

Prestataires techniques de l'Internet : le sens des responsabilités

Julien Taïeb

LL.M. in General Studies, New York University School of Law

Master de droit des créations numériques, Universités Panthéon-Sorbonne et Jean Monnet

Master de droit anglo-américain des affaires, Université Panthéon-Sorbonne

Elève avocat

Email : julientaieb9@hotmail.com

Introduction

Fuzz, *Lespipoles*, *Google*, *Daily Motion*, *My Space*, autant de noms qui font ces derniers temps l'actualité du droit de la responsabilité des prestataires techniques de l'Internet.

Les récentes décisions se prononçant sur cette question soulevaient notamment la question de la responsabilité des sites Internet pour les contenus générés par leurs utilisateurs. Plus précisément, il s'agissait tout d'abord de savoir si ces sites devaient être considérés comme éditeurs ou hébergeurs, afin de leur appliquer le régime de responsabilité correspondant : article 6.1.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (la « LCEN »)¹ pour l'hébergeur et droit de la responsabilité civile et pénale pour l'éditeur.

Ces décisions posaient encore la question de l'interprétation de la LCEN : la loi est récente et traite de questions techniques, ce qui ne facilite pas forcément sa compréhension et son application. Trouver le juste point d'équilibre entre les droits et les obligations des hébergeurs est une tâche délicate. Elle l'est d'autant plus compte tenu du caractère global de l'Internet.

1. La confusion des statuts d'hébergeur et d'éditeur

En droit, la notion d'éditeur est inexistante² même si l'on s'accorde à penser que l'éditeur est lui-même à l'origine des contenus diffusés et opère ainsi un choix éditorial. A l'inverse, l'hébergeur a, lui, pour vocation de mettre à disposition des internautes des sites Internet gérés par des tiers « par le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature »³.

1.1 Des critères prétoriens inefficaces

Le 26 mars dernier, le Tribunal de grande instance de Paris rendait une décision majeure en reconnaissant que *Fuzz*, un site d'informations alimenté par les internautes, avait porté atteinte à la vie privée de l'acteur Olivier Martinez⁴.

Fuzz est un site communautaire permettant aux internautes de poster des informations diffusées ailleurs sur le Net et de les partager. Ainsi, la plateforme avait publié un lien vers le site célébrités-stars.blogspot.com indiquant que l'acteur français était de nouveau en couple avec son ex-compagne. En tant que site d'informations fournies par les internautes, *Fuzz* réclamait qu'on lui reconnaisse le statut d'hébergeur et qu'on lui applique le régime de responsabilité allégé correspondant. L'enjeu posé était de taille puisque l'article 6.1.2. de la LCEN dispose que les hébergeurs « ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un

¹ Loi n° 2004-575 disponible sur le site de Légifrance, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164&dateTexte=>>.

² Tant dans la LCEN que dans la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle. Non sans susciter mystère et perplexité, l'article 6 de la LCEN indique que l'éditeur est la personne qui « édite un service de communication en ligne ».

³ Article 6 de la LCEN.

⁴ TGI Paris, référé, 26 mars 2008, décision Olivier Martinez / Bloobox Net, Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1043>>.

destinataire de ces services si elles [ils] n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

Les hébergeurs bénéficient d'un régime de responsabilité restreint en ce qu'ils ne sont pas responsables des contenus publiés par les internautes et n'ont dès lors pas l'obligation de modérer ces contenus avant leur mise en ligne. Ils ne sont pas soumis à une « *obligation générale de surveillance* » des contenus qu'ils diffusent, « *ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* »⁵. Le bénéfice de ce régime est donc soumis au respect d'une certaine neutralité vis-à-vis des contenus diffusés. En revanche, dès qu'ils reçoivent une mise en demeure d'un ayant droit ou d'un plaignant, les hébergeurs ont l'obligation de retirer promptement les contenus litigieux⁶.

Fuzz est un site dont le contenu est alimenté par des flux RSS (*Really Simple Syndication*), c'est-à-dire qu'il était organisé selon un format de syndication de contenus web permettant de diffuser de façon automatique des fils d'information à destination des internautes. Ainsi, l'internaute qui a vu l'information concernant Olivier Martinez sur le site *celebrities-stars.blogspot.com* l'a faite automatiquement apparaître sur le site *Fuzz* en un clic. L'hébergeur de *Fuzz*, Eric Dupin n'ayant pas eu la possibilité de filtrer cette information, on pouvait penser que le défendeur s'apparentait davantage à un hébergeur qu'à un éditeur.

Dans son ordonnance de référé, le juge Jean-Philippe Draeher a pourtant considéré qu'« *en renvoyant au site celebrities-stars.blogspot.com, Fuzz.fr avait opéré un choix éditorial, de même qu'en agençant différentes rubriques telles que celles intitulé 'People' et en titrant en gros caractères 'Kylie Minogue et Olivier Martinez toujours amoureux ensemble à Paris* ». Pour le tribunal, « *l'acte de publication doit être compris non pas comme un simple acte matériel, mais comme la volonté de mettre le public en contact avec des messages de son choix* ». *Fuzz* « *doit donc être considéré comme un éditeur de service de communication au public en ligne* ». A en croire le juge des référés, le site *Fuzz* devait supporter une responsabilité éditoriale pour avoir effectué une publication, c'est-à-dire pour avoir (i) volontairement mis le public en contact (ii) avec des messages librement choisis. Au regard de cette définition, il est toutefois possible de se demander dans quelle mesure une publication a véritablement eu lieu. En effet, les messages diffusés étaient choisis par les utilisateurs et non par le responsable du site *Fuzz*. Ce dernier n'a donc pu manifester son intention de transmettre au public l'information litigieuse. Comment doit-on alors entendre cette « *volonté* » du défendeur caractérisée par l'ordonnance de référé ? Ne correspondant plus à une action mûe par l'intention de l'hébergeur, il faut sans doute y voir une omission de filtrer les informations diffusées sur le site Internet. Les hébergeurs auraient donc une obligation légale d'agir en éditeurs, à défaut de quoi, ils supporteraient de toute façon une responsabilité éditoriale.

