



HAL
open science

L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires dans le cadre de la mise en ligne de contenus illicites

Thomas Besse

► To cite this version:

Thomas Besse. L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires dans le cadre de la mise en ligne de contenus illicites. Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux , 2023, Numérique et ordre public, 21, pp.13-20. 10.4000/crdf.8804 . halshs-04364056

HAL Id: halshs-04364056

<https://shs.hal.science/halshs-04364056>

Submitted on 3 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires dans le cadre de la mise en ligne de contenus illicites

*The Evanescent Criminal Liability of Intermediary Service Providers for the
Online Posting of Illicit Content*

Thomas Besse



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/8804>

DOI : 10.4000/crdf.8804

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 17 novembre 2023

Pagination : 13-20

ISBN : 978-2-38185-211-9

ISSN : 1634-8842

Ce document vous est fourni par Université de Caen Normandie



Référence électronique

Thomas Besse, « L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires dans le cadre de la mise en ligne de contenus illicites », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 21 | 2023, mis en ligne le 17 octobre 2023, consulté le 03 juin 2024. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/8804> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.8804>



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires dans le cadre de la mise en ligne de contenus illicites

Thomas BESSE

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'université de Caen Normandie

Institut caennais de recherche juridique (ICREJ, UR 967)

-
- I. L'objet de la responsabilité : les contenus illicites mis en ligne
 - A. Une identification par la norme
 - B. Une identification imparfaite
 - II. Les sujets de la responsabilité : les fournisseurs de services intermédiaires
 - A. Des sujets classiques : les fournisseurs d'accès et hébergeurs
 - B. Des sujets modernes : les plateformes en ligne
 - III. L'étendue de la responsabilité : l'action des uns, l'abstention des autres
 - A. Une responsabilité considérablement réduite
 - B. Une responsabilité bien incommode

Internet constitue sans aucun doute l'invention la plus importante du siècle dernier, si bien qu'il est devenu habituel – c'est presque un lieu commun – de la comparer à celle de l'imprimerie au XV^e siècle. Benjamin Bayart, vétéran du Web français, a pu affirmer que « l'imprimerie a permis au peuple de lire, Internet va lui permettre d'écrire »¹. Comme l'imprimerie en son temps, Internet suscite autant d'émerveillement que d'inquiétude; et comme le droit s'est saisi, successivement, de la presse écrite et de la presse audiovisuelle, il devait, tôt ou tard, se saisir de la communication électronique. À la veille du XXI^e siècle, alors qu'Internet abandonnait en France son statut d'outil confidentiel réservé aux initiés, le Conseil d'État affirmait :

Il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux : ceux-ci sont des espaces dans lesquels tout type d'activité peut être pratiqué et toutes les règles régissant un domaine particulier (publicité, fiscalité, propriété intellectuelle...) ont vocation à s'appliquer².

Cependant, l'application au monde numérique des règles du monde physique nécessitait à tout le moins leur inscription dans un cadre adapté aux spécificités du « réseau des réseaux ». Le 8 juin 2000 était adoptée la directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil, qui posa les fondations de la norme juridique applicable aux réseaux numériques dans l'Union européenne³. Vingt-deux ans plus tard, le règlement (UE) 2022/2065 du 19 octobre 2022

1. B. Bayart, « La neutralité du réseau », in *La bataille Hadopi*, Cergy-Pontoise, InLibroVeritas, 2009, p. 66.

2. Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998, p. 7-8.

3. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), *Journal officiel des Communautés européennes*, L 178, 17 juillet 2000, p. 1-72.

relatif à un marché unique des services numériques, plus couramment appelé Digital Services Act (DSA)⁴, s'est donné l'objectif de moderniser ce cadre, notamment à l'aune de l'émergence des réseaux sociaux dont l'utilisation est aujourd'hui ancrée dans le quotidien de milliards de personnes consultant les contenus mis en ligne par d'autres utilisateurs.

Ces activités d'émission et de réception – en somme, de communication – n'ont toutefois pas pour seuls intervenants les personnes physiques situées d'un bout à l'autre de la ligne. Cette communication suppose en effet un accès au réseau, la transmission des données constitutives du contenu et son stockage à un emplacement permettant sa consultation par autrui. Il en résulte une « triangularisation » de la communication en ligne⁵: le message, émis par un internaute, doit faire l'objet d'un traitement intermédiaire avant d'être reçu par son destinataire. Ces activités sont le fait de ceux qui reçoivent, traditionnellement, la qualification d'« intermédiaires techniques » ou, comme c'est le cas dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), de « prestataires techniques ». Le DSA (art. 1, § 2, a) y substitue désormais la dénomination de « fournisseurs de services intermédiaires » (FSI).

