

La responsabilité juridique du fait de l'usage des réseaux sociaux, de la fourniture d'accès, de fourniture de contenus

Il est agréable de noter que le nombre d'utilisateurs d'internet au Sénégal est passé de 40.000 en 2000 à près de 2 millions au 31 décembre 2011 soit 15,7 % de la population sénégalaise, selon des statistiques de WORLD STATS. Aujourd'hui, force est de constater que ce nombre a quadruplé et peut même atteindre toute la population avec de nouvelles licences internet haut débit illimité. Le parc internet mobile est même estimé à 8 millions d'utilisateurs en mars 2017.

Ce nombre croissant d'internautes disposent en général d'un abonnement dans un réseau social qui, à n'en pas douter, constituent un nouvel Eldorado pour tous ceux qui souhaitent se servir de ce nouveau média pour commercialiser des biens ou des services ou même véhiculer des informations.

Le réseau social peut être défini comme une « *plateforme de communication en ligne qui permet à un internaute de rejoindre ou de créer des réseaux d'utilisateurs ayant des intérêts communs, et qui se présente comme un site internet donnant accès, après une inscription généralement gratuite et renseignée, à un espace d'échange et de dialogue* ». On peut citer Facebook, Twitter, LinkedIn, YouTube, Yahoo, Gmail, WhatsApp, etc.

Ainsi, le réseau auquel les membres adhèrent en créant un « profil » permet de partager des informations, des messages, des photos ou des vidéos sur Internet ou au sein d'une liste « d'amis » limitée.

Les réseaux sociaux connaissent aujourd'hui un succès planétaire car ils permettent aux Etats de profiter de l'interconnexion permanente et par la même occasion de profiter des possibilités en faveur des objectifs de développement.

Mais parallèlement, le développement des réseaux sociaux soulève des problématiques juridiques multiples et épineuses comme celles relatives à l'atteinte au droit d'auteur¹, à la protection des données personnelles, à la responsabilité des sites de réseaux sociaux, à l'application de la réglementation relative à la publicité sur les réseaux sociaux, à la diffamation, à la pornographie, à la haine raciale, au terrorisme etc.

Devant cette multitude de problématiques, celle relative à la responsabilité des réseaux sociaux taraude plus l'esprit du juriste et mérite davantage d'être éclairée pour que nul n'en ignore.

En effet, on peut se poser la question de savoir si les informations diffusées dans les réseaux sociaux engagent la responsabilité des utilisateurs, des prestataires de services tels que les fournisseurs d'accès, les fournisseurs de contenus et les hébergeurs. En d'autres termes, qui est responsable des informations préjudiciables figurant sur les réseaux sociaux ?

Selon l'arsenal juridique sénégalais de la responsabilité, celle-ci peut être retenue à l'encontre d'une personne physique (utilisateurs ou fournisseurs de contenu) ou morale (fournisseurs d'accès, hébergeurs).

La recherche de cette responsabilité n'a pas classiquement été difficile. Mais depuis l'émergence de la dématérialisation des contenus informationnels, retenir la responsabilité des utilisateurs ou des gérants des réseaux sociaux s'avère difficile voire chimérique.

D'ailleurs, la désignation de la juridiction territorialement compétente pour connaître des litiges nés du contenu des messages circulant à travers les réseaux sociaux de dimension internationale se heurte aux mêmes difficultés relatives à la détermination de la loi applicable.

¹Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45 (30 juin 2004) : dans cette affaire, le juge Binnie affirme que : « Le présent pourvoi soulève l'épineuse question de savoir qui doit verser des redevances aux artistes et aux compositeurs titulaires du droit d'auteur canadien sur les œuvres musicales téléchargées au Canada à partir d'un autre pays au moyen de l'Internet. À une époque où il est aussi facile d'avoir accès à un site Web hébergé par un serveur situé à Bangalore qu'à un site Web dont le serveur se trouve à Mississauga, de quelle manière les droits financiers des créateurs d'œuvres musicales sont-ils protégés? Qui doit, s'il y a lieu, payer la note? »