Dans deux précédentes affaires basées sur des faits similaires⁷, un réalisateur français avait reproché à trois sites d'informations, *Lespipoles*, *Dico du Net* et *Wikio*, la publication d'un flux RSS qui renvoyait à un article mis en ligne sur le site de *Gala.fr* et dont le contenu portait atteinte à sa vie privée. Le demandeur alléguait que les sociétés défenderesses étaient éditrices puisqu'elles organisaient et choisissaient le système de renvoi vers le site de *Gala.fr*. Si la responsabilité éditoriale de *Wikio* a été écartée pour des raisons de mention légale, celle des sites *Lespipoles* et *Dico du Net* a été engagée par le juge des référés sur la base d'un faisceau de critères. Les deux sites d'information doivent être considérés comme éditeur car (i) les sites agencent différents flux RSS dans des cadres préétablis ayant trait à un thème précis, (ii) le site possède « *un moteur de recherche propre au thème traité* », (iii) le site agence les sources de manière à permettre à l'internaute d'avoir « *un panorama général [...] sur un thème précis* », (iv) le site comporte « *des publicités dont il tire profit* », et enfin (vi) le site est abonné aux flux RSS litigieux (*Gala.fr*), lequel « *correspond précisément au thème choisi* ».

⁵ Article 6.1.7 de la LCEN.

⁶ Pourvu que le caractère illicite de ce contenu leur apparaisse manifeste.

⁷ TGI Nanterre, référé, 7 mars 2008, décision M. O. D. c/ SARL Planète Soft, Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1035>>, TGI Nanterre, référé, 28 février 2008, décision M. Olivier Dahan c/ M. Eric Duperrin, Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1031>> et TGI Nanterre, référé, 28 février 2008, décision Olivier D. c/ Aadsoft Com, <http://legalis.net/breves-article.php3?id_article=2260>.

Pour engager la responsabilité éditoriale de l'hébergeur au regard des contenus qu'il diffuse, il suffirait donc de caractériser son pouvoir d'agencement et d'organisation des flux RSS. Or la LCEN précise que l'hébergeur devient éditeur lorsque le destinataire du service agit sous son « autorité » ou son « contrôle ». Si le terme d' « autorité » fait clairement référence au lien de subordination existant dans un contrat de travail, celui de « contrôle » est plus ambigu. Selon Lionel Thoumyre, il semble néanmoins correspondre à l'idée de pouvoir plutôt qu'à celle de surveillance⁸ au regard des termes utilisés dans la version anglaise de la directive. Celle-ci parle en effet de *control* (pouvoir sur) et non de *monitoring* (surveiller). Ainsi, l'hébergeur ne pourrait devenir éditeur seulement parce qu'il organise son site de manière logique, comme l'a suggéré le TGI de Nanterre⁹. C'est d'ailleurs l'avis exprimé dans le rapport parlementaire sur l'application de la LCEN récemment déposé par Jean Dionis du Séjour et Corinne Erthel : « *En effet, un fournisseur d'hébergement est nécessairement conduit à structurer l'information qu'il stocke sur son ou ses serveurs [...] La loi ne fait d'ailleurs pas dépendre la qualité d'hébergeur de la manière dont le service d'hébergement est organisé* ». ».

L'hébergeur ne saurait non plus engager sa responsabilité éditoriale parce qu'il tire profit de son activité d'hébergeur. Ce dernier critère avait pourtant déjà été utilisé dans les décisions *Tiscali*¹⁰ et *My Space*¹¹ pour condamner les deux sites Internet sur la base d'une responsabilité éditoriale. Les parlementaires Dionis du Séjour et Erthel ont condamné ces deux décisions. Selon eux, « *on ne voit pas en quoi le choix d'une rémunération par la publicité plutôt que par l'hébergement entraînerait une modification du statut de l'hébergeur : il n'y a pas plus dans un cas que dans l'autre de contrôle des contenus* »¹². On comprend en effet difficilement pourquoi les hébergeurs qui tirent profit de leur activité (c'est-à-dire la quasi-totalité d'entre eux) devraient être considérés comme éditeurs. Le critère du profit semble inefficace et donc indésirable.

1.2 Les nuances du contrôle exercé sur les contenus

Pour reprendre les termes du rapport parlementaire, « *La frontière entre le statut d'hébergeur et celui d'éditeur doit donc bien rester comme l'a voulu la loi, non pas celle de la fourniture d'outils de présentation ou l'organisation de cadres de présentation sur les sites, mais la capacité d'action sur les contenus* ». Pour autant, la formule « *capacité d'action sur les contenus* » est insatisfaisante en ce qu'elle entretient le flou qui caractérise le régime de responsabilité des hébergeurs. Il nous faut en effet encore réfléchir au type d'action exercé par l'hébergeur sur le contenu pour tracer la frontière qui sépare les hébergeurs des éditeurs. Pour ce faire, deux nuances doivent être apportées. La première concerne l'objet du contrôle exercé par les hébergeurs ; la seconde le niveau d'intervention auquel renvoie le terme « *contrôle* ».

La première nuance ressort d'une confrontation entre les termes de la LCEN et ceux du rapport parlementaire. Pour tracer la frontière qui sépare l'hébergeur de l'éditeur, les parlementaires parlent de « *contrôle des contenus* » tandis que la LCEN parle de contrôle des « *destinataires des services* ». Les deux expressions ne sont pas équivalentes et il convient de faire le point sur leur sens respectif. Si l'hébergeur contrôle l'éditeur, il contrôle nécessairement les contenus dont l'éditeur est l'auteur (le site du Monde contrôle ses journalistes et le contenu des articles qu'ils écrivent). Pour autant, l'hébergeur pourra contrôler les contenus produits par l'éditeur sans nécessairement contrôler l'éditeur lui-même (*Dailymotion* s'assure que les vidéos diffusées sur son site ne sont pas à caractère pornographique mais ne contrôle pas ses utilisateurs). Or, il sera plus difficile d'apporter la preuve du contrôle du destinataire des services que celle du contrôle des contenus. S'affranchir de la nuance entre le contrôle de l'éditeur et celui des contenus qu'il produit augmenterait donc sensiblement le champ de responsabilité de l'hébergeur. Le rapport prend un raccourci lexical qui modifie le sens du régime de responsabilité des hébergeurs conçu par le législateur. Cela n'est pas souhaitable.

⁸ Lionel Thoumyre, « Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, février 2008, n. 35, p. 18.

⁹ Rapport d'informations n° 627 déposé le 23 janvier 2008, <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i0627.asp>>.

¹⁰ CA Paris, 7 juin 2006, décision *Tiscali Media c/ Dargaud Lombard*, <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1638>.