Cette configuration particulière – une « intervention passive » dans l'activité d'autrui – a justifié l'instauration, par le législateur européen, d'un régime de responsabilité bien spécifique applicable aux FSI, dont les contours en matière pénale apparaissent pour le moins incertains. La présente étude (qui ne saurait prétendre à l'exhaustivité) se propose d'en donner un aperçu à travers une présentation de l'objet (I), des sujets (II) et de l'étendue (III) de cette responsabilité.

I. L'objet de la responsabilité : les contenus illicites mis en ligne

L'article 3, h du DSA décrit le contenu illicite comme :

[...] toute information qui, en soi ou par rapport à une activité, y compris la vente de produits ou la fourniture de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre qui est conforme au droit de l'Union, quel que soit l'objet précis ou la nature précise de ce droit.

Approximative dans son intitulé, la notion de contenu illicite l'est donc également dans sa substance, ce qui ne surprend guère dès lors qu'elle renvoie à un ensemble de

comportements d'une grande variété. Une définition plus précise aurait pour effet de priver la norme d'une part significative de son efficacité. Ainsi qu'il est souligné en préambule du DSA (considérant n° 12), « [...] l'objectif consistant à garantir un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable [implique] que la notion de "contenu illicite" corresponde de manière générale aux règles en vigueur dans l'environnement hors ligne ». En France, la LCEN évoque notamment le « caractère *manifestement* illicite »⁶ des contenus pour lesquels la responsabilité pénale de certains intermédiaires techniques peut être engagée, caractère perçu en jurisprudence comme la « conséquence d'un manquement délibéré à une disposition de droit positif explicite et dénuée d'ambiguïté »⁷.

Il est toutefois possible de donner à la notion de contenu illicite un fond identifiable. Le considérant n° 12 du DSA précité en donne quelques exemples topiques⁸, tout en indiquant qu'il « importe peu à cet égard que l'illégalité de l'information ou de l'activité procède du droit de l'Union ou du droit national conforme au droit de l'Union ». C'est donc essentiellement aux États membres qu'il appartient d'identifier les frontières de la licéité. Si tout support informationnel dont la teneur est contraire à la loi (*a fortiori* à la loi pénale) peut prétendre à cette qualification, certains de ces contenus illustrent singulièrement la notion au regard de l'intérêt que lui portent, de façon imparfaite (B), les pouvoirs publics dans l'élaboration de normes relatives à la lutte contre la diffusion de tels contenus (A).

A. Une identification par la norme

Un « noyau dur historique » de contenus préoccupants fut identifié dès les origines de la lutte contre la criminalité informatique. Adoptée le 23 novembre 2001 en vue d'instaurer le cadre d'une coopération interétatique en la matière, la convention de Budapest sur la cybercriminalité comporte un volet de droit pénal matériel dont le titre 3 est consacré aux « infractions se rapportant au contenu ». Celui-ci est toutefois relativement incomplet et ne vise que les infractions se rapportant à la pornographie infantile. Il devait initialement comporter des dispositions relatives aux infractions se rapportant aux contenus racistes, xénophobes ou négationnistes ; mais les États-Unis, dont la signature était attendue au regard de l'envergure de l'activité en ligne outre-Atlantique, avaient fait connaître leur opposition à toute initiative visant à leur

- Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 277, 27 octobre 2022, p. 1-102.
- L'expression est empruntée à É. Dubout, « Gouverner la parole en ligne : les défis du Digital Services Act », *La semaine juridique, édition générale*, n° 6, 13 février 2023, doct. 220, n° 2.
- Art. 6, I, § 2 et 3 de la LCEN ; nous soulignons.
- CA Versailles, 13 octobre 2020, n° 19-02573.
- Sont évoqués « les discours haineux illégaux ou les contenus à caractère terroriste et les contenus discriminatoires illégaux », le « partage d'images représentant des abus sexuels commis sur des enfants, [le] partage illégal d'images privées sans consentement, [le] harcèlement en ligne, [...] la vente de produits non conformes ou contrefaits, [...] la vente de produits ou [...] la fourniture de services en violation du droit en matière de protection des consommateurs [...], l'utilisation non autorisée de matériel protégé par le droit d'auteur, [...] l'offre illégale de services de logement ou [...] la vente illégale d'animaux vivants ».

imposer l'incrimination de discours haineux, qui entrerait en conflit avec les dispositions du premier amendement de la Constitution américaine⁹. Pour cette raison, ces infractions ont été incluses dans un protocole additionnel à la convention de Budapest, adopté le 28 janvier 2003.

À l'échelle française, la LCEN du 21 juin 2004 est particulièrement éclairante sur la notion de contenu illicite, en ce qu'elle dresse une liste de comportements à l'égard desquels sont établies la plupart des obligations contraignantes visant les principaux intermédiaires techniques sur Internet. Cette liste désigne ce qu'il est devenu courant d'appeler les « contenus odieux »¹⁰. Plus précisément, l'article 6, I, § 7, alinéa 3 indique que les prestataires techniques visés aux 1 et 2 de l'article

[...] doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 et aux articles 24 *bis* et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 222-33, 222-33-2-1 à 222-33-2-3, 223-1-1, 225-4-1, 225-4-13, 225-5, 225-6, 226-1, 226-2, 226-2-1, 226-8, 226-21, 226-22, 227-23, 227-24, 312-10 à 312-12 et 421-2-5 du Code pénal.

