ce n'est pas lui qui en détermine le contenu ; il n'a donc pas une totale maîtrise de ce dernier. Pourtant, aucune possibilité de faire échec à la présomption qui pèse sur lui en raison de sa fonction ne lui est offerte. Il en résulte que sa responsabilité pénale est engagée plus en raison du risque créé que de la faute personnellement commise, contrairement au principe posé par l'article 121-1 du code pénal. Ce qui est donc condamnable dans le mécanisme légal, ce n'est pas l'admission de la responsabilité du producteur en tant que telle, mais le caractère automatique de celle-ci. Aussi est-il permis de s'interroger sur le point de savoir si ce système quelque peu suranné de responsabilité de plein droit a encore sa raison d'être aujourd'hui et s'il ne devrait pas être revu (V. déjà en ce sens obs. B. Bouloc, préc.). La question mérite d'autant plus d'être posée qu'elle est rendue d'une brûlante actualité par le développement du réseau Internet.

## 2. Responsabilité pénale des hébergeurs d'informations en ligne

La détermination du responsable pénal pour les messages au contenu illicite circulant sur le réseau mondial est une question encore mal élucidée. L'arrêt commenté apporte sa pierre à un édifice qui est en train de se construire. Sa contribution se révèle utile, car il met en évidence la relative inadaptation à ce nouveau mode de communication du système de responsabilités en cascade propre au droit de la presse et de l'audiovisuel.

A qui imputer les infractions commises ? Au fournisseur du contenu, de l'internaute qu'il crée une page personnelle ou participe à un groupe de discussion, ou du professionnel de la diffusion qui fournit des informations à partir du site qu'il a créé ? Au fournisseur d'hébergement, qui met à la disposition des usagers de l'espace de stockage sur ses disques durs et gère les informations contenues dans les sites qu'il accueille ? Au fournisseur d'accès, qui assure le service de connexion au réseau et relaye les messages ? voire au serveur, qui en assure techniquement la diffusion ? Les acteurs de la communication sont multiples sur le réseau des réseaux, les variétés de services fournis également, et donc les régimes juridiques applicables à ces acteurs et à ces services (V. not., sur ces distinctions la Proposition de Charte de l'Internet, Règles et Usages des acteurs de l'Internet en France, 1997, p. 4, et pour une étude d'ensemble sur le terrain pénal, J.-F. Chassaing, *L'Internet et le droit pénal*, D 1996. Chron. 329 et s. ). Selon l'opinion dominante, l'élaboration d'un droit propre à l'Internet ne paraît pas s'imposer à l'heure actuelle (V. en ce sens le rapport du Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998). En revanche, il semble bien qu'on ne puisse faire l'économie de certains aménagements des règles existantes, de manière à ne pas entraver le développement d'Internet en France - considération qui est loin d'être négligeable sur le plan économique - et à éviter la délocalisation de ce type d'activités (V. en ce sens P. Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP 1999, éd. G, I.108, et les références).

D'ailleurs, des orientations commencent déjà à se dessiner, particulièrement dans la jurisprudence des juges du fond (V. notre précédente chronique, *De diverses variétés de piratages*, cette Revue 1998.138 et s. , spécialement les références aux ordonnances de référé rendues dans les affaires *Brel*, *Sardou*, *Queneau* et *Etudiants juifs de France*). Ainsi, dans une décision rendue en matière civile concernant la protection du droit à l'image et de l'intimité de la vie privée - décision très attendue et qui a beaucoup ému la communauté des internautes -, la cour d'appel de Paris a clairement retenu la responsabilité du fournisseur d'hébergement qui accueille des pages web au contenu répréhensible (Paris, 14e ch., sect. A, 10 févr. 1999, aff. du site *altern.org/silversurfer*, *Estelle Hallyday/Valentin Lacambre* : JCP 1999, éd. G, II.10101, note F. Olivier et E. Barbry ; D 1999.389 , note M. Mallet-Poujol ; Expertises n° 207, avril 1999, p. 105, obs. J. Heslaut, et étude N. Courtier, *ibid.*, p. 91 ; Dalloz Affaires 1999, p. 638 et 658, étude D. Goldstein, et étude X. Buffet Delmas et A. Sahal ; *Légipresse* n° 160.III, p. 52 : photographies d'un célèbre mannequin dénudé publiées sans son autorisation). L'arrêt est important, car il énonce avec précision les critères permettant d'admettre la responsabilité de l'hébergeur en l'absence d'identification du fournisseur de contenu : hébergement anonyme, sur le site créé et géré par l'hébergeur, de toute personne qui en fait la demande, en vue de mettre à la disposition du public des informations, données et messages de toute nature n'ayant pas le caractère de correspondances privées, cette activité étant entreprise délibérément par l'hébergeur, et ce dernier excédant manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations. L'arrêt conclut que, lorsque ces conditions sont réunies, l'hébergeur « doit d'évidence » en assumer les conséquences à l'égard des tiers dans tous les cas où la diffusion porte atteinte à leurs droits (sur la difficile conciliation des garanties d'anonymat et du respect des droits des tiers, V. note F. Olivier et E. Barbry préc.). Cette dernière décision mérite d'autant plus l'attention que l'appelant critiquait l'injonction du premier juge de faire cesser le trouble résultant de la diffusion des photographies litigieuses (TGI Paris, ord. réf., 9 juin 1998, Expertises n° 201, oct. 1998, p. 319, et obs. M.H. Tonnelier, *ibid.*, p. 308) en faisant valoir « qu'à supposer même » qu'Internet soit considéré comme un moyen de communication audiovisuelle, dont le fournisseur d'hébergement serait le directeur de publication, « l'article 93-3 de la loi de 1982 interdirait la poursuite du responsable légal », les messages incriminés ne faisant pas l'objet d'une fixation préalable et leur contenu pouvant à tout moment être modifié par le créateur des pages web. Comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 décembre 1998, le débat était donc centré sur l'application du droit de la presse et de la