¹¹ TGI Paris, 22 juin 2007, décision *My Space c/ Lafesse*, <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1965>.

¹² Cf. *supra* note 8.

La seconde nuance ressort de deux décisions rendues le 15 avril 2008 par le Tribunal de grande instance de Paris¹³ où le site *Dailymotion* était défendeur. Dans la grande valse des procès à l'encontre des prestataires techniques de l'Internet, la plateforme vidéo semble être parvenue à tirer son épingle du jeu. En effet, dans deux décisions, *Dailymotion* s'est vu reconnaître la qualité d'hébergeur lorsque les demandeurs, Omar et Fred d'une part, et Jean-Yves Lafesse d'autre part, avaient tenté d'engager la responsabilité éditoriale du site pour avoir diffusé des vidéos de leurs sketches sans avoir préalablement obtenu leur accord. Les sites étaient, selon les amuseurs, éditeurs parce qu'ils sélectionnaient la taille des fichiers, en modifiaient le contenu par réencodage, imposaient une certaine architecture au site et enfin tiraient profit des publicités mises en ligne sur le site. Les juges n'ont pas été de cet avis puisque selon eux le réencodage et la limite imposée quant à la taille des fichiers sont des contraintes « purement techniques ». En outre, le tribunal précise que « La LCEN n'a pas interdit aux hébergeurs de gagner de l'argent en vendant des espaces publicitaires ».

Mais surtout, le Tribunal précise que les éditeurs sont définis comme « la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge ». Le passage est entre guillemets et en italique de sorte qu'on pourrait raisonnablement penser qu'il s'agit d'une citation. Pourtant, la formule n'est pas tirée de la LCEN et l'origine du texte reste à ce jour inconnue. A reconnaître pleine valeur normative à la formule, il faut encore s'interroger sur le sens des mots qu'elle utilise. En effet, déterminer n'est pas contrôler. Si *Dailymotion* s'assure que les contenus diffusés ne sont pas à caractère pornographique, elle laisse à ses utilisateurs la liberté de choisir les contenus stockés. *Dailymotion* contrôle ainsi la qualité générale des contenus sans pour autant déterminer les contenus eux-mêmes. Les juges ont donc bien retranscrit le niveau d'intervention exercé par le site sur les contenus stockés. Le critère utilisé par les magistrats est particulièrement intéressant car il dégage une nuance qu'on avait peine à lire dans le texte de la LCEN. Plusieurs sites Internet s'attachent comme *Dailymotion* à exercer un contrôle général des contenus diffusés sans pour autant exercer un contrôle particulier de chaque contenu. Ici encore, la nuance est importante puisqu'elle est déterminante du champ de responsabilité des hébergeurs.

En intégrant le critère de la décision *Dailymotion*, on peut donc identifier deux degrés de contrôle exercé par les hébergeurs sur les contenus qu'ils diffusent. L'hébergeur peut (i) soit contrôler la qualité générale des contenus en empêchant simplement un certain type de contenus d'être diffusé, (ii) soit contrôler le destinataire de ses services, ce qui implique nécessairement de déterminer la teneur des contenus produits par ledit destinataire. On qualifiera le premier type de contrôle de contrôle technique des contenus ou contrôle faible, et le second type de contrôle de contrôle intellectuel¹⁴ des contenus ou contrôle fort. Seul les hypothèses de contrôle fort devraient emporter la responsabilité éditoriale de l'hébergeur au regard de la LCEN.

Sur la base de cette typologie, on pourrait alors définir l'éditeur comme le prestataire technique qui est directement à l'origine des contenus ou qui exerce un contrôle suffisamment fort sur son auteur pour en déterminer la teneur, et l'hébergeur comme le prestataire technique qui stocke des contenus sur lesquels il exerce un contrôle suffisamment faible pour ne pas en déterminer la teneur.

L'état actuel du régime de responsabilité des hébergeurs est donc insatisfaisant. Trois écueils majeurs peuvent notamment être mis en lumière. Tout d'abord, aucune des décisions concernant ledit régime n'a appliqué le critère proposé par la LCEN pour distinguer hébergeurs et éditeurs (le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de l'hébergeur). Ensuite, dans la plupart de ces décisions, les magistrats ont utilisé des critères inefficaces de distinction entre hébergeurs et éditeurs, de sorte que les prestataires techniques se sont vus condamnés en dépit de la nature de leur activité. Qu'ils aient agi comme hébergeurs ou éditeurs, les prestataires techniques de l'Internet ont souvent été reconnus responsables des contenus qu'ils avaient diffusé *a priori*. Enfin, l'architecture de la LCEN se révèle excessivement mystérieuse et lacunaire. Il faut gloser à l'infini le texte voté en 2004 pour comprendre

¹³ TGI Paris, 15 avril 2008, décision Monsieur Jean-Yves Lambert dit Lafesse et autres c/ S.A. Daily Motion et autres, Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1057>> ; TGI Paris, 15 avril 2008, décision Monsieur Omar Sy et Monsieur Fred Testot et autres c/ S.A. Daily Motion, <<http://www.lasic.fr/public/cspla/10.pdf>>.

¹⁴ Benjamin May, « Responsabilité des acteurs du web 2.0 : l'histoire sans fin », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 24 avril 2008, 1540.

quand et pourquoi engager la responsabilité d'un hébergeur. Et quand bien même les juges déploieraient tous leurs talents d'exégètes, ils ne trouveraient pas dans la LCEN toutes les ressources nécessaires pour régler la question de la responsabilité des hébergeurs.

L'ignorance prétorienne d'une LCEN délaissée au profit de critères souvent inefficaces provoque une confusion des genres qui contrarie malheureusement la compréhension des droits et des obligations des hébergeurs. Ceux-ci font aujourd'hui l'objet d'un véritable imbroglio juridique qui est également et surtout dû au flou qui entoure le champ d'application de la LCEN.

2. Les juges contre les sages

Les membres du Conseil Constitutionnel s'étaient justement appliqués à définir ce champ d'application lors de l'examen de la LCEN. Dans une décision du 10 juin 2004¹⁵, le Conseil Constitutionnel avait en effet émis une réserve d'interprétation visant à restreindre les cas de mise en œuvre de la responsabilité des prestataires techniques. Les sages de la rue Montpensier avaient alors précisé que les articles 6.1.2 et 6.1.3 de la LCEN « ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ».

