

Lamy Droit des Médias et de la Communication

Partie 4 - Télécommunications, réseaux et internet

Titre 2 - Réseaux et internet

Etude 464 - La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet

Etude 464 - La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet

Par Lionel Thoumyre

464-1 Indications bibliographiques

- CONSEIL D'ETAT, Rapport sur « Internet et les réseaux numériques », La documentation française, 1998 ;
- COSTES L., Hébergeurs, prestataires internet... entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle ?, RLDI 2009/47, no 1558 ;
- DREYER E., La responsabilité des internautes et éditeurs de site à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Légipresse 2004, no 214, p. 91 et s. ;
- DUPUIS-TOUBOL F., TONNELIER M.-H., LEMARCHAND S. et LINANT DE BELLEFONDS (sous la dir. de), Responsabilité civile et Internet, in Internet saisi par le droit, éd. des Parques, 1997 ; égal. Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, déc. 1996, H, p. 1 ;
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, Deuxième rapport d'activité – année 2003, La Documentation française, Paris, 2004 ;
- GYNBAUM L., LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet, Comm. com. électr., 2004, p. 36 ;
- HARDOUIN R., La jurisprudence, les textes et la responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/38, no 1313 ;
- LAMPE A.-S., De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN, RLDI 2008/39, no 1298 ;
- MELISON D., Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil, Juriscom.net, 25 avr. 2005, disponible sur le site <juriscom.net> ; Négation du génocide arménien : confirmation de l'irresponsabilité de l'auteur et de son hébergeur, RLDI 2007/26, no 853 ;
- ROUX O. et GASNIER J.-P., Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet, RLDI 2009/48, no 1593 ;
- SCHAFFNER M. et ABELLO A., LVMH c/ eBay : une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères, RLDI 2008/41, no 1372 ;
- SAINT MARTIN A., eBay responsable de son site... Première application d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0., RLDI 2008/39, no 1302 ;
- SARDAIN F., Liens hypertextes, J.-Cl. Communication, Fasc. 4730, 2005 ;
- SEDALLIAN V., Droit de l'Internet, éd. Net Press, coll. de l'AUI, 1997 ;
- TABAKA B., Commerce électronique : les plates-formes sont-elles des hébergeurs ?, RLDI 2007/33, no 1097 ;
- TEISSONNIERE G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, no 1165 ;
- THOUMYRE L., Responsabilité sur le web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques, Lex Electronica, vol. 6-1, printemps 2000, <lex-electronica.org> ; Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques, Légipresse 2004, no 214, p. 129 et s. ; Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, no 153 ; Responsabilité 2.0 ou l'éternel recommencement, RLDI 2007/33, no 1098 ; Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/35, no 1164 ;
- VERBIEST Th. et WERY E., Le droit de l'internet et de la société de l'information, éd. Larcier, 2001 ;
- VIVANT M., Entre ancien et nouveau : une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2004, no 171, p. 2 et s. ;
- VIVANT M. et autres, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, réédition annuelle.

464-5 Présentation

Les origines d'Internet remontent au réseau ARPANET, créé dans les années 60 par des chercheurs du Département de la défense des Etats-Unis. L'objectif de l'Armée américaine était d'élaborer un système de communication infaillible pouvant continuer à fonctionner alors même l'un de ses sites relais est endommagé.

Ce n'est qu'à partir de 1974 que la dénomination « Internet » apparaîtra, au moment où Vint Cerf et R. Kahn rendirent public le « *Transmission Control Protocol* » (TCP), qui intègre l'« *Internet Protocol* » (IP). C'est grâce au protocole TCP/IP que les réseaux du monde entier et les ordinateurs qui y sont connectés peuvent s'échanger aujourd'hui toutes sortes de données.

Internet s'est ensuite démocratisé avec la création du *World Wide Web*, en 1994, dont Tim Bresner-Lee est l'un des renommés pères fondateurs, et qui a permis d'exploiter une autre innovation, l'hypertexte, attribuée à Ted Nelson. Le Web et l'hypertexte permettent à tout individu de voyager de sites en sites à l'aide d'un logiciel de navigation (Browser) et de bénéficier d'une interface graphique confortable (pour une histoire d'Internet, voir notamment Guédon J.-C., *La Planète Cyber : Internet et Cyberspace*, Paris, Découvertes Gallimard Techniques, 1996).

De l'histoire d'Internet, qui comprend bien d'autres aspects, il faut retenir que ce système de communication a été conçu, depuis l'origine, pour que l'information puisse y circuler librement, sans qu'il ne soit possible d'interrompre son flux.

On peut également souligner qu'Internet est bien plus qu'un simple maillage de réseaux. Il est aussi, et surtout, défini par un protocole de communication permettant d'échanger, entre chacun des terminaux connectés, du courrier électronique, de procéder à des discussions synchrones (les « *chats* » utilisant les canaux *Internet Relay Chat*) ou asynchrones (par les *newsgroups* ou les forums web qui permettent notamment de créer des fils de discussion sur les blogs et les réseaux sociaux), de communiquer des fichiers (par le *File Transfert Protocol* ou les réseaux *Peer-to-Peer* permettant de relier directement deux terminaux entre eux) ainsi que des banques d'informations (Gopher, Wais, sites Web, Blogs).

Les caractéristiques essentielles d'Internet sont donc les suivantes : il s'agit d'un réseau ouvert de télécommunication, global et décentralisé permettant des communications interactives. De telles caractéristiques s'opposent *a priori* à la mise en œuvre d'un contrôle de type traditionnel exercé par une nation ou un organisme centralisé. Elles favorisent, au contraire, l'émergence d'un nouveau paradigme de réglementation (Reidenberg J., *Governing Networks and Cyberspace Rule-Making*, 45 *Emory Law Journal*, 1996, <ksg.harvard.edu/iip/Gllconf/reid.html> ; Thoumyre L., *Abuses in the Cyberspace – The Regulation of illicit Messages diffused on the Internet*, Master of Arts Thesis, ESST, juin 1996, <juriscom.net>).

A cela s'ajoute un paradoxe propre aux contenus édités sur le réseau. Ceux-ci présentent tout à la fois des symptômes d'instabilité, dus à la possibilité de modifier l'information en ligne, de la faire disparaître ou de changer son lieu d'hébergement, et de « *persistance* ». En effet, certains services – tels que le moteur de recherche Google ou le site d'archivage Archive.com – stockent et continuent à mettre à disposition du public des informations publiées il y a quelques années sur le web ou sur les forums du réseau Usenet. Aussi, tout contenu a-t-il vocation à demeurer en ligne tant que son responsable désire le maintenir à la disposition du public.

Entre le mouvant et le quasi-immuable, les contenus en ligne transcendent les principes de fugacité propres à la télédiffusion et de durabilité qui caractérisent le support papier. Leur espérance de vie dépend moins du support que de la volonté de leur éditeur.

Enfin, contrairement aux activités de radio et télédiffusion par voie hertzienne ou par satellite, Internet répond à une logique de demande et non d'offre. C'est l'utilisateur qui vient chercher l'information sur le site hébergé par le centre serveur. L'extranéité suppose donc une demande transnationale

(Bertrand A. et Piette-Coudol Th., Internet et la loi, Dalloz 1997, p. 55). Autant de facteurs compliquent conséquemment le travail du régulateur.

Or, Internet est le miroir de la réalité. Le merveilleux y côtoie le monstrueux et le discipliné y cohabite avec le transgressif. De nombreux lieux d'expression sur Internet regorgent ainsi de contenus illicites au regard du droit français : des sites web négationnistes édités en Alasaka ou aux Pays-Bas, des forums de discussion sur Usenet pollués par des messages incitant à la discrimination raciale, des racolages pédophiles dans les « chats » pour enfant, des réseaux *peer-to-peer* où s'échangent librement des œuvres musicales et audiovisuelles protégées par le droit d'auteur et les droits voisins...

Avec près de 16,5 millions de foyers (61 % du nombre total de foyers en France) connectés au Net au deuxième trimestre 2009, (source : Médiamétrie), la régulation du réseau demeure un enjeu politique majeur en France. Il en est bien sûr de même pour chacun des pays connectés qui ne cessent de voir augmenter le taux de pénétration de l'internet haut débit dans les foyers (74 % aux Pays Bas, 69 % en Suisse, 65 % au Canada en 2008).

Si l'application théorique du droit aux actes de diffusion de contenus illicites et préjudiciables sur le réseau ne pose plus tant de problèmes, la question de sa mise en œuvre – et, surtout, de son effectivité – reste entière. Elle pose le problème suivant : à qui doit-on et à qui peut-on imputer la responsabilité d'une infraction, d'une faute ou d'une négligence commise sur le réseau ? Cette question, qui n'est pas sans rappeler le mythe de Sisyphe (qui était condamné à rouler sans cesse un rocher jusqu'au sommet d'une montagne d'où il retombait par son propre poids), a retrouvé un regain d'intérêt avec l'avènement du « web 2.0 » (voir n^o 476).

Le débat s'est très tôt cristallisé sur la responsabilité des acteurs de l'Internet, en impliquant en premier celle des fournisseurs d'accès. Le 15 mars 1996, l'Union des Etudiants Juifs de France (UEJF) avait ainsi assigné en référé neuf fournisseurs d'accès à l'Internet (Calvacom, Eunet, Axone, Oléane, Compuserve, Francenet, Internetway, GIP Renater, Imaginet) au motif qu'ils permettaient à leurs clients d'accéder à des serveurs et messages négationnistes, tombant en France sous le coup de l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881. L'UEJF demandait qu'il soit ordonné aux défendeurs d'empêcher, sous astreinte, leurs clients d'accéder à ces contenus (Droit de l'Informatique et des Télécoms 1997, n^o 2, p. 36). Quelques mois plus tard, le 7 mai 1996, les dirigeants de Worldnet et Francenet, deux fournisseurs d'accès français, étaient mis en examen sur le fondement de l'article 227-23 du Code pénal pour avoir relayé des groupes de discussion Usenet sur lesquels ont été postées des images à caractère pédophile.

De son côté, le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'internet avait requis une clarification sur la question de l'imputabilité de l'infraction (Rapport Falque-Pierrotin I., Internet, enjeux juridiques, La documentation française 1997, p. 47). Cette clarification est toujours en germe depuis l'adoption de la directive du 8 juin 2000 (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n^o L 178, p. 1 et s.) qui définit, en ses articles 12 et suivants, un régime de responsabilité spécifique applicable aux prestataires techniques de l'Internet. La loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a transposé ces articles en droit interne (L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168).

Pour traiter de cette problématique, à la fois complexe et mouvante, il est nécessaire de dresser l'inventaire des principaux acteurs dont la responsabilité est susceptible d'être engagée pour la création et/ou la diffusion d'un message sur l'Internet, la qualification d'un acteur permettant de connaître le régime de responsabilité dont il relève. Il s'agira, ensuite, d'analyser ces différents régimes juridiques et la manière dont ils s'appliquent aux activités des acteurs identifiés. Il conviendra ensuite d'étudier certains aspects internationaux liés à la mise en œuvre de la responsabilité des acteurs.

Section 1 - Typologie des acteurs et qualification juridique

464-10 Le transporteur d'informations

Par transporteur d'informations, on entend traditionnellement toute personne qui offre les dispositifs et les services techniques nécessaires à l'acheminement des contenus entre les utilisateurs des réseaux et assure l'interconnexion entre les différents terminaux.

Il s'agit principalement des opérateurs de télécommunication, compagnies de téléphone classiques ou câblo-opérateurs, aujourd'hui désignés sous le vocable « *opérateurs de communications électroniques* » définis à l'article L. 32, 15⁰ du Code des postes et des communications électroniques (anciennement le Code des postes et télécommunications, renommé par la loi du 9 juillet 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ; L. n⁰ 2004-669, 9 juill. 2004, JO 10 juill., p. 12483).

Cet article dispose qu'« *on entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ».

Les opérateurs de communication électronique sont également visés à l'article L. 32-3-3 du Code des postes et des communications électroniques qui les définit comme « *Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques* ».

Enfin, la loi définit également ce qu'il faut entendre par « *communications électroniques* » : ce sont « *les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* » (C. P et CE, art. L. 32, 1⁰).

Sur la notion de réseau de communications électroniques, voir Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2009.

464-14 Le fournisseur d'accès à l'Internet

En tant qu'ils offrent aux usagers d'Internet les dispositifs et les services techniques pour se connecter au réseau et qu'ils participent à l'acheminement des informations sur celui-ci, les fournisseurs d'accès à l'Internet appartiennent à la famille des transporteurs (ils sont également définis par l'article L. 32-3-3 comme les personnes assurant une activité de « *fourniture d'accès à un réseau d communications électroniques* »).

Cependant, leur activité est plus précisément visée par l'article 6, I-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN » ou « LEN ») (L. n⁰ 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168), qui les définit comme « *Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* ».

Et l'article 1^{er}, IV, al. 4 de la LCEN de définir la communication au public en ligne comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* ».

Les fournisseurs d'accès effectuent, en outre, des opérations dites de « *caching* », qui consistent à enregistrer temporairement les données disponibles sur le réseau auxquels leurs abonnés accèdent fréquemment, dans le but de préserver, voire d'améliorer, la fluidité de leur transmission. Les fournisseurs d'accès rentrent ainsi dans le champ d'une autre définition légale, celle prévue par l'article L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques, introduit par l'article 9 de la LCEN, qui vise

« toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet »

(L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, art. 9). Cette définition n'est autre que la transposition de l'article 13 de la directive n^o 2000/31 du 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n^o L 178, p. 1 et s., qui vise les prestataires réalisant un « *stockage automatique, intermédiaire et temporaire [d'une] information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service* ».

464-18 L'hébergeur

L'hébergeur fait l'objet d'un régime de responsabilité particulier défini aux articles 6.1.2 (responsabilité civile) et 6.1.3 (responsabilité pénale) de la LCEN.

Ce régime s'apparente aux régimes de responsabilité de droit commun nécessitant de rapporter la preuve de l'existence d'une faute (C. civ., art. 1382) prédéfinie et d'un élément moral (l'intention ou la connaissance : C. pén., art. 121-3, al. 1 et 121-7). Ce régime apparaît avantageux pour l'hébergeur par rapport aux régimes qui s'appliquent à d'autres acteurs, tels que les directeurs de la publication. Car, sauf à avoir été conçu dans un but ornemental – hypothèse que nous ne pouvons que réfuter – ce régime excluait, pour l'activité d'hébergement, toute responsabilité résultant du fait d'autrui, d'une imprudence, d'une simple négligence, ou encore de la fixation d'un contenu préalablement à sa communication au public (régime de responsabilité de plein droit applicable au directeur de la publication pour les infractions de presse) (voir n^o 464-71).

C'est dire l'importance qu'il y a à distinguer clairement celui qui est hébergeur de celui qui ne l'est pas.

Fort opportunément, l'article 6.1.2. de la LCEN nous offre une définition. Selon cet article, sont hébergeurs, « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* ».

Cette définition laisse toutefois place à certaines interrogations, qui ne cessent d'hanter les prétoires depuis l'avènement du web 2.0. (voir n^o 476) : l'hébergeur ne délivre-t-il qu'une simple prestation technique ? qu'entendons-nous exactement par « *stockage* » ? l'hébergeur peut-il également être un éditeur de service de communication au public en ligne ? (et quelle responsabilité faudrait-il alors lui appliquer ?).

Certains éléments de réponse apparaîtront à ceux qui se voudront bien se remémorer l'histoire de cette définition.

