

Le « manifestement illicite », mystérieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur

Ophélie Fondeville et Anne-Sophie Jouannon

Emails : fondeville.ophelie@hotmail.fr et as_jouannon@hotmail.com

La notion de « manifestement illicite » constitue la clé de voûte du régime de la responsabilité de l'hébergeur.

Si l'on en revient à la directive du 8 juin 2000¹, que transpose la Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), elle retient la responsabilité de l'hébergeur lorsque ce dernier a « *effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite* » et « *n'a pas agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible*. » Or, le considérant 46 de la directive précise que sa responsabilité ne sera engagée qu'à partir du moment où « *il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités* ». Le considérant apporte ici une précision notoire en parlant de « *caractère illicite* » du contenu. Cette différence est reprise par le *Forum des droits sur l'Internet* dans sa Recommandation du 6 février 2003 sur le projet de loi LEN². Ce dernier conclut que « *dans tous les cas, tant au civil qu'au pénal, la connaissance du caractère illicite de l'information ou de l'activité constitue la pierre angulaire du régime juridique retenu*. »

Qu'en est-il de la LCEN ? En matière civile, la responsabilité de l'hébergeur ne pourra pas être engagée s'il « *n'avait pas effectivement connaissance [du] caractère illicite* » des informations et activités stockées³. Il en va de même en matière pénale, malgré une rédaction différente de la loi.

En se référant au caractère illicite du contenu, le législateur veut insister sur la connaissance effective du droit, non pas du seul fait. Par là, il a voulu donner un caractère plus sérieux à la notion d'illicéité.

Pourtant, l'hébergeur ne peut pas jouer le même rôle qu'un juge, et le fait de retirer un contenu sans être certain de son caractère illicite peut lui être préjudiciable⁴.

Le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation, dans sa décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 portant sur la LCEN⁵, dans laquelle il place les responsabilités civile et pénale au même plan. Selon lui, il faut que le caractère illicite de l'information dénoncée soit manifeste ou qu'un juge en ait ordonné le retrait.

L'hébergeur ne peut donc pas être juge du caractère illicite d'un contenu, mais il doit l'être d'un caractère manifestement illicite : le problème ressurgit alors sur la notion de « *manifestement illicite* ».

La difficulté d'une définition du « manifestement illicite »

Il n'existe pas de définition légale du « *manifestement illicite* ». C'est pourquoi il appartient aux juges de l'interpréter. Or, si l'interprétation du Conseil constitutionnel est complétée par la jurisprudence, l'on peut passer d'une interprétation restrictive à une interprétation plus large, risquant de vider le terme « manifestement » de toute substance. Le Conseil constitutionnel rappelle que « *la directive du 8 juin 2000 a pour but (...) non pas [de] créer de nouveaux cas de responsabilité civile ou pénale, mais au contraire [de] conforter la sécurité juridique des opérateurs en les soustrayant, dans toute une série d'hypothèses, à toute responsabilité*. »⁶. Pourtant une interprétation extensive du terme « *manifestement illicite* » élargirait les

¹ Directive 2000/31/CE, 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 dit « directive sur le commerce électronique ».

² Recommandation sur le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, rendue publique le 6 février 2003, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.htm>>.

³ Article 6-I-2 LCEN.

⁴ Lionel Thoumyre relève les mêmes interrogations : « comment l'hébergeur peut-il reconnaître le caractère illicite d'un contenu s'il n'est point juge ? Peut-il retirer un contenu de son serveur sans être certain de son caractère illicite ? La solution dépend de la marge d'appréciation qu'on laisse à l'hébergeur », dans « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite », Juriscom.net, 28 juillet 2004, <<http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=561>>.

⁵ Conseil Constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel n°17, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc17/jurisp496.htm>>.

⁶ *Idem*.

hypothèses dans lesquelles les hébergeurs engageraient leur responsabilité en cas d'inaction, ce qui ne serait pas conforme à l'objectif communautaire.

Les auteurs s'accordent à dire que l'expression « *manifestement illicite* » vise « *les contenus d'une gravité avérée et dont le caractère illicite ne semble pas discutable* »⁷ : l'apologie des crimes contre l'humanité, l'apologie des crimes de guerre, l'incitation à la haine raciale, la pornographie infantine, l'incitation à la violence, les atteintes à la dignité humaine, et les activités illégales de jeux d'argent. Nous pouvons y ajouter les contenus racistes⁸, antisémites⁹, négationnistes et révisionnistes¹⁰.