Le nombre d'infractions visées est important. En guise de synthèse, l'article 6, I, § 7, alinéa 3 de la LCEN souligne :

[...] l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie, de la négation ou de la banalisation des crimes contre l'humanité, de la provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie, et l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur handicap ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, à la représentation, à la vie privée et à la sécurité des personnes et à la lutte contre toutes les formes de chantage et de harcèlement [...].

Pour représentative qu'elle soit des pratiques illicites les plus courantes de la communication en ligne, cette énumération n'est pas sans susciter quelques interrogations.

B. Une identification imparfaite

Certaines lacunes de l'article 6, I, § 7, alinéa 3 de la LCEN sont troublantes. On peut d'abord être surpris de l'absence des diffamations publiques à caractère haineux punies par l'article 32, alinéas 2 et 3 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse (d'autant qu'un propos poursuivi sous une qualification de diffamation, d'injure ou de provocation haineuse peut désormais être requalifié sous l'une de ces trois formes¹¹). Absentes également, les provocations non suivies d'effet aux crimes et délits des quatre premiers alinéas de l'article 24 de la même loi auraient pu être

incluses, alors que celles-ci ont rejoint il y a peu la liste des délits de presse bénéficiant d'un délai de prescription annuel en raison de leur gravité¹² (contre le délai trimestriel classiquement prévu en la matière). À l'heure où ces lignes étaient initialement écrites, on pouvait s'étonner que le harcèlement, visé sous ses seules formes de harcèlement sexuel et scolaire, n'intègre pas plus largement le harcèlement moral général de l'article 222-33-2-2 du Code pénal, pourtant aggravé lorsqu'il est commis « par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ». On pouvait également regretter l'absence de la diffusion d'images à caractère sexuel d'une personne sans son consentement incriminée par l'article 226-2-1 du Code pénal, dont on sait qu'elle est essentiellement commise sur Internet; ou encore, l'absence du délit de photomontages illicites, dont on peut craindre la recrudescence avec l'apparition des *deepfakes*. Ces oublis ont toutefois été corrigés par la loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne.

On admettra que les catégories visées par l'article sont celles à l'égard desquelles les pouvoirs publics sollicitent le concours actif des fournisseurs de services, dont on ne saurait exiger qu'il soit étendu à la totalité des infractions pénales. S'agissant des incohérences soulignées, elles ne sont guère surprenantes si l'on observe la façon dont cette liste a été conçue. Celle-ci ne faisait initialement référence qu'aux textes punissant la pédopornographie, les apologies de crimes de masse et les provocations haineuses. Elle a par la suite été modifiée à quatorze reprises en l'espace d'une vingtaine d'années (!), chaque loi y allant de son ajout ou de sa reformulation sans aucun égard à la cohérence de l'ensemble. Il en résulte un bloc relativement indigeste.

En définitive, si la responsabilité pénale des FSI peut être engagée pour tout type de contenu infractionnel, les plus représentatifs sont ceux résultant d'une mise en péril des mineurs (contenus pédopornographiques) ou tendant à une telle mise en péril (exposition de mineurs à des messages violents; harcèlement scolaire); les discours de haine (provocations et injures à caractère raciste, sexiste, « LGBT-phobe » ou « handiphobe »; négationnisme; apologies de crimes de masse et incitation au terrorisme); et les atteintes à la dignité de la personne (harcèlement sexuel; proxénétisme et traite des êtres humains).

II. Les sujets de la responsabilité : les fournisseurs de services intermédiaires

Conservant le modèle établi par la directive du 8 juin 2000 auquel il se substitue, le DSA vise sous la dénomination de

9. D. McCullagh, « U.S. Won't Support Net "Hate Speech" Ban », CNET.com, 15 novembre 2002.

10. L'appellation est tirée de la Charte contre les contenus odieux, signée le 14 juin 2004 par les prestataires techniques membres de l'Association des fournisseurs d'accès.

11. Art. 54-1 de la loi du 29 juillet 1881.

12. Art. 38 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021.

« fournisseurs de services intermédiaires » les personnes assurant un triptyque de services définis par l'article 3, g du règlement : le simple transport, consistant dans la transmission des données ou la fourniture d'accès au réseau ; la mise en cache, consistant dans le transfert d'informations pour leur stockage transitoire en vue d'améliorer leur transmission ultérieure à la demande d'autres internautes ; et l'hébergement, consistant dans le stockage d'informations fournies par un utilisateur à sa demande. Aux prestataires classiques de ces services (A) s'ajoutent désormais des prestataires modernes (B).