La recherche d'une définition juridique des services d'hébergement a tout d'abord été soumise aux tâtonnements prétoires. La première définition convaincante que l'on a pu voir apparaître émane d'une décision du Tribunal d'instance de Puteaux prononcée sur une affaire ayant opposée les assurances Axa à la société Infonie, un fournisseur d'accès et d'hébergement. Pour ce tribunal, l'hébergement « *consiste à conserver en mémoire des informations et à connecter un site à l'Internet. Le fournisseur d'hébergement est donc généralement défini comme un fournisseur de service de stockage et de gestion de contenus permettant à un créateur de pages personnelles de rendre ces pages accessibles au public* » (TI Puteaux, 28 sept. 1999, Axa c/ Infonie, <www.foruminternet.org>).

Relevons les termes de « *stockage* », que l'on retrouvera plus tard dans la définition légale, et de « *gestion* » qui mettent en avant le caractère principalement technique de la prestation ou, à tout le moins, le distinguent clairement d'une activité de création de contenus. Le tribunal a également

souligné le rôle d'« *intermédiaire* » que joue l'hébergeur en notant que celui-ci permet à un tiers de réaliser librement son souhait : rendre les pages de son site accessibles au public. En revanche, la présente définition porte sur un cas d'espèce. Elle s'est donc naturellement concentrée sur l'hébergement d'un seul type de documents numériques : les pages web.

Une définition plus générale a été proposée par le Tribunal de grande instance de Nanterre, le 8 décembre 1999, à l'occasion de l'affaire Lynda Lacoste c/ Multimania et autres : « *Le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter. Son activité excède donc la simple prestation technique d'un transmetteur d'informations* » (TGI Nanterre, 8 déc. 1999, Légipresse 2000, n° 169, III, p. 38, note Ader, D. 2000, som., p. 274, obs. Caron, Comm. com. électr. janv. 2000, Actu. 12, obs. Haas et Nectoux, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 23, n° 1459, obs. Costes). Le tribunal précise cette fois que la prestation n'est pas, selon lui, seulement technique, comme le serait celle des fournisseurs d'accès ou des opérateurs de télécommunication. Cette remarque impliquera la mise en œuvre d'un certain niveau de responsabilité. Les magistrats ont également relevé que le stockage devait être « *durable* ». Ce terme trace la frontière entre la prestation d'hébergement et le « *caching* », c'est-à-dire la reproduction temporaire de données destinée à améliorer une prestation de fourniture d'accès par exemple.

La directive n° 2000/31 du 8 juin 2000, JOCE 17 juillet, n° L 178, p. 1 et s. a ensuite posé une définition légale de l'hébergement en son article 14 ; il s'agit de la « *fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* ». Le terme prétorien de « *stockage* » est donc toujours présent, et le rôle d'intermédiaire évoqué par le Tribunal d'instance de Puteaux y est également décelable. En revanche, nulle référence n'est faite à la mise à disposition du public des données ainsi stockées, élargissant par la même le champ d'application de la définition à ceux qui stockent des correspondances privées [les services de la société de l'information sont, eux, définis au considérant 17 de la directive « *commerce électronique* » comme « *tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, à la demande individuelle d'un destinataire de service (...)* »].

En France, l'article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, applicable avant l'adoption de la LCEN (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168), définissait les hébergeurs comme « *les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services* ».

Cette définition a été remplacée par celle de l'article 6, I.2 de la LCEN, ainsi rédigée :

« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

On remarquera notamment que les termes « *direct et permanent* » disparaissent de la seconde définition. En effet, les parlementaires ont estimé que ces derniers n'étaient plus utiles pour opposer l'hébergement aux activités de « *caching* », définies depuis la promulgation de la LCEN à l'article 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques comme étant une « *activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire* » des contenus qu'un prestataire transmet « *dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure* » (voir n° 464-14).

Chacune des définitions que nous venons d'aborder comporte des éléments caractéristiques de l'hébergement, sans toutefois aboutir à une description optimale de l'activité exercée par ces

intermédiaires techniques, soit parce qu'elles se rapportent à un cas d'espèce, soit parce qu'elles demeurent relativement abstraites... raison pour laquelle la jurisprudence peine à qualifier chacun des nouveaux services apparaissant sur le web : forums de discussion, plateformes de commerce électronique, plateformes de partage de contenus, réseaux sociaux ... Certes, nulle définition ne saurait parfaitement rendre compte d'une activité dont l'évolution est emportée par un puissant courant d'innovations technologiques.

Nous souhaitons toutefois proposer une définition souple, qui consiste en une traduction de celle de l'article 6.I.2. replaçant de manière plus évidente l'initiative de l'utilisateur au centre du processus de mise en ligne des contenus : ainsi, l'hébergement peut être défini comme l'activité qui consiste à offrir aux utilisateurs de l'Internet un service essentiellement technique leur permettant de stocker tous types de contenus en vue de les mettre immédiatement à la disposition du public, de leur propre initiative, à travers des réseaux de communication électronique.

464-19 Les éditeurs

Qu'est-ce qu'un éditeur ? vaste question car l'**éditeur** en tant que tel n'est défini dans aucun texte juridique. On peut toutefois en apprécier la notion en extirpant quelques indications du pseudo silence de la loi et en se reportant à l'important travail jurisprudentiel qui a été fait à cet égard.

a) Une notion muette maintes fois effleurée par la loi

L'**éditeur** n'apparaît guère qu'au sein de l'article L. 132-1 du Code de propriété intellectuelle qui définit le contrat d'édition ; il s'agit du « *contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». Cet article ne nous renseigne *a priori* pas sur l'essence de cet énigmatique éditeur. A moins de déduire de la définition ci-dessus qu'il s'agit de « *la personne bénéficiant du droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires d'une œuvre et ayant pour obligation d'en assurer la publication et la diffusion* ». Cette définition demeure en partie insatisfaisante, la « *fabrication d'exemplaires* » en « *nombre* » étant un concept un peu trop poussiéreux pour définir une activité sur internet. Toutefois, nous savons au moins que, dans le Code de propriété intellectuelle, l'éditeur est celui qui « *assure* » la « *publication* » et la « *diffusion* » d'une œuvre.

Un autre éditeur est apparu plus récemment dans le *corpus* législatif, il s'agit plus précisément de la personne « *dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne* » (LCEN, art. 6, III). La LCEN n'en donne malheureusement nulle définition. L'on sait cependant que ce « *nouvel* » éditeur se distingue du précédent. Première différence notable : il n'édite plus des œuvres, mais un service.

Seconde différence : il n'est pas possible de déduire ici son activité de ses droits ou obligations. La LCEN nous informe simplement de son obligation de s'identifier auprès du public ou de son hébergeur, s'agissant d'un non professionnel, ce qui n'est pas suffisant pour définir une activité.

On peut néanmoins déduire de l'article précédent, le 6.II alinéa 1, le type d'acteurs que le législateur a précisément souhaité viser : « *Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I [les fournisseurs d'accès et les hébergeurs] détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires* ». A la lecture de cet article, on ne peut s'empêcher de penser qu'il puisse y avoir, dans une certaine mesure, identité entre les personnes ayant « *contribué à la création du contenu* » et l'éditeur d'un service de communication au public en ligne. La création dont il s'agit se rapporte tant à la création originale d'un contenu qu'à une copie servile, peu importe du moment que ce contenu ait été transmis au prestataire d'hébergement.

L'auteur de ces actes, peut tout à la fois être l'internaute, en tant que simple fournisseur de contenus, que ce fameux **éditeur de service de communication au public en ligne**.

Par ailleurs, la LCEN vise un autre éditeur que l'éditeur de service de communication au public en ligne. Il s'agit de l'**éditeur des informations ou activités litigieuses** (LCEN, art. 6.I.5 relatif à la procédure de notification, faisant obligation au notifiant de joindre au notifié (l'hébergeur), la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur retrait).

Bien qu'à court de définitions, nous devons nous poser la question de savoir s'il y a identité entre l'**éditeur de service de communication au public en ligne** et l'**éditeur des informations ou activités**. Cette question nous semble d'autant plus pertinente dès lors que toutes sortes d'« *éditeurs* » se sont matérialisés dans le corpus juridique ces dernières années sous la plume du législateur, et leurs activités ne sont pas toujours aussi uniformes que l'on voudrait le croire.

Ainsi, deux autres (nouvelles) catégories d'éditeurs méritent notre attention : l'**éditeur de service de presse en ligne** (loi n^o 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet est venu –, dite HADOPI) et l'éditeur de services de médias (loi n^o 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision).

S'agissant de l'**éditeur de service de presse en ligne**, on peut assez aisément déduire son rôle de la définition du service qu'il édite. L'article 27.I. de la loi HADOPI (qui ajoute deux alinéas à l'article 1^{er} de la loi n^o 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse) définit en effet ce « **service de presse en ligne** » comme « *tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale.* » L'éditeur de ce type de services a donc « *la maîtrise éditoriale de son contenu* ». Ce service étant un démembrement des « *services de communication au public en ligne* », faut-il comprendre, par une lecture *a contrario* de l'article cité ci-dessus, que l'éditeur de services de communication au public en ligne, autre que de services de presse en ligne, n'a pas nécessairement « *la maîtrise éditoriale de son contenu* » ? Simple question qui ne trouvera pas de réponse dans l'immédiat.

S'agissant de l'**éditeur de média audiovisuels à la demande**, son rôle se déduira également de la définition de son service : « *Est considéré comme service de médias audiovisuels à la demande tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service.* » La définition se poursuit par une série d'exclusions, tels que « *les services consistant à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de communautés d'intérêt* » ou encore « *ceux consistant à assurer, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le seul stockage de signaux audiovisuels fournis par des destinataires de ces services* » (loi n^o 2009-258 du 5 mars 2009, art. 36 2^o relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision). L'éditeur de ce service a donc pour rôle de contrôler la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes.

Pour être complet, mentionnons au passage que la LCEN évoque également l'« **éditeur de services de radio et de télévision** » (LCEN, art. 1.III insérant un article 3-1 dans la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986) et l'« **éditeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision** » (LCEN, art. 11, 1^o modifiant l'article 42-4 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986) qui sont sans doute les mêmes personnes, mais qui ne bénéficient d'aucune définition.

On ne peut donc tenter d'apprécier ce qu'est un « **éditeur** » qu'au travers des textes qui ne le définissent qu'incidemment, soit par rapport à un contrat (le contrat d'édition), soit par rapport aux obligations qui s'imposent aux prestataires techniques (détention de données permettant l'identification

des créateurs de contenus), soit par rapport à un service internet (de presse en ligne ou de média audiovisuel à la demande).

Partant, pourrions-nous définir les critères de l'activité éditoriale de tout ce qui précède ? nous avons vu que l'éditeur pouvait remplir les fonctions suivantes :

- assurer la publication et la diffusion d'une œuvre ;
- contrôler la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes ;
- avoir la maîtrise éditoriale de son contenu.

Mais s'agit-il réellement de ses fonctions ? La liste ci-dessus se rapporte davantage aux obligations qui incombent à l'éditeur, et nous constatons que celles-ci varient suivant le secteur d'activité dont il s'agit : édition d'ouvrage, de service de média à la demande ou de service de presse en ligne.

Conclusion : la **notion d'éditeur est protéiforme**, elle varie suivant le type de service qui est délivré. Cela ne nous renseigne que trop peu sur ce qui nous permettrait de qualifier un acteur d'« *éditeur de service de communication au public en ligne* ». Il est donc nécessaire de tourner nos regards vers la jurisprudence.

b) Vers une définition prétorienne en creux par rapport à celle de l'hébergeur

Nous avons défini, dans les versions précédentes de cette étude, l'éditeur de service de communication au public en ligne comme « *la personne qui détermine les contenus devant être mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge* ». Notre objectif était de proposer un critère simple permettant de départager – ce qui semble être la principale préoccupation de la jurisprudence depuis ces dernières années – l'activité éditoriale de celle d'hébergement. La difficulté n'est pas moindre car, ne nous leurrions pas, l'hébergeur et l'éditeur partagent une identité génétique commune : ils sont tous deux acteurs de la publication. Pour autant, leurs rôles diffèrent vis-à-vis de l'action qu'ils sont amenés à exercer tant sur la publication des contenus que sur la qualité de ceux-ci. Un **rôle actif pour l'éditeur** : réunir des contenus, les évaluer, voire les modifier, et procéder volontairement à leur publication (mise en ligne). Un **rôle passif pour l'hébergeur** : fournir un service, essentiellement technique, permettant à des tiers de mettre des contenus en ligne. L'un a pour objet de procéder à la publication, l'autre de fournir le service permettant cette publication. L'hébergeur est donc indifférent à l'acte de publication, alors que l'éditeur en est l'initiateur ou le partenaire actif. Toujours est-il que ce dernier, étant à l'origine de la publication, décide de la qualité des contenus qu'il accepte de publier sous son « *autorité* ». Ainsi, le fait de « *déterminer les contenus devant être mis en ligne* » nous était apparu comme l'un des éléments les plus significatifs de l'activité d'édition des contenus sur les réseaux de communication au public en ligne.

Depuis lors, ce critère a été repris par le Tribunal de grande instance de Paris, qui a estimé que l'éditeur devait très exactement être « *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* » **et que** « *ne constitue un choix éditorial que le choix des contenus des fichiers mis en ligne* » (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net>, RLDI 2008/38, n^o 1162, obs. Auroux J.-B. ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Omar S., Fred T. et a. c/ Dailymotion, <foruminternet.org> ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, ADAMI, Omar S., Fred T. et a. c/ Sté Youtube, <juriscom.net> ; critère confirmé par CA Paris, 14^e ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), <foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n^o 1464, obs. Trézéguet M. et CA Paris, 4^e ch, sect. A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord Ouest Production et a., <legalis.net>). Certaines variantes existent, selon lesquelles l'éditeur est « *la personne, physique ou morale qui fournit le service de communication au public par voie électronique, en définit et crée le contenu éditorial* » (TGI Paris, réf., 15 déc. 2008, Claire C. dite Claire K. c/ JFG Networks, <juriscom.net>), ou la personne qui prend l'initiative dans le choix et la présentation des œuvres (T. com. Paris, 8^e ch., 20 févr. 2008,

Google c/ Flach Film et a., <legalis.net>, RLDI 2008/36, n^o 1197, obs. Costes L., ou encore celle qui décide des contenus mis en ligne et en assure un contrôle (TGI Paris, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Google et a., <legalis.net>).

Le Tribunal de grande instance de Paris a également, dans le cadre d'une procédure en référé, estimé que la qualification d'éditeur ne convenait pas aux hébergeurs en cause, « *dès lors qu'il n'était pas soutenu que les sociétés défenderesses ont pu, avant la mise en ligne des contenus en cause, intervenir de quelque manière que ce soit dans leur création, exercer sur ceux-ci un contrôle préalable, ou encore ajouter quelque valeur à ceux-ci avant d'en assurer l'hébergement* » (TGI Paris, réf., 9 févr. 2009, Kimberley P. c/ Vincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc., ZePeople, iTunes Store, <juriscom.net>). Le critère de « *l'intervention sur la création des contenus en cause* » est intéressant en ce qu'il semble, comme évoqué ci-dessus, se déduire de l'article 6.II alinéa 1 (voir Mimja P., La définition de l'éditeur était dans la loi ..., 11 mars 2009, <juriscom.net>).

Nous voyons également que le critère du « *contrôle* » des contenus, présent dans la loi s'agissant des éditeurs de service média audiovisuel à la demande (contrôle sur la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes), revient régulièrement en jurisprudence. Il fait écho au critère de la « *maîtrise éditoriale* » sur les contenus qui définit en partie l'activité de l'éditeur de service de presse en ligne.