communication audiovisuelle et sur la possibilité d'opérer un contrôle sur le contenu des messages diffusés. Quant aux solutions retenues dans les deux affaires, qu'il s'agisse du producteur d'un service de messagerie télématique ou de l'hébergeur d'un site *web* ou d'un *newsgroup*, elles reposent, on le voit, sur le même fondement : outre l'éditeur du contenu du message ou du site (généralement non identifié ou localisé à l'étranger), le responsable des infractions commises sur le réseau est bien celui qui prend l'initiative de fournir le service donnant accès à un public.

L'arrêt commenté se situe donc au cœur des réflexions actuelles sur la responsabilité des professionnels de l'Internet que sont les fournisseurs d'accès et/ou d'hébergement (V. notamment Responsabilité des hébergeurs de sites : une nouvelle menace en France ?, étude préc. au Dalloz Affaires 1999, p. 658 et s.), une responsabilité « par substitution » (note préc. M. Mallet-Poujol, *in fine*). Il va dans le sens de la thèse selon laquelle ces derniers, loin d'être considérés comme de simples intermédiaires techniques dépourvus de moyens de contrôle, doivent prendre des précautions pour limiter les risques inhérents à leurs activités, au besoin en interrompant sans préavis le service fourni dès que leur est révélée une atteinte aux droits des tiers (V. obs. préc. J. Heslaut et la référence à la notion de « bon père de famille »). Il va même plus loin, puisqu'il tire toutes les conséquences du système de responsabilité de plein droit établi par l'article 93-3, en interdisant au producteur d'opposer un défaut de surveillance des messages incriminés, y compris en cas d'impossibilité matérielle de contrôle. Or, s'agissant des hébergeurs d'informations en ligne, une chose est de faire peser sur eux, le cas échéant, l'obligation de vérifier systématiquement le contenu de tous les sites qu'ils hébergent, autre chose est de leur interdire toute échappatoire, même s'ils justifient avoir accompli les diligences raisonnablement exigibles.

Il paraît à tout le moins légitime d'imposer à ces opérateurs une obligation de vigilance, plus particulièrement l'obligation de mettre en place des procédures permettant d'identifier les hébergés, d'informer ces derniers sur la nécessité de respecter les droits de la personnalité, le droit des auteurs, celui des propriétaires de marques, etc., de recevoir et de traiter les plaintes, de faire cesser les infractions dont ils ont connaissance (V. note préc. M. Mallet-Poujol sur les devoirs d'information et de « réaction »). Les hébergeurs (qui sont rémunérés au nombre d'octets loués) retirent en effet des profits substantiels de leurs activités ; ils peuvent donc se doter de moyens techniques de contrôle adéquats (ce qui, dans un contexte concurrentiel, contribue d'ailleurs à fidéliser la clientèle). Même en cas d'hébergement gratuit (qui reste une activité rentable en raison du versement des redevances de diffusion), il est nécessaire que de telles obligations pèsent encore sur les hébergeurs, car le moyen d'expression fourni peut, comme n'importe quel autre support, donner lieu à une exploitation abusive au profit des hébergés. Il serait inacceptable que les exploitants puissent échapper à toute responsabilité, y compris sur le plan pénal, en se retranchant derrière leurs propres turpitudes. Tel est bien, aussi, la signification de l'arrêt du 8 décembre 1998, dont la motivation va dans le sens d'une « responsabilisation » renforcée des opérateurs (« sans pouvoir opposer un défaut de surveillance... », c'est-à-dire sans pouvoir opposer leur passivité fautive).