Le jour même de la décision, le Secrétaire Général du Conseil Constitutionnel avait indiqué lors d'une conférence de presse que l'expression « *manifestement illicites* » visait les contenus d'une gravité indiscutable tels que ceux diffusant des propos ouvertement racistes ou des images pédopornographiques¹⁶. Ainsi « *en aucun cas les atteintes au code de la propriété intellectuelle ne pourraient être considérées comme un cas manifeste* »¹⁷. Si les précisions apportées lors de cette conférence n'avaient pas elles-mêmes valeur normative, elles offraient néanmoins un éclairage incontournable sur le sens qu'il convenait de donner à l'expression « *manifestement illicites* ». De là, il semblait raisonnable de conclure que les infractions impliquant des contenus protégés par le droit d'auteur ou l'article 9 du Code Civil n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 6.1.2. de la LCEN. Conformément à l'esprit de la directive relative au commerce électronique du 8 juin 2000¹⁸ dont la LCEN était la transposition, le prestataire technique n'avait donc pas vocation à être juge de l'illicéité des contenus qu'il diffuse¹⁹.

Et pourtant, par trois fois, *Google* a été condamné en tant qu'hébergeur pour avoir diffusé des contenus protégés par le droit d'auteur. Dans les deux premiers cas²⁰, *Google* n'avait retiré les contenus litigieux que de façon provisoire puisque lesdits contenus étaient restés disponibles après un premier retrait par *Google*. Le contenu litigieux doit donc non seulement être enlevé mais encore ne pas réapparaître²¹. Le Tribunal de commerce de Paris avait alors précisé que « *si l'hébergeur n'est pas tenu à une obligation de surveillance générale, il est tenu à une obligation de surveillance, en*

¹⁵ Décision n° 2004-496 DC, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496/2004496dc.htm>>.

¹⁶ Etienne Wéry, « La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés », 15/02/2007, <<http://www.droit-technologie.org/actualite-1008/la-notion-de-contenu-manifestement-illicite-soumise-au-juge-des-refere.html>>.

¹⁷ Jérôme Thorel, « LCEN : le SNEP désapprouve en partie l'avis du Conseil Constitutionnel », Zdnet.fr, 22/06/2004, <<http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/0,39040748,39157926,00.htm>>.

¹⁸ Directive 2000/31/CE, (JOCE L 178 du 17 juillet 2000), relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF>>.

¹⁹ Lionel Thoumyre, « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicites », Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=561>>, 28/07/2004 ; Benoît Tabaka, « Le Conseil Constitutionnel rase une partie de la LEN », <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=535>>, 15/06/2004.

²⁰ TGI Paris, 19 octobre 2007, décision *Google c/ Zadig productions*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=975>> et T. Comm. Paris, 20 février 2008, décision *Google c/ Flach Films*, <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=2223>. La décision *Google c/ Zadig* a par contre pris soin de distinguer hébergeurs et éditeurs sur la base du critère de l'origine des contenus diffusés sur le site Internet, et donc du contrôle que l'hébergeur ne pouvait exercer sur lesdits contenus.

²¹ Christophe Caron, « Contrefaçon et sites communautaires : état des lieux jurisprudentiel », Communication Commerce Electronique, n° 12, Décembre 2007, comm. 143.

quelque sorte particulière, à partir du moment, où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu ».

Enfin, dans un arrêt rendu le 12 décembre 2007 par la Cour d'appel de Paris²², *Google* s'est vu condamné pour avoir refusé de faire droit à une demande de retrait d'un blog dont le contenu portait atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Cette affaire est intéressante en ce que l'appelante développait l'argument selon lequel les atteintes à des droits de propriété intellectuelle ne constituent pas des infractions « *manifestement illicites* ». *Google* estimait en effet qu'il convenait de définir les infractions « *manifestement illicites* » en référence à l'article 6.1.7 de la LCEN lequel mentionnait « *la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie enfantine* » Malgré les fortes similitudes avec les infractions évoquées par le Secrétaire Général du Conseil Constitutionnel, la Cour d'appel de Paris a refusé d'assimiler les infractions résultant de l'utilisation des contenus évoqués à l'article 6.1.2 aux infractions mentionnées à l'article 6.1.7 de la LCEN. Et la Cour de préciser que « *les infractions énoncées à l'article 6.1.7 de la LCEN sont celles contre la diffusion desquelles les fournisseurs d'accès et hébergeurs doivent concourir et non les seules données définies comme ayant un « caractère illicite » au sens de l'article 6.1.2 de cette loi* ».

D'autres décisions ont décliné une mauvaise interprétation de ce qui constitue un contenu « *manifestement illicites* ». Ainsi dans l'affaire *Lycos*²³, la Cour d'appel de Paris a estimé que « *des propos portant de façon évidente atteinte à l'intimité de la vie privée, en ce qu'ils ne nécessitent pas d'enquête ou de vérification préalable pour que soit constatée leur illicéité, constituent un contenu manifestement illicite* ». Dans les deux affaires *Dailymotion* précitées²⁴, le TGI de Paris a jugé que pour les cas de contrefaçon, l'hébergeur ne devait être « *tenu responsable que pour autant qu'il ait eu une connaissance effective du caractère manifestement illicite des vidéos stockées ou de faits faisant apparaître ce caractère* ». Dans ces décisions, la Cour raisonne en termes de degré d'illicéité (si l'illicéité est indiscutable, alors le contenu devient manifestement illicite) au lieu de raisonner en termes de nature de l'infraction (l'intimité de la vie privée par opposition à la pédopornographie ou au négationnisme). La porte du « *manifestement illicite* » reste donc ouverte et semble à même d'accueillir les contenus portant atteinte au droit d'auteur ou à l'intimité de la vie privée.

En dépit de leurs efforts argumentatifs, les hébergeurs semblent donc condamnés à subir la fronde des magistrats parisiens contre l'interprétation restrictive de l'article 6.1.2. de la LCEN adoptée par le Conseil Constitutionnel. Quand bien même le respect du droit d'auteur à l'ère digitale pourrait justifier cette fronde, celle-ci ne paraît pas souhaitable, et ce pour deux raisons. Elle est d'une part source d'insécurité juridique pour les hébergeurs qui ne savent plus de quoi sera faite la prochaine décision qui les condamnera. Elle porte d'autre part la menace d'une dispersion de l'autorité dont doit se parer la parole du juge. En appliquant l'article 6.1.2. à des contenus relevant du droit d'auteur ou de la vie privée, les juges prennent le contre-pied de l'interprétation faite par le Conseil Constitutionnel de la LCEN dans des décisions nécessairement *contra legem*²⁵. Si le juge entend rendre des décisions contraignantes à l'endroit des justiciables, il lui faut d'abord se soumettre à la contrainte des décisions rendues par ses supérieurs hiérarchiques au sein de l'ordre normatif²⁶.

