

Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services dans la LEN

« Pour la sûreté des règles et la clarté de son rayonnement, le langage du droit rive maints de ses termes à des catégories juridiques dont ils sont les marqueurs » (1).

La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ne comporte pas moins de treize définitions, dont les notions essentielles de communication et de service.

La loi définit quatre catégories différentes de communication (I.) et trois types de services (II.) de typologies distinctes et imbriquées tout à la fois, ce qui rend difficile l'appréhension de leur cohérence (III.).

I.- Les nouvelles catégories de « communication »

La nouvelle organisation de la communication est désormais la suivante.

La première définition proposée est technique et transversale : « on entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique » (2).

La seconde définition constitue la véritable nouveauté du texte, par la création d'une nouvelle catégorie générale de la communication : « on entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée » (3).

La loi propose ensuite de nouvelles définitions de deux autres catégories déjà connues de notre droit, et qui s'excluent potentiellement l'une l'autre, et constitue - mais pour partie seulement - des sous-ensembles de la communication au public par voie

électronique : la communication audiovisuelle et la communication au public en ligne :

« On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique » (3).

« On entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur » (4).

Deux éléments peuvent apparaître étranges dans ces définitions. Pour ce qui concerne la communication audiovisuelle, on notera qu'elle devient en fait la catégorie par défaut : si le service proposé est un service de communication par voie électronique qui n'est pas un service de communication en ligne, c'est un service de communication audio-visuelle.

D'où l'importance éventuelle liée à la deuxième remarque sur la communication en ligne : le critère de la réciprocité d'informations ne semble pas à l'abri de polémiques : est-ce qu'un site Internet proposant de télécharger du contenu - donc de répondre à une requête - institue bien un « échange » d'informations ? Ce n'est pas sûr. En visant une notion subjective - la réciprocité - sans insister sur l'interactivité, la définition devient floue et potentiellement restrictive.

II.- Les services

La loi innove en proposant une définition des services de télévision et de radio.

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

« Est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons » (5).

L'ajout de ces définitions dans notre droit est un apport nouveau et intéressant : il n'existait pas à ce jour de définition de la télévision dans notre droit national : seul la directive TSF définissait l'organisme de télévision en mettant déjà en avant la grille de programme cohérente.

Ces définitions ne concernent donc plus seulement des « objets », mais retiennent comme critères discriminants des modalités de consommation et de mise à disposition du public.

L'objet est l'émission, comportant des sons (radios) ou des sons ou des images (télévision) : mais s'agit-il d'émissions au sens technique de la communication électronique, ou d'émissions au sens préexistant du droit de la communication audiovisuelle qui visent les contenus (sans pour autant d'ailleurs les définir) ? Le texte ne fournit pas de réponse à ce sujet.

Il faut ensuite que ces émissions soient intégrées dans un « programme principal » composé d'une suite ordonnée.

Cet objet doit ensuite être mis à la disposition du public (ou d'une catégorie) de manière à permettre une réception « simultanée ».

Enfin, la loi propose une nouvelle définition des services audiovisuels, qui « comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l'article 2 ainsi que l'ensemble des services mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des œuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition » (6).

La loi ne précise pas si les œuvres visées dans cette définition doivent être les œuvres audiovisuelles et cinématographiques au sens du droit de la communication audiovisuelle ou au sens du Code de la propriété intellectuelle. Le fait que la définition soit intégrée dans un texte modifiant partiellement la loi du 30 septembre 1986 inciterait à retenir celles du droit de la communication audiovisuelle. Le renvoi effectué à l'article 1^{er} à la nécessité « de développer la production audiovisuelle » constituerait un argument également en ce sens. Mais il faut aussi relever dans l'autre sens que l'œuvre sonore est aujourd'hui inconnue du droit de la communication audiovisuelle et du Code de la Propriété Intellectuelle en tant que telle.

La question peut aussi être réglée justement en aval par le rappel de l'article 1^{er} sur le développement de la production audiovisuelle, car c'est le seul endroit dans la loi où il est question de « services audiovisuels » : et comme l'article 1^{er} ne fait que mentionner une généralité sans y associer un régime, il faut bien en déduire que la définition des « services audiovisuels » dans la LEN est inutile, ce qu'avait d'ailleurs relevé l'IRIS et la FIDH dans ses observations devant le Conseil constitutionnel.

III.- Cohérence des définitions entre elles

Le fait d'avoir mis en place des critères qui relèvent de notions différentes rend l'appréhension difficile : les critères concernent soit les modalités de mise à disposition, soit les types de contenus mis à disposition, avec une imbrication entre les deux catégories de définitions.

A cette première lecture, on est aussi frappé des différences d'objets visés entre ces différentes catégories : tout d'abord, la communication électronique concerne les signes, les signaux, les écrits, les images et les sons, comme la communication au public par voie électronique ; mais cette dernière couvre également les « messages de toute nature ».

La communication audiovisuelle concerne elle uniquement des services, alors que la communication au public en ligne a pour objet des données numériques.

En prenant systématiquement comme critère de définition des notions différentes, et en imbriquant services et communications par un jeu d'exclusion et de renvoi, on ne peut pas dire que le législateur ait choisi la voie de la facilité.

Il est difficile de déterminer si ces différences d'objet et de critères résultent d'une volonté sémantique et linguistique claire, ou d'une certaine négligence, de la même manière qu'il est délicat de tirer aujourd'hui toutes les conséquences de ces différenciations : on doit quand même noter que de telles différences, au cours de futurs contentieux, ne manqueront d'aiguïser l'imagination des avocats pour redéfinir les périmètres des catégories concernées.

En conclusion de ce rapide aperçu, il semble évident que l'appréhension des périmètres des catégories de communication et de services devra être approfondie, et qu'elle risque de nous réserver bien des surprises. Ce n'est pas sûr que cela permette réellement d'établir la confiance tant attendue, ni la clarté dont le Doyen Cornu nous rappelle à juste titre qu'elle constitue l'objectif de l'exercice de la définition.

Gilles VERCKEN,

Avocat Associé,
Denton Wilde Sapte,
Département TMT/IP,
Co-auteur du Lamy droit de
l'informatique et des réseaux

Notes

(1) Gérard Cornu, *Réflexions brèves en guise de préface sur l'exercice de la définition en droit*, Préface du dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright, sous la direction de M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, Editions CNRS 2004.

(2) Article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique modifiant l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*

(5) Article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique modifiant l'article 3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

(6) Article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique modifiant l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986

(7) Article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique modifiant l'article 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

(8) <www.fidh.org>

(9) Cf. M. Vivant, *Entre ancien et nouveau une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique*, dans ce même numéro.