A. Des sujets classiques : les fournisseurs d'accès et hébergeurs

Les trois types de services susmentionnés sont classiquement assurés par deux grandes catégories de prestataires. En premier lieu, les services de transport et de mise en cache sont assurés par les fournisseurs d'accès à Internet (FAI). Définis comme les entreprises « offrant une connexion permettant à toute personne d'accéder aux services d'Internet [...], en principe par abonnement »¹³, les FAI sont décrits plus largement, dans la LCEN du 21 juin 2004, comme « [l]es personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne »¹⁴. En France, ces prestataires sont généralement des opérateurs de communications électroniques au sens de l'article L. 32 du Code des postes et communications électroniques.

En second lieu, les services d'hébergement sont effectués sur des serveurs dont la gestion est confiée aux hébergeurs, parfois aussi désignés sous l'appellation de « prestataires de stockage ». Ceux-ci sont définis par la LCEN comme :

Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services [...]¹⁵.

L'hébergement est – dans la majorité des cas – le fait de personnes morales de droit privé, parfois des opérateurs de communications électroniques eux-mêmes, qui fournissent à titre onéreux un espace d'hébergement de dimension variable alimenté en données par un protocole de transfert de fichiers.

La modernisation de l'économie numérique a entraîné l'émergence, à côté de ces hébergeurs traditionnels, de nouveaux hébergeurs atypiques.

B. Des sujets modernes : les plateformes en ligne

Le passage d'un Web « consultatif », où une majorité d'internautes se contentait de recevoir les informations transmises par les éditeurs de sites Internet, à un Web « participatif », où chaque internaute est en capacité d'alimenter le réseau en contenus en toute simplicité, s'est notamment manifesté à travers l'apparition des réseaux sociaux, sites de partage de contenus audiovisuels et places de marchés. Ces services fonctionnent, dans une large mesure, de façon identique à ceux d'un hébergeur : à travers leur interface, ils permettent aux utilisateurs de publier des signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature, stockés sur des serveurs dont ils ont la charge pour être mis à la disposition du public. Pour cette raison, les acteurs exploitant ces services ont longtemps été assimilés à des prestataires de stockage et jouissent *a priori* du régime de responsabilité associé¹⁶.

L'activité de ces services n'est cependant pas limitée à la mise en place d'un espace contributif en libre-service à destination des internautes. Si leur utilisation est en grande partie gratuite, les sociétés qui les exploitent se rémunèrent grâce à des contenus annexes (publicité ciblée, services payants) qu'ils intègrent à l'interface et parfois aux contenus publiés par les utilisateurs. En outre, ces derniers sont organisés, diffusés et agencés au moyen d'algorithmes destinés à accroître – ou à réduire – leur visibilité en fonction de leur popularité et des centres d'intérêt des utilisateurs. De ce fait, le rôle d'hébergeur exercé par ces acteurs se double d'un rôle quasi-éditorial de nature à remettre en cause leur neutralité supposée. Telle neutralité conditionne, selon la Cour de justice de l'Union européenne, la qualification d'hébergeur, dont le rôle doit être purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke¹⁷.

L'apparition de ces services est en grande partie à l'origine de la rénovation, par le DSA, du cadre européen instauré par la directive du 8 juin 2000 précitée. En France, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique avait déjà pris acte de la nécessité d'identifier leurs exploitants sous la nouvelle dénomination d'opérateurs de plateformes en ligne. Ceux-ci sont définis par l'article L. 111-7 du Code de la consommation comme :

[...] toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou

13. *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), 13^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2020, s.v. « Fournisseur », « d'accès à Internet (FAI) ».

14. Art. 6, I, § 1 de la LCEN.

15. Art. 6, I, § 2 de la LCEN.

16. Sauf à revêtir, selon l'activité exercée, la qualité d'éditeur de contenus. En ce sens, à propos de l'opérateur AirBNB, voir CA Paris, 3 janvier 2023, n° RG 20/o8067.

17. CJUE, 23 mars 2010, *Google c. Louis Vuitton Malletier et autres*, C-236/08 à C-238/08, pt 42.

la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.

Cette définition, visiblement conçue pour s'appliquer essentiellement aux réseaux sociaux et places de marchés, apparaît plus restrictive que celle adoptée en 2022 par le DSA, qui vise plus largement sous la dénomination de plateforme en ligne « un service d'hébergement qui, à la demande d'un destinataire du service, stocke et diffuse au public des informations »¹⁸. On préférera la définition qu'en donne le professeur Dreyer :

[...] l'exploitant d'un service de communication au public en ligne qui met à disposition de ses utilisateurs des possibilités de stockage et communication (partage) avec autrui ainsi que des prestations accessoires destinées à améliorer la visibilité des contenus ainsi téléversés (classement, indexation, référencement)¹⁹.

Pour résumer, les FSI peuvent être classés en deux catégories : les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs. Parmi ces derniers, il faut distinguer les prestataires de stockage classiques, dont le rôle est purement automatique, et les opérateurs de plateformes en ligne qui agissent sur la diffusion des contenus publiés par leurs utilisateurs. À ces différentes catégories d'acteurs correspondent des régimes de responsabilité pénale variables.

III. L'étendue de la responsabilité : l'action des uns, l'abstention des autres

Les éléments précédemment étudiés permettent d'entrevoir les multiples difficultés entourant la mise en œuvre de la responsabilité pénale des acteurs d'Internet. En premier lieu, la détermination de l'illicéité d'un contenu n'est pas toujours aisée. Une part non négligeable des comportements identifiés *supra* relève en effet d'abus de la liberté d'expression, dont les frontières ne sont aujourd'hui plus seulement appréciées à l'aune du libellé des textes d'incrimination et de leur interprétation jurisprudentielle, mais aussi au regard du contexte des messages litigieux au terme d'une mise en balance des intérêts en présence²⁰. En second lieu, la multiplicité des acteurs susceptibles d'intervenir dans la mise en ligne de ces contenus, la variété de leurs rôles et le caractère potentiellement transnational des litiges constituent autant de défis adressés aux pouvoirs législatif et judiciaire pour la mise en œuvre d'une répression pénale efficace²¹. Il en résulte une responsabilité pénale enfermée dans des hypothèses si infimes (A) que sa mise en œuvre paraît bien incommode (B).

A. Une responsabilité considérablement réduite

La responsabilité – pénale comme civile – des FSI obéit à un régime original. En France, la LCEN, qui transpose les articles 12 à 15 de la directive de 2000 dont la substance a été préservée par le DSA, instaure un double régime de responsabilité dite « atténuée », dont le bénéfice repose sur une présomption d'automatisme (ou de « neutralité ») du rôle exercé par ces prestataires dans la mise en ligne d'un contenu litigieux. Celle-ci peut être rapprochée de l'expression anglo-saxonne « *don't shoot the messenger* » (« ne tirez pas sur le messenger »), couramment employée pour décrire la situation dans laquelle les personnes déplorant une mauvaise nouvelle passent leurs nerfs sur celui dont le rôle fut limité à la leur apporter. De façon comparable, il serait injuste de faire porter *a priori* la responsabilité d'un contenu illicite publié en ligne par ceux qui n'en ont été que les véhicules passifs, ou plutôt qui en ont permis la circulation de façon aveugle. Pour cette raison, la LCEN précise²² que les FAI et les hébergeurs « ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi [...] du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », les faisant ainsi échapper à la responsabilité « en cascade » instaurée par cette disposition en matière de communication électronique.

Le principe, inchangé depuis le début de ce siècle, est ainsi réaffirmé par le DSA en son article 8 :

Les fournisseurs de services intermédiaires ne sont soumis à aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent ou de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illégales.

À l'évidence, une telle solution s'impose au regard du volume d'informations échangées quotidiennement sur le réseau Internet, dont on conçoit mal qu'il puisse faire l'objet d'un examen attentif, sauf à filtrer de façon démesurée les données transmises au point que la liberté de communication s'en trouverait anéantie. Ceci, bien sûr, ne fait pas obstacle à ce qu'un contrôle ponctuel soit exercé, ainsi que le rappelle l'article 6, I, § 7, alinéa 2, de la LCEN permettant à l'autorité judiciaire de demander aux prestataires techniques de se livrer à une « activité de surveillance ciblée ». Excepté ce cas, toutefois, c'est une véritable présomption de méconnaissance des contenus circulant *via* leurs services qui fonde le régime de responsabilité des FSI.

Les activités de simple transport sont celles qui bénéficient du régime le plus avantageux : les FAI sont exonérés de toute responsabilité, hormis dans certaines situations bien particulières dont on conviendra qu'elles sont des cas d'école. Il s'agit de ne punir ces prestataires que dans des

18. Art. 3, i du DSA. Le professeur Dreyer estime qu'une telle définition « témoigne d'une approche très large de ce type de service [...]. Sont concernés aussi bien les forums et réseaux sociaux que les places de marchés et autres services d'intermédiation ou les sites de partage de vidéos et de streaming » (E. Dreyer, « Règlement sur les services numériques (DSA) : premiers éléments de présentation », *Légipresse*, 2022, p. 601, n° 19).

19. E. Dreyer, *Droit de la communication*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, n° 755.

20. F. Safi, « Le rôle du juge dans la sanction des abus de la liberté d'expression », *Droit pénal*, n° 2, 2017, étude 3.

21. T. Besse, *La pénalisation de l'expression publique*, Paris, Institut francophone pour la justice et la démocratie (Collection de thèses ; 187), 2019, n° 489 *sq.*

22. Art. 6, I, § 6 de la LCEN.

circonstances démontrant qu'ils sont « sortis de leur rôle » purement automatique et passif²³. Les « transporteurs » engagent ainsi leur responsabilité en étant eux-mêmes à l'origine de la transmission, en sélectionnant ses destinataires ou en sélectionnant et modifiant son contenu (DSA, art. 4, dont le principe est appliqué en France depuis 2004 à l'article L. 32-3-3 du Code des postes et communications électroniques). Telle hypothèse revient en réalité à considérer les FAI comme les auteurs principaux de la mise en ligne, ceux-ci devant alors répondre de leur propre fait. À défaut de telles actions, les fournisseurs d'accès sont réputés n'exercer aucun contrôle sur les informations après leur transmission, dès lors que cette dernière « ne se prolonge normalement pas dans le temps »²⁴.