On pourrait encore critiquer les récentes décisions condamnant *Google* au motif qu'elles risquent de faire de l'hébergeur un « *juge à la place du juge* »²⁷ en le forçant à constamment s'assurer du caractère licite des contenus qu'il diffuse. Il est nécessaire, pour jauger la légitimité d'une telle

²² CA Paris, 14e ch. A, 12 décembre 2007, décision *Google Inc. Et Google France c/ Benetton Group et Bencom*, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=999>>.

²³ CA Paris, 6 juin 2007, décision *SARL Lycos France c/ Abdelhadi S. et SA Dounia et SAS iEurop*, <<http://www.lasic.fr/public/cspla/36.pdf>>.

²⁴ Cf. *supra*, note 12.

²⁵ Le rapport parlementaire précité n'est pas de cet avis : « [...] il n'y a pas, en matière de responsabilité des hébergeurs, de glissement général de la jurisprudence vers une interprétation de la loi contraire à son texte ».

²⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e ed., 1962, trad. fr. C. Eisenmann, pp. 255-257 : « Seule une autorité compétente peut poser des normes valables ; et la compétence en question ne peut reposer que sur une norme habilitant à la création de normes. A cette norme, l'autorité qui reçoit le pouvoir de création des normes est soumise, aussi bien que les individus obligés à l'obéissance à l'égard des normes qu'elle posera ».

²⁷ Lionel Thoumyre, « Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 35, février 2008, p. 17-20.

assertion, de réfléchir à ce que devrait être une bonne articulation des droits et obligations des hébergeurs.

3. Le juste point d'équilibre entre les droits et les obligations des hébergeurs

Pour tenter de trouver ce point d'équilibre, il faut commencer par s'appliquer à n'imposer aux hébergeurs une responsabilité éditoriale que dans les cas où ils contrôlent effectivement les destinataires de leurs services. Imposer aux hébergeurs une responsabilité éditoriale en les forçant à vérifier *a priori* l'ensemble des contenus qu'ils diffusent serait tout à la fois inéquitable et contre-productif. Inéquitable car les hébergeurs ne disposent souvent pas de moyens de contrôle effectifs sur les contenus postés par les Internaute, comme c'était le cas dans l'affaire *Fuzz*. Et contre-productif car cela dissuaderait nombre d'hébergeurs de poursuivre leur activité, de sorte que la variété des contenus présente sur Internet serait considérablement réduite.

Il faut ensuite mettre en perspective la procédure applicable à la mise en responsabilité de l'hébergeur d'une part, et son champ d'application d'autre part. Si l'on encadre la recherche de la responsabilité des hébergeurs par un système de notifications leur permettant d'intervenir ponctuellement, rien ne semble alors s'opposer à une extension du champ des contenus interdits à la diffusion par les hébergeurs. On a toujours imposé aux acteurs de la vie économique de lire les lois, de les analyser et d'agir en conséquence. Pourquoi s'en offusquer dans le cas des hébergeurs ? Les formalités de la notification dotent efficacement les hébergeurs des outils permettant de distinguer le licite de l'illicite. L'article 6.1.5 de la LCEN impose en effet d'inclure dans la notification « *la description des faits litigieux et leur localisation précise* » ainsi que les « *motifs [de droit] pour lesquels le contenu doit être retiré* ». Plusieurs décisions ont d'ailleurs débouté des demandeurs pour ne pas avoir respecté ces formalités légales²⁸. En outre, l'article 6.1.4 de la LCEN sanctionne « *d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* » les dénonciations abusives et responsabilise ainsi les dénonciateurs de contenus illicites. La notification devrait donc pouvoir concerner tout type de contenus, dès lors qu'elle est régulière, y compris les contenus portant atteinte au droit d'auteur ou à l'intimité de la vie privée. Ainsi, la LCEN met en place des conditions de forme qui devraient permettre de rechercher sans limites de fond la responsabilité des hébergeurs.

Une troisième considération s'impose en dernier ressort. Il n'est en effet pas certain que l'hébergeur soit toujours en mesure de décider de supprimer les contenus litigieux qui auront fait l'objet d'une notification. Au sein de la masse des informations diffusées sur Internet, il existe en effet une certaine quantité de contenus dont la suppression par l'hébergeur serait « manifestement délicate ». En effet, les hébergeurs doivent parfois faire face à des situations où la suppression de contenus prend une dimension politique qui les dépasse comme c'était le cas dans l'affaire du génocide arménien. Dans cette affaire, le Consulat Général de Turquie avait publié sur son site Internet des documents relatifs au génocide arménien. Le Comité de Défense de la Cause Arménienne avait en conséquence assigné en justice le Consulat et son hébergeur. Le TGI et la Cour d'appel de Paris²⁹ avaient finalement estimé que les contenus niant un génocide n'étaient pas « *manifestement illicites* ». On peut comprendre qu'il n'appartient pas aux hébergeurs de répondre à des questions aussi difficiles et potentiellement lourdes de conséquences sur leur image.

Les hébergeurs pourraient également se retrouver en difficulté face à des contenus protégés par le droit d'auteur mais pour lesquels il s'avère difficile voire impossible de déterminer l'existence de licences ou l'identité des ayants droit. Cela pourrait également être le cas pour des propos dont le demandeur allègue le caractère diffamatoire alors qu'ils s'avèreront être vrais par la suite. S'il ne semble pas déraisonnable de demander aux hébergeurs de supprimer des contenus dont l'illégalité est patente, on doit en contrepartie leur permettre de solliciter l'aide du juge afin de corriger leurs

²⁸ TGI de Paris, référé, 29 octobre 2007, Mme M. B., M. P.T., M. F.D. c/ Wikimedia Foundation Inc., <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=980>>, Com. Thoumyre L., « L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0 », Etudes n° 5, Communication Commerce Electronique, février 2008, p. 18 s. ; CA de Versailles, 12 décembre 2007, Les Arnaques.com c / Ed. régionales de France, <<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/ca-ver20071212.pdf>> ; TGI de Paris, 5 février 2008, Dargaud et a. c/ Free et Iliad, <<http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20080205.pdf>>.

²⁹ TGI de Paris, 15 novembre 2004, et Cour d'Appel de Paris, 8 novembre 2006, Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin S., France Télécom services de communication résidentiels.

erreurs ou d'obtenir la confirmation qu'un contenu doit être supprimé. La création d'une poche d'ajustement permettra ainsi à chacun des acteurs de l'Internet de voir ses droits respectés dans la meilleure mesure du possible.

La procédure de notification mise en place par la LCEN permet d'éviter que les hébergeurs soient soumis à une insoutenable obligation de surveillance générale. Elle les protège également contre la multiplication de demandes de suppression abusives. En cela, elle est une bonne chose. Mais tout ne peut être réglé par la loi à l'avance et il faut accepter l'idée que certains cas dépasseront la compétence des hébergeurs et relèveront naturellement de la compétence des juges³⁰. Pour autant, il semblerait déraisonnable de demander aux tribunaux de s'exprimer sur chaque cas de suppression de contenus illégaux par les hébergeurs. Compte tenu du nombre de conflits déclarés ou potentiels, ce serait la meilleure manière d'encombrer les tribunaux jusqu'à l'asphyxie. Il faut donc limiter les cas décidés par les juges au strict nécessaire. Notion dont les frontières seront forcément troubles et mouvantes. Le droit n'étant pas une science exacte, il n'y a pas lieu de s'en alarmer. Un autre type de difficulté semble par contre mériter notre préoccupation. Une difficulté liée au caractère global d'Internet.

4. Les hébergeurs aux Etats-Unis

Outre-Atlantique, le Digital Millenium Copyright Act³¹ de 1998 (le « DMCA ») prévoyait lui aussi un régime exonératoire de responsabilité pour les hébergeurs (i) qui n'avaient pas connaissance (« *actual knowledge* ») du caractère contrefaisant des informations hébergées ou (ii) qui ayant acquis de telles connaissances, avaient retiré promptement les informations litigieuses. Pour bénéficier du régime d'exonération de responsabilité indirecte (« *secondary liability* »), l'hébergeur devait en outre désigner un mandataire habilité à recevoir les notifications des titulaires du droit d'auteur³². Le DMCA n'est pas exactement l'équivalent de la LCEN puisque celle-ci est transversale – le droit d'auteur est un des champs de la loi – tandis que celui-là concerne exclusivement le copyright. Une comparaison entre les deux lois sera donc nécessairement relative mais néanmoins intéressante.

Le législateur américain n'a donc pas, contrairement aux membres du Conseil Constitutionnel, considéré qu'il était déraisonnable de faire des prestataires techniques les juges de « l'illicite » et non du seul « *manifestement illicite* »³³. En conséquence, plusieurs décisions ont condamné des prestataires techniques de l'Internet pour avoir diffusé des contenus qui violaient le copyright en considérant qu'ils avaient connaissance ou auraient du avoir connaissance du caractère contrefaisant des contenus ainsi diffusés³⁴. Le contraste existant entre le DMCA et la LCEN au niveau législatif se trouve donc considérablement réduit au niveau judiciaire, où les hébergeurs, français comme américains, sont condamnés pour avoir diffusé des contenus portant atteinte au droit d'auteur. En revanche, l'écart franco-américain est prégnant quant à la diffusion de contenus « *manifestement illicites* ». Ceux-ci sont fermement condamnés en France mais plus largement autorisés aux Etats-Unis où le législateur n'a pu mettre en échec le principe de la liberté d'expression qui protégeait la diffusion de contenus indécents.

Une première tentative de transformer l'Internet en un espace non protégé par le premier amendement s'est manifestée avec le *Communication Decency Act* de 1995 qui criminalisait certains

³⁰ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin 1997, Livre V : « Car ce qui fait que tout n'est pas compris dans la loi; c'est qu'il y a des cas particuliers sur lesquels il est impossible qu'elle s'explique: en sorte qu'il faut avoir recours à une décision particulière ».

³¹ Digital Millenium Copyright Act de 1998, Pub. L. N° 105-304, 112 Stat. 2860. Le texte complet du DMCA peut être consulté depuis le site Web du Copyright Office américain à l'adresse : <<http://lcweb.loc.gov/copyright>>.

³² Valérie Sédallian, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique », Cahiers Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux, n°110, janvier 1999. Le régime mis en place par le DMCA quant à la responsabilité des prestataires techniques n'est pas ici abordé de façon exhaustive. On pourra consulter la section 512, sur <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/17/512.html>>.

³³ Lionel Thoumyre, « La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet », Lamy droit des médias et de la communication, Etude 464, juin 2007.

³⁴ Pour la jurisprudence américaine, voir les décisions *A&M Records, Inc. V. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) ; *In Re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003) ; *MGM Studios, Inc., v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

types d'expression parfaitement légaux dans le monde réel³⁵. La Cour Suprême a pourtant rapidement sanctionné cette initiative du législateur dans la décision *Reno vs. ACLU*³⁶ dans laquelle les sages ont jugé la loi inconstitutionnelle et rappelé qu'une société démocratique était mieux servie par la liberté d'expression que par la censure³⁷. L'administration Clinton récidivait en 1998 avec le *Child Online Protection Act* qui a récemment été lui aussi mis en échec dans une décision rendue le 22 mars 2007 par la Cour du District de Pennsylvanie³⁸.

Entre les droits français et américain, il existe donc une situation de miroir inversé. En France, le juge condamne la diffusion de contenus violant le droit d'auteur, à l'encontre de la volonté du législateur. C'est par contre à l'unisson que juge et législateur prohibent la diffusion de contenus « manifestement illicites ». Aux Etats-Unis, le législateur condamne la diffusion de contenus Internet indécentes à l'encontre de la volonté du juge. C'est par contre à l'unisson que juge et législateur prohibent la diffusion de contenus violant le copyright. Ces chassés-croisés transatlantiques sur la question de la responsabilité des hébergeurs nous interrogent sur les raisons de ces ressemblances et dissemblances.