Mais qu'en est-il de la contrefaçon, et, plus largement, de l'atteinte à la propriété intellectuelle ? Sont-elles « manifestement illicites » ? Le secrétaire général du Conseil constitutionnel, lors d'une explication de texte pour la presse, le 15 juin 2004, avait considéré qu'« *en aucun cas les atteintes au code de la propriété intellectuelle ne pourraient être considérées comme un cas manifeste* »¹¹.

Les précisions apportées par la jurisprudence

La première décision qui se réfère à la LCEN et qui met en relief le problème d'interprétation du « manifestement illicite » est un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris en date du 15 novembre 2004¹². Dans cette affaire, dans laquelle il était question de propos négationnistes du génocide arménien, les juges ont considéré que « *puisque'il ne résulte pas d'une violation de la loi pénale, le caractère manifestement illicite des documents litigieux ne peut être la conséquence que d'un manquement délibéré à une disposition de droit positif explicite et dénuée d'ambiguïté* ». Cette décision exonère donc l'hébergeur de toute responsabilité. Toutefois, le tribunal a dû examiner trois textes internationaux et deux lois françaises pour aboutir à cette décision.

Il était donc impossible pour l'hébergeur d'évaluer le caractère manifestement illicite, la démarche pour arriver à la solution étant trop complexe et technique. Il faut que le caractère illicite du contenu soit flagrant, sans avoir à analyser la situation au regard de nombreux textes législatifs.

En outre, les juges ont ici apprécié – à l'instar d'autres décisions¹³ – le caractère « manifestement illicite » comme un « *manquement à une disposition légale explicite et dépourvue d'ambiguïté* ». Mais cette interprétation n'apparaît pas satisfaisante : certes, nous ne pouvons pas bafouer la règle selon laquelle « *nul n'est censé ignorer la loi* », mais dans la réalité, nous en revenons toujours au point problématique. Ainsi, même si l'hébergeur connaît la loi, et en particulier les dispositions explicites et dépourvues d'ambiguïté, il n'en est pas juge et, dans cette optique, il n'est pas toujours capable, tout en connaissant les textes, de savoir identifier formellement ce qui contrevient aux dispositions légales.

Les juges ont apprécié autrement la notion de « manifestement illicite » dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 12 décembre 2007, opposant *Google Inc.* et *Google France* à *Benetton Group* et *Bencom*. Dans cette affaire, il s'agissait d'un blog hébergé par *Google Inc.* qui portait atteinte à l'image de marque de *Benetton* et *Bencom*, et constituait un usage frauduleux de la marque. *Benetton* et *Bencom* avaient alors prouvé à la société *Google*, en utilisant la procédure de notification, que ce blog était

⁷ Lionel Thoumyre, « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite », Juriscom.net, 28 juillet 2004, <<http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=561>> ; Etienne Wery, « La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés », 15 février 2007, <<http://www.droit-technologie.org/actuality-1008/la-notion-de-contenu-manifestement-illicite-soumise-au-juge-des-refere.html>>.

⁸ TGI Paris, réf., 12 juillet 2001, AIPJ, La Licra, et a. c/ AFA, 13 fournisseurs d'accès et prestataires techniques d'Internet, <http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/responsabilite/ord_tgi_paris_120701.htm>.

⁹ TGI Nanterre, 1^{re} ch., 24 mai 2000, UEJF c/ Multimania production, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 29, n° 1845 ; <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tginanterre20000524.htm>>, jugement confirmé par CA Versailles, 12^e ch., 16 mai 2002, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 51, n° 3270 ; <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/caversailles20020516.htm>>.

¹⁰ TGI Paris, réf., 13 juin 2005, UEJF, SOS Racisme, J'Accuse, MRAP et a. c/ OLM, Planet.com, France Télécom, Free, AOL France et a., dite « affaire AAARGH », <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=717>>.

¹¹ Propos rapportés par Jérôme Thorel, « LCEN: le Snep désapprouve en partie l'avis du Conseil constitutionnel », Zdnet.fr, 22 juin 2004, <<http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/0,39040748,39157926,00.htm>>.

¹² TGI Paris, 15 novembre 2004, 17^{ème} Chambre, Comité de défense de la cause arménienne (CDCA) c/ le Consul Général de Turquie à Paris et la société Wanadoo France Télécom, <<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-grande-instance-de-paris-17e-chambre-15-novembre-2004.html>>.