La mise en cache jouit d'un régime intermédiaire entre transport et stockage : l'irresponsabilité ne cesse que lorsque l'intermédiaire modifie les informations stockées, ne respecte pas les conditions d'accès aux informations ou les règles relatives à leur mise à jour, entrave l'utilisation de la technologie largement reconnue et utilisée par le secteur dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation des informations, et n'agit pas promptement pour retirer des informations stockées ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait qu'elles ont été retirées du réseau ou que leur accès a été rendu impossible ou du fait qu'une autorité judiciaire ou administrative a ordonné de les retirer ou d'en rendre l'accès impossible²⁵.

Le régime des prestataires de stockage est sensiblement plus exigeant. Ceux-ci sont par principe irresponsables des contenus stockés sur leurs serveurs à la demande des utilisateurs. Toutefois, leur responsabilité peut être engagée dans deux hypothèses rappelées par l'article 6 du DSA (déjà consacrées, en France, par l'article 6, I, § 2 [responsabilité civile] et 3 [responsabilité pénale] de la LCEN). Dans la première, il doit être établi que l'hébergeur avait effectivement connaissance de l'activité illégale ou du contenu illicite et, s'agissant d'une demande de dommages et intérêts, qu'il avait conscience de faits ou de circonstances selon lesquels cette activité ou ce contenu était apparent. Dans la seconde, la responsabilité de l'hébergeur résultera de ce que, dès le moment où il a pris connaissance ou conscience de cette activité ou de ce contenu, il n'a pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible.

D'avantage susceptibles d'agir sur les contenus stockés sur leurs serveurs, les hébergeurs sont ceux dont la responsabilité pénale est la plus fréquemment envisageable. Elle semble pourtant malaisée dans sa mise en œuvre.

B. Une responsabilité bien incommode

Les hypothèses décrites par l'article 6, I, § 3 de la LCEN n'ont rien d'évident. La promptitude du retrait est, à elle seule, imprécise et d'appréciation casuistique²⁶. Ensuite, une connaissance « effective » est requise, en sorte que celle-ci ne saurait être considérée comme acquise « au seul motif que le fournisseur est conscient, de manière générale, que son service est également utilisé pour stocker des contenus illicites »²⁷. En l'absence d'une obligation générale de surveillance, seule la démonstration d'une connaissance concrète du caractère illicite du contenu peut fonder la responsabilité de l'hébergeur²⁸. Afin de faciliter la preuve de cette connaissance, il est fait obligation aux hébergeurs de mettre en place des mécanismes de notification de contenus regardés comme illicites²⁹. Ces notifications établissent une présomption (simple³⁰) de connaissance ou prise de conscience effective « lorsqu'elles permettent à un fournisseur diligent de services d'hébergement d'identifier l'illégalité de l'activité ou de l'information concernée sans examen juridique détaillé »³¹. En France, la LCEN dispose³² que « la connaissance des faits litigieux est présumée acquise » dès lors qu'ont été portés à la connaissance de l'hébergeur un certain nombre d'éléments permettant l'identification du notifiant, la description et la localisation du contenu, les motifs de son illicéité, et la preuve qu'une demande de retrait a été adressée à l'auteur ou l'éditeur du contenu ou la justification que cette personne n'a pu être contactée. L'obligation – pénalement sanctionnée – de mettre en place un dispositif de signalement incombe d'ailleurs tant aux hébergeurs qu'aux fournisseurs d'accès à Internet³³.

Toujours est-il que l'on peine à identifier la nature et les fondements du régime de responsabilité pénale des hébergeurs (la responsabilité civile étant, quant à elle, davantage aisée à justifier³⁴). Les textes européens (en 2000 comme en 2022) évoquent une « responsabilité »

23. L. Marino, « Responsabilités civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement », *JurisClasseur. Communication*, fasc. 670, 2015, n° 12.

24. CJUE, 15 septembre 2016, *Tobias Mc. Fadden*, C-484/14, pt 63.

25. Art. 5 du DSA.

26. Est jugé prompt le retrait survenu immédiatement (CA Paris, 24 février 2010, *Communication, commerce électronique*, 2010, comm. 62, note A. Debet) ou cinq jours après réception de l'assignation (TGI Paris, 29 octobre 2007, *Communication commerce électronique*, 2007, comm. 155, note A. Lepage); il est en revanche jugé tardif s'il survient dans un délai supérieur à deux semaines (CA Paris, 9 avril 2010, *Légipresse*, 2010, p. 170, note P. Allaëys) ou trois mois après notification (TJ Paris, 10 janvier 2020, n° 1800171).

27. Cons. 22 du DSA.

28. CJUE, GC, 22 juin 2021, *Frank Peterson c. Google LLC et autres*, C-682/18, pt 117.

29. Art. 16, § 1 du DSA.

30. L. Marino, « Responsabilités civile et pénale... », n° 47.

31. Art. 16, § 3 du DSA.

32. Art. 6, I, § 5 de la LCEN.

33. Art. 6, I, § 7, al. 4 de la LCEN.

34. En ce sens, voir E. Dreyer, *Droit de la communication*, n° 718. L'auteur souligne que la responsabilité civile, qui n'est pas soumise au principe de légalité, permet plus aisément de retenir le lien de causalité susceptible d'exister entre l'inaction du prestataire et le dommage causé à autrui par la disponibilité persistante du contenu signalé.

sans toutefois en exiger la nature pénale, de sorte que le législateur français, en distinguant responsabilité civile et pénale au sein de la LCEN, semble avoir créé une forme totalement originale de participation à l'infraction d'autrui dont la mise en œuvre apparaît pour le moins complexe. Ces dispositions paraissent fondées sur une complicité par fourniture de moyens, sans toutefois viser un comportement précis auquel serait associée une sanction pénale. Or l'hypothèse d'une complicité, qui suppose un acte antérieur ou concomitant, ne peut ici faire sens qu'en présence d'infractions continues, à l'égard desquelles l'inaction du prestataire de stockage, dûment informé de leur perpétration, en permettrait le prolongement³⁵. En outre, la complicité exige en principe une volonté consciente de s'associer au projet infractionnel d'autrui, ce qui s'accorde difficilement avec le défaut d'obligation de surveillance générale des hébergeurs. Enfin, leur inertie doit être assimilée à un acte de complicité, ce qui n'a rien d'absolument évident³⁶.

La responsabilité pénale des hébergeurs semble ainsi reposer sur une forme de complicité *sui generis*, dont la mise en œuvre se heurte à de multiples obstacles. Tel sera notamment le cas lorsque le contenu litigieux est une infraction de presse et que l'hébergeur est (comme souvent) une personne morale, dont la responsabilité pour de telles infractions ne peut, en principe, être recherchée en matière de communication au public par voie électronique conformément à l'article 93-4 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle³⁷. La rareté de la jurisprudence appliquant l'article 6, I, § 3 de la LCEN témoigne ainsi de son incommodité³⁸. En ce sens, la professeure Marino affirme qu'« en pratique [...], cette responsabilité pénale n'a jamais été engagée et on se demande comment elle pourrait l'être »³⁹. Si elle se rapproche, dans son fonctionnement, de celle applicable aux directeurs de publication en matière d'infractions de presse commises par un moyen de communication au public par voie électronique⁴⁰, ces derniers ne sont pas dispensés, contrairement aux hébergeurs, d'une obligation de surveillance des supports dont ils ont la charge.

Le régime applicable aux hébergeurs est très prisé de ceux qui, exploitant des services sur lesquels sont stockés des contenus proposés par leurs utilisateurs, ne souhaitent pas en être tenus pour responsables en cas d'abus. C'est notamment le cas des plateformes en ligne, et en particulier

des réseaux sociaux et services de partage de contenus audiovisuels. Conscient du rôle de ces acteurs dans la diffusion de contenus illicites, le législateur français a tenté d'instaurer une responsabilité pénale renforcée à leur égard. La loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet prévoyait l'insertion, dans la LCEN, d'un article 6-2 faisant obligation aux opérateurs de plateforme en ligne dont l'activité dépassait des seuils déterminés par décret de retirer tout contenu odieux dans un délai de vingt-quatre heures après signalement par une ou plusieurs personnes. Le non-respect de cette obligation faisait encourir une amende d'un montant de 250 000 euros.

Cette proposition, radicale, avait pu susciter des inquiétudes⁴¹. Était principalement en cause un risque de « sur-modération » et de « censure privée » de la part des plateformes qui, confrontées quotidiennement à un grand volume de contenus illicites, auraient été conduites à un retrait quasi-systématique des contenus signalés afin de prévenir toute mise en œuvre de leur responsabilité pénale⁴². Le verdict du Conseil constitutionnel, saisi *a priori* du texte de loi adopté, fut tout aussi radical :

[...] compte tenu des difficultés d'appréciation du caractère manifestement illicite des contenus signalés dans le délai imparti, de la peine encourue dès le premier manquement et de l'absence de cause spécifique d'exonération de responsabilité, les dispositions contestées ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites. Elles portent donc une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée⁴³.

Les opérateurs de plateforme en ligne demeurent ainsi largement soumis au régime de responsabilité pénale des hébergeurs. En témoignent les obligations prévues, à leur égard, par la loi du 24 août 2021 précitée (mise à disposition d'un dispositif de signalement, traitement prioritaire des notifications adressées par les « tiers de confiance », procédure de traitement transparente et contradictoire), lesquelles aboutissent à « une version renforcée de l'obligation de prompt réaction qui s'impose déjà aux fournisseurs d'hébergement »⁴⁴.

À en croire les dispositions étudiées, l'emprise du droit pénal sur l'action – ou l'inaction – des prestataires techniques

35. Voir E. Dreyer, *Droit de la communication*, n° 717, qui cite les cas de la mise à disposition de contenus pédopornographiques ou contrefaisants.

36. Il est toutefois des abstentions coupables, en particulier s'agissant de professionnels tenus à une obligation de vigilance : sur la complicité d'escroquerie d'un commissaire aux comptes négligent, voir Cass. crim., 25 février 2004, n° 03-81.173, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*, n° 53.

37. Sauf à interpréter la LCEN comme instituant (très) implicitement une telle responsabilité pour les contenus en ligne : voir N. Benoît, « La mise en œuvre de la responsabilité des prestataires d'hébergement toujours incertaine », *Légipresse*, 2015, p. 339.

38. La jurisprudence de la chambre criminelle, en la matière, comprend essentiellement des arrêts refusant le bénéfice d'un tel régime à des personnes qui ne peuvent y prétendre. Voir notamment Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 11-84.224 ; 3 novembre 2015, n° 13-82.645 ; 14 mars 2017, n° 15-87.319.

39. L. Marino, « Responsabilités civile et pénale... », n° 59.

40. Art. 93-3, al. 5 de la loi du 29 juillet 1982.

41. C. Bigot, « Loi "contre la haine" sur Internet : objectif louable mais danger pour la liberté d'expression ! », *Le Figaro*, 18 juin 2019.

42. N. Mallet-Poujol, « Droit des communications électroniques », *Légipresse*, 2021, p. 291.

43. CC, déc. n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet*, cons. 19.

44. E. Dreyer, *Droit de la communication*, n° 775.

dans la mise en ligne de contenus illicites est pour le moins résiduelle et semble limitée à des cas assez exceptionnels. Les sanctions pénales les plus certaines demeurent celles visant à assurer le respect des obligations qui leur sont imposées par les articles 6 et 6-1 de la LCEN dans le cadre de la lutte contre la diffusion des contenus illicites (mise en place d'un dispositif de signalement; conservation des données d'identification des utilisateurs et communication de celles-ci à la demande d'une autorité judiciaire; retrait de certains contenus sur injonction). Plus de vingt ans après l'entrée en vigueur des premières dispositions en la matière, l'idée d'une pénalisation forte et contraignante des prestataires techniques a fait long feu. La structure mondialisée d'Internet, la quantité d'informations échangées, la particularité du rôle exercé par ces acteurs et les frontières mouvantes de l'illicite (dans le temps comme dans l'espace) constituent autant d'obstacles à la mise en place d'une responsabilité pénale à la fois efficace et respectueuse des intérêts économiques des entreprises et des droits des utilisateurs. Les législateurs – national comme européen – l'ont bien compris; en témoigne la longévité du modèle initialement instauré par la directive du 8 juin 2000 et amplement confirmé par le DSA du 19 octobre 2022.

Ceci ne signifie toutefois nullement que les pouvoirs publics ont renoncé à réguler le réseau Internet, ni même qu'aurait été abandonnée l'idée de responsabiliser davantage ceux qui en dominent nettement le fonctionnement depuis plus d'une dizaine d'années. Les nombreuses obligations instaurées, en France depuis la loi du 24 août 2021 et, en Europe et pour l'avenir, par le DSA, à l'égard des FSI, témoignent d'une volonté réaffirmée de leur imposer des standards de modération universels s'agissant des contenus les plus abjects. Sans renoncer totalement à la responsabilité pénale, les pouvoirs publics semblent avoir opté pour un modèle plus souple fondé sur la corégulation⁴⁵. À la rigidité des textes d'incrimination est préférée la souplesse des obligations de transparence et de collaboration avec les pouvoirs publics et les tiers de confiance, dont l'intensité varie en fonction du poids de leurs débiteurs dans le cyberspace, doublées d'injonctions d'agir et d'informer délivrées par les autorités judiciaires et administratives. À l'incertitude d'une sanction pénale suspendue à une responsabilité fragile est préférée la fermeté de sanctions administratives décidées par des autorités publiques investies d'un rôle de régulateur vigilant. Jusqu'à la prochaine (r)évolution numérique ?

45. La mise à l'écart du juge pénal est parfois regrettée: en ce sens, voir N. Droin, « Obligations et responsabilité des hébergeurs et fournisseurs d'accès: un régime encore inégal et perfectible », in *Les infractions sexuelles à l'épreuve du numérique*, C. Dubois, P. Le Monnier de Gouville (dir.), Paris, Mare & Martin, 2023, p. 57-58.