Liberté d'expression et *freedom of speech* répondent l'une et l'autre à des motifs épistémologiques très différents : l'histoire, le rôle social et la force juridique de la liberté d'expression dans chacun des deux systèmes le démontrent³⁹. Lorsqu'à la fin du 18^e siècle, les Etats-Unis et la France inscrivent la liberté d'expression respectivement dans le *Bill of Rights*⁴⁰ et la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen⁴¹, la philosophie juridique qui inspire les deux textes est très différente. Après l'expérience du joug anglais, les Américains ont surtout peur des dérapages du législateur. A l'inverse, en France, le législateur ne peut mal faire puisque la loi est l'expression de la volonté générale. Il s'agit donc plutôt de protéger l'homme de lui-même, quitte à le censurer. Plus concrètement, il sera par exemple très difficile pour le législateur américain de prohiber la diffusion d'un message sur la base de son contenu. Ce n'est pas le cas en France où la loi Gayssot⁴² réprime « tout propos raciste, antisémite ou xénophobe » pendant que plusieurs associations aux Etats-Unis font en toute légalité l'apologie du Nazisme.

Dans un cyberspace sans frontières, les différences de régime juridique entre les Etats-Unis et la France posent un problème de *forum shopping*. Comme l'a remarqué une étude du Conseil d'Etat⁴³, « avec l'Internet, le forum shopping est accessible à tous [...] Sur le réseau, il n'est pas difficile de faire héberger ses propres pages en les soumettant à une législation étrangère ou de proposer ses services en ligne à partir d'un Etat différent de celui du consommateur ». En d'autres termes, les éditeurs iront « se faire héberger avec les pieds⁴⁴ ». Pour sa part, le détenteur d'un droit qui a été

³⁵ Il s'agissait de la diffusion de messages indécentes et obscènes aux mineurs, c'est-à-dire de contenus qui seraient jugés « manifestement illicites » par le Conseil Constitutionnel.

³⁶ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

³⁷ « The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship ».

³⁸ *ACLU vs. Gonzales*, Civil Action n° 98-5591, 22 mars 2007, <<http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0346P.pdf>>.

³⁹ Pour une compréhension approfondie des contrastes existant entre les deux systèmes juridiques sur la question de la liberté d'expression, voir l'ouvrage de Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism, Science and Technique of Democracy*, 2005, Cambridge University Press, avec les contributions de Roger Errera, « Freedom of Speech in Europe and in the USA », pp. 23-48 et de Frederick Schauer, « Freedom of Expression adjudication in Europe and the United States : a case study in comparative constitutional architecture », pp. 49-69.

⁴⁰ Premier amendement de la Constitution fédérale des Etats-Unis: « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* ».

⁴¹ « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ».

⁴² Loi Gayssot, n. 90-615 du 13 juillet 1990.

⁴³ Etude du Conseil d'Etat, « L'influence internationale du droit français », 2001, La Documentation française, p. 90.

⁴⁴ « Se faire héberger avec les pieds » est une réécriture de l'expression « voter avec les pieds » inventée par l'économiste américain Charles Tiebout dans son article « A Pure Theory of Local Expenditures », *The Journal of*

violé par la diffusion de contenus sur Internet choisira le for où l'action en justice sera initiée⁴⁵. Il mettra alors en compétition les différents droits disponibles pour choisir celui qui maximise la satisfaction de ses intérêts, comme s'il devait choisir le produit lui offrant le meilleur rapport qualité-prix⁴⁶.

Ainsi, les auteurs français d'un blog négationniste iront se faire héberger aux Etats-Unis et seront probablement assignés devant le juge français dont la décision devra ensuite être exécutée par un juge américain. L'affaire Yahoo a largement démontré les difficultés auxquelles ces parties de ping-pong en droit international privé pouvaient mener⁴⁷. Les différences culturelles entre deux systèmes juridiques augmentent en effet sensiblement les difficultés liées à l'exequatur d'une décision étrangère.

Mais surtout, les affaires telles que Yahoo inaugurent une mutation axiomatique des méthodes utilisées pour régler les conflits de droit international privé. La méthode savignienne européenne consistant à subordonner le choix de la loi applicable à la nature du problème de droit en cause, est délaissée au profit de la méthode américaine réaliste consistant à analyser les intérêts étatiques en présence⁴⁸. Cette considération d'ordre théorique a une importance pratique. L'américanisation des méthodes utilisées pour régler les disputes internationales dans le cyberspace risque en effet d'entraîner une baisse de visibilité et de cohérence quant à l'issue des actions en justice contre les hébergeurs pour la diffusion de contenus sur Internet⁴⁹.

Dans un environnement aux contours juridiques incertains, il est alors probable que les hébergeurs se montreront réticents à supprimer les contenus illégaux qu'ils stockent, car ils risqueraient d'acquiescer une mauvaise réputation auprès de leurs clients et utilisateurs. Les hébergeurs français n'auront aucune raison de prendre des risques inutiles qui pourraient amener leurs clients potentiels à aller se faire héberger aux Etats-Unis. Il existe donc un risque que l'ensemble des contenus soient par précaution hébergés dans des juridictions où ils ne seront pas supprimés, et que les actions intentées à l'encontre des hébergeurs voyous n'aboutissent pas. Internet deviendrait alors le lieu de tous les possibles, c'est-à-dire le lieu où le droit serait systématiquement contourné grâce à la diversité des législations offertes dans le monde. La mise en concurrence des droits serait alors la cause d'une

Political Economy, 64(5):416-24, 1956. Le modèle de Tiebout offre une théorie des choix publics qui s'inscrit dans une région géographique composée de plusieurs municipalités. Chaque municipalité propose un panier de services publics à un certain prix (taux d'imposition). Ainsi une municipalité A favorisera l'implantation de sociétés en choisissant de ne pas prélever d'impôts sur le revenu. Une autre municipalité B choisira de favoriser la protection de l'environnement en prélevant des impôts importants sur les entreprises qui polluent. En fonction de ses intérêts personnels et des moyens dont il dispose pour payer ses impôts, chaque individu se déplacera vers la municipalité qui maximise la satisfaction de ses intérêts. C'est ainsi que la plupart des sociétés américaines sont enregistrées dans l'Etat du Delaware. Les législateurs sont donc en situation de compétition face aux citoyens qui votent avec les pieds, c'est-à-dire qui expriment leurs préférences en se déplaçant géographiquement.

⁴⁵ Kimberly A. Moore et Francesco Parisi, « Rethinking forum shopping in cyberspace », *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 77, N° 3, 2002, pp. 1325-1358.

⁴⁶ Horatia Muir-Watt, « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé, Esprit et Méthodes* (2005), pp. 615-633.