Ces critères impliquent que l'éditeur détermine le contenu à mettre en ligne, et pour qu'il puisse le déterminer, qu'il en connaisse la teneur. Or, nous savons que la « *connaissance* » est un important fait générateur de responsabilité (s'agissant des infractions de presse, la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 substitue à la « *connaissance* » un critère technique, celui de la « *fixation préalable à la communication au public* », pour actionner la responsabilité du directeur de la publication, mais la « *fixation préalable* » découle bien du critère de la « *connaissance* » : le contenu ayant été enregistrée, il suppose que le directeur de la publication ait pu en prendre connaissance avant que l'infraction ne soit constituée par l'acte de publication). C'est la raison logique pour laquelle l'éditeur engage plus facilement sa responsabilité que l'hébergeur.

Ces critères emportent notre préférence par rapport à ceux qui avaient été retenus par deux décisions antérieures : le critère de la présentation des contenus à travers le propre site de l'hébergeur (CA Paris, 4^e ch. sect. A, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, <legalis.net>, RLDI 2006/17, n^o 510, obs Auroux J.-B., note Chafiol-Chaumont F., Où finira la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ?, Légipresse 2006, n^o 235, III, p. 181-185) ou celui de la présentation du contenu à travers « *une structure par cadres* » (TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Lafesse c/ MySpace, <legalis.net>, infirmée par CA Paris, 14^e ch., 29 oct. 2008, Lafesse c/ MySpace, <legalis.net>), et celui de l'exploitation commerciale par la mise en place des espaces publicitaires sur les pages personnelles (égal. : CA Paris, 4^e ch. sect. A, 7 juin 2006, précité et TGI Paris, réf., 22 juin 2007, précité). Car, en effet, ces derniers critères ne conditionnent en rien une quelconque capacité de « *connaissance* » sur les contenus litigieux ou sur leur caractère illicite.

Fort heureusement, ils ont été depuis lors abondamment critiqués et rejetés par nombre de décisions concernant des plateformes de partages de contenus, dites « *web 2.0* » (TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 13 juill. 2007, Christian C. et Nord Ouest Production c/ SA Dailymotion et SA UGC images, <juriscom.net>, RLDI 2007/30, n^o 999, note Proust S., Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0 ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, <juriscom.net>, RLDI 2007/32, n^o 1062, obs Costes L. ; CA Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom <juriscom.net>, note Thoumyre L., Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la

responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/35, n^o 1164 ; T. com. Paris, 8^e ch., 20 fevr. 2008, Google c/ Flach Film et a., <legalis.net>, RLDI 2008/36, n^o 1197, obs. Costes L. ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net> ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Omar S., Fred T. et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net> ; CA Paris, 14^e ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), <foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n^o 1464, obs. Trézéguet M. ; TGI Paris, réf., 9 fevr. 2009, Kimberley P. c/ Vincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc., ZePeople, iTunes Store, <juriscom.net> ; T. com. Paris, 16^e ch., 27 avr. 2009, Davis Film c/ Dailymotion, <foruminternet.org> ; CA Paris, 4^e ch, sect. A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord Ouest Production et a., <legalis.net> ; TGI Paris, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Google et a., <legalis.net>).

L'inclinaison à conférer la qualité d'éditeur aux acteurs se faisant rémunérer sur des transactions relatives à des produits faisant l'objet d'une annonce qu'ils hébergent, est remontée jusqu'à la chambre commerciale de la Cour de cassation dans une affaire concernant un revendeur de noms de domaine. Cette dernière a considéré « *qu'en retenant, par motifs propres et adoptés, que la société Sedo éditait un site internet consacré aux noms de domaine qu'elle proposait à la vente, qu'elle offrait une expertise destinée à aider à la fixation de la valeur, à charge de commission en cas de vente, et qu'elle exploitait commercialement le site sedo.fr, la cour d'appel (...) a justifié sa décision d'écarter l'application à cette société du régime de responsabilité réservé aux intervenants techniques sur internet* » (Cass. com., 21 oct. 2008, Sedo GmbH c/ Hôtel Méridien, <foruminternet.org>, RLDI 2008/43, n^o 1412, note Dreyfus N., Vers une responsabilisation des acteurs de l'internet : la Cour de cassation se prononce, RLDI 2008/44, n^o 1441 ; voir aussi Caron C., Vendeur rime avec éditeur, Comm. com. électr. 2008, n^o 12, n^o 134). Devient ainsi un critère déterminant pour la qualité d'éditeur (ou pour le rejet de celle d'hébergeur), le fait d'offrir « *une expertise destinée à aider à la fixation de la valeur* », cette expertise présupposant sans doute que le prestataire ait eu connaissance des qualités du produit qu'il vend et, éventuellement de ses qualités contrefaisantes.

On peut admettre que les critères de l'édition aient leur originalité propre en matière commerciale, mais cela ne peut justifier, en tant que tel, que la qualification d'hébergeur soit écartée. Une démarche juridique orthodoxe aurait été de vérifier que les critères de l'hébergement n'étaient effectivement pas réunis (un stockage à la demande d'un destinataire du service, art. 6.1.2 LCEN) et, dans le cas inverse, d'analyser si le prestataire dirigeait ou contrôlait le destinataire du service (art. 6.1.2 al 2 LCEN). Un auteur explique cette tendance jurisprudentielle par l'application du principe de loyauté. Ce principe servirait d'alibi aux juridictions commerciales pour infiltrer du droit commun dans un domaine qui relève d'un régime spécial, celui créé par la LCEN. Ce même auteur nous fait part de son étonnement, dès lors qu'« *au sein d'un système de responsabilité limitée seule la réunion des conditions exigées par le texte spécial devrait être prise en compte* » (voir Dhenne M., Hébergeurs et contrefaçons : de l'usage de la loyauté dans un régime de responsabilité limitée, RLDI 2009/51, n^o 1693). Il explique néanmoins l'attitude prétorienne par sa propension à « *se focaliser davantage sur la "balance" de la loyauté que sur la réunion des conditions imposées par le texte* ».

Tout ce passe, finalement, comme si les critères fixés par la LCEN n'étaient pas impératifs et que l'on pouvait rapporter, par tout moyen de preuve, qu'un hébergeur, qui rencontrerait pourtant les critères définis par la loi, n'est pas un hébergeur.

Cette démarche n'est cependant pas suivie par l'ensemble des juridictions françaises. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle, certes dans un cas d'espèce qui n'impliquait pas la responsabilité d'eBay pour des annonces de produits contrefaits, estimé qu'eBay devait être qualifié d'hébergeur : « *Considérant que le site <www.ebay.fr> est un support en ligne permettant à des professionnels ou des particuliers, à travers le monde, d'acheter ou de vendre en ligne des biens ou services qu'à ce*

titre, la société eBay n'agit ni pour le compte du vendeur » (CA Paris, 14^e ch., sect. B, 9 nov. 2007, eBay Europe – eBay France c/ SARL DWC, <juriscom.net>, obs Thoumyre L., affaire eBay c/ DWC : quand le statut d'hébergeur n'empêche pas de réguler, 24 nov. 2007, <juriscom.net>, RLDI 2007/33, obs. Saint Martin A., note Tessonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n^o 1165 ; D. 2008, p. 1032, note Huet J., eBay n'est pas un hébergeur ; confirmé par Cass. com, 5 mai 2009, <foruminternet.org>). De même, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé récemment que les sociétés ebay stockent les annonces réalisées par les vendeurs et les mettent en ligne pour leur compte. Il s'agit donc d'un hébergeur (TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 13 mai 2009, S.A. L'Oréal, SNC Lancôme Parfums et beauté & CIE, SNC L'Oréal produits de luxe France et a. c/ S.A. eBay France, Société eBay International AG, SARL eBay Europe, Société eBay Inc, <foruminternet.org>, RLDI 2009/50, n^o 1651, obs. Costes L., note Dreyfus N., La position frileuse du Tribunal de grande instance de Paris face à eBay : vers un droit consensuel ?, RLDI 2009/51, n^o 1664). Afin de rejeter toute requalification d'eBay en éditeur, même partielle, les juges constatent notamment que seul le vendeur décide de l'objet mis en vente, des différents éléments constituant l'annonce diffusée ainsi que de la mise en ligne de celle-ci et que tout le processus de la vente s'effectue en dehors de l'intervention d'eBay qui ne fait que jouer un rôle d'intermédiation dans le rapprochement des vendeurs et des acquéreurs via la mise à disposition de moyens techniques (logiciels et matériels), sans intervention sur le contenu des offres, les négociations entre les cocontractants et l'exécution du contrat. Cette démarche est intéressante en ce qu'elle restitue à l'utilisateur son rôle central dans le processus de publication de l'annonce, de la fixation du prix et de la transaction. Nous revenons donc sur ce qui constitue l'essence même de la définition de l'hébergeur au sein de la LCEN.

Nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de cette démarche. S'agissant du cas particulier des plateformes de commerce électronique, il est un état de fait que la LCEN leur est applicable au même titre que les autres plateformes d'hébergement de contenus. Dès lors que le prestataire rencontre les critères de l'article 6.1.2., il doit être qualifié d'hébergeur et nulles circonstances factuelles ne saurait permettre aux juges de le qualifier d'éditeur pour lui appliquer un régime de responsabilité différent.

Nous comprenons néanmoins les réticences qu'il y a, au sein de la jurisprudence et de la doctrine, à faire relever des plateformes de ventes entre particuliers indexant leurs rémunérations sur les transactions que ces derniers effectuent, du seul régime des hébergeurs. Car, en effet, le service de publication d'annonce fourni par eBay n'a pas pour objet premier de communiquer des contenus au public, mais plutôt de faire se réaliser une transaction commerciale entre individus. Or, le régime des hébergeurs fut, nous semble-t-il, davantage motivé par la volonté d'assurer une certaine sécurité juridique à des acteurs indispensables à l'exercice de la liberté d'expression sur internet, afin qu'ils ne soient pas conduit à exercer inopinément une censure sur les contenus (en ce sens, voir CA Versailles, 12 déc. 2007, Sté Les arnaques.com et a. c/ Sté Editions régionales de France, <juriscom.net>, RLDI 2008/34, n^o 1148, obs. Saint Martin A.), que pour des raisons liées à la liberté de commerce. Il n'en demeure pas moins, dans le cadre législatif français et communautaire actuel, que ces acteurs du commerce électronique relèvent bien du régime des hébergeurs pour les annonces postées sur leur site. C'est ainsi que le Tribunal de commerce de Bruxelles a estimé qu'eBay relevait strictement du régime des hébergeurs (T. com. Bruxelles, 31 juill. 2008, Lancôme parfums et Beauté & Cie c/ eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay Belgium, <filterpflicht.de>, note Regniault A. et Guthfreund-Roland F., La responsabilité de l'opérateur d'un site de vente aux enchères en ligne : d'autres juridictions sont saisies en Europe, Comm. com. électr. 2009, p. 14 ; voir aussi Schaffner M. et Abello A., LVMH c/ eBay : une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères, RLDI 2008/41, n^o 1372). Cette position n'est toutefois pas partagée par la Cour suprême fédérale allemande, laquelle a refusé à deux reprises de qualifier eBay d'hébergeur (Bundesgerichtshof, 11 mars 2004, Az. I ZR 304/01 ; Bundesgerichtshof, 19 avr. 2007, Az. I ZR 35/04).

Parmi l'ensemble abondant des décisions jurisprudentielles abordant les critères de l'activité éditoriale, notre préférence va vers celles qui définissent l'éditeur de contenu, en creux par rapport à l'hébergeur, comme la personne qui est « *personnellement à l'origine de la publication* ». La 3^e chambre civile du Tribunal de grande instance de Paris a initié le mouvement en soulignant que le fait de fournir une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus ne permettait pas de qualifier Google Vidéo d'éditeur de contenu « *dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion* ». En d'autres termes, le Tribunal constate que la spécificité de l'hébergement qui, rappelons-le, partage une identité génétique commune avec l'éditeur en tant qu'acteurs indispensables de la publication, est le fait que celui-ci n'est pas personnellement à l'origine de la publication (ou de la diffusion). *A contrario*, la spécificité de l'éditeur, c'est d'être personnellement à l'origine de la diffusion (TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, <juriscom.net>, obs Thoumyre L., Google Video condamné pour contrefaçon, 29 oct. 2007, note Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétoriques des hébergeurs, 8 nov. 2007, <juriscom.net>, RLDI 2007/32, n^o 1062, obs Costes L.). Cette analyse sera reprise plus tard par le Tribunal de commerce de Paris qui estime que la défenderesse « *a la seule qualité d'hébergeur et non celle d'éditeur de contenu car elle n'est pas à l'origine de la diffusion, lesdits contenus étant fournis par les utilisateurs eux-mêmes* » (T. com. Paris, 16^e ch., 27 avr. 2009, Davis Film c/ Dailymotion, <foruminternet.org>). Ce critère de la personne à l'« *origine du contenu* » nous convient donc. Nous préfererions cependant, afin d'éviter toute confusion, parler de la personne à l'initiative de laquelle le contenu a été mis en ligne.

c) Conclusion

La jurisprudence raffine de plus en plus la notion d'éditeur. Cela présente sans nul doute une utilité intellectuelle. On se rend toutefois compte que l'exercice de qualification a pour but ultime, à travers les moyens rapportés par les parties demandresses, de s'affranchir ou de contourner cette qualification d'hébergeur par trop encombrante puisqu'elle empêche d'entrer facilement en condamnation. Cela revient, au final, à vouloir dénier l'application d'un texte spécial à un acteur qui remplit pourtant les critères lui permettant d'en bénéficier.

De l'affaire Tiscali Media c/ Dargaud jugée le 7 juin 2006 à l'affaire Dailymotion c/ Nord Ouest du 6 mai 2009, les tribunaux n'ont cessé d'appréhender à tâton la notion d'éditeur, notion à laquelle nul régime de responsabilité n'est pourtant officiellement attaché ! En effet, à notre connaissance, le régime de responsabilité de plein droit défini à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 n'est pas – dans la loi – celui de l'« *éditeur* » mais celui du « *directeur de la publication* », en outre il n'est mis en œuvre que pour les infractions de presse et assimilées et répond à un critère propre de fixation préalable à la communication au public (*a contrario* il n'y a pas responsabilité de plein droit à défaut de fixation préalable). Cela fait très justement dire à M^e Guillaume Teissonnière que « *le régime de responsabilité éditoriale en cascade ne constitue pas le dénominateur commun des différents régimes de responsabilité du fait des contenus. D'autres régimes fondés sur l'application d'autres critères coexistent à ses côtés* » (Teissonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n^o 1165, p. 23).

En outre, à côté de la notion d'éditeur de contenus est apparue celle d'éditeur de service de communication au public en ligne (LCEN, art. 6.III). Il semblerait qu'il y ait une différence notable qui distingue ces deux acteurs (voir également Teissonnière G., RLDI, précité : « *il est important* », *selon cet auteur*, « *de relever que la LCEN envisage l'édition d'un « service » et non celle d'un contenu* »). S'il ne fait aucun doute que le premier est à l'origine de la publication du contenu, qu'en est-il du second ? Ne peut-on le considérer comme celui qui prend l'initiative de créer, de gérer, une plateforme permettant de publier du contenu, sur sa propre initiative ou ... sur l'initiative de tiers ? Dans ce cas, serait-il faux de prétendre que l'éditeur de service de communication au public en ligne peut être tant un éditeur de contenus qu'un hébergeur du web 2.0 ? C'est la thèse développée par M. Ronan

Hardouin (voir n^o 476) et que nous soutenons, considérant que le rôle de l'éditeur de service de communication au public en ligne peut tout à fait être dual.

