

# Observations sur les nouvelles obligations prétoriennes des hébergeurs

**A propos de l'affaire « Google vidéo », TGI Paris, 19 octobre 2007<sup>1</sup>**

Ronan Hardouin  
Doctorant Laboratoire DANTE  
Chargé d'enseignements Master II NTIC  
Université de Versailles – St Quentin

E-mail : [ronan.hardouin@wanadoo.fr](mailto:ronan.hardouin@wanadoo.fr)

Depuis la décision *Dailymotion*<sup>2</sup>, l'idée que les gestionnaires de plateformes *web 2.0* doivent être qualifiés d'intermédiaires techniques a enfin fait son chemin<sup>3</sup>. Si cette interprétation de la Loi pour la Confiance en l'Économie Numérique<sup>4</sup> (ci après « LCEN ») ne peut qu'être saluée, les tribunaux qui statuent sur cette question ne semblent pas pour autant en tirer toutes les conséquences. Partagés entre la volonté de protéger les titulaires de droits et une indéniable applicabilité du statut d'hébergeur aux plateformes Internet depuis la modification de la définition de fournisseur d'hébergement opérée par la LCEN<sup>5</sup>, les juridictions cherchent par tout moyen à concilier ces deux enjeux majeurs de la vie de l'Internet.

Ainsi les magistrats parisiens ont pu, à l'occasion de la décision *Dailymotion* précitée, sanctionner cette société au prétexte qu'elle n'avait « *mis en œuvre aucun moyen propre à rendre impossible l'accès au film « Joyeux Noël », sinon après avoir été mise en demeure, soit à un moment où le dommage était déjà réalisé, alors qu'il lui incombe de procéder à un contrôle a priori* ». Force est de constater que la référence à un contrôle *a priori* en tant qu'obligation imposée à un intermédiaire technique ou, plus spécifiquement, à un fournisseur d'hébergement, fait apparaître chez le lecteur une certaine incompréhension. Comment concilier la qualité d'hébergeur qui implique un détachement complet par rapport à la nature des contenus hébergés et une obligation de contrôle *a priori* faisant, par définition, référence à la qualité d'éditeur ?<sup>6</sup> Cela est d'autant plus surprenant que le Tribunal avait pris le soin d'exclure la qualification d'éditeur appliquée au modèle économique de la société *Dailymotion* dès lors que cette dernière n'était pas « *personnellement à l'origine de la diffusion* ».

Fort heureusement, toute référence à un tel contrôle n'est plus d'actualité dans le jugement du 19 octobre 2007. Il existe, néanmoins, un point commun et crucial entre ces deux espèces relatif à l'interprétation de la procédure de notification de l'article 6-I-5 de la LCEN qui vise à faire peser sur les hébergeurs une présomption de connaissance quant à l'illicéité d'un contenu lorsque la notification, formulée par une personne ayant le sentiment d'être lésée, remplit un certain nombre de conditions. Doit-elle être réitérée lorsque, malgré la réactivité de l'hébergeur opérant le retrait d'un contenu litigieux, les ayants droit constatent *a posteriori* une nouvelle mise en ligne du même contenu ? A vrai

<sup>1</sup> TGI Paris, 19 octobre 2007, SARL Zadig Productions, Jean-Robert V. et Mathieu V. c/ Société Google Inc. et AFA, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=975>>.

<sup>2</sup> TGI Paris, 13 juillet 2007, Christian C., Nord Ouest Production c/ Dailymotion UGC Images, *Legalis.net*, <[http://www.legalis.net/breves-article.php3?id\\_article=1977](http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1977)>. Relevons toutefois une décision antérieure, quelque peu isolée, dont le raisonnement est équivalent : TGI Lyon, 21 juillet 2005, Groupe Mace c/ Gilbert D., *Legalis.net*, <[http://www.legalis.net/breves-article.php3?id\\_article=1589](http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1589)>.