Ces difficultés ont été déjà connues et relevées par le législateur sénégalais qui, à travers les exposés des motifs de la loi relative à la cybercriminalité, affirme que *la transnationalité, l'immatérialité, la volatilité et l'anonymat des acteurs des actes répréhensibles dans les réseaux sociaux contribuent à brouiller les repères du système pénal.*

L'une des causes qui rendent la détermination du responsable du contenu illicite difficile est sans nul doute l'existence de plusieurs intervenants sur la toile, notamment les intermédiaires techniques appelés aussi prestataires de services et le fournisseur de contenu qui est le premier responsable de la divulgation de l'information litigieuse.

Le Code des Obligations Civiles et Commerciales, la loi 2008-11 portant sur la cybercriminalité, la loi 2008-12 sur la protection des données à caractère personnel et la loi 2008-41 du 20 août 2008 portant sur la cryptologie constituent aujourd'hui l'arsenal juridique sur lequel le juge s'appuie nécessairement pour statuer sur un éventuel litige relatif, de manière générale, aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

La loi 2008-11 portant sur la cybercriminalité, faisant l'objet d'une incorporation dans le code pénal, a prévu des peines aussi bien pour les utilisateurs des réseaux sociaux que pour les personnes morales fournisseurs d'accès ou hébergeurs ou encore les opérateurs.

Autrement dit, la responsabilité en matière d'utilisation des réseaux sociaux peut être située aussi bien à l'encontre des utilisateurs, c'est-à-dire des fournisseurs de contenu que des prestataires de services de communication électronique.

La responsabilité personnelle des utilisateurs et/ou fournisseurs de contenu

Au Sénégal, les textes régissant la responsabilité sur Internet sont rares. Lesdits textes, exception faite de la loi sur la cybercriminalité, peuvent même être écartés car ils sont de portée générale et ne concernent pas les prestataires de services internet. En l'absence donc de textes spéciaux, on doit chercher des solutions en recourant au droit commun. Cette position est réaffirmée en matière pénale puisque l'article 431-62 de la loi 2008-11 dispose que : « *les crimes, délits et contraventions prévus à la section IV du chapitre IV du titre I du livre III du code pénal, exception faite des infractions de*

presse commises par le biais de l'Internet, lorsqu'ils sont commis par le biais d'un support de communication numérique, sont soumis au régime de la responsabilité de droit commun ».

Ainsi, la responsabilité civile peut être retenue sur le fondement de l'article 118 du COCC qui dispose qu' : « Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». Cette disposition permet d'attester que les utilisateurs qui causent un dommage à autrui par le biais d'un réseau social sont tenus, en principe, de le réparer personnellement.

Il en découle alors logiquement une irresponsabilité de principe des fournisseurs d'accès. En effet, en France, l'article L. 32-3-3 du code des postes et communications électroniques dispose : « *toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission*».

Ainsi, le fournisseur d'accès ou l'hébergeur ou encore l'opérateur sont, en principe, exonérés de toute responsabilité sauf dans les cas précédemment retenus par l'article L.32-3-3 susvisé.

Cette position témoigne simplement le désir affiché par plusieurs pays surtout occidentaux d'exonérer les intermédiaires internet (fournisseurs d'accès, opérateurs). Déjà en 1988, le Parlement canadien a ajouté à la Loi sur le droit d'auteur la disposition antérieure à l'actuel art. 2.4(1)b) prévoyant que la personne qui ne fait que fournir « *à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci effectue une communication* » *n'est pas elle-même partie à une communication illicite.*

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le juge canadien retient dans un arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45 du 30 juin 2004 que les fournisseurs d'accès ne réglementent pas, ni même la plupart du temps, ne connaissent le contenu des

communications Internet qu'elles effectuent. Tout comme les opérateurs de téléphonie mobile ou fixe, ils fournissent le moyen de communication, mais n'exercent aucun contrôle sur le message.