Ainsi, pour un contenu donné, l'éditeur de service de communication au public en ligne ne sera donc responsable, sous régime du droit commun, de la propriété intellectuelle ou du droit spécial de la presse s'il y a eu fixation préalable, que pour les contenus dont il est à l'origine de la publication (pour lesquels il ne se serait pas comporté comme un hébergeur). En revanche, pour tout contenu qu'il stocke à la demande de destinataires de ses services, donc dont il n'est pas personnellement à l'origine de la publication, il ne répondra strictement que des dispositions relatives à la responsabilité de l'hébergeur.

Nous réfutons, en revanche, toute proposition qui consisterait à dire qu'un double régime de responsabilité pourrait s'appliquer à un même prestataire pour les mêmes faits, sous prétexte qu'il aurait pu commettre une faute distincte dans la gestion de son service de communication au public en ligne de celle que l'on pourrait lui reprocher en tant qu'hébergeur, car cela nous conduirait à contourner des dispositions spéciales, ce qui ne peut se faire. Les thèses particulièrement instructives de M^e Teissonnière et de M. Saint Martin (Teissonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n^o 1165 ; Saint Martin A., Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le Web 2.0, RLDI 2007/32, n^o 1070) qui nous éclairent sur les obligations pouvant incomber à l'éditeur de service de communication au public en ligne, sont donc à manier avec précaution sur ce sujet, dès lors qu'elles risquent d'aboutir, si l'on y prend garde, au contournement des dispositions spéciales lorsque cet éditeur est également hébergeur.

464-21 L'auteur et le fournisseur de contenus

Le fournisseur de contenus (images, textes, vidéo, son...) est la personne qui délivre du contenu à un éditeur de service de communication au public en ligne, étant entendu que ce dernier peut être tant éditeur de contenus qu'hébergeur (voir n^o 476).

Le fournisseur de contenus peut être l'auteur des contenus qu'il transmet, au sens de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire la personne qui les a créés, et/ou l'éditeur de ces contenus.

464-22 Le créateur d'hyperliens et de flux RSS

On peut distinguer deux catégories de créateurs d'hyperliens : ceux qui mettent en place des systèmes permettant la création automatique de liens vers des contenus disponibles sur le réseau, tels que les moteurs de recherche ; et ceux qui créent consciemment ce type de liens, comme tout internaute qui souhaite faire partager l'existence d'une ressource du réseau avec d'autres internautes, soit en communiquant un lien par courriel, soit en l'inscrivant sur sa page web. Appartiennent à cette seconde catégorie les liens présentés dans les annuaires de recherche et les portails. Ces derniers mettent en œuvre des équipes de « surfeurs » pour créer manuellement un certain nombre de liens qu'ils classent ensuite par rubriques thématiques.

Il n'existe pas à l'heure actuelle de définition légale du créateur d'hyperlien. La directive n^o 2000/31 du 8 juin 2000, JOCE 17 juillet, n^o L 178, p. 1 et s. sur le commerce électronique n'évoque leur existence qu'au sein de son article 21 consacré au réexamen de la directive. Le premier rapport de la Commission consacré à ce réexamen se contente de renvoyer vers les « *travaux fondamentaux menés en France par le Forum des droits sur l'internet* » (Premier rapport sur l'application de la directive n^o 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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, 21 nov. 2003, p. 15, note 72, <www.europa.eu.int>).

Les travaux du Forum des droits sur l'internet proposent justement plusieurs définitions, à commencer par celle de l'hyperlien, qui consiste en une « *connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple, le réseau Internet)* » et qui est « *composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée* ». Les hyperliens permettent ainsi d'interconnecter les données contenues sur l'Internet qui sont mises à disposition du public, notamment sur le web, par les éditeurs de contenus. Ils forment autant de « *passerelles* » entre les ressources disponibles sur le web et sont susceptibles de se multiplier au gré des créateurs (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Hyperliens : statut juridique », 3 mars 2003, <foruminternet.org> ; voir aussi Thoumyre L., L'usage des hyperliens : vers une liberté encadrée, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2003, n^o 157, numéro spécial « Les Cahiers de l'ADIJ », p. 3).

La Recommandation du Forum des droits sur l'internet portant sur la responsabilité des créateurs d'hyperliens différencie également les créateurs manuels d'hyperliens, entendu comme « *toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'Internet* » des créateurs automatiques d'hyperliens définis comme « *toute personne exploitant un service permettant la fourniture d'hyperliens, en général sur requête d'un utilisateur, grâce à un système robotisé de recherche et d'indexation des contenus disponibles sur l'Internet* » (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens ? », 23 oct. 2003, <www.foruminternet.org/recommandations/>).

La question de la responsabilité du fait des hyperliens connaît un regain d'intérêt avec l'avènement des flux RSS. Le principe du flux RSS (« *Rich Site Summary* » ou « *Really Simple Syndication* ») est de diffuser immédiatement, à partir de n'importe quel service de communication au public en ligne, une liste de titres et de courts résumés d'articles publiés sur un ou plusieurs services de communication au public en ligne tiers. Les titres sont dits « actifs » dans la mesure où ils renvoient, par liens hypertextes, au contenu cible. La publication des titres et résumés d'articles est réalisée grâce à l'inclusion d'un script sur un service de communication au public en ligne. Ce script est mis à la disposition du public par les services qui sont à l'origine de la publication des contenus, ou bien par des agrégateurs d'information. Concrètement, dès lors que ces services publient un article, un lien hypertexte sera automatiquement créé sur les sites ayant intégré leur script RSS, sans aucun contrôle de ces derniers sur le contenu cible ou, même, sur la composition des titres et des résumés. Ainsi, grâce au flux RSS, tout site sur internet peut relayer instantanément, auprès de ses lecteurs, des hyperliens vers des contenus qui sont publiés sur un site tiers.

Cette technologie a fait l'objet d'un examen juridique dans plusieurs affaires, opposant généralement des célébrités, dont des éléments de leur vie privée ont été révélés dans un article publié sur un site « source » (celui qui est à l'origine de la publication de l'article et qui met un script RSS à la disposition d'autres sites), à un site « destinataire » du contenu (celui qui a choisi d'inclure le script proposé par le site « source ») : TGI Nanterre, réf., 28 févr. 2008, Olivier D. c/ Eric D. (Les Pipoles), <juriscom.net>, RLDI 2008/36, n^o 1215, obs. Auroux J.-B. ; TGI Paris, réf., 28 févr. 2008, Olivier D. c/ Sté Aadsoft Com, <legalis.net>, RLDI 2008/37, n^o 1143, obs. Costes L. ; TGI Paris, réf., 26 mars 2008, Olivier M. c/ Société Bloobox Net (Fuzz), <juriscom.net> ; CA Paris, 14^e ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), <foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n^o 1464, obs. Trézéguet M. ; TGI Paris, réf., 15 dec. 2008, Claire C. dite Claire K. c/ Mehdi K., <juriscom.net> ; voir aussi TGI Nanterre, réf., 7 mars 2008, Olivier D. c/ SARL Planète Soft (Wikio), <juriscom.net>, RLDI 2008/36, n^o 1216 (voir n^o 464-75).

464-26 L'organisateur d'espaces de discussion interactive

On distingue classiquement deux grandes catégories de systèmes de discussion interactive : les premiers permettant des discussions synchrones (*chat*, sur réseaux IRC ou sur ICQ par exemple), les seconds des discussions asynchrones (forums et liste de discussion).

a) Les espaces de discussions synchrones : l'exemple du chat

Le « *chat* », que la Commission générale de terminologie et de néologie a traduit par le terme « *causette* », est défini comme une « *communication informelle entre plusieurs personnes sur l'Internet, par échange de messages affichés sur leurs écrans* » (JO 16 mars 1999). Plus concrètement, il s'agit de discussions en temps réel qui transitent sur le réseau principalement au moyen du protocole IRC (*Internet Relay Chat*). Les utilisateurs y accèdent en recourant à un logiciel spécifique (ex. mIRC). Certaines pages web intégrant une interface IRC proposent également des « *chambres de discussion* ». Dans ce cas, un simple navigateur suffit pour participer aux discussions.

Les « *chat room* » permettent à plusieurs personnes de dialoguer simultanément sur une page centrale publique et/ou d'entretenir des conversations plus discrètes avec d'autres interlocuteurs dans des chambres privées. Techniquement, les données transmises sur le *chat* passent par un serveur et peuvent être conservées par l'hébergeur (Dossier du Forum des droits sur l'internet, « Responsabilité liée à l'exploitation de forums de discussion », 18 juill. 2002, <www.foruminternet.org/publications>).

Ces discussions peuvent être « modérées » par l'organisateur du *chat*, qui est la personne ayant pris l'initiative de créer une chambre de discussion sur un thème particulier, ou par toute autre personne, bénévole ou salariée, effectuant la tâche de modération pour le compte de l'organisateur ou pour celui de la communauté des internautes utilisateurs du chat. La tâche du modérateur consiste notamment à veiller à ce que les propos tenus sur la page publique du *chat* ne polluent pas la discussion générale – tel est le cas des propos hors thèmes – et de « bannir » les perturbateurs. De plus en plus d'organisateur de *chats* sur le web effectuent une modération *a priori* des messages, c'est-à-dire qu'ils supervisent la teneur du message avant que celui-ci ne soit rendu public. Mais la grande majorité des chambres de discussion sur les canaux IRC ne sont pas modérées ou ne sont modérées qu'*a posteriori*.

b) Les espaces de discussions asynchrones : l'exemple des forums

Selon la Commission générale de terminologie et de néologie, le forum de discussion est un « *service permettant l'échange et la discussion sur un thème donné : chaque utilisateur peut lire à tout moment les interventions de tous les autres et apporter sa propre contribution sous forme d'articles* » (JO 16 mars 1999). Les forums de discussion peuvent être accessibles soit sur le réseau *Usenet* – on parle alors de *newsgroups* – soit sur le web.

Les messages postés sur les forums *Usenet* exploitent le protocole NNTP. Ils sont reproduits sur l'ensemble des serveurs qui y donnent accès, c'est-à-dire « relayés » par les fournisseurs d'accès à l'Internet, lorsque ces derniers le souhaitent. On en dénombre approximativement 20 000. Tout utilisateur peut créer un nouveau groupe de discussion. La justification du thème doit être soutenue lors des Appels à Discussions, les « AAD », durant lesquels les utilisateurs de *Usenet* discutent de l'opportunité de la création d'un nouveau groupe et du contenu de la charte qui l'accompagne. Lorsqu'un accord émerge de l'« AAD », le groupe doit encore passer au vote. Chaque hiérarchie (alt., qc., fr. etc.) connaît ses propres modalités de vote. Le groupe est créé par une personne appelée « *control* », qui n'est pas nécessairement celle qui a soutenu l'opportunité de création du thème. Le « *control* » dispose d'une clé lui permettant d'informer les newsmasters de la création du groupe qui est alors proposé sur l'ensemble des serveurs de news. La modération du groupe ne peut être décidée qu'après un vote. Elle ne sera pas nécessairement effectuée par le créateur technique du groupe.

Les spécificités de création, d'organisation et d'hébergement des groupes de discussion sur le réseau *Usenet* posent des difficultés considérables dans la mise en œuvre des responsabilités de chacun des intervenants.

La situation est un peu moins complexe s'agissant des forums accessibles sur le web. Ces derniers sont généralement créés et organisés sur l'initiative du titulaire du site par lequel ce forum est accessible ou sur l'initiative de n'importe quel internaute, dans le cas des forums proposés par certains portails offrant une solution « clés en mains » pour la création d'espaces de discussion accessibles à partir de leurs sites. Selon les souhaits du créateur, le forum pourra être non-modéré, modéré *a priori*, ou modéré *a posteriori* (Dossier du Forum des droits sur l'internet, « Responsabilité liée à l'exploitation de forums de discussion », 18 juill. 2002, <www.foruminternet.org/publications/> ; Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le Web ? », 8 juill. 2003, précité).

Le statut de l'organisateur de forums web est ambivalent. Il pourra tantôt être considéré comme un hébergeur, tantôt comme un éditeur de contenu (voir n^o 464-79).

464-32 Le gestionnaire de blogs

Un blog est un site web personnel dont la structure de base est préfabriquée. Il est composé d'actualités (« *news* » ou « *billets* »), publiées au fur et à mesure qui apparaissent selon un ordre ante-chronologique. Chacune de ces actualités peuvent, si le gestionnaire du blog le souhaite, faire l'objet de discussions ouvertes à tous les internautes. Le blog est facilement éditable pour n'importe quel utilisateur, d'où son imposant succès.

L'internaute responsable d'un blog sera, *a priori*, considéré comme un éditeur de service de communication en ligne s'agissant des contenus qu'il publie lui-même volontairement et comme un organisateur de forums pour les fils de discussion figurant à la suite des articles.

Section 2 - Régimes juridiques applicables aux acteurs de l'Internet

§ 1 Généralités

464-39 L'émergence d'un droit autonome et d'une régulation spécifique des communications en ligne

Le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'Internet a amplement évoqué cette problématique de la loi applicable à Internet. Il privilégie l'application du droit commun, de préférence au droit de la communication pris en ses multiples branches (presse, audiovisuel, télématique) qui lui semble difficilement applicable eu égard aux spécificités des différents services proposés sur Internet (Rapport Falque-Pierrotin I., Internet, enjeux juridiques, La documentation française, coll. Les rapports officiels, 1997, p. 31 et s.).

Le droit applicable peut varier selon la nature du message diffusé ou selon le statut de la personne physique ou morale intervenant dans cette diffusion.

Par là même, le droit des télécommunications, le droit de l'audiovisuel ou le droit de la presse ont vocation à s'appliquer, comme l'a relevé le Conseil d'Etat, en privilégiant une application combinée et en rejetant la compétence exclusive d'une seule autorité comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, La documentation française, 1998, p. 226 et s.). Le législateur se devait néanmoins, pensait-on, d'intervenir pour clarifier l'application à l'Internet des différentes branches du droit de la communication, quitte à en remodeler l'architecture.

Cette « *clarification* » eût lieu au sein de la LCEN en son article 1^{er} (L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168)

Les sénateurs avaient en effet répondu favorablement, en seconde lecture du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, à la proposition développée par la Commission des affaires économiques pour « *refondre l'architecture du droit des médias* » (Rapport n^o 232 (2002-2003) de

MM. Hérisson P. et Sido B. fait au nom de la commission des affaires économiques, 3 mars 2004, p. 3, <www.senat.fr>. Les amendements qui ont été adoptés ont créé une nouvelle catégorie générique : la « *communication au public par voie électronique* ». Celle-ci se définit en creux par rapport à la correspondance privée. Elle se subdivise en deux sous-catégories : la « *communication audiovisuelle* », qui se rapporte essentiellement à la radio et à la télévision (les ondes électromagnétiques étant considérées comme « *électroniques* ») sur tout support, dont Internet, et la « *communication au public en ligne* » qui est définie comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* » (LCEN, art. 1^{er}).

Aussi l'article 1^{er} de la LCEN modifie-t-il l'article 2 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 pour définir ce qu'il faut entendre par « *services audiovisuels* ». Il s'agit dorénavant de « *toute communication au public de services de radio et de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition du public ou d'une catégorie du public* » et de « *toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne* ». Sont également définis les services de télévision et de radio : il s'agit de « *tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie du public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons* », pour la télévision et, « *comportant des sons* », pour la radio (sur la délicate articulation entre ces nouvelles définitions, voir Vercken G., Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services dans la LEN, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n^o 171, p. 19).