<sup>3</sup> Même si ce chemin a été sinueux à la lecture de décisions récentes. Voir notamment : TGI Paris, Ord. réf., 22 juin 2007, Jean-Yves L. dit Lafesse c/ Myspace, *Legalis.net*, <[http://www.legalis.net/breves-article.php3?id\\_article=1965](http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1965)>.

<sup>4</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

<sup>5</sup> Même si certains auteurs ont milité pour l'application du régime de responsabilité des hébergeurs au stockage virtuel en application de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000. Voir : Lionel Thoumyre, « Les hébergeurs en ombre chinoise – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN », *RLDI*, mai 2005, p. 58 et suiv.

<sup>6</sup> Or, est-il besoin de rappeler que le contrôle *a priori* implique par définition l'initiative de la mise en ligne d'un contenu ? Pour un exemple jurisprudentiel, voir notamment : TGI Lyon, 21 juillet 2005, *précit.*

dire, l'irascibilité des ayants droit est bien compréhensible mais, on ne peut dire que les magistrats qui ont statué sur l'affaire *Dailymotion* aient contribué, pour les raisons sus-évoquées, à éclairer les hébergeurs quant aux obligations leur incombant dans un tel cas. Probablement conscients d'encourir la critique<sup>7</sup>, les mêmes juges statuant dans la présente affaire ont tenté d'éclairer nos lanternes dans un attendu d'une limpidité presque suspecte selon lequel « *si l'on peut considérer qu'en procédant le 15 avril 2006 au retrait du fichier dénoncé, la défenderesse a agi promptement et, remplissant ainsi ses obligations d'hébergeur, ne peut voir sa responsabilité civile engagée de ce fait, elle ne saurait en revanche invoquer le bénéfice de l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 s'agissant des mises en ligne postérieures survenues les 17 avril 2006, 1<sup>er</sup> décembre 2006 et 23 et 25 mai 2007* » et, d'en déduire, que « *l'argumentation selon laquelle chaque remise en ligne constitue un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification doit être écartée dans la mesure où, si les diffusions successives sont imputables à des utilisateurs différents, leur contenu, et les droits de propriété intellectuelle y afférents sont identiques* ».

Autrement dit, tout hébergeur qui stocke un contenu, même de manière inconsciente, pour lequel il a déjà opéré un retrait est susceptible de voir sa responsabilité engagée au titre d'un acte de contrefaçon. Afin d'échapper à toute responsabilité pour manquement à la procédure de notification, les hébergeurs doivent donc selon le Tribunal « *mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion* ». Les moyens évoqués par le Tribunal semblent faire écho à l'obligation de mise en œuvre de mesures de filtrage imposées aux fournisseurs d'accès, notamment lors de l'affaire ARRGRH<sup>8</sup>. Cette obligation est d'ailleurs juridiquement justifiable sur le fondement de l'article 6-I-8 de la LCEN<sup>9</sup>. Néanmoins, cette disposition doit se concilier avec l'article 6-I-7<sup>10</sup> de la même loi qui exclut toute obligation générale de surveillance à l'égard des fournisseurs d'hébergement.

Concrètement, dans quelle mesure l'absence de nécessité de réitérer une notification pour un contenu ayant préalablement fait l'objet d'une telle mesure (I) n'aboutit-elle pas à imposer aux hébergeurs une obligation prohibée par l'article 6-I-7 alinéa 1 de la LCEN (II) ?

## **I. De la nécessité de réitérer la notification d'un contenu illicite**

Il convient, dans un premier temps, d'exposer les conditions de recevabilité de la procédure de notification (A) pour cibler ensuite les cas où l'hébergeur est tenu de procéder au retrait du contenu (B).

### **A. Le « process » de la notification**

La procédure de notification doit répondre à certaines conditions afin que la requête formulée par la personne s'estimant lésée par la diffusion d'un contenu puisse aboutir à son retrait.