¹³ Voir notamment T. Com., référé, 17 octobre 2006, Société Konami Digital Entertainment Paris Branch c/ SA Babelstor, <<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-commerce-de-paris-ordonnance-de-refere-17-octobre-2006.html>>.

manifestement illicite et l'avaient mis en demeure d'en bloquer l'accès. Mais *Google*, malgré ces preuves et cette demande, avait attendu que le juge des référés, en première instance, lui ordonne d'agir alors qu'il aurait déjà dû le faire suite à la notification. Nous retrouvons ici le triptyque mis en avant par le Professeur Michel Vivant avant l'entrée en vigueur de la LCEN : « savoir-pouvoir-inertie », selon lequel la responsabilité du prestataire est engagée dès lors qu'il sait qu'il a des raisons d'intervenir, qu'en outre il est en mesure techniquement de le faire, mais qu'il refuse d'agir¹⁴. La société *Google Inc.* a été condamnée pour avoir manqué à ses obligations résultant de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004, et a interjeté appel en soulevant que les atteintes à des droits de propriété intellectuelle ne constituaient pas des infractions manifestement illicites au sens de l'article 6.1.7 de la LCEN.

Or, les juges ont estimé que lorsqu'un certain nombre d'éléments de preuve ont été apportés par un ayant droit sur la titularité de sa marque et sur le fait que la personne exploitant la marque n'en a pas obtenu l'autorisation, alors l'information est manifestement illicite. L'hébergeur doit donc s'en remettre aux preuves apportées par le plaignant. On est passé de l'appréciation du juge (sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000), à celle de l'hébergeur (article 6 de la LCEN), puis à celle du plaignant (affaire *Bencom*). Pour autant il faut que les réclamations soient fondées, à charge pour l'hébergeur d'en apprécier la légitimité. Mais comment l'hébergeur peut-il apprécier la légitimité de telles réclamations, comment peut-il vérifier l'authenticité des preuves, lui qui n'est point juge ?

La doctrine face à la notion de « manifestement illicite »

Notons que dès 2003, le *Forum des droits sur l'Internet*, dans sa recommandation concernant le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁵, avait proposé que l'hébergeur ne soit tenu responsable des contenus illicites qu'en fonction de ses compétences propres : « *Concernant l'analyse des faits et des circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, il reviendra au prestataire d'apprécier celui-ci, notamment en fonction de son degré de spécialisation, du contenu des codes de conduite reconnus par la profession ou encore des éléments de preuve apportés par des agents assermentés* ».

De même, Benoît Tabaka, dans une chronique de décembre dernier, a réitéré cette idée, précisant qu'« *en matière de connaissance de contenus illicites, le champ de l'illicéité pourra varier selon les compétences du prestataire.* »¹⁶

Plus précisément, selon Lionel Thoumyre, l'interprétation de la notion de « manifestement illicite » pourrait se faire "*in concreto*", c'est-à-dire en fonction des connaissances juridiques que l'on peut raisonnablement attendre d'un hébergeur¹⁷.

Cette interprétation ferait en effet figure de juste milieu entre les obligations des hébergeurs et les attentes des ayants droit. En outre, elle limiterait le champ du « manifestement illicite » à des propos ouvertement illicites comme les termes « antisémite », « sale nègre » qui ne font pas de doute quant au caractère raciste, ou des termes décrivant des produits, comme « copies » ou « imitations », qui là non plus ne sont sujets à aucune ambiguïté concernant la caractérisation d'une contrefaçon.

Le « contenu manifestement illicite » ainsi défini n'est tout de même pas seul au pays du « manifestement illicite » : contenu et trouble entretiennent des relations de voisinage.

Ainsi, il est important de noter une jurisprudence constante, symbolisée notamment par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 février 1999, opposant Valentin Lacambre à Estelle Hallyday¹⁸. Certes, cet arrêt a été rendu avant l'adoption de la LCEN, mais la solution n'a guère changé : une atteinte à la vie privée ou une

¹⁴ Michel Vivant, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », JCP éd. G, n°45-46, 10 novembre 1999, p. 2023.

¹⁵ Recommandation sur le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, rendue publique le 6 février 2003, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.pdf>>.