En revanche, les mécanismes de mise en cause automatique ne semblent guère adaptés à la situation des fournisseurs d'hébergement. De deux choses l'une en effet : ou bien l'exploitant a hébergé, volontairement et en connaissance de cause, un contenu illicite, et il est naturel que sa responsabilité soit engagée ; ou bien il a pris toutes les précautions requises, mais n'a pu éviter d'être abusé par les agissements de l'hébergé, auquel cas il ne saurait être déclaré responsable pour la faute d'autrui (V. en ce sens obs. M.-H. Tonnelier, préc.). Une telle analyse est conforme aux principes du droit commun de la responsabilité pénale (Rapprocher note F. Olivier et E. Barbry, préc., en faveur de l'admission d'une responsabilité de principe des professionnels, à moins que ceux-ci ne démontrent être étrangers à la commission de l'infraction). C'est une analyse comparable qui avait d'ailleurs été retenue par le Parlement français à l'occasion du vote de la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications. Il avait en effet été envisagé d'introduire dans la loi du 30 septembre 1986 une disposition (art. 43-2) exonérant de toute responsabilité pénale, quant au contenu des messages diffusés, les opérateurs qui offrent un service de connexion au réseau - les fournisseurs d'accès -, « sauf s'il est établi que ces personnes ont, en connaissance de cause, personnellement commis l'infraction ou participé à sa commission » (donc irresponsabilité de principe des professionnels, sauf s'il est établi que...).

Certes, cette disposition a été jugée inséparable de celle que le Conseil constitutionnel a estimé devoir censurer (art. 43-3 relatif aux pouvoirs de l'autorité de régulation des télécommunications. - Décis. n° 96-378 DC du 23 juill. 1996, JO du 27 juill.). Elle n'était pas toutefois condamnable en elle-même, bien évidemment. Quant à l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 décembre 1998, il s'écarte apparemment de cette analyse, mais par la force des choses ; il se borne en effet à faire application du mécanisme légal de responsabilité automatique propre aux infractions de presse (« sans pouvoir opposer un défaut de surveillance... », quand bien même par conséquent le producteur n'aurait pas les moyens d'exercer un tel contrôle). Mais peut-être pourrait-il aussi, compte tenu de la rigueur de la solution qu'il retient en l'espèce, être interprété comme une invitation adressée au législateur pour que celui-ci assouplisse un tel système et l'aligne, au moins partiellement, et quelle que soit la qualité de l'opérateur, sur le droit commun de la responsabilité pénale.

Il est vrai que la situation est en train d'évoluer sur le plan législatif. Ainsi une proposition de loi reprend-elle l'essentiel de la formulation du projet de nouvel article 43-2 (*supra*), en l'étendant explicitement aux fournisseurs d'hébergement et en précisant que ces derniers demeurent pénalement responsables, non seulement s'ils ont participé personnellement et en connaissance de cause à l'infraction commise, mais également « s'ils n'ont pas accompli les diligences nécessaires à les faire cesser » (proposition A. Madelin. - V. Expertises n° 207, avril 1999, p. 85). De même un amendement au projet de loi sur la liberté de communication (en cours de discussion au Parlement) prévoit-il d'engager la responsabilité de l'hébergeur, ou celle du fournisseur d'accès, « si ces personnes ont elles-mêmes contribué à la création ou à la production du contenu (litigieux) ou si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu, sous réserve qu'elles assurent directement le stockage » (amendement P. Bloche, adopté par l'Assemblée nationale, 2e séance du jeudi 27 mai 1999 qui distingue avec netteté le *service* et son *contenu*). L'objectif poursuivi est donc notamment d'attirer l'attention des hébergeurs sur les démarches qu'il leur incombe d'accomplir pour être exonérés de leurs responsabilités. C'est d'ailleurs la même idée qui inspire la proposition de directive du 18 novembre 1998 sur le commerce électronique (Com/98/0586 final COD 98/0325, JOCE C 30 du 5 févr. 1999). Certes, ce dernier texte n'impose pas d'obligation générale de surveillance ou de recherche active (art. 15). Il ne subordonne pas moins l'exonération à la condition que l'hébergeur n'ait pas eu connaissance du caractère illicite de l'activité ou que, ayant eu cette connaissance, il ait agi « promptement » pour retirer les informations ou en rendre l'accès impossible (art. 14).

En définitive, c'est à un nouvel équilibre qu'il convient de parvenir dans le domaine de la communication audiovisuelle (élargi à l'Internet). Il ne faut pas entraver la liberté d'expression sur les réseaux en faisant des intermédiaires des censeurs de contenus. Il ne faut pas non plus brider les initiatives des opérateurs au point de leur faire endosser une responsabilité automatique qui risque de compromettre leur survie économique. En contrepartie, cet espace de liberté et d'initiative ne saurait être illimité. Il faut donc responsabiliser tous les acteurs de la communication. Le droit pénal a évidemment son rôle à jouer. Mais le système de responsabilité en cascade qu'il établit ne répond pas pleinement aux préoccupations du moment. Tel est bien l'enseignement majeur qui se dégage de la décision commentée.

**Mots clés :**

RESPONSABILITE PENALE \* Producteur de messageries télématiques \* Hébergeur d'information en ligne