⁴⁷ En novembre 2000, l'UEJF et la LICRA portent plainte auprès du TGI de Paris pour avoir exposé des objets nazis sur le site de ventes aux enchères de Yahoo!, site Internet hébergé aux USA. Le tribunal français leur donne raison et se déclare compétent pour interdire au défendeur de diffuser les images litigieuses en direction de l'hexagone, <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>>. Yahoo s'exécute, mais demande à un tribunal californien si l'injonction d'un juge français pouvait être appliquée aux États-Unis. La Cour de San Jose répond le 7 novembre 2001 que par la négative, sur la base du principe de la liberté d'expression tiré du premier amendement de la Constitution, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/dc-calif20011107.pdf>>. Le 23 août 2004, ce jugement est annulé pour des raisons de procédure par la Cour d'appel du 9^e District. Le 12 janvier 2006, la Cour d'appel fédérale de San Francisco refusait d'étendre le principe américain de la liberté d'expression au territoire français, <<http://www.e-juristes.org/documents/yahoo-13012006.pdf>>. Le 30 mai 2006, la Cour Suprême américaine a finalement refusé d'examiner le recours déposé par les associations françaises.

⁴⁸ Voir l'arrêt *Babcock v. Jackson*, 12 NY2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963) et ses commentaires: T.J. B., « The Impact of *Babcock v. Jackson* on Conflict of Laws » *Virginia Law Review*, Vol. 52, No. 2 (1966), pp. 302-321, et Rev. Crit. DIP 1964. 284, note Castel. Voir également, Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, *passim*.

⁴⁹ Kimberly A. Moore et Francesco Parisi, « Rethinking forum shopping in cyberspace », *prec.*

course vers le bas. Le droit s'appliquerait toujours *a minima*, dans le sens d'une moindre protection des personnes que la loi est justement censée protéger⁵⁰.

Conclusion

Face à un contenu simplement illicite dûment notifié à l'hébergeur, les décisions qui retiendraient la responsabilité de l'hébergeur sont critiquables en tant qu'elles seraient *contra legem*. Les décisions qui ne retiendraient pas la responsabilité de l'hébergeur sont critiquables en tant qu'elles placeraient les hébergeurs dans une situation parfois trop confortable. La jurisprudence récente démontre une volonté nette de la part des juges de soumettre les hébergeurs à un régime étendu de responsabilité quant aux contenus qu'ils diffusent. Toute justifiée qu'elle est, cette volonté s'oppose à celle du juge constitutionnel et désordonne le régime juridique des hébergeurs.

On ne peut que regretter la cacophonie normative résultant de cette situation et espérer qu'une révision de la LCEN intervienne prochainement pour confirmer l'extension du champ de la responsabilité des hébergeurs (le problème resterait entier quand bien même la Cour de Cassation se prononcerait). Car en l'état actuel des choses, il faut considérer que le sens de la LCEN est figé, les contenus mentionnés à l'article 6.1.2 ne pouvant correspondre qu'à des contenus « *manifestement illicites* ». Le décalage entre le sens de la loi et l'application qui en est faite par les tribunaux produit un droit absurde et donc faible⁵¹. Or un droit faible n'a pas vocation à survivre ; le droit et la force étant consubstantiels l'un à l'autre⁵². Plus rapidement peut-être, la conclusion d'accords professionnels, à l'instar de ceux sur lesquels avait débouché le rapport Olivennes⁵³, permettrait de couper court à l'hémorragie judiciaire que laisse présager des décisions comme *Fuzz* ou *Lespipoles*.

Par delà la question du respect de la hiérarchie des normes, il semble nécessaire de réajuster le champ de responsabilité des hébergeurs. L'ensemble des contenus qu'ils diffusent devraient pouvoir faire l'objet d'une notification, que ces contenus soient illicites ou « *manifestement illicites* ». Ceci étant, il serait judicieux de conserver une marge de tolérance au bénéfice des hébergeurs qui seront parfois mis en difficulté par des demandes de suppression de contenus. Il appartiendra alors au juge de prendre le relais de la loi.

Les droits et obligations des hébergeurs doivent également mieux être articulés. Il serait notamment souhaitable qu'une décision de la Cour de Cassation réaffirme la distinction des statuts d'éditeur et d'hébergeur afin d'éviter que la LCEN ne reste lettre morte⁵⁴. Le critère du contrôle des destinataires du service de l'hébergeur doit être utilisé par les magistrats. En parallèle, une révision de la LCEN pourrait également apporter plus de nuances dans les degrés de contrôle exercé par les hébergeurs sur les contenus diffusés.

Enfin, la mise en perspective des solutions de droit français avec celles du droit américain fait apparaître des enjeux juridiques complexes comme le *forum shopping* et l'hébergement des sites Internet voyous dans des juridictions permissives. Ainsi quand bien même législateur et juges français

⁵⁰ Horatia Muir-Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, tome 307, Martinus Nijhof, 2005, pp. 219 et s.

⁵¹ John Chipman Gray, *The nature and sources of law*, Columbia University Press, New York, 1909 : « [...] affirmer l'existence d'un droit qui n'est pas positif (*of nicht positivisches Recht*) c'est-à-dire un droit que les tribunaux ne suivent pas est considéré comme une absurdité ».

⁵² Rudolf von Jhering, *L'évolution en droit* [der Zweck im Recht, 1877], Paris, Gallimard, 1901, trad. fr. O. de Meulenaere, p. 221 et s. : « [La force aboutit au droit] non comme à quelque chose qu'elle doit emprunter du dehors au sentiment juridique, non comme à une conception supérieure que le sentiment de sa propre infériorité lui engendrerait ; elle l'engendre spontanément, comme sa propre loi. Le droit est la politique de la force. La force reste ; elle ne disparaît pas devant le droit ; elle conserve sa place mais elle s'annexe le droit comme élément accessoire ; elle devient la force juste. »

⁵³ Rapport sur le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux, novembre 2007, <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>>, ayant permis de conclure le 14 décembre 2007 des accords avec une quarantaine de professionnels, <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>>.

⁵⁴ C'est l'avis du rapport parlementaire précité : « [...] Pour autant, il faut être clair. La LCEN a créé un statut d'hébergeur distinct de celui d'éditeur. Cette distinction ne doit pas être vidée de son sens par des décisions de justice [...] ».

parviendraient à définir de façon satisfaisante le régime de responsabilité des hébergeurs, le spectre d'une impossible régulation des contenus diffusés sur Internet reste réel.

J.T.