Le nouveau droit de la communication

COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES			
1. Correspondances privées	2. Communication au public par voie électronique		
	2.2. Communication audiovisuelle (CA)		2.3. Communication au public en ligne (CPL)
	Radio	Télévision	Autres services ne relevant pas de la CPL + SMAD
			Toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur.

La première conséquence de ce remaniement est que tout service de radio ou de télévision, y compris celui qui serait diffusé sur Internet, relève assurément de la compétence du CSA. L'article 3-1 nouveau de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 précise en effet que « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par la présente loi* ». Inversement, le CSA n'exerce aucune autorité sur les services de communication électronique qui ne répondraient pas à la définition de la radio ou de la télévision. C'est là la précision que l'on attendait du législateur, qui ne se révèle toutefois qu'à travers une lecture *a contrario* du texte. Il est donc devenu une certitude, aujourd'hui, que les sites web, forums de discussion et autres blog – qui appartiennent à la catégorie des services de communication au public en ligne (tant qu'ils n'ont pas de caractère privé) – ne relèvent pas de la compétence du CSA.

La question s'est toutefois posée, pour le CSA, de savoir si une banque de données de spots publicitaires audiovisuels disponibles à la demande sur Internet, par exemple à travers un site web, ne devait pas relever de sa compétence. La réponse nous semble être assurément négative dès lors que les spots publicitaires contenus au sein de cette banque de données ne sont pas destinés à être

reçus simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie du public car, ce faisant, ils échappent à la définition de la télévision.

Cette « *autonomisation* » de la réglementation des communications publiques en ligne n'allait pas, cependant, sans poser un certain nombre de difficultés, notamment pour l'application d'autres régimes juridiques aux acteurs de l'Internet (voir Fandiari J.-L., LCEN : une loi pour ou contre la confiance dans l'économie numérique ?, actu., 9 janv. 2004, <www.juriscom.net>).

L'écueil a été identifié par la Commission des affaires économiques du Sénat qui a proposé un amendement, adopté par les sénateurs lors de leur vote du 8 avril 2004, destiné à remplacer au sein de diverses lois (dont la L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse et la L. n^o 82-652, 29 juill. 1982), du Code pénal, du Code de procédure pénale et du Code électoral, les termes de « *communication audiovisuelle* » par ceux de « *communication au public par voie électronique* » (amendement n^o 3 au projet de loi n^o 144). De la sorte, les différents régimes juridiques étudiés ci-dessous continuent – pour la plupart – de s'appliquer aux acteurs de l'internet.

Le travail des parlementaires devra néanmoins être poursuivi ultérieurement. En effet, on peut regretter que l'intégration de la notion de « *communication par voie électronique* » n'ait pas été prévue, par exemple, au sein de plusieurs dispositions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité des personnes ayant commis des infractions par voie de presse ou audiovisuelle : les articles 223-15, 226-2, 226-8, 227-24 (lequel sanctionne la fabrication, le transport, la diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur), 227-28, 412-8, 413-3, 413-4, 433-10, 434-16 ou 434-25 du Code pénal, ou encore l'article L. 3421-4 du Code de la santé publique.

Outre la création d'un droit autonome pour les communications au public en ligne, mentionnons la création d'un organisme, le 31 mai 2001, dans le but d'assurer la concertation entre les différents acteurs d'Internet et la compréhension des enjeux juridiques posés par les réseaux : le Forum des droits sur l'Internet (<www.foruminternet.org>).

A la suite de la publication en 1998 du rapport du Conseil d'Etat sur « *Internet et les réseaux numériques* » et en juin 2000, du rapport du député Christian Paul intitulé « *Du droit et des libertés sur l'Internet* », le Premier ministre Lionel Jospin avait manifesté la volonté d'initier une expérience unique, tant en France qu'en Europe, en lançant le projet du Forum des droits sur l'internet.

Le Forum est investi de trois grandes missions : la concertation entre les acteurs, la sensibilisation du public et la coopération internationale. Cet organisme, créé sous la forme d'une association loi 1901, est un lieu permanent de dialogue et de réflexion entre professionnels, instances publiques et utilisateurs. Sur la base des débats qu'il organise et des conclusions des groupes de travail, le Forum formule des recommandations – non contraignantes – qui s'adressent aussi bien aux acteurs privés, en les appelant à une action d'autorégulation, qu'aux acteurs publics de la régulation pour un aménagement du droit existant.

Cette mission de recommandation est exercée de sa propre initiative ou sur saisine du gouvernement, du Parlement ou des autorités administratives indépendantes (CSA, ART, CNIL, etc.). Cette activité est préparatoire à la prise de décision des autorités publiques ou privées et éclaire les fondements de celle-ci.

Plusieurs recommandations ont été délivrées, notamment sur les sujets suivants : « *hyperliens* », « *forums de discussion* », « *protection des mineurs* » ou encore « *télétravail* ». Par ailleurs, le Forum des droits sur l'Internet a délivré deux avis sur des projets de loi : la loi sur la sécurité quotidienne (LSQ), adoptée le 6 février 2003, et le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (voir <www.foruminternet.org/recommandations>).

Le Forum est présidé par Isabelle Falque-Pierrotin, maître des requêtes au Conseil d'Etat. On notera que le Forum compte parmi ses membres M. le professeur Pierre Sirinelli, directeur du Lamy droit des médias et de la communication.

464-43 Le droit des communications électroniques : la question de la conservation des données de connexion

La notion de télécommunication, qui figurait au sein de l'ancien article 2 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986, a été substituée par celle de « *communication électronique* » depuis l'adoption de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite « LCEN » (L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168). Il s'agit des « *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ». En réalité, la définition de « *communication électronique* » est très proche, voire similaire, à celle de télécommunication.

Du point de vue statutaire, le droit des télécommunications, devenu le droit des communications électroniques depuis la loi n^o 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, a vocation à s'appliquer au fournisseur d'accès à Internet (ou *Internet Service Provider*).

Pour ce qui est du message, il concerne plus particulièrement la correspondance privée transmise par messagerie électronique (ou *e-mail*).

Ainsi, le statut de fournisseur d'accès est visé par l'article L. 32, 6^o du Code des postes et des communications électroniques qui dispose qu'« *on entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques* ». Le même article précise que « *ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique* ».

L'incidence pratique de cette définition est que le fournisseur d'accès est soumis à déclaration auprès de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 33-1-I du code précité : « *L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des télécommunications* ».

Le droit des communications électroniques a également vocation à assurer le secret des correspondances sur les réseaux électroniques.

Tout d'abord, l'article 1^{er} de la loi n^o 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des communications téléphoniques dispose que « *le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi* ».

Aussi, l'article L. 32-3 du Code des postes et des communications électroniques exige-t-il le respect du secret des correspondances de la part des opérateurs et des membres de leur personnel. Toute atteinte au secret des correspondances par un agent de l'autorité publique ou un agent d'exploitation du réseau est sanctionné par l'article 432-9 du Code pénal.

Rappelons que la confidentialité des communications électroniques est visée par l'article 5 de la directive du Parlement et du Conseil CE n^o 97/66 du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications et par l'article 5 de la directive du Parlement et du Conseil CE n^o 2002/58 du 12 juillet 2002 dite « *vie privée et communications électroniques* » qui adapte la directive précédente à l'évolution des marchés et des technologies des services de communications électroniques (Dir.

Cons. CE n^o 2002/58, 12 juill. 2002, JOCE 31 juill., n^o L 201, p. 37). Cette directive a été transposée par la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (L. n^o 2004-669, 9 juill. 2004, JO 10 juill., p. 12483) qui a notamment modifié le Code des postes et télécommunications – rebaptisé « *Code des Postes et des Communications électroniques* » – et la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des communications téléphoniques (L. n^o 91-646, 10 juill. 1991).

Pour prévenir le risque lié au stockage et au traitement automatisés d'informations sur la vie privée des abonnés et utilisateurs des réseaux ouverts au public de communications électroniques et qui ont trait au secret de leur correspondance, le vingt-sixième considérant de la directive CE n^o 2002/58 précitée dispose que « *ces données ne peuvent être stockées que dans la mesure où cela est nécessaire à la fourniture du service, aux fins de la facturation et des paiements pour interconnexion, et ce, pour une durée limitée* ».

Ce même considérant prévoit qu'il convient également « *d'effacer ou de rendre anonymes les données relatives au trafic utilisées pour la commercialisation de services de communications ou pour la fourniture de services à valeur ajoutée, lorsque les services en question ont été fournis* ».

Les données relatives au trafic sont définies au sein du quinzième considérant. Sont notamment visées les données concernant le routage, la durée, le moment ou le volume d'une communication, le protocole de référence, ou encore l'emplacement des équipements terminaux de l'expéditeur ou du destinataire.

Repris par l'article L. 34-1, I du Code des postes et des communications électroniques (correspondant à l'ancien article L. 32-3-1, I du Code des postes et télécommunications créé par la loi n^o 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne puis repris par la loi n^o 2004-669 du 9 juillet 2004, JO 10 juill., p. 12483 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle), le principe de non-conservation et d'effacement des données à caractère personnel s'impose à tout opérateur de communications électroniques : « *Les opérateurs de communications électroniques, et notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, effacent ou rendent anonyme toute donnée relative au trafic (...)* » (C. P et CE, art. L. 34-1, I). Les fournisseurs d'accès à Internet, dont l'activité répond à celle définie par l'article 6, I-1 de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, sont donc concernés par ces dispositions.

S'inscrivant dans le cadre des dérogations prévues par l'article 13 de la directive du Parlement et du Conseil CE n^o 95/46 du 24 octobre 1995 et l'article 14 de la directive du Parlement et du Conseil CE n^o 97/66 du 15 décembre 1997, et par la suite, de l'article 15 de la directive du Parlement et du Conseil CE n^o 2002/58 du 12 juillet 2002, des aménagements au principe d'effacement des données de communication ont été prévus au sein du même article L. 34-1, lequel indique qu'« (...) *il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques* », et ce pour « *les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations* » (C. P et CE art. L. 34-1, II).

Longtemps attendu, le décret d'application de ce texte a vu le jour le 24 mars 2006 (D. n^o 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques ; voir Tabaka B., Le décret sur la conservation des données de connexion enfin publié !, 26 mars 2006, <juriscom.net>).

La loi n^o 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle limite elle-même ces exceptions, puisqu'elle précise que les données

conservées ne peuvent « *en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit* » (C. P et CE, art. L. 34-1, V, anciennement C. P et T, art. L. 32-3-1, IV créé par L. n^o 2001-1062, 15 nov. 2001 sur la sécurité quotidienne).

Enfin, notons que, entre la loi n^o 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne et la loi n^o 2004-669 du 9 juillet 2004 relatives aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le dispositif français avait été complété par l'article 62 de la loi de finances rectificative n^o 2001-1276 du 28 décembre 2001, toujours en vigueur, pour permettre aux agents de l'administration fiscale et de l'administration des douanes d'accéder aux données traitées et conservées par les opérateurs. Ainsi, les articles L. 621-10 du Code monétaire et financier et 61 du Code des douanes prévoient que, pour les besoins de la recherche, de la constatation de la sanction ou du règlement d'infractions aux dispositions du Code des douanes, du Code général des impôts ou du Code monétaire et financier, les opérateurs de communications électroniques et les prestataires mentionnés aux articles 6-I-1 et 6-I-2 de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 (JO 22 juin, p. 1168) doivent communiquer les données qui leur sont demandées par les agents, habilités à cet effet, de l'administration des douanes et des services chargés du recouvrement des impôts, droits et taxes.

Or, ces dispositions supplémentaires présentent plusieurs difficultés d'interprétation, en particulier parce qu'elles se réfèrent à l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques (anciennement article L. 32-3-1 du Code des P et T) « *dont l'étendue et les limites sont profondément différentes des régimes propres de ces administrations* » (Heslaut J. et Staub A., L'obligation de conservation des données de connexion étendue à tous les acteurs de l'Internet ?, Les Echos, 15 févr. 2002).

Tout d'abord, l'article L. 34-1 ne prévoit ce droit d'accès que dans le cadre de la recherche d'infractions pénales, alors que l'administration des douanes et l'administration fiscale disposent d'un pouvoir de communication pour tout type d'infraction relevant de leur pouvoir de contrôle. En outre, les durées de conservation dont bénéficient ces administrations sont en général égales à trois ans, contre une année prévue par la loi sur la sécurité quotidienne et la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. Enfin, ces administrations peuvent également requérir la communication de données auprès des personnes visées à l'article 6-I-1 de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à savoir les prestataires d'hébergement, là où les dispositions originellement introduites par la loi sur la sécurité quotidienne ne concernent que les personnes visées à l'article 6-I-1 de la LCEN, c'est-à-dire les opérateurs de communication électroniques et les fournisseurs d'accès à l'Internet.

La loi n^o 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure a, elle aussi, poursuivi l'œuvre législative débutée en 2001. Elle a ajouté, en premier lieu, un article 60-1 au Code de procédure pénale qui permet aux officiers de police judiciaire, agissant dans le cadre d'une enquête judiciaire et sur autorisation d'un magistrat, d'accéder directement à des fichiers informatiques et de saisir à distance les renseignements qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité. Il est corrélativement prévu que les personnes mentionnées à l'article 6-I-1 de la LCEN mettent à disposition des autorités les informations requises par voie télématique ou informatique dans les meilleurs délais. En second lieu, l'article 32-3-1 du Code des P et T, devenu l'article 34-1 du Code des postes et des communications électroniques, avait été à nouveau modifié pour permettre aux opérateurs de conserver certaines données en vue d'assurer la sécurité de leurs réseaux (C. P et CE, art. 34-1, III). Cette disposition, maintenue en vigueur, transposait l'une des propositions émises par le Forum des droits sur l'Internet qui recommandait, au-delà du dispositif de la loi du 15 novembre 2001 « *de prendre en compte une évolution possible des dispositions législatives afin de permettre aux entreprises de procéder à une conservation et un traitement des données nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de leurs propres réseaux* » (Recommandation du Forum des droits sur

l'Internet relative à la conservation des données relative à une communication électronique, 18 déc. 2001, <www.foruminternet.org/recommandations>).

464-47 Le droit de la presse et la problématique du délai de prescription des infractions

Comme le rappelle l'article 93-3 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 modifiée, la principale loi venant réprimer les délits commis par la voie de la presse est la loi du 29 juillet 1881 (voir n^o 203), même si un certain nombre de délits de presse existent en dehors de la loi de 1881 (notamment protection civile et pénale de la vie privée, protection de la morale et de la jeunesse, respect de la présomption d'innocence).

Avant l'adoption de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN », L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin 2004, p. 1168), la plupart des services en ligne étaient considérés comme des modes de communication audiovisuelle, à l'exclusion des correspondances privées par voie électronique. A ce titre, il ne faisait aucun doute que les délits prévus par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 puissent donner lieu à poursuites en application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 précitée (voir n^o 464-51). Bien que la LCEN ait autonomisé le droit des communications au public en ligne par rapport au droit de la communication audiovisuelle, ces dispositions demeurent applicables à l'Internet (voir n^o 464-39).

L'une des questions les plus délicates est celle de l'imputabilité du délit (voir n^o 464-71 et s.).

Une seconde question s'est posée plus récemment à propos de l'application sur Internet de la prescription courte de l'action judiciaire prévue par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881. Cet article dispose, en effet, que l'action publique et l'action civile résultant des infractions prévues par cette loi se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour où elles ont été commises, ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite, s'il en a été fait. Ce délai constitue l'un des éléments essentiels de l'équilibre conçu par la loi du 29 juillet 1881 entre liberté de presse, droit des personnes et ordre public.

Schématiquement, les juges et la doctrine hésitent entre deux solutions : faire courir le point de départ du délai au jour de la mise en ligne du document ou au jour où celui-ci a été retiré du serveur.