¹⁶ Benoît Tabaka, « Commerce électronique : les plates-formes sont-elles des hébergeurs ? », RLDI, décembre 2007, n°33, p.15

¹⁷ Lionel Thoumyre cité dans Reporters sans Frontières, « Loi sur la confiance dans l'économie numérique (LEN) : première jurisprudence sur la responsabilité des hébergeurs », 17 novembre 2004, <http://www.rsfn.org/imprimer.php3?id_article=11863>.

¹⁸ CA Paris, 14^e ch., 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin L., Légipresse 1999, n° 160, III, p. 52 et s., Dalloz, 1999, jur., 389, note N. Mallet-Poujol N. ; Gaz. Pal., 5-6 avril 2000, p. 19, note C. Caron. Sur cet arrêt, voir Lionel Costes, « Quelle responsabilité pour les fournisseurs d'hébergement Internet ? », Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 14, n° 857, p. 5 ; M.-E. Bichon-Lefevre, « Retour sur la décision de la Cour d'appel de Paris du 10 février 1999 », Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 114, mai 1999.

diffamation constituent un « trouble manifestement illicite » peuvent impliquer à ce titre la responsabilité de l'hébergeur.

Pourtant, des propos portant atteinte à la vie privée ont été considérés par le Tribunal de grande instance de Paris, dans une ordonnance de référé en date du 19 octobre 2006¹⁹, comme ne revêtant pas un « caractère manifestement illicite » au sens de la LCEN et de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel. Le juge a même précisé que « *le contenu du blog ne justifiait pas son retrait immédiat* ». Mais en l'espèce, le tribunal a dû tenir compte de deux circonstances particulières : la plaignante avait elle-même remis en ligne le contenu litigieux, et n'avait pas correctement notifié ce contenu à l'hébergeur. La responsabilité de l'hébergeur ne devait donc pas être engagée.

Il ressort de ces jurisprudences une distinction entre le « trouble manifestement illicite » et le « contenu manifestement illicite »²⁰.

Ainsi, le « contenu manifestement illicite », qui résulte de la LCEN et de l'interprétation qui en a été faite par le Conseil constitutionnel, concerne la cause, la nature juridique du dommage²¹. Il est le résultat d'une interprétation stricte, fondée sur une liste d'exemples non exhaustive, mais qui concerne des atteintes graves à l'ordre public, la défense nationale, la sécurité, mais pas de simples violations de la loi.

En revanche, le « trouble manifestement illicite », déterminé par le juge des référés au cas par cas comme l'y autorisent les articles 808 du Code de procédure civile pour le tribunal de grande instance et 873 pour le tribunal de commerce, concerne les conséquences, les caractéristiques du dommage²². Il bénéficie d'une interprétation très large, pouvant s'appuyer sur de simples violations de la loi. De plus, les décisions rendues en référé sont par nature sommaires. La jurisprudence devrait donc s'attacher à ne pas allier les deux termes dans les décisions et même à les distinguer nettement²³.

Toutefois, dans le but de protéger la liberté d'expression, le droit français a besoin d'un « manifestement illicite » assez strict, afin d'éviter que nombre de contenus simplement déplaisants puissent être retirés du net et de ne pas pousser à un mécanisme d'autocensure par les hébergeurs sur des réclamations d'internautes qui ne sont pas toujours fondées.

¹⁹ TGI Paris, réf., 19 octobre 2006, Mme H.P. c/ Google France, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=860>>.

²⁰ Voir sur ce point Jean-Louis Fandiari, « Application stricte du régime de responsabilité des hébergeurs pour le service blog de Google », Juriscom.net, 7 novembre 2006, <<http://juriscom.net/actu/visu.php?ID=862>>; Lionel Thoumyre, « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite », Juriscom.net, 28 juillet 2004, <<http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=561>> ; Etienne Wery, « La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés », 15 février 2007, <<http://www.droit-technologie.org/actuality-1008/la-notion-de-contenu-manifestement-illicite-soumise-au-juge-des-refere.html>>.

²¹ Voir pour un exemple : CA Paris, 14^e ch., 12 décembre 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom, n° 07/10036, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=999>>.

²² Voir par exemple : T. Com., référé, 17 octobre 2006, Société Konami Digital Entertainment Paris Branch c/ SA Babelstor, <<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-commerce-de-paris-ordonnance-de-refere-17-octobre-2006.html>>.

²³ Sur la distinction entre les deux notions du manifestement illicite (cause/conséquence), voir Lionel Thoumyre, « Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs », RLDI février 2008 n° 35, chronique n° 1164.