

**Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004**

Loi pour la confiance dans l'économie numérique

Définitivement adoptée en nouvelle lecture le 13 mai 2004 après dix-huit mois de débats, la loi « *pour la confiance dans l'économie numérique* » a un enjeu considérable puisqu'elle a vocation à fonder le droit de l'Internet, tout en « déplaçant les lignes » entre les notions antérieures (télécommunications, communication audiovisuelle, télématique) [Auxquelles se substituent respectivement les notions de communications électroniques, de communication au public par voie électronique et de communication au public en ligne. La notion de communication audiovisuelle subsiste, mais avec un contenu réduit (l'Internet s'en émancipant)] et en assurant, avec plus de deux ans de retard sur la date limite, la transposition de la directive communautaire 2000/31/ CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique.

Deux saisines rédigées dans les mêmes termes (l'une émanant des groupes d'opposition de l'Assemblée nationale, l'autre de ceux du Sénat) ont été enregistrées le 18 mai 2004. Trois dispositions seulement étaient mises en cause.

I) La définition du courrier électronique

Aux termes du dernier alinéa du IV de l'article 1er de la loi déférée :

*« On entend par courrier électronique 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 ».*

Cette définition, de caractère strictement technique, ne saurait ni restreindre, ni même affecter les notions de « correspondance privée » et de « secret des correspondances » au sens de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991.

En cas de contestation sur le point de savoir si, en raison des conditions dans lesquelles un courrier électronique a été émis, et notamment du nombre de ses destinataires et du caractère impersonnel de son contenu, un courrier électronique relève du régime juridique de la communication au public en ligne et non de celui de la correspondance privée, il appartiendra à l'autorité juridictionnelle compétente, comme c'est son office, de qualifier juridiquement les faits en cause. Il existe déjà une jurisprudence en la matière, en France comme à l'étranger [Parmi de multiples exemples : Cour supérieure de l'Ontario, Ontario c/ Nexx Online, 14 juin 1999, n° 1267623] (s'agissant, par exemple, du « publipostage » ou du « spamming »).

Cette jurisprudence est réaliste : les messages portés par courrier électronique sont présumés relever de la correspondance privée, à moins que leurs caractéristiques soient telles que cette assimilation soit impossible. Sauf preuve ou évidence contraire, le courrier électronique constitue une correspondance privée [Cass, 2 octobre 2001, Nikon / F. Onol].

Dès lors qu'un service a pour objet de « *diffuser à des personnes indifférenciées des messages dont le contenu ne peut par définition être personnel* », une Cour d'appel juge à bon droit que « *les annonces émises ne peuvent avoir le caractère d'une correspondance privée* » [Cass crim., 25 octobre 2000, n° 00-80829].

Dans le même sens, une circulaire du 17 février 1988, prise pour l'application de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication [Circulaire prise en application de l'article 43 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, concernant le régime déclaratif applicable à certains services de communication audiovisuelle (NOR : MCCT8800083C)], affirme qu'il n'y a correspondance privée que « *lorsque le message est exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, déterminées ou individualisées* ».

Les requérants ne pouvaient donc utilement soutenir ni que les dispositions précitées étaient entachées d'incompétence négative, ni qu'elles portaient atteinte au respect de la vie privée qu'implique l'article 2 de la Déclaration de 1789 [n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 19].

## II) La responsabilité des hébergeurs et des fournisseurs d'accès

Cette question a été la plus controversée au cours des débats parlementaires.

Le 3 du I de l'article 6 de la loi déferée est relatif à la responsabilité pénale des personnes, définies au 2 du I du même article, qui assurent, pour « *mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne* », l'hébergement de « *signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature* ».

Il dispose que ces personnes « *ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* ».

Le 2 comporte des prévisions analogues pour leur responsabilité civile.

Selon les requérants, en imposant à des personnes privées de remplir la fonction du juge, ces dispositions méconnaîtraient les prérogatives du législateur. Soumettant une personne privée à un devoir d'effacement, elles instaурeraient en outre un régime d'autorisation préalable déguisé, ainsi qu'une « *censure privée* », incompatibles avec la liberté de communication comme avec les droits de la défense et avec le « *droit à un procès équitable* ». Enfin, elles créeraient une infraction imprécise et non intentionnelle.

### A) Quelles sont les normes constitutionnelles applicables en la matière ?

En premier lieu, il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état des techniques, l'exercice de la liberté de communication, qui résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, avec des exigences de valeur constitutionnelle, telles que la dignité de la personne humaine, le respect de la liberté d'autrui, la sauvegarde de l'ordre public, ainsi que la

protection des mineurs, de la santé publique, de la propriété intellectuelle et des intérêts de la défense nationale, auxquelles la communication au public en ligne est susceptible de porter atteinte.

En deuxième lieu, lorsqu'il impose une obligation limitant l'exercice d'une liberté constitutionnellement protégée, telle que la liberté de communication ou la liberté d'entreprendre, le législateur doit le faire en termes suffisamment précis pour pas méconnaître l'exigence de clarté résultant de l'article 34 de la Constitution [n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9]. De plus, lorsque lorsqu'il décide de sanctionner pénalement les obligations qu'il édicte, le législateur doit respecter le principe de la légalité des délits et des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 [n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, cons. 25 à 28 ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 60].

En troisième lieu, le législateur doit respecter le principe de l'égalité devant les charges publiques proclamé en ces termes par l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

Selon une jurisprudence constante, si cette disposition n'interdit pas de faire supporter à certaines catégories de personnes, pour un motif d'intérêt général, des charges particulières (en nature ou financières), il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques [n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 41 ; n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 30].

Le Conseil constitutionnel a fait une application sévère de ce principe dans un cas particulièrement proche de l'espèce, puisqu'il s'agissait d'imposer aux opérateurs de télécommunications des obligations en matière d'« *interceptions de sécurité* » (n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000).

Plus généralement, il faut déduire de l'article 13 de la Déclaration que le législateur ne peut imposer d'obligations impossibles à satisfaire ou dont le respect serait si difficile ou si onéreux qu'il remettrait en cause l'existence même d'une activité, surtout si celle-ci est placée dans le domaine d'exercice d'une liberté publique. Est ainsi constitutionnellement protégée une composante essentielle de la sécurité juridique.

B) Le I de l'article 6 de la loi déférée satisfait-il à ces exigences ?

Les dispositions précitées du I de l'article 6 peuvent être lues de deux manières : l'une conduit à les regarder comme contraires à la Constitution, l'autre non.

a) A s'en tenir aux débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées [Ainsi, le rapport sénatorial de deuxième lecture présente-t-il l'hébergeur comme « *tenu d'évaluer le caractère illicite avant de décider du retrait ou du maintien du contenu dénoncé* » (n° 232, p. 25). Pour sa part, le rapporteur à l'Assemblée nationale déclare à la séance publique du 6 mai 2004 (après CMP) que « *La troisième avancée fondamentale de la loi porte sur la responsabilisation du commerçant en ligne pour la totalité de sa prestation* » (JO débats AN p. 3414). Voir encore les propos du ministre délégué à l'industrie à cette même séance (JO débats AN p. 3417) indiquant que la mise en cause de la responsabilité des hébergeurs joue dans le cas où, ayant effectivement connaissance d'activités ou d'informations hébergées par

eux et signalées comme illicites, ils n'agissent pas promptement pour en couper l'accès aux utilisateurs.], ces dispositions pourraient être lues « a contrario ». Elles mettraient en jeu la responsabilité des hébergeurs si les trois conditions suivantes étaient réunies :

- L'hébergeur a connaissance de ce qu'il stocke un message susceptible d'être regardé comme illicite (par exemple parce que ce message est dénoncé par un tiers selon les modalités fixées par le 5 du I de l'article 6, qui instaurent une présomption de connaissance acquise),
- L'hébergeur n'agit pas promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible,
- Ce message est jugé ultérieurement illicite.

S'agissant plus particulièrement de la responsabilité pénale des hébergeurs, celle-ci serait engagée au titre de la complicité si se trouvaient réunies les trois conditions précédentes.

Or, en raison de la masse d'informations stockées à un moment donné par un hébergeur, de la volatilité de ces informations, de l'éloignement des fournisseurs de celles-ci et de la difficulté fréquente d'apprécier la licéité d'un contenu, l'hébergeur ne disposerait dans beaucoup de cas, même lorsque la connaissance factuelle de ce contenu lui serait acquise, ni des moyens humains, techniques ou financiers, ni, en l'absence d'intervention des autorités juridictionnelles ou administratives compétentes, de la capacité d'analyse juridique suffisants pour honorer les obligations que lui imposeraient, sous peine de sanctions pénales, les dispositions du I de l'article 6.

Soulignons à ce sujet que les dénonciations dont un hébergeur sera le destinataire peuvent être nombreuses et de caractère confus, malveillant ou intéressé [Il est vrai que la loi prévoit un garde-fou contre les dénonciations qui auraient pour seul objet d'obtenir le retrait de l'information (4 du I de l'article 6). Mais un tel détournement de procédure est tout sauf évident et, étant sanctionné pénalement, il ne sera reconnu que restrictivement et tardivement. Ce garde-fou ne mettrait donc l'hébergeur que faiblement à l'abri des dénonciations intempestives.]. De plus, la caractérisation d'un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste.

Dans ces conditions, les hébergeurs seraient tentés de s'exonérer de leurs obligations en cessant de diffuser les contenus faisant l'objet de réclamations de tiers, sans examiner le bien fondé de ces dernières. Ce faisant, ils porteraient atteinte à la liberté de communication.

En raison de leurs effets, et compte tenu du dilemme dans lequel elles enfermeraient l'hébergeur, les dispositions du 2 et (surtout) du 3 du I de l'article 6 ne cesseraient de méconnaître l'article 13 de la Déclaration de 1789 qu'en portant atteinte à son article 11.

b) Toutefois, les dispositions contestées du I de l'article 6 n'ont pas la portée qui vient d'être évoquée.

Elles se bornent en effet à exclure, dans certains cas (ceux prévus par l'article 14 de la directive du 8 juin 2000), la responsabilité des personnes assurant le stockage de messages de toute nature, pour mise à disposition de services de communication au public en ligne.

Le libellé des 2 et 3 du I de l'article 6 ne met pas en cause la responsabilité civile ou pénale de ces personnes au-delà de ce que prévoyait le droit antérieur.

Dès lors que les 2 et 3 du I de l'article 6 ne créent aucun cas nouveau de responsabilité civile ou pénale (au contraire, puisqu'ils instituent des causes d'exonération de responsabilité), ne peuvent être utilement invoqués à l'encontre de ces dispositions les griefs tirés de ce qu'elles aggraveraient la situation juridique des « hébergeurs », ainsi que, indirectement, celle des

auteurs et éditeurs des contenus faisant l'objet d'une communication au public en ligne, dans des conditions trop imprécises ou au point de méconnaître la liberté de communication.

Pour trois raisons, la lecture littérale des dispositions contestées doit prévaloir sur leur lecture « a contrario », bien que cette dernière ait été communément acceptée au cours des débats :

- On peut d'abord considérer que la lecture littérale d'une disposition doit, lorsqu'elle est dépourvue d'ambiguïté, prévaloir sur l'interprétation contraire qui résulterait des débats parlementaires.

- Cette règle d'interprétation s'impose d'autant plus en matière pénale. En cette matière, en effet, le principe de légalité des peines et délits s'oppose à ce que l'on attache à une disposition une portée plus répressive que ce qu'implique sa lettre.

- Enfin, il convient d'interpréter des dispositions transposant une directive communautaire dans l'esprit de celle-ci. Or la directive du 8 juin 2000 a pour but de favoriser le développement et la libre circulation des services de l'Internet. Elle entend non pas créer de nouveaux cas de responsabilité civile ou pénale, mais au contraire conforter la sécurité juridique des opérateurs en les soustrayant, dans toute une série d'hypothèses, à toute responsabilité. C'est ainsi que son article 15 (repris par les deux premiers alinéas du 7 du I de l'article 6 de la loi déferée) dispense les hébergeurs de toute obligation générale de surveillance des contenus qu'ils abritent.

De surcroît, la lecture a contrario des 2 et 3 du I de l'article 6, en conduisant à leur censure partielle ou totale, placerait la France en contravention avec ses engagements communautaires.

C) Le Conseil constitutionnel peut-il indirectement se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une directive communautaire ?

Si le Conseil constitutionnel censurait une disposition législative tirant les conséquences nécessaires d'une directive, il ferait obstacle à la transposition de celle-ci (au moins à sa transposition en temps utile, une révision constitutionnelle étant théoriquement concevable pour surmonter la contradiction). Serait ainsi ouverte une crise inédite de l'ordre juridique communautaire, dont on sait qu'il repose sur les principes de primauté, d'efficacité et d'uniformité des normes issues des traités, en ce inclus le droit communautaire dérivé.

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (Foto Frost, 22 octobre 1987) dénie aux juridictions nationales, y compris constitutionnelles, le pouvoir de déclarer invalides des actes de droit dérivé.

Ainsi, dans l'arrêt Simmenthal (9 mars 1978, 106/77, Rec. p. 629), la CJCE juge que « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* ».

De même, dans deux arrêts du 11 avril 1978 (100/77, Rec. p. 879) et du 6 mai 1980 (102/79, Rec. p. 1473), la CJCE relève qu'un État membre défendeur « *ne saurait exciper de difficultés internes ou des dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non respect des obligations et délais résultant de directives communautaires* ».

Comme l'a montré le colloque réuni au Conseil constitutionnel français en septembre 1997 entre Cours suprêmes et constitutionnelles de l'Union européenne [« Droit communautaire et droit constitutionnel », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 4], la plupart de ces Cours estiment que, s'agissant du contrôle de validité, même indirect, du droit communautaire dérivé, doit jouer une sorte d'exception de recours parallèle au profit de la CJCE.

En consentant à l'instauration de l'ordre juridique communautaire, les pays membres ont admis que le régime contentieux des actes communautaires suivrait des règles propres. Dès lors, un acte de droit dérivé ne peut avoir qu'un seul juge, qui est le juge communautaire. Il doit bénéficier auprès des juges nationaux, y compris constitutionnels, d'une immunité constitutionnelle.

Incompétent pour statuer sur un recours mettant directement en cause un acte de droit communautaire dérivé, le juge constitutionnel national ne le serait pas moins pour se prononcer indirectement sur lui en censurant une directive au travers de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative nationale qui en assure l'exacte et nécessaire transposition.

Le refus du Conseil constitutionnel de se prononcer sur une disposition législative qui se borne à transcrire le droit communautaire peut également se recommander d'un précédent ancien, qui, sans poser le même problème que l'espèce, n'est pas sans lien avec elle : il s'agit de la décision de 1977 dite « isoglucose » [n° 77-90 DC du 30 décembre 1977, avec le commentaire approuvé des Professeurs Avril et Gicquel dans leur chronique constitutionnelle française parue dans le numéro 8 de « Pouvoirs » en 1978]. Ce précédent juge que « *les répercussions de la répartition des compétences opérée entre les institutions communautaires et les autorités nationales au regard tant des conditions d'exercice de la souveraineté nationale que du jeu des règles de l'article 34 de la Constitution relatives au domaine de la loi ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution...* ». Aujourd'hui, cette solution trouverait un fondement plus sûr encore dans l'article 88-1 de la Constitution, aux termes duquel : « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ».

Le Conseil constitutionnel a donc jugé que la transposition d'une directive communautaire constituait, au regard de l'article 88-1 de la Constitution, une obligation non seulement communautaire mais constitutionnelle, à laquelle il ne pouvait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse [Il doit donc s'agir non d'une construction jurisprudentielle, mais d'un énoncé constitutionnel explicite, ancré dans le « bloc de constitutionnalité », telle la définition du corps électoral politique donnée par l'article 3 de la Constitution de 1958 ou encore telle la formule figurant à l'article 6 de la Déclaration concernant les critères d'accès aux emplois publics] contraire de la Constitution. En l'absence d'une telle contrariété, le seul juge d'une directive (qu'il s'agisse du respect de leurs compétences par les organes communautaires ou du respect des droits fondamentaux que les pays-membres ont en partage) était la Cour de justice des Communautés européennes.

Il en résulte (en l'absence, comme en l'espèce, de disposition expresse contraire de la Constitution) que ne peuvent être utilement critiquées devant le Conseil constitutionnel des dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires d'une directive précise et inconditionnelle.

D) Le I de l'article 6 de la loi déferée tire-t-il les conséquences nécessaires de la transposition ?

Il résulte de ce qui précède qu'avant de procéder à leur éventuel contrôle de conformité à la Constitution, le Conseil constitutionnel doit vérifier si les dispositions du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique sont ou non la conséquence exacte et nécessaire de la transposition de dispositions « *inconditionnelles et suffisamment précises* » [Pour reprendre la formule de l'arrêt Francovich c/ Italie (CJCE, 19 novembre 1991, C-6/90, Rec. I 53-57).] de la directive communautaire sur le commerce électronique.

Or tel est bel et bien le cas des 2 et 3 du I de l'article 6, relatifs à la responsabilité civile et pénale des hébergeurs, car, sous réserve de ne pas en faire une lecture a contrario, ces dispositions décalquent presque mot pour mot celles de l'article 14 de la directive 2000/31/CE.

En effet, aux termes du 1 de ce dernier :

*« Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :*

*a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou*

*b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».*

En conséquence, les griefs soulevés par les requérants ne pouvaient être utilement présentés au Conseil constitutionnel.

#### IV) La régime de prescription des messages faisant l'objet d'une communication en ligne

Le V de l'article 6 de la loi déferée rend applicables aux services de communication au public en ligne les dispositions pénales et de procédure pénale des chapitres IV et V de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Toutefois, le point de départ du délai de prescription diffère de celui fixé par l'article 65 de la loi sur la liberté de la presse dans le cas où le message mis à la disposition du public en ligne ne reproduit pas à l'identique le contenu d'un message publié sur un support écrit.

En pareil cas, le délai de prescription court non à compter de la date à laquelle commence la mise à disposition publique du message, mais à compter de celle à laquelle cesse cette mise à disposition. Conformément à la règle rappelée au 4° de l'article 112-2 du code pénal [*« Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur : (...) 4° Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines »*], le nouveau régime de prescription fixé par le V de l'article 6 ne régira pas les messages dont la prescription a été acquise antérieurement à la loi déferée.

Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la finalité de la loi qui l'établit.

Eu égard aux conditions objectivement différentes dans lesquelles le public accède à un message selon que celui-ci est publié par écrit ou exclusivement mis à sa disposition sur un support informatique, il était loisible au législateur de prévoir un aménagement approprié des règles de prescription dans le second cas [En ce sens : 87-232 DC du 7 janvier 1988, cons. 41 et 42].

Toutefois, la différence de traitement entre messages écrits et messages disponibles en ligne ne peut être excessive au regard de l'objectif poursuivi (combattre les infractions en matière de presse).

Or il existe un déséquilibre manifeste en l'espèce, puisque le choix fait par le législateur est de prendre comme point de départ du délai de prescription la cessation de la communication en ligne.

Ce choix aboutirait par exemple à ce qu'un message exclusivement accessible sur un site Internet pendant cinq ans serait exposé pendant cinq ans et trois mois à l'action publique ou civile, alors que le même message publié par écrit (par exemple dans un ouvrage) ne serait exposé à ces actions que pendant trois mois.

Si importantes que soient les différences de réception par le public entre les deux supports, elles ne justifient pas une différence de traitement d'une telle amplitude.

Est donc contraire à la Constitution la différence de traitement retenue en l'espèce.