Mais aucune de ces deux propositions n'est véritablement satisfaisante.

On se heurte, dans le premier cas, au risque de **persistance des contenus litigieux**. Leur accessibilité permanente en tout point du réseau, phénomène inconnu sur support papier, peut alors s'avérer inopportune au regard de la protection du droit des tiers et de la préservation de l'ordre public.

La seconde solution retire néanmoins tout l'intérêt d'une prescription abrégée puisque, en refusant de faire courir le délai à partir du premier acte de publication, elle confère aux infractions de presse commises sur Internet un caractère imprescriptible tant que les informations litigieuses demeurent en ligne.

Une voie **médiane**, enfin, consisterait à **refaire courir le délai de prescription à chaque fois que le document litigieux a été modifié**. C'est vers celle-ci qu'aurait pu se diriger la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 15 décembre 1999, n'a pas manqué d'évoquer la modification de l'adresse du site du prévenu pour déclarer les faits poursuivis non prescrits. Mais son argumentation s'inscrivait dans la logique de la première solution évoquée ci-dessus.

Dans cette affaire (dite « *affaire Costes* »), la cour d'appel devait se prononcer sur la recevabilité des poursuites formées par plusieurs associations antiracistes à l'encontre d'un individu ayant publié des écrits violents sur son site susceptibles de constituer les infractions d'injures et de diffamation publiques raciales et de provocation à la violence raciale prévues par la loi du 29 juillet 1881. La cour d'appel

a tout d'abord estimé que l'application du principe selon lequel le délai de prescription court à dater du premier jour de publication était principalement adapté aux caractéristiques « *périssables, voire furtifs* » des messages publiés sur support papier ou audiovisuels, et non à celles d'une publication sur le réseau qui résulte, selon elle, « *de la volonté renouvelée de l'émetteur qui place le message sur un site et choisit de l'y maintenir ou de l'en retirer quand bon lui semble* ». Elle en conclut à l'existence d'une infraction continue pour faire démarrer le délai de prescription à la date du constat d'huissier fondant la prévention (CA Paris, 11^e ch. A., 15 déc. 1999, JCP éd. G 2000, II, n^o 10281, note Schmidt Ph.-A. et Facchina V., Rev. sc. crim. 2000, p. 644, obs. Francillon J.).

Cette solution a été reprise au sein d'un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 6 décembre 2000 qui en a d'ailleurs légèrement modifié l'argumentation théorique en évoquant cette fois-ci le caractère d'« *infraction successive* » du délit susceptible d'être constitué par une publication sur un site Internet (T. corr. Paris, 6 déc. 2000, Carl Yves L. c/ Thierry M. et Raphaël M., Association Réseau Voltaire, JCP éd. G 2001, II, n^o 10515, note Lepage A., Comm. com. électr., janv. 2001, comm. 8, p. 23, obs. Galloux J.-C.).

Un arrêt du 30 janvier 2001 de la Cour de cassation a finalement amorcé un important retour sur l'interprétation que les juridictions du fond avaient faite de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 (Cass. crim., 30 janv. 2001, n^o 00-83.004, Bull. crim., n^o 28, p. 75, JCP éd. G 2001, II, n^o 10515, note Lepage A., Rev. sc. crim. 2001, p. 605, obs. Francillon J., D. 2001, p. 1833, note Dreyer E., Linant de Bellefonds, Comm. com. électr., juin 2001, comm. 68, p. 35, obs. Lepage A., Petites affiches 3 avr. 2001, p. 3, note Pansier F.-J., Légipresse 2001, n^o 180, III, p. 58, note Ader B.).

Huit mois et demi plus tard, la Haute juridiction délivre un attendu clair et non équivoque sur la date à partir de laquelle il convient de faire courir le délai de prescription. Celui-ci se prononce en faveur de la date correspondant au premier acte de publication, précision faite que cette date est « *celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau* » (Cass. crim., 16 oct. 2001, n^o 00-85.728, Bull. crim., n^o 211, p. 676, J.-Cl. Pénal, Fasc. 12, note Véron M., Légipresse 2001, n^o 187, III, p. 205, note Dreyer E., Comm. com. électr., déc. 2001, comm. 132, p. 30, obs. Lepage A., Rev. Lamy dr. aff. 2002, n^o 45, n^o 2854, obs. Simon G., <foruminternet.org> ; voir CA Paris, 23 juin 2000, <juriscom.net> ; Rojinsky C., Le point de départ de la prescription en matière de délits de presse sur l'Internet, Légipresse 2000, n^o 176, III, p. 182).

Un troisième arrêt, enfin, est venu confirmer la voie sur laquelle la Cour de cassation s'est engagée en cassant la fameuse décision de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 1999 (CA Paris, 15 déc. 1999, JCP éd. G 2000, II, n^o 10281, note Schmidt Ph.-A. et Facchina V., JCP éd. E 2000, p. 1905, note Mallet Poujol N., Comm. com. électr., mai 2000, comm. 58, p. 26, obs. Lepage A., Rev. sc. crim. 2000, p. 644, obs. Francillon J., Expertise mai 2000, p. 149, note Manseur-Rivet M., Légipresse 2000, n^o 169, III, p. 38, note Ader B., Petites affiches 7 juill. 2000, p. 9, note Peltier V.) au motif que « *Lorsque des poursuites pour l'une des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881 sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau Internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication* ». L'attendu est similaire à celui de l'arrêt du 16 octobre 2001, à la différence près qu'il élargit la portée du principe énoncé pour les « *poursuites pour diffamation et injures publiques* » aux « *poursuites pour l'une des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881* » (Cass. crim., 27 nov. 2001, n^o 01-80.134, Légipresse 2002, n^o 189, III, p. 26, Comm. com. électr., févr. 2002, comm. 32, p. 38, obs. Lepage A., Rev. Lamy dr. aff. 2002, n^o 46, n^o 2920, obs. Costes L. ; voir aussi <foruminternet.org> et <juriscom.net>).

La solution entérinée par la Cour de cassation rappelle ainsi que les infractions à la loi du 29 juillet 1881 commises sur Internet demeurent instantanées et, par voie de conséquence, soumises à la

prescription prévue en matière de presse écrite. L'exercice de la liberté de presse ne souffre donc pas d'un régime dérogatoire sur Internet. En revanche, cette solution emporte certaines difficultés liées à sa mise en œuvre, notamment quant à la recherche du jour précis de la mise en ligne du message incriminé, et ne résout pas la problématique liée à la persistance des contenus préjudiciables sur Internet.

Si elle a néanmoins fini par s'imposer devant la Cour d'appel de Paris (CA, 11^e ch., 27 févr. 2002, Carl Yves L. c/ Thierry M. Raphaël M., Association Réseau Voltaire), elle demeure discutée dans certains cas d'espèce.

Dans une célèbre affaire relative à la mise à disposition d'objets nazis sur un site de vente aux enchères accessible à travers le portail <yahoo.com>, une ultime décision du Tribunal correctionnel de Paris s'est écartée du principe posé par la Cour de cassation en se fondant sur la nature spécifique du site, support de vente, qui propose à chaque nouvelle mise aux enchères une information différente aux internautes impliquant notamment « *la modification du prix de la chose, en fonction du nombre d'acheteurs potentiels* ». Les magistrats en ont conclu que « *C'est à compter de cette première offre que le délit est consommé, et chaque mise à jour de ce site particulier constitue, dans cette hypothèse, une infraction nouvelle, distincte de l'offre initiale. En conséquence, chaque nouvelle mise à disposition d'objets aux internautes, fait courir un nouveau délai de prescription* » (TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002, Timothy K., Sté Yahoo! Inc. c/ Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie et Mrap, Comm. com. électr., mai 2002, comm. 77, note Lepage A., Rev. Lamy dr. aff. 2002, n^o 48, n^o 3082, <foruminternet.org>).

En outre, la cour de renvoi, dans l'affaire « Jean-Louis Costes », a estimé que le prévenu, en modifiant le nom de domaine de son site, avait créé « *un nouveau mode d'accès à son site* » et avait ainsi « *renouvelé la mise à disposition des textes incriminés dans des conditions assimilables à une réédition* ». De la sorte la Cour d'appel de Paris a estimé que la prescription de l'action publique n'était pas acquise (CA Paris, 11^e ch., 29 janv. 2004, Jean-Louis Costes c/ Licra, LFDDHC, MRAP et UEJF, <juriscom.net>).

Pour finir sur ce chapitre, nous remarquerons que la solution retenue par la Cour de cassation se heurte à de fortes résistances politiques. La crainte de ne pouvoir sanctionner des infractions de presse qui « ressurgissent » sur Internet, après que se soit écoulé le délai de prescription de trois mois, est très présente. Le Sénateur Trégouët avait ainsi fait introduire un amendement au sein du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, lors de la seconde lecture au Sénat le 8 avril 2004, visant à prescrire l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus à la loi du 29 juillet 1881 après trois mois révolus « *à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message susceptible de déclencher l'une de ces actions* » (projet LCEN n^o 144, art. 2 bis IV bis, adopté au Sénat le 8 avr. 2004, JO doc. AN, n^o 1535). L'amendement précisait néanmoins que, lorsque le contenu d'une publication sur support papier est reproduit à l'identique sur un service de communication public en ligne identique, la prescription est acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, à savoir que le délai court à partir du jour de la publication. Malgré cette précision, c'était tout le travail jurisprudentiel décrit qui aurait été jeté à bas par cet amendement. Celui-ci aurait eu pour conséquence de réinstaurer une imprescriptibilité de fait pour les délits de presse exclusivement commis sur l'Internet (pour une opinion critique de cet amendement, voir Vallet A., L'amendement Trégouët au projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique : un grave recul de la liberté de la presse, Légipresse 2004, n^o 212, I, p. 93 ; pour une opinion favorable, voir Albrieux S., La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique, Légipresse 2005, n^o 220, p. 40 et s.). Fort heureusement, le Conseil constitutionnel a écarté cette disposition de la LCEN, dans sa décision du 10 juin 2004, au motif suivant : « *Considérant que, par elle-même, la prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps, selon qu'il est publié sur un support papier ou qu'il est*

disponible sur un support informatique, n'est pas contraire au principe d'égalité ; que, toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique » (Déc. n^o 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO 22 juin, p. 11183 ; pour une analyse de cette décision, voir not. Lepage A., LCEN. Liberté sur Internet. Cybercriminalité, Comm. com. électr. 2004, n^o 9, p. 24).

Rappelons enfin que des dispositions adoptées antérieurement à la discussion de cet amendement atténuent conséquemment la problématique liée la persistance des propos racistes ou xénophobes. Le gouvernement a en effet procédé à l'augmentation du délai de prescription pour les infractions de provocation à la haine, à la discrimination et à la violence raciale (art. 24), de contestation de crime contre l'humanité (art. 24 *bis*), de diffamation de nature raciale (art. 32, al. 2) ou d'injures de nature raciale (art. 33, al. 3). Le délai a ainsi été porté de trois mois à un an par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (L. n^o 2004-204, 9 mars 2004, JO 10 mars, p. 4567).

464-51 Le droit de la communication au public en ligne : un droit conçu pour l'Internet

Avant l'adoption de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les communications au public en ligne, telles que les sites disponibles sur le web sans conditions d'accès, étaient simplement assimilées aux communications audiovisuelles. La Cour de cassation a ainsi fait application de la responsabilité en cascade prévue à l'article 93-3 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle pour condamner, en tant que complice, l'auteur de propos diffamatoires diffusés sur un site web (Cass. crim., 6 mai 2003, Comm. com. électr. 2003, n^o 9, p. 35, note Lepage A. ; Rojinsky C., La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle s'applique en matière de délits de presse, Légipresse 2003, n^o 204, III, p. 125).

L'article 2 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 posait que : « *on entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* ».

Une circulaire du ministre de la Culture et de la Communication du 17 février 1988 précisait encore que « *la communication audiovisuelle se définit par opposition à la correspondance privée. Il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personne(s), physique(s) ou morale(s), déterminée(s) et individualisée(s). A l'inverse, il y a communication audiovisuelle lorsque le message était destiné indifféremment au public en général ou à des catégories de public, c'est-à-dire un ensemble d'individus indifférenciés, sans que son contenu soit fonction de considérations fondées sur la personne* ».

Mais les repères d'antan semblent avoir été bouleversés avec l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le 21 juin 2004. L'article 1^{er} de la LCEN modifie ainsi l'article 2 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 pour redéfinir ce qu'il faut entendre par « *services audiovisuels* ». Il s'agit maintenant de « *toute communication au public de services de radio et de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition du public ou d'une catégorie du public* » et de « *toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne* ». Par la même occasion, les services de télévision et de radio ont été définis avec précision (voir n^o 464-39). Et la communication au public en ligne s'assimile, elle, à « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant*

pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur » (art. 1^{er}, IV, al. 4 de la LCEN).

Ainsi, la LCEN autonomise la communication au public en ligne par rapport à la communication audiovisuelle. En revanche, elle rattache du même coup les deux notions à une catégorie générique, « *la communication au public par voie électronique* ». En réalité cette « *nouvelle catégorie* » agit en trompe l'œil : elle ne fait rien d'autre qu'emprunter sa définition à la communication audiovisuelle telle qu'on l'entendait avant le 21 juin 2004. La communication au public par voie électronique est ainsi décrite au sein de la LCEN : il s'agit de « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* » (sur l'articulation de ces nouvelles définitions, voir Vercken G., *Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services audiovisuels*, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n^o 171, p. 19).

Pour résumer, retenons que la communication au public par voie électronique se démembrer en deux sous-catégories – la communication audiovisuelle nouvellement identifiée et la communication au public en ligne – et qu'elle se définit en creux par rapport à la correspondance privée.

Il s'agit donc de s'interroger sur le statut des correspondances effectuées au travers de services de communication tels que les listes de diffusion (*mailing lists*) ou les forums de discussion, qui permettent de communiquer un même message à plusieurs destinataires à la fois. Ces systèmes relèvent-ils de la correspondance privée ou bien de la communication au public par voie électronique ? La difficulté n'est pas moindre dans la mesure où ces correspondances s'adressent, suivant les cas, à un public plus ou moins déterminé.

Dans une affaire où la 17^e chambre du Tribunal de grande instance de Paris a eu à déterminer le caractère public ou non de propos diffamatoires diffusés sur une liste de discussion, les magistrats ont relevé qu'« *il est constant que la diffusion d'un texte aux seuls membres d'un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêts ne constitue pas une distribution publique* ». Ils ont néanmoins ajouté que la notion de « *communauté d'intérêts* » ne peut être caractérisée « *par le simple assemblage inorganisé d'individus attirés par une passion commune ou une curiosité partagée* » lorsque l'accès du public à ce groupement demeure « *entièrement libre et spontané* ». *A contrario*, pour que les correspondances émises sur une liste de discussion échappent à la notion de publicité, l'abonnement à ce service doit être soumis à certaines conditions permettant de conclure à l'existence d'une communauté d'intérêt parmi ses abonnés. Tel est le cas, selon les magistrats, d'une liste dont l'abonnement est réservé aux membres d'associations ou d'écoles précisément désignées ou aux personnes parrainées par elles (TGI Paris, 17^e ch., 25 oct. 1999, *Légipresse*, sept. 2000, I, p. 99 ; voir égal. <foruminternet.org>). Encore faut-il que le système d'abonnement présente, comme cela a été jugé pour un forum de discussion, des « *garanties sérieuses* » permettant de restreindre le nombre des membres et de s'assurer de leur communauté d'intérêt. Ne peut satisfaire à cette exigence un système de questionnaires successifs qui ne garantit pas l'identité véritable de l'utilisateur (TGI Paris, réf., 5 juill. 2002, <foruminternet.org>).