Selon la lettre de l'article 6-I-5 de la LCEN « *la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 [i.e. : les hébergeurs] lorsqu'il est notifié* » un certain nombre d'éléments telles les données d'identification de la personne à l'origine de la notification (conditions de recevabilité n° 2 et 3 de la procédure de notification), ou encore la description des faits litigieux et leur localisation précise (condition n°4). Certes, si la procédure de notification ne peut être considérée comme la seule possibilité de faire prendre connaissance à l'hébergeur du caractère illicite d'un

<sup>7</sup> Voir à ce sujet : « Y a pas que le CPI dans la vie, y a la LCEN aussi », [www.p-s.fr](http://www.p-s.fr).

<sup>8</sup> Franck Bergeron, « Affaire AAARGH : première application du référé « LCEN » », *Juricom.net*, 27 juin 2005, <<http://www.juricom.net/pro/visu.php?ID=719>>.

<sup>9</sup> Article 6-I-8 LCEN : « *L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 [les fournisseurs d'hébergement] ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 [les fournisseurs d'accès], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne* ».

<sup>10</sup> Article 6-I-7 LCEN : « *Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».

contenu<sup>11</sup>, il n'en demeure pas moins que l'hébergeur, pour pouvoir procéder au retrait dudit contenu dans les plus brefs délais, devra être informé de sa localisation précise<sup>12</sup>. Il semble donc que la réitération d'une notification soit un préalable nécessaire au retrait d'un contenu *a minima* lorsque ce contenu est remis en ligne par des internautes différents.

En outre, chacun connaît le contexte dans lequel le mécanisme de responsabilité des hébergeurs fût mis en place. Il n'a pour finalité que de pallier les difficultés d'identification des fournisseurs de contenus et ne vise donc pas à sanctionner les hébergeurs pour le stockage d'un contenu illicite en lui-même.

En plus d'être des prestataires de services, les hébergeurs sont également des prestataires « sociaux » dont la fonction consiste à stopper les atteintes à l'ordre public et aux droits des individus sur le web. De manière assez caricaturale, il est possible de relever une dualité de fonction émergeant de l'acte d'hébergement sur Internet, la première s'inscrivant dans une finalité économique et le seconde dans une finalité sociale. Comme en atteste la 6<sup>ème</sup> condition de l'article 6-I-5 de la LCEN selon laquelle la notification doit faire état de la tentative par le notifiant de contacter l'auteur ou l'éditeur du contenu litigieux, le premier responsable, lorsque l'hébergeur exerce sa fonction sociale, n'est autre que le fournisseur du contenu.

Le recours à l'hébergeur, dans l'esprit de la LCEN, doit donc être considéré comme subsidiaire. A la lueur de ce constat, la décision du Tribunal apparaît plus que contestable. En effet, les juges, rejettent l'argument de la société Google selon lequel « chaque remise en ligne constitue un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification » en relevant, dans le même temps, que « les diffusions successives sont imputables à des utilisateurs différents ».

Manifestement, le Tribunal prend quelques libertés avec la lettre de l'article 6-I-5 de la LCEN. Comment peut-on plaider pour une absence de réitération tout en évoquant explicitement la différence d'identité des utilisateurs du service mis en place par Google Video ? Une telle mention n'est, assurément, pas révélatrice du caractère subsidiaire de la responsabilité des hébergeurs par rapport au fournisseur de contenu.

## **B. De l'obligation de retrait d'un contenu litigieux**

Si une des mentions décrites par l'article 6-I-5 de la LCEN est manquante, on ne pourra légitimement présumer que l'hébergeur ait eu connaissance du caractère illicite d'un contenu. *A contrario*, la notification complète n'oblige pas en elle-même l'hébergeur à retirer le contenu présumé illicite. Une telle considération reviendrait à substituer l'hébergeur au juge dans l'analyse de l'illicéité et contribuerait à ne pas tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 n° 2004-496 DC, selon laquelle les hébergeurs ne sont tenus d'opérer le retrait d'un contenu notifié comme illicite sans avoir recours au pouvoir judiciaire que si cette illicéité apparaît comme manifeste<sup>13</sup>. La question d'un tel caractère concernant un contenu protégé par un droit de propriété intellectuelle doit donc être posée.

La réponse semble *a priori* d'une simplicité enfantine. En effet, comment considérer qu'un hébergeur ait connaissance de la cession consentie par l'auteur des ses droits patrimoniaux à telle ou telle personne ? Certes, il existe en matière audiovisuelle un registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel<sup>14</sup> qui permet de rendre opposable la cession des droits d'une telle œuvre au tiers.

---

<sup>11</sup> On peut très bien imaginer que l'hébergeur puisse acquérir cette connaissance par d'autres moyens, notamment par l'injonction que prononcerait un juge à son encontre l'enjoignant de procéder au retrait de tel ou tel contenu.

<sup>12</sup> Pour une interprétation identique, voir : Lionel Thoumyre, « Google Vidéo condamné pour contrefaçon », *Juricom.net*, 29 octobre 2007, <<http://www.juricom.net/actu/visu.php?ID=976>>.

<sup>13</sup> Voir Lionel Thoumyre, « Comment les juges français sont devenus juges du manifestement illicite », *Juricom.net*, 28 juillet 2004, <<http://www.juricom.net/int/visu.php?ID=561>>.

<sup>14</sup> <<http://prepcnfr.seevia.com/RPCAInternet/Pages/SiteInternet/Default.aspx>>.

Cependant, l'ensemble des œuvres protégées par un droit d'auteur ne font manifestement pas l'objet d'un tel système de publicité. Il semble donc difficile, en se fondant sur un régime de publicité spécial de faire peser sur l'hébergeur une obligation générale de recherche sur la titularité des droits de propriété intellectuelle. Un tel contenu ne sera pas manifestement illicite.

Est donc manifestement illicite tout contenu ne nécessitant pas de l'intermédiaire technique un acte positif dans la recherche de ce caractère. Certes, la jurisprudence a tendance à établir une présomption de mauvaise foi en défaveur du contrefacteur et il serait facile pour l'hébergeur, en application de cette « tradition » judiciaire d'obtempérer en faveur de la personne invoquant et démontrant ses droits sur une œuvre. Il n'en reste pas moins que cette présomption ne peut être qualifiée d'irréfragable et, qu'en tout état de cause, elle ne peut être constatée que par le juge.

Cependant, la charge de ce qui doit être considéré, à notre sens, comme une mauvaise interprétation de la LCEN ne doit pas entièrement peser sur les épaules de la juridiction parisienne. En effet, il semblerait que la société *Google*, appliquant un principe de précaution a, dès les notifications formulées par les ayants droit, accédé à leur demande de retrait. Elle s'est donc au mieux comporté comme si elle devait faire face à un contenu manifestement illicite et, au pire, s'est substituée au pouvoir d'appréciation des juges du fond, qui, rappelons-le, sont seuls à même de pouvoir juger de l'illicéité d'un contenu lorsque celle-ci n'est pas manifeste. Contrairement aux idées préconçues en la matière, on ne saurait trop conseiller aux hébergeurs de saisir le juge avant d'opérer le retrait d'un contenu, d'autant que le caractère intempestif d'un tel retrait serait également susceptible d'engager leur responsabilité.

Malgré les critiques formulées ci-dessus, il est vrai que cette solution peut apparaître comme sage. Les contenus contrefaisants sont la plupart du temps conservés sur les disques durs des internautes qui, d'un simple clic peuvent communiquer à nouveau au public un contenu ayant pourtant fait, dans un premier temps, l'objet d'un retrait. L'acte de retrait n'a donc aucun impact coercitif sur l'internaute non diligent. Ce constat fait, il paraît, par conséquent, difficile de laisser les ayants droit sans ressources face à une situation aussi illégitime. Les hébergeurs, eu égard à la difficulté de retrouver certains internautes qui seraient soit situés à l'étranger, soit férus d'informatique et qui réussiraient, par l'intermédiaire de leurs connaissances, à rendre invisible l'adresse IP de leur machine empêchant ainsi toute identification, apparaissent, malheureusement, comme les responsables quasi-naturels d'une telle situation.

Après tout, pourquoi pas ? D'aucuns diraient qu'ils se doivent d'assumer les conséquences de leur *business model*. Cette considération légitime la charge pesant sur les hébergeurs d'une obligation de mise en œuvre de mesures techniques, afin de scanner leurs serveurs ou sites *web* pour y détecter un contenu illicite préalablement identifié comme tel.

Néanmoins, une telle interprétation ne peut être satisfaisante que dans la mesure où cette obligation ne se heurte pas à l'un des critères prépondérants de qualification des hébergeurs, *i.e.* : l'absence d'obligation générale de surveillance<sup>15</sup>. A première vue, le reproche formulé par le Tribunal sur l'absence de justification dans l'accomplissement de « *diligences nécessaires en vue de rendre impossible la mise en ligne du documentaire* » litigieux aboutit à cette situation toujours paradoxale pour le juriste visant à appliquer un régime juridique à une qualification qui n'y répond pas.

Malgré cela, il est difficile à la lecture de ce jugement de ne pas considérer que les juges ont cherché à éviter cet écueil tant la référence à l'article 6-I-7 alinéa 1 de la LCEN est présente dès le début de la démonstration du Tribunal. Il faut, par conséquent, accorder aux magistrats une réelle volonté de concilier les articles 6-I-7 et 6-I-8 de la LCEN.

---

<sup>15</sup> Article 6-I-7 LCEN issue de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « commerce électronique » : « *Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».

## II. D'une absence d'obligation générale de surveillance à une obligation particulière ?

L'explosion des plateformes communautaires qui permettent à tout internaute de pouvoir communiquer sur tous les sujets à tout moment a, dans le même temps, facilité la mise à disposition d'œuvres protégées sur le réseau Internet. A cette évolution technologique, il semble que la réponse proposée par la jurisprudence soit d'ordre technique. Toutefois, dans un souci de cohérence juridique, il est nécessaire que cette réponse permette aux hébergeurs de surveiller certains contenus sans que cette obligation ne puisse être qualifiée de générale.

En effet, comment les magistrats qui obligent les hébergeurs à rechercher certains contenus peuvent éviter de leur imposer dans le même temps une quelconque obligation générale de surveillance (B) ? Cette surveillance est-elle techniquement possible et, en cas de réponse positive, est-elle efficace (A) ?

### A. Les solutions techniques, passerelles entre le général et le particulier ?

La réponse technique consiste à obliger les hébergeurs à n'effectuer qu'un « scan » sur les seuls contenus ayant déjà été identifiés comme illicites. Or, pour cela, il convient de tracer l'ensemble des œuvres. L'efficacité d'un tel système reposerait donc sur les nouvelles mesures de la loi DADVSI<sup>16</sup> qui reconnaissent la valeur juridique des mesures techniques de protection et d'identification tout en sanctionnant leur contournement. Cependant, on ne peut s'empêcher d'évoquer l'inéluctable intervention d'internautes, un peu plus avertis que les autres en matière informatique<sup>17</sup>, qui permettraient au public d'accéder à un contenu sans que la solution technique d'identification de l'œuvre ne soit plus d'aucune utilité. Certes, il est toujours possible d'arguer que le nombre d'œuvres dont les mesures d'identification ont été contournées serait considérablement restreint et que le but est d'empêcher l'accession de masse mais, on ne peut écarter le risque dû au phénomène du *buzz* sur Internet. L'interrogation sur la réelle efficacité des mesures techniques d'identification demeure.

En outre, il ne faut pas perdre de vue que la mise en ligne de contenus protégés par le droit d'auteur n'est pas la seule à pouvoir faire l'objet d'une réitération. Dans quelle mesure une telle obligation serait envisageable dans les cas de diffamation ou de mise en ligne de photographies pédophiles ? Ces contenus semblent bien difficiles à tracer. Faut-il alors, dans un élan de résignation, considérer que l'application de la LCEN au *web 2.0* débouche sur des incohérences flagrantes et militer pour une révision à la source<sup>18</sup>, *i.e.* : de la directive « commerce électronique » ? Auparavant, il convient de concéder que la décision du 19 octobre 2007 n'impose pas aux hébergeurs de filtrer l'ensemble des contenus stockés mais seulement ceux ayant été notifiés comme tel. Les juges du fond espèrent, peut-être, échapper par ce biais à l'objection selon laquelle ils imposent aux hébergeurs une obligation générale de surveillance. Reste à envisager la cohérence juridique de cette interprétation de la décision *Google Video*.

### B. La frontière juridique entre le général et le particulier

La conceptualisation de la notion d'obligation générale de surveillance (1) permet d'établir une frontière entre la généralité et la particularité de l'obligation. Cette démarche conduit à considérer que les juges ont pu interpréter l'obligation mise à la charge des hébergeurs comme une obligation particulière de surveillance pour laquelle il conviendra d'examiner la cohérence à la lueur des conditions d'application requise par la lettre de la LCEN (2).

<sup>16</sup> Loi n° 2006-961, 1<sup>er</sup> août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

<sup>17</sup> Ce qui implique qu'outre le fait qu'ils aient contourné des mesures techniques de protection et se soient rendus invisible sur le *web* en effaçant toute trace de leurs adresses IP afin de ne pas tomber sous le coup des dispositions anti-contournement.

<sup>18</sup> En ce sens voir les propos d'un blogueur masqué : « Y a pas que le CPI dans la vie, y a la LCEN aussi », P-S.fr, commentaire du 26 septembre 2007, 12h26, <<http://www.p-s.fr/>>.

## 1. Conceptualisation de la notion d'obligation générale de surveillance

Conformément à la tradition juridique tout principe connaît ses exceptions. Au principe selon lequel les hébergeurs ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance correspond donc l'exception de faire peser sur ces derniers une obligation particulière de surveillance. Or, il n'est pas exclu que les juges du fond aient construit leur argumentation en partant de ce postulat. En effet, les juges imposent seulement aux hébergeurs un filtrage sélectif visant à la recherche d'un contenu préalablement identifié. En réalité, tout dépend de la nature de l'obligation générale de surveillance. L'obligation est-elle générale du fait que les hébergeurs doivent filtrer l'ensemble des contenus pour en rechercher seulement un ? Ou la généralité s'exprime-t-elle par la seule recherche sur l'ensemble des contenus afin d'identifier les contenus illicites potentiels ?

A vrai dire, tant la LCEN<sup>19</sup> que la directive « commerce électronique »<sup>20</sup> ne sont pas d'un grand secours pour arbitrer ce débat. Les dispositions ayant trait à l'obligation générale de surveillance se bornent, dans ces deux textes, à exprimer l'impossibilité d'imposer aux hébergeurs une telle obligation sans en expliquer la signification<sup>21</sup>.

Retenir la qualification d'obligation générale de surveillance lorsque cette dernière implique une veille sur les contenus stockés potentiellement illicites et non identifiés, pourrait favoriser la décision commentée qui n'impose aucunement une obligation de surveiller les contenus dans leur ensemble. S'ils n'imposent pas à l'hébergeur une telle généralité dans la surveillance, il faut concéder que les magistrats ne dérogent pas à la prohibition de l'article 6-I-8 de la LCEN<sup>22</sup>. Une telle conception implique donc d'inscrire l'obligation générale de surveillance dans une limite temporelle selon laquelle, une fois un contenu identifié, la recherche de ce seul contenu parmi de nombreux autres fait perdre le caractère de généralité à la surveillance effectuée par l'hébergeur.

Peut-être faut-il entendre par obligation générale de surveillance, obligation préventive de surveillance. Ce changement de vocable ne modifie pas pour autant la finalité de l'obligation « sociale » de l'hébergeur. Qu'elle soit qualifiée de préventive ou de générale, la prohibition implique que l'hébergeur ne peut être tenu pour responsable des contenus mis en ligne par les destinataires de ses services. Cette interprétation qui vise à établir une frontière entre la généralité et la particularité de l'obligation est d'ailleurs renforcée par une analyse de la procédure de la LCEN.

## 2. Conditions d'application de l'obligation particulière de surveillance

Concrètement, l'ayant droit qui découvre la mise à disposition du public de l'une de ses œuvres sans que son autorisation n'ait été requise devra, en application de l'article 6-I-5 de la LCEN, notifier à l'hébergeur sa volonté de faire retirer le contenu litigieux. En cas de réitération, il pourra formuler une requête auprès de l'autorité judiciaire, en se fondant sur les dispositions de l'article 6-I-8 de la LCEN<sup>23</sup>.

Par ailleurs, le bon sens milite pour que l'obligation de surveillance passe d'une qualification de « générale » à « particulière » dès lors que le contenu illicite a été identifié. En effet, outre qu'il est quasiment unanimement reconnu que certaines difficultés techniques et économiques freineraient la possibilité pour les hébergeurs d'exercer une surveillance préventive, certaines raisons, plus juridiques, permettent de plaider pour l'analyse temporelle de l'obligation générale de surveillance.

D'une part, imposer une telle obligation aux hébergeurs reviendrait à les faire juges de ce qui n'est pas manifestement illicite, ce qui desservirait, d'autre part, l'exercice de la liberté d'expression sur Internet. Il faut donc convenir que, jusque là, l'appréciation de la situation par le Tribunal apparaît comme juridiquement satisfaisante. Les conditions énumérées par l'article 6-I-7 alinéa 2 de la LCEN,

<sup>19</sup> Voir *supra* note n°10.

<sup>20</sup> Article 15 directive « commerce électronique » : « Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires [...] une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

<sup>21</sup> Même les considérants de la directive ne son pas loquaces à ce sujet.

<sup>22</sup> Voir *supra* note n°9.

<sup>23</sup> Voir *supra* note n°9.

afin de pouvoir imposer une obligation particulière de surveillance à l'hébergeur, sont bien remplies. L'activité de surveillance est en tout état de cause « ciblée » et, on peut présumer que l'hébergeur ne sera pas lié *ad vitam eternam* par cette obligation. Du moins, lorsqu'elle porte sur un contenu protégé par un droit d'auteur, l'hébergeur sera lié au maximum jusqu'à la fin du monopole<sup>24</sup>. On peut donc considérer qu'une telle obligation répond à la nécessité d'être « temporaire »<sup>25</sup>.

Néanmoins, un point demeure encore obscur. Conformément à ce qui a été indiqué dans les développements relatifs à la procédure de notification, la finalité de la LCEN n'est pas à tout prix de responsabiliser les hébergeurs et derrière cela de les sanctionner. Cette disposition de la LCEN n'a pour but que de permettre une réaction rapide palliant les difficultés de l'ordre judiciaire dans l'identification de tel ou tel fournisseur d'un contenu illicite. La sanction prononcée à l'encontre de la société Google est donc difficilement compréhensible dans la mesure où il ne peut lui être reproché de n'avoir pas « accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible la remise en ligne du documentaire ». Cette obligation de diligence n'incombe à l'hébergeur, au sens de la LCEN, qu'une fois reçue injonction de l'autorité judiciaire de procéder à une telle surveillance ciblée et temporaire. Ce n'est que s'il ne respecte pas cette injonction que l'hébergeur sera responsable du maintien en ligne du contenu litigieux, et non s'il n'a pas effectué de surveillance à la suite de la notification de la présence d'un contenu présumé illicite. La notification ne vaut pas identification d'un contenu illicite. Même si l'article 6-I-4 de la LCEN<sup>26</sup> énonce que les notifications infondées feront l'objet de lourdes sanctions, l'hébergeur ne peut présumer de la véracité de la notification sans se confondre dans un rôle de censeur ou de magistrat.

Si la démarche du tribunal est intellectuellement justifiable en ce qu'elle échappe à la prohibition des obligations générales de surveillance, en revanche, la sanction apparaît comme quelque peu anticipée. Elle n'aurait dû intervenir qu'après l'absence de réponse de l'hébergeur qui se serait vu enjoindre par l'autorité judiciaire, sur les fondements des articles 6-I-7 alinéa 2 ou 6-I-8 de la LCEN, d'exercer une surveillance sur un contenu déterminé.

Finalement, on ne peut résister à l'envie de souligner que les ayants droit ont, peut-être, manqué d'imagination en tentant d'invoquer le régime de responsabilité de l'article 6-I-2 de la LCEN pour voir sanctionner un hébergeur. Même si les juges du fond ont répondu par l'affirmative à leur requête, ce n'est pas sans bouleverser l'équilibre souhaité par le législateur lors du long processus d'adoption de la LCEN. Or, d'autres dispositions pourraient être à même de sanctionner les atteintes aux droits de propriété intellectuelle avec toute la réserve qu'impose l'absence de contentieux fondé sur ces dispositions.

En effet, l'impatience nous étirent lorsque l'on songe à une application de l'article L. 335-2-1 du CPI<sup>27</sup>, concernant une hypothétique possibilité de sanctionner les gestionnaires d'une plateforme *web 2.0* et, de l'article L. 336-1<sup>28</sup> du même code, concernant la possibilité de mise en place de procédure de

---

<sup>24</sup> Même s'il faut en convenir, la durée de ce monopole, *i.e.* : 70 ans *post mortem*, ne met pas l'hébergeur dans une situation des plus confortables.

<sup>25</sup> Seconde condition de l'article 6-I-7 alinéa 2. Cependant, il serait préférable de mentionner une durée de manière explicite à l'instar du jugement du T. com. Paris, réf., 28 juillet 2007, « Vivastreet ». Voir Benoît Tabaka, « Vivastreet tenu à une obligation de filtrage a priori », *Juriscom.net*, 27 octobre 2007, <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=974>>.

<sup>26</sup> Article 6-I-4 LCEN : « Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnés au 2 un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15000€ d'amende ».

<sup>27</sup> Article L. 335-2-1 CPI : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait : 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ; 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1° ».

<sup>28</sup> Article L. 336-1 CPI : « Lorsqu'un logiciel est principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toutes mesures nécessaires à la protection de ce droit et conformes à l'état de l'art. Les mesures ainsi ordonnées ne peuvent avoir pour effet de dénaturer les

contrôle sur les contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle, lors de la soumission aux juges du fond de situations semblables à celle d'espèce. Certes, de tels fondements impliquent que les plateformes d'hébergement puissent être qualifiées de logiciels mais, cela ne paraît pas inconcevable à l'heure de l'ASP<sup>29</sup>. Gageons que la responsabilité des gestionnaires de ces plateformes Internet sera encore, pendant quelques temps, source de réflexions.

R. H.

---

*caractéristiques essentielles ou la destination initiale du logiciel. L'article L. 332-4 est applicable aux logiciels mentionnés au présent article ».*

<sup>29</sup> « *Application Service Provider* ». Pour une définition de ce type de contrats informatiques, voir : V. Sédaillan et J. Dupré, *Le contrat d'achat informatique*, Vuibert, p. 320