En France, le constat est pratiquement le même car dans l'arrêt Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 juillet 2012, Sociétés Bac films et The Factory c/ société Google Inc. le juge français a retenu la responsabilité des sociétés Google de contrefaçon pour avoir permis l'accessibilité au public d'un film documentaire " **L'affaire Clearstream**" dans le site Google Vidéo France et des sites tiers comme **You Tube** et **Dailymotion**. Les sociétés Google reproduisaient ainsi le film sur leur site Google Vidéo France, sans autorisation des titulaires des droits sur ce film, ce qui caractérise la contrefaçon. Cette jurisprudence française peut être une référence et s'appliquer effectivement au Sénégal car conforme à l'esprit de l'article 31 de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 portant loi sur le Droit d'Auteur et les Droits voisins et également l'accord de Bangui régissant la propriété intellectuelle en son article 47.

Par contre, le fournisseur de **contenu**, étant l'auteur principal de la communication, c'est en conséquence à bon droit qu'il doit être considéré comme le communicateur de l'œuvre protégée dont la responsabilité peut se voir toujours engagée au premier chef.

Dans ce sens, les artistes (musiciens, auteurs compositeurs) ne peuvent engager la responsabilité des fournisseurs d'**accès** ou même leur exiger le paiement d'une redevance quelconque au titre de la diffusion de leurs œuvres.

Les utilisateurs de réseaux sociaux peuvent voir leur responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article 431-38 de la loi 2008-11 portant sur la cybercriminalité qui dispose : « *Quiconque aura créé, téléchargé, diffusé ou mis à disposition sous quelque forme que ce soit des écrits, messages, photos, dessins ou toute autre représentation d'idées ou de théories, de nature raciste ou xénophobe, par le biais d'un système informatique sera puni d'un emprisonnement de six (6) mois à sept (7) ans et d'une amende de 1.000.000 francs à 10.000.000 francs* ».

La pratique permet de constater qu'au Sénégal, certaines poursuites pénales ont été engagées contre des utilisateurs ayant posté sur « **You Tube** » des contenus à caractère

sexuel. Mieux encore, les personnes figurant sous la vidéo ont fait l'objet de poursuites pénales.

Et plus récemment, des poursuites ont été diligentées contre des personnes ayant tenu sur les réseaux sociaux des propos que le ministère public a estimé condamnables. Ces dossiers étant pendant devant les juridictions, nous ne saurions nous y étendre. Mais à titre indicatif, il s'agit des affaires O.M, P.B, A.C.D.

Une étude comparée a permis de savoir que la jurisprudence Canadienne a retenu la responsabilité d'un utilisateur de réseau social au motif que l'accusé a commis une infraction d'ordre sexuel (**R. c. Levigne, 2010 CSC 25 (15 juillet 2010)**). En l'espèce, l'accusé avait communiqué au moyen d'un ordinateur, dans un but sexuel, avec un agent d'infiltration de la police se faisant passer pour un jeune de 13 ans, « JG ». Tout le long de leurs sessions de *clavardage* l'accusé réitérait son désir de faire une fellation à « JG ». L'accusé a finalement organisé une rencontre avec « JG » dans un restaurant du coin où, dès son arrivée, il a été arrêté et accusé de « leurre » en vertu des **al. (1), a) et c) de l'article 172.1 du Code criminel**. La Cour a considéré que l'accusé devait utiliser des « *mesures raisonnables* » pour s'assurer de l'âge réel de la personne avec laquelle il communiquait par ordinateur dans le but avoué d'assouvir ses propres désirs sexuels.

Si la responsabilité civile et/ou pénale des utilisateurs de réseaux sociaux est de principe, alors la mise en jeu de la responsabilité des prestataires techniques constitue l'exception.

- **La responsabilité des prestataires de services (fournisseurs d'accès, opérateurs)**

La détermination de l'acteur responsable de la diffusion de l'information délictuelle n'est pas toujours une tâche facile dans un monde dématérialisé. La victime n'a donc de solution que de rechercher un intermédiaire en responsabilité.

Ce recours présente un avantage puisque les intermédiaires techniques sont faciles à identifier et plus solvables que la personne ayant pris la décision de diffuser le document litigieux. En guise d'illustration on peut citer les commentaires postés sur

« **seneweb, leral.net, Dakar actu** etc qui sont souvent l'œuvre de personnes non identifiées.

La responsabilité des prestataires de l'internet a suscité un grand débat doctrinal. Certains auteurs ont exigé d'exonérer ces prestataires de toute responsabilité, vu la technicité de leur intervention et vu l'impossible contrôle de l'information diffusée. D'autres auteurs ont pris une position contraire, défendant l'idée de la possibilité d'engager la responsabilité des intermédiaires dans tous les cas.

La responsabilité du fournisseur d'hébergement a été invoquée, en France, depuis 1992 dans une affaire qui concernait l'hébergement de prestations sexuelles. La responsabilité de ce prestataire peut être engagée vu son influence directe sur le contenu de l'information diffusée. Il est ainsi censé connaître les informations stockées sur son site avec la possibilité d'éliminer toute information préjudiciable.

La question qui peut être posée dans ce cas c'est de savoir le fondement de cette responsabilité. Est-ce qu'on peut agir sur la base de la faute ou sur celle du fait d'autrui ?

A priori, on peut s'orienter vers la faute pour engager la responsabilité du fournisseur d'accès. En effet, ladite faute est réalisée par omission. La faute consiste dans ce sens à s'abstenir de faire ce dont on était tenu d'accomplir. Toutefois, *ne peut être fautif que celui qui peut techniquement agir, sait qu'il doit agir, mais n'agit pas*. C'est ainsi qu'en Allemagne, la jurisprudence a consacré la responsabilité du directeur du fournisseur de prestations dans l'affaire « *Compy Serve* » et ce pour avoir diffusé des contenus pornographiques, en connaissance de cause et tout en ayant les moyens de bloquer l'accès aux documents illicites.

Mais notez qu'à mon avis les fournisseurs d'accès doivent suffisamment être outillés sur le plan technique pour filtrer et éliminer en amont toutes données à caractère illicite.

Cette obligation de surveillance qui doit incomber aux fournisseurs engage leur responsabilité en cas d'inexécution. Et ceci conformément aux dispositions du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal qui, en son article 19, définit la faute comme étant un manquement à une obligation préexistante.

Le fournisseur d'accès engage également sa responsabilité s'il commet une *faute intentionnelle* notamment en sélectionnant le destinataire de la transmission, en étant à l'origine de la demande de transmission litigieuse, en sélectionnant ou modifiant les contenus faisant l'objet de la transmission.

S'il s'abstient de jouer le rôle précédemment exposé, alors sa responsabilité peut logiquement être retenue. C'est dans cette perspective que la loi américaine connue sous le nom « Digital Millenium Copyright Act » en date du 28 octobre 1998, exonère le fournisseur, dans le cas où son rôle se limite à transmettre le document sans modifier son contenu et sans choisir les destinataires de cette information.

A postériori, il est possible d'agir contre le fournisseur d'hébergement sur la base de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui. En effet, selon l'article 137 du COCC, « toute personne est responsable du dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise ».

Cette disposition édicte une responsabilité de plein droit car, en cas de dommage, une décision de relaxe quant à l'absence de faute est sans effet sur l'application de ce texte qui ne peut être écarté que par la preuve d'une cause étrangère présentant le caractère de la force majeure.

Il en résulte alors que le fournisseur d'accès ou d'hébergement, en tant que gardien de la chose, peut être responsable si par le biais de la chose, un dommage est causé à autrui.

La responsabilité du fournisseur d'accès est sans conteste en cas de manquement à l'obligation d'utilisation des techniques de filtrage malgré la sommation de le faire. Dans ce sens, le fournisseur d'accès « yahoo » a été obligé, en référé, de mettre un programme empêchant les internautes français d'accéder aux sites vendant aux enchères des objets nazis.

Toutefois, le fournisseur d'accès ou d'hébergement peut voir sa *responsabilité disparaître ou atténuée par la force majeure ou le fait d'un tiers ou la faute de la victime* (article 139 COCC). Dans ce sens, la Cour Suprême des Etats Unis a jugé le 22 juin 1998 dans une affaire qui opposait le fournisseur d'accès American On Line (AOL) à Kenneth Zena, que ce fournisseur n'est pas responsable des informations

préjudiciables diffusées sur son serveur et émanant d'un tiers. La vitesse de transmission des documents répréhensibles sur la toile rendait impossible l'exercice d'un contrôle efficace.

Le fournisseur d'accès ou l'hébergeur ne peut également être contraint à une obligation générale de surveillance. C'est que la Cour de Cassation française (**Cass.,Chambre civile 1, 12 juillet 2012, Sociétés Bac films et The Factory c/ société Google Inc.**) affirme qu'*une Cour D'appel ne peut pas soumettre à un hébergeur une obligation générale de surveillance des images qu'il stocke et de recherche des reproductions illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps.*

Conclusion :

En résumé, situer les responsabilités en matière d'utilisation des réseaux sociaux requiert une attention particulière car, les moyens techniques d'accomplissement de l'acte répréhensible, l'auteur des faits incriminés, sont autant d'éléments à prendre en compte.

La responsabilité pénale du fournisseur de contenu, c'est-à-dire de l'utilisateur peut être retenue s'il est avéré que c'est de son propre gré qu'il a posté des écrits, photos, vidéos préjudiciables, sur les réseaux sociaux (article 431-38 de la loi 2008-11)².

Les contenus à caractère sexuel sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En ce sens l'article 42 du COCC interdit à tout individu de conclure un contrat dont l'objet est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. D'ailleurs l'article 324 du Code Pénal sanctionne toute personne *qui aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche* par un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 300.000 à 4.000.000 FCFA. L'article 256 du Code pénal abonde dans le même sens en retenant que : « *Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 25.000 à 300.000 francs quiconque aura (...) distribué ou remis en vue de leur distribution par un moyen quelconque: Tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou*

²L'affaire des lesbiennes de Grand-Yoff et la publication des photos de Mbathio Ndiaye toute nue sur le net constituent des exemples de l'engagement de la responsabilité des individus qui postent sur les réseaux sociaux des contenus à caractère sexuel.

clichés, matrices ou reproductions photographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs ».

Le condamné pourra en outre faire l'objet, pour une durée ne dépassant pas six mois, d'une interdiction d'exercer, directement ou par personne interposée, en droit ou en fait, des fonctions de direction de toute entreprise d'impression, d'édition ou de groupage et de distribution de journaux et de publications périodiques. Quiconque contreviendra à l'interdiction visée ci-dessus sera puni des peines prévues au présent article ».

Dans le même ordre d'idées, le décret du 3 août 1942 (article 1^{er} et 12 relatifs aux publications obscènes) s'applique aux utilisateurs ou fournisseurs de contenu.

Lorsqu'un contenu informationnel dématérialisé cause un dommage à autrui, l'article 118 du COCC peut s'appliquer à l'auteur des faits si la victime est en mesure de prouver l'existence d'un préjudice et le lien de causalité.

La responsabilité du fournisseur d'accès ou de l'hébergeur peut également être retenue si, après sommation de filtrer un contenu illicite, ce dernier s'abstient d'agir promptement. Le fournisseur commet ainsi une infraction d'omission.

La responsabilité du fait d'autrui prévue par l'article 137 du COCC permet également de retenir la responsabilité du fournisseur d'accès.

Ce dernier, maître de la chose, moyen d'accomplissement de l'acte préjudiciable, est sanctionné pour n'avoir pas pris les dispositions nécessaires pour empêcher la circulation dudit acte.

Toutefois, compte tenu de l'impossible contrôle de toutes les informations que les fournisseurs d'accès transmettent, la jurisprudence comparée opte généralement pour la relaxe.

Maître Cheikh FALL

Avocat à la Cour

Mandataire agréé à l'OAPI

<http://www.avocat-cheikhfall.com>