Plusieurs conséquences découlent du rattachement à la catégorie des communications au public en ligne pour les éditeurs de ces services. Tout d'abord, l'article 6, III-1. de la LCEN leur fait obligation de tenir à disposition du public, sur leur propre site et dans un standard ouvert :

- 1) s'il s'agit de personnes physiques agissant à titre professionnel : leurs nom, prénom, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers : le numéro de leur inscription ;
- 2) s'il s'agit de personnes morales : leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers : le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

3) dans tous les cas : le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi no 82-652 du 29 juillet 1982 ; ainsi que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du fournisseur d'hébergement.

La loi prévoit une exception pour les éditeurs non professionnels qui, pour préserver leur anonymat, peuvent ne dévoiler que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 6, I-2 de la LCEN, à savoir leur hébergeur, sous réserve toutefois qu'ils lui aient communiqué leurs éléments d'identification personnelle mentionnée ci-dessus (noms, prénom et domicile).

La deuxième conséquence a trait à l'imputabilité des infractions réalisées par la voie des sites et autres services de communication au public en ligne.

La LCEN ayant expressément élargi l'application de l'article 93-3 de la loi 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle aux services de communication par voie électronique, le directeur du site est responsable des infractions de presse définies par la loi du 29 juillet 1881, à titre d'auteur principal, dès lors que « *le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* » (L. n^o 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-3). Dans le cas contraire, précise l'article, « *l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal* ».

L'article 93-3 précité vise les imputabilités secondaires en disposant que « *lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice* » et en prévoyant que « *pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle les articles L. 121-6 et L. 121-7 du Code pénal seront applicables* » (L. n^o 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-3).

Ces principes ont une importance majeure dans la mise en œuvre de la répression des délits de presse commis par la voie d'Internet.

Troisième conséquence : l'application d'un droit de réponse spécifiquement adapté aux services de communication au public en ligne. Avant le 21 juin 2004, la question s'était posée de savoir si les sites web et tout autre service en ligne étaient soumis aux dispositions de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la presse (voir n^o 209), ou bien à l'article 6 de la loi modifiée n^o 82-652 du 29 juillet 1982 régissant le droit de réponse en matière de communication audiovisuelle (voir n^o 339) ? La solution n'était pas aisée, à tel point qu'une ordonnance de référé du 5 juin 2002 du tribunal de grande instance de Paris, rendue à propos de l'affaire « *Gotha.fr* », a rejeté l'application de l'un ou l'autre de ces régimes (TGI Paris, réf., 5 juin 2002, n^o 02/55659, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n^o 52, n^o 3333, <foruminternet.org>).

S'agissant de la loi du 29 juillet 1881, le tribunal avait rappelé que l'article 13 ne vise que la presse périodique, qu'il ne peut s'appliquer à un site qui n'est pas celui d'un organe de presse dès lors que le caractère périodique de ce service électronique n'a pas été démontré. *A contrario*, nous aurions pu en déduire que l'article 13 avait vocation à s'appliquer à un site appartenant à un organe de presse ou, tout au moins, mis à jour périodiquement.

Mais le juge des référés ne s'est pas davantage satisfait de l'application de l'article 6 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 qui ne lui est pas apparu approprié aux circonstances de l'espèce tant au regard « *des mesures matérielles prescrites pour la diffusion de la réponse, inadaptées à un service de communication en ligne, – qui par la forme de sa diffusion, est, alors, plus proche du support écrit qu'audiovisuel –, qu'aux difficultés tenant à la détermination des dates précises, prévues par ces textes, notamment pour l'insertion de la réponse* » (TGI Paris, ord. réf., 5 juin 2002, précité).

Rappelons que l'article 6 de la loi précitée prévoit que la réponse doit être diffusée (1) dans des conditions techniques équivalentes à celles dans lesquelles le message contenant l'imputation

invoquée a été diffusé et (2) de manière qu'une audience équivalente à celle de ce message lui soit assurée.

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique est donc venue proposer un droit de réponse adapté aux services de communication au public en ligne. L'article 6, IV dispose ainsi que « *Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service. La demande d'exercice du droit de réponse est adressée au directeur de la publication ou, lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, à [l'hébergeur] qui la transmet sans délai au directeur de la publication. Elle est présentée au plus tard dans un délai de trois mois à compter de la mise à disposition du public du message justifiant cette demande* ».

Les discussions en seconde lecture au Sénat, le 8 avril 2004, ont permis d'ajouter une disposition faisant corrélativement obligation au directeur de la publication « *d'insérer dans les trois jours de leur réception* », comme c'est le cas en matière de presse, « *les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le service de communication au public en ligne sous peine d'une amende de 3 750 €, sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu* ».

Il est également précisé que les conditions d'insertion de la réponse sont celles prévues par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et que la réponse sera toujours gratuite. Les décrets d'application de ce texte ont été adoptés le 24 octobre 2007 (D. n^o 2007-1527 du 24 octobre 2007 relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne et pris pour l'application du IV de l'article 6 de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; voir Forum des droits sur l'internet, Publication du décret relatif au droit de réponse en ligne, 6 nov. 2007, <foruminternet.org>).

Il était prévu, avant la décision du Conseil constitutionnel n^o 2004-496 DC du 10 juin 2004, que la possibilité de recourir au droit de réponse perdurerait tant que le message était maintenu en ligne, puisque la computation du délai de trois mois devait courir à partir du jour où cesserait la mise à disposition du public du message justifiant cette demande. Mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition pour les mêmes raisons qu'il a censuré celles relatives à la computation du délai de prescription des infractions de presse (voir n^o 464-47). La logique du droit de réponse n'est toutefois pas celle de l'action judiciaire. Il n'était pas question ici de sanctionner une infraction de presse mais de permettre à une personne nommée ou désignée de « *rétablir le caractère contradictoire d'une information et de permettre l'expression d'une personne physique ou morale mise en cause par un journaliste* » (TGI Nanterre, 1^{re} ch., sect. A, 17 avr. 1996, Front national c/ Colombani et Sté Le Monde, JCP éd. G 1996, II, n^o 22732, note Derieux E., infirmé par CA Versailles, 3 juill. 1996, Sté Le Monde et autre c/ Front national, D. 1997, som., p. 75, note Bigot C. ; voir n^o 209). Or, cette possibilité de rétablir le caractère contradictoire semblait s'imposer dans un environnement où des propos préjudiciables peuvent demeurer à la disposition du public *ad vitam eternam*, notamment en raison du délai de prescription de l'action judiciaire de trois mois (voir n^o 464-47). Cette disposition nous semblait donc être justifiée par ce qui est « *nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* ».

Quatrième conséquence : les fournisseurs d'accès à des services de communication au public et les hébergeurs de ces services répondent à un régime juridique très précis. Depuis l'amendement dit « Fillon » (L. n^o 96-659, 26 juill. 1996), le législateur s'était attaché à définir, au sein de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986, les contours d'un régime juridique propre à ces prestataires techniques. L'amendement Fillon avait ainsi inséré dans la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 un

article 43-1, devenu l'article 43-7 (reformulé par la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000), selon lequel « *Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens* » (voir n^o 464-67).

Maintenant que le droit de la communication au public en ligne s'est détaché du droit de la communication audiovisuelle, le législateur a prévu une disposition similaire au sein de l'article 6.I.1. de la LCEN. Elle est rédigée de la manière suivante : « *Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens* ».

Les fournisseurs d'hébergement, quant à eux, ont fait l'objet d'une attention accrue, due notamment aux actions judiciaires retentissantes intentées à leur encontre en 1998 et 1999. L'article 43-8 inséré dans la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 par la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 les exonérait de leur responsabilité civile et pénale pour les contenus qu'ils hébergent. La loi sanctionnait néanmoins leur inertie en leur retirant le bénéfice de l'exonération si, ayant été saisis par l'autorité judiciaire, ils n'agissent pas promptement pour empêcher l'accès à un contenu litigieux.

La LCEN a modifié substantiellement le régime de responsabilité des hébergeurs, leur faisant notamment obligation de retirer un contenu dont ils ont eu la connaissance effective du caractère illicite ou la connaissance de faits et circonstances mettant en évidence ce caractère illicite (voir n^o 464-71).

Pour finir, selon l'article 6.II. de la LCEN, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs sont tenus de détenir et de conserver « *les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires* » dans le but de les communiquer aux autorités judiciaires lorsque celles-ci les requièrent. Par ailleurs, les prestataires techniques doivent fournir aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques leur permettant de satisfaire aux conditions d'identification mentionnées ci-dessus.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, doit encore définir précisément les données dont il s'agit et les modalités de leur conservation. Ce décret est toujours attendu.

464-55 Le droit commun

Avant d'examiner le niveau de responsabilité de chacun des intervenants en matière de diffusion en ligne, il convient de rappeler que les règles de droit commun sont susceptibles, en l'absence de toute disposition spéciale qui y ferait obstacle, de s'appliquer à l'un quelconque des acteurs de l'Internet.

En matière pénale, tout d'abord, le principe est que la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur, du coauteur ou du complice présuppose, outre l'élément légal, la réunion d'un élément matériel (commission de l'acte) et d'un élément moral (caractère voulu et conscient de l'acte).

L'article 121-1 du Code pénal dispose que « *nul n'est responsable que de son propre fait* », et l'article 121-3 du même code qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Au chapitre de la complicité, l'article 121-7 du Code pénal énonce qu'« *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* », précision faite que l'aide ou l'assistance doit avoir été apportée en connaissance de cause (voir notamment Cass. crim., 9 oct. 1941 ; Cass. crim., 19 mars 1986, Bull. crim., n^o 112,

p. 289 : « *la complicité par aide ou assistance n'est punissable que si cette aide ou cette assistance ont été prêtées avec connaissance à l'auteur principal dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé son action* »).

Pour être responsable pénalement, il convient donc de réaliser une infraction ou d'aider ou de faciliter la réalisation de celle-ci, par un comportement positif et volontaire.

En matière civile, les articles 1382 à 1384 du Code civil envisagent la réparation des dommages causés directement par la faute ou le fait d'une personne, ou encore par le fait d'une chose ou d'une personne qu'elle a sous sa garde ; l'article 1147 du même code envisage la responsabilité contractuelle, qui n'est pas abordée au sein de la présente étude (sur l'ensemble de cette question, voir Dupuis-Toubol F., Tonnelier M.-H., Lemarchand S. et Linant de Bellefonds [sous la dir. de], Responsabilité civile et Internet, in Internet saisi par le droit, éd. des Parques, 1997, p. 105 et s.).

Les articles 1382 et 1383 sont applicables à l'ensemble des acteurs de l'Internet, à l'exclusion des intermédiaires techniques depuis l'adoption de la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication et de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

L'article 1382 du Code civil dispose que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » et l'article 1383 ajoute « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence* ».

La victime d'un fait dommageable causé par une personne doit, sous le régime des articles 1382 et 1383 du Code civil, prouver :

- 1) l'existence d'une faute ou d'une négligence, quelle qu'elle soit ;
- 2) prouver le dommage qui en est résulté ; et
- 3) prouver le lien de causalité qui unit les deux premiers éléments.

464-59 Les autres branches du droit applicables

Par ailleurs, les autres branches du droit demeurent applicables : droit d'auteur (voir n^o 521), droit de la consommation, protection du secret (de la vie privée, des données et systèmes informatiques).

A titre d'exemple, les dispositions du Code de la santé publique relatives à la publicité en faveur de l'alcool sont applicables dès lors que le message est reçu en France, comme on pourra le constater à l'examen des dispositions relatives à la détermination de la loi applicable.

S'agissant d'internet, on relèvera qu'il n'était pas visé au titre des supports limitativement autorisés à recevoir de la publicité en faveur de l'alcool. En conséquence, on pouvait en conclure qu'il constitue un support illicite pour toute publicité commerciale (à distinguer néanmoins de l'information générale non soumise au régime restrictif de la publicité en faveur de l'alcool). Certains auteurs ne partageaient cependant pas cet avis (voir Verbiest T., La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, Paris, 2003, p. 48 et s.).

Cette question a été traitée au sein d'une recommandation du Forum des droits sur l'internet (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Publicité en ligne et Alcool », 16 nov. 2008, <foruminternet.org>), avant qu'une loi ne vienne régler la question (loi n^o 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires) en ajoutant les services de communication en ligne à la liste des supports autorisés à effectuer de la publicité ou de la propagande en faveur de l'alcool, « *sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive, ni interstitielle* ». Sont toutefois exclus les sites qui, « *par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des*

associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du Code du sport ».

§ 2 Mise en œuvre de la responsabilité des acteurs de l'Internet

464-63 La responsabilité de l'opérateur de communications électroniques

L'article L. 32-1, 5^o, II du Code des postes et des communications électroniques impose à l'opérateur une obligation de neutralité.

Conséquence de ce principe : la jurisprudence a jugé, en matière télématique que France Télécom était exonérée de toute responsabilité en cas de réalisation de l'infraction sur le réseau (Cass. crim., 17 nov. 1992, n^o 91-84.848, Légipresse 1993, n^o 98, III, p. 1 et s. ; TGI Draguignan, 15 mai 1992, Petites affiches 23 nov. 1992, p. 12, obs. Huet J.). Dans la dernière espèce citée, les juges ont considéré qu'il n'était pas établi que l'opérateur, « *simple transporteur de messages* », avait eu « *connaissance de la violation par les fournisseurs de services de leurs engagements conventionnels avant ou au moment de la commission des infractions* ».

Une telle analyse a été approuvée par la doctrine (Guinchard S., Harichaux M. et de Tourdonnet R., Internet pour le droit, Montchrestien, 1999, p. 220).

La loi pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN » ; L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168) a apporté plusieurs précisions sur le régime de responsabilité devant être appliqué tant aux opérateurs de communications électroniques qu'aux fournisseurs d'accès.

En transposant la directive du 8 juin 2000 (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n^o L 178, p. 1 et s.), la LCEN a rétabli un article L. 32-3-3 au sein du Code des postes et télécommunications ainsi rédigé :

« Art. L. 32-3-3. – Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

L'exonération de responsabilité civile et pénale de l'opérateur de communications électroniques est donc toujours à l'honneur. La loi précise toutefois que cette exonération de responsabilité disparaît dans trois cas, et trois cas seulement : lorsque l'opérateur de communication électronique est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, lorsqu'il sélectionne le destinataire de la transmission ou encore lorsqu'il sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.

En somme, l'opérateur de télécommunication engagera sa responsabilité civile ou pénale du fait des contenus illicites transmis lorsqu'il outrepassa son rôle de simple transporteur, c'est-à-dire lorsqu'il sort de son obligation de neutralité vis-à-vis de ces contenus et des destinataires de ses services.

Ni la directive, ni la loi, n'ont souhaité préciser que l'opérateur de communications électroniques engagerait sa responsabilité dans les cas où, ayant eu connaissance de l'existence d'une activité illicite se produisant à travers son réseau ou de la transmission d'un contenu illicite sur celui-ci, il n'aurait rien fait pour y mettre fin ou empêcher son accès. Il ne s'agit nullement d'un oubli car il serait porté atteinte, dans le cas contraire, au principe de neutralité qui prévaut pour l'exercice de l'activité de cet acteur.

En revanche, dans le cas précis des contenus qu'il stocke dans le seul but d'améliorer la performance de son réseau (activité dite de « *caching* » consistant en un stockage automatique, transitoire et

temporaire), l'opérateur de communications électroniques devra, pour bénéficier de son exonération de responsabilité, agir avec promptitude pour retirer les contenus stockés ou en rendre l'accès impossible dès lors qu'il a « *effectivement* » eu connaissance de l'une des situations suivantes (C. P et CE, art. L. 32-3-4 2° introduit LCEN, art. 6.I.9.) :

- les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau ;
- l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible ;
- les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible.

Enfin, l'opérateur engagerait sa responsabilité s'il a modifié ces contenus, qu'il ne s'est pas conformé à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir ces données (C. P et CE, art. L. 32-3-4 1°).

Ces règles spécifiques, qui n'ont pas été approfondies devant les juridictions depuis l'adoption de la LCEN, s'appliquent également aux fournisseurs d'accès à internet.

464-67 La responsabilité du fournisseur d'accès

Si l'exclusion d'une responsabilité de principe pour les fournisseurs d'accès semble aller de soi aujourd'hui, au même titre que pour tout opérateur de télécommunication, tel n'a pas été le cas aux premiers âges de la régulation des réseaux (voir Thoumyre L., Responsabilité sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques, Lex Electronica, vol. 6-1, printemps 2000, <lex-electronica.org>).

Une partie de la doctrine a voulu un temps emprunter à la logique judiciaire retenue lors des poursuites engagées en matière de télématique (Cass. crim., 17 nov. 1992, n° 91-84.848, Légipresse 1993, n° 98, III, p. 1 et s. ; Perier-Daville D., Internet : du rêve au cauchemar, Gaz. Pal. 1996, 1, doct., p. 178).

Cette position n'a cependant pas été soutenue par le Conseil d'Etat selon lequel « *un fournisseur d'accès ne serait donc a priori responsable que de ses propres contenus, édités par lui-même, mais non de ceux auxquels il donne accès ou qu'il héberge ; il ne serait ainsi ni le directeur de la publication des pages personnelles de ses abonnés, ni responsable des propos émis dans les forums* » (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, Doc. fr. 1998, p. 184). Une telle solution a finalement été massivement approuvée par la doctrine (voir par ex., Guinchard S., Harichaud M. et de Tourdonnet R., Internet pour le droit, Montchrestien, 1999, p. 221 et s.).

Le débat s'est également déroulé au niveau communautaire. La directive « *commerce électronique* » du 8 juin 2000 (Dir. Cons. CE n° 2000/31, 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n° L 178, p. 1 et s.) a finalement tranché en faveur d'une exonération de principe de la responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès visés à l'article 12 de ladite directive sous la désignation de « *simple transport* ». Il est demandé aux Etats membres de veiller à ce que ce type d'acteur ne soit pas responsable des informations transmises, à condition : (a) qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission, (b) qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et (c) qu'il ne sélectionne pas ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission.

L'exonération de la responsabilité des fournisseurs d'accès est donc conditionnelle. Elle ne joue que si le prestataire se cantonne effectivement au rôle du simple transporteur d'information tel que celui exercé par l'opérateur de communications électroniques « *classique* », lui-même visé par l'article 12 de la directive du 8 juin 2000 précitée. C'est donc logiquement que la LCEN définit des règles communes à ces deux acteurs dans son article 6.I.9 (voir n° 464-63).

Cependant, deux obligations importantes visent plus spécifiquement les fournisseurs d'accès : le blocage à l'accès temporaire sur demande d'une juridiction et la mise en place d'un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à sa connaissance toutes données faisant l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie infantile.

a) La question du blocage à l'accès

La directive précise qu'une juridiction ou une autorité administrative peut, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, art. 12, 3). Une injonction du juge pourrait ainsi obliger le fournisseur d'accès à sortir de sa neutralité pour faire en sorte, par exemple, de bloquer l'accès à un site ou à une information litigieuse. Les fournisseurs d'accès pourraient ainsi être contraints à opérer ponctuellement des mesures de filtrage.

La question se pose encore de savoir si leur responsabilité pourra être mise en cause en cas d'inertie de leur part lorsque, sans forcément avoir été saisie par une autorité judiciaire ou administrative, ils ont effectivement eu connaissance de la présence d'informations illicites ou préjudiciables disponibles à travers leur réseau et qu'ils pouvaient agir pour en bloquer l'accès ou les supprimer. Certains auteurs s'y opposent (voir par ex., Montero E., La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet, Rev. Ubiquité, juin 2000, n^o 5, p. 106), d'autres estiment que l'ampleur de l'exonération est encore floue et ne permet pas d'être aussi affirmatif (Verbiest Th. et Etienne W., Le droit de l'Internet et de la société de l'information, Larquier, 2001, p. 220).

Une chose est certaine : les prestataires ne pourront bénéficier d'une telle exonération s'ils ont délibérément participé à la commission d'une infraction avec l'un des destinataires de leur service (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, considérant 44, précitée).

1. Avant la LCEN : l'expérience de l'affaire « Front 14 »

Avant la date limite de transposition de la directive « *commerce électronique* », c'est-à-dire avant le 17 janvier 2002, les fournisseurs d'accès ont su tirer bénéfice du régime d'exonération appliqué en France aux opérateurs de télécommunications (voir n^o 464-63) à l'occasion d'une affaire hautement médiatisée mais qui s'est conclue par un attendu non contraignant.

L'association antiraciste « J'accuse » avait assigné en référé treize fournisseurs d'accès et l'Association des fournisseurs d'accès et de service à Internet (AFA) (<www.afa-france.com>) devant le tribunal de grande instance de Paris en vue d'obtenir le filtrage des sites hébergés par un portail américain, nommé Front 14, qui incitait à la haine et à la discrimination.

Alors que l'ordonnance du 30 octobre 2001 dénonce le risque de voir se développer des « *paradis de l'Internet* » où les « *cyberdélinquants de tout poil* » pourront bénéficier d'un environnement juridique ponctuellement favorable et de la neutralité des prestataires techniques, elle constate que les fournisseurs d'accès n'ont en effet « *aucune autre obligation que celle de fournir à leurs clients des outils de filtrage* ». Le président du tribunal s'en remet donc, dans une formule pour le moins conciliatrice, à la bonne volonté des prestataires techniques : « *[nous] Laissons le soin de déterminer librement les mesures qui leur apparaîtront nécessaires et possibles en l'état des moyens techniques existants, dans le prolongement du constat du caractère illicite du site portail Front 14* » (TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, Comm. com. électr. 2002, comm. 8, p. 30, note Le Stanc Ch., <foruminternet.org>).

Aussi, sous le régime de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée par la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000, les fournisseurs d'accès n'étaient soumis qu'à deux séries d'obligations : informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposer au moins un de ces moyens (L. n^o 86-1067, 30 sept.

1986, art. 43-7) et détenir et conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires (L. n^o 86-1067, 30 sept. 1986, art. 43-9).

2. Les règles définies par la LCEN

Adoptée le 21 juin 2004, la loi pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN » ; L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, JO 22 juin, p. 1168), qui transpose la directive « Commerce électronique » (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, précitée), précise, d'une part, que les fournisseurs d'accès ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent, ni à une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (L. n^o 2004-575, 21 juin 2004, art. 6, I-7) mais, d'autre part, que l'autorité judiciaire peut demander « toute activité de surveillance ciblée et temporaire » (LCEN, art. 6, I, al. 2) et prescrire, « en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 [fournisseurs d'hébergement] ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 [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 » (LCEN, art. 6, I-8).

La France ne fait pas exception puisque d'autres Etats membres de l'Union ont également prévu qu'une autorité judiciaire puisse ordonner à un fournisseur d'accès de remédier à ou de prévenir la constitution d'infractions à la loi. Par exemple : la Finlande (L. n^o 458 du 5 juin 2002 sur la fourniture de services de la société de l'information), la Grèce (décret présidentiel 131, paru dans la Gazette du Gouvernement de la République Hellénique, Volume I, n^o 116, 16 mai 2003), l'Italie (décret législatif du 9 avril 2003 d'harmonisation avec la directive n^o 2000/31/EC) ou encore l'Autriche (loi fédérale sur le Commerce Electronique, dite « ECG », entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002). Néanmoins, plusieurs pays, tels que l'Allemagne (loi fédérale du 13 juin 1997 sur les services d'information et de communication), la Belgique (Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information), l'Espagne (Loi du 27 juin 2002 sur les services de la société de l'information et le commerce électronique) ou le Danemark (L. n^o 227 du 22 avril 2002 sur les services de la société de l'information, incluant certains aspects de commerce électronique) n'ont pas estimé nécessaire de prévoir cette disposition pour transposer la directive, leur droit commun permettant déjà au juge de prescrire de telles mesures en urgence. Dès lors, on peut se demander pourquoi la France, dont le droit commun permet également au juge de prescrire ce genres de mesures en référés (CPC, art. 808 et 809), a tenu à inclure une disposition similaire au sein de la LCEN :

- article 808 du Code de procédure civile : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » ;
- article 809 du Code de procédure civile : « Le président [du TGI] peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

La réponse est à chercher dans les efforts de persuasion menés auprès du législateur – non pas forcément par des associations de défense contre le racisme comme on pourrait s'y attendre – mais par des industries souhaitant obtenir le maximum de garanties pour obtenir un filtrage à l'accès de contenus susceptibles d'enfreindre la propriété intellectuelle. L'article a cependant le mérite d'ajouter un élément qui n'existe pas, du moins explicitement, au sein des articles 808 et 809 du Code de procédure civile : le caractère subsidiaire du recours à l'encontre des fournisseurs d'accès.

Aussi doit-il être tenu compte, lors de la mise en œuvre de l'article 6, I-8 de la LCEN, des réserves émises par la Commission européenne dans son rapport du 21 novembre 2003 : « *une situation dans laquelle il est fait usage à grande échelle d'injonctions dans le cadre d'une politique générale de lutte contre les contenus illégaux plutôt que pour agir contre des violations spécifiques peut susciter quelques préoccupations* » (Premier rapport sur l'application de la directive n^o 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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, 21 nov. 2003, p. 14, note 65, <europa.eu.int>).

3. Application de la LCEN : l'affaire « AAARGH »

Un peu plus d'une année après l'adoption de la LCEN, l'article 6, I-8 a reçu une première application au cours d'une nouvelle affaire opposant plusieurs associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme, dont l'AIPJ « J'Accuse », à de nombreux fournisseurs d'accès à l'Internet. Les demanderesse avaient assigné en référé, le 7 février 2005, trois sociétés basées aux Etats-Unis hébergeant les contenus négationnistes proposés par l'Association des Anciens Amateurs de Récits de Guerre et d'Holocauste (AAARGH), écrits en langue française, d'une part et, d'autre part, une dizaine de fournisseurs d'accès à Internet situés en France.

Une première ordonnance, rendue le 25 mars 2005 par le Tribunal de grande instance de Paris, révèle une lecture de l'article 6, I-8 à laquelle on pouvait logiquement s'attendre : il est fait obligation aux demandeurs d'assigner préalablement tous les hébergeurs concernés, même s'ils sont situés en territoire étranger et hors de portée de l'application du droit français (TGI Paris, réf., 25 mars 2005, UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a., <juriscom.net>). Ce n'est qu'après avoir constaté l'inaction des fournisseurs d'hébergement qu'une demande peut alors être formée à l'encontre des fournisseurs d'accès, ce qui a très justement fait douter certains auteurs de l'efficacité visée par ce nouvel article (Bergeron F., Affaire AAARGH : première et singulière application du « référé LCEN », 27 juin 2005, <juriscom.net>). Il n'en demeure pas moins que le moment où l'on doit considérer que les hébergeurs font « défaut » pourrait souffrir d'une interprétation plus large que celle qui a été faite devant le Tribunal de grande instance de Paris dans son ordonnance du 13 juin 2005 qui a finalement enjoint aux FAI de « *mettre en œuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français au contenu du service de communication en ligne hébergé actuellement à l'adresse [http://...]* » (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., <juriscom.net>). En effet, l'on aurait aussi bien pu attendre, comme l'aurait souhaité la société défenderesse Suez Lyonnaise Télécom, qu'une procédure d'exequatur soit engagée pour que les hébergeurs appliquent l'ordonnance du 20 avril 2005 faisant obligation à la société ThePlanet.com Internet Services Inc. de cesser toute mise à disposition sur le territoire français du site AAARGH et aux trois hébergeurs de fournir tout élément d'identification de l'éditeur (TGI Paris, réf., 20 avr. 2005, UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a., <juriscom.net>). Mais, dans ce cas, l'« *urgence* » caractéristique des procédures en référé deviendrait une notion plus que relative. Encore pourrions-nous nous poser la question de savoir si le « *à défaut* » ne devrait pas s'interpréter comme visant l'absence matérielle de tout prestataire d'hébergement, comme cela est le cas dans le cadre des échanges de contenus réalisés directement entre particuliers sur les réseaux *peer-to-peer*. Dans ce cas, la simple existence d'un hébergeur ferait obstacle à l'engagement de toute action contre les fournisseurs d'accès. Cette interprétation nous semble être la plus proche de la lettre du texte. Elle se justifie d'autant plus que, comme nous l'avons vu, une procédure menée successivement à l'encontre des hébergeurs puis des fournisseurs d'accès ne peut prétendre mettre fin à un trouble en urgence.

Mais revenons-en à l'ordonnance du 13 juin 2005 par laquelle le juge Emmanuel Binoche enjoint aux FAI de « *mettre en œuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès* ». On peut se demander, ici, si les termes de l'article 6, I-8 de la LCEN ont bien été appliqués. Comme nous l'avons vu, ceux-ci permettent au juge des référés de prescrire aux FAI « *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* ». Mais, en désignant « *toutes mesures* », le législateur demande au juge de désigner au

moins l'une de ces mesures (Thoumyre L., Aaargh : une ordonnance finalement mesurée, 17 mai 2005, <journaldunet.com>). Or, bien au contraire, l'ordonnance laisse toute latitude aux fournisseurs d'accès pour choisir eux-mêmes les mesures à mettre en œuvre. Le juge des référés a ainsi contourné la difficulté et, par là même, n'a pas respecté la prescription du législateur.

Quoiqu'il en soit, une décision de filtrage ne peut être prise à la légère. Celle-ci ne devrait pouvoir être prise que si elle parvient à passer un double test. Le premier test est celui de l'efficacité : une mesure de filtrage de contenus ne peut être ordonnée que si elle permet en effet d'empêcher l'accès aux contenus désignés sur une base objective. Le second test est celui de la proportionnalité : les éventuels dommages collatéraux qu'un filtrage pourrait occasionner (le filtrage incident de contenus licites) doit pouvoir se justifier par l'importance du trouble auquel on veut mettre fin. La question qui doit être posée est la suivante : peut-on mettre fin à un trouble illicite en créant un trouble de même nature ou encore plus important ? La réponse est irrémédiablement négative. Il est nécessaire de veiller à ce que la mesure de filtrage proposée ne crée une situation dont la liberté d'expression aurait à souffrir. Enfin, la question de la charge financière de la mesure de filtrage doit être étudiée avec sérieux. Le coût d'une mesure de filtrage devrait lui aussi répondre à un test de proportionnalité : la mise en place d'une technique coûteuse ne se justifie pas nécessairement pour mettre fin à un trouble sans gravité. Aussi le juge pourra-t-il répartir la charge financière en fonction des intérêts à défendre. Il est loin d'être évident, en effet, que le coût du filtrage doive être entièrement supporté par ceux qui doivent l'implémenter, à savoir les fournisseurs d'accès.

Les fournisseurs d'accès ont néanmoins fait appel de cette ordonnance, estimant notamment que la mesure prescrite serait inefficace à faire cesser le dommage en raison de l'existence de « *solutions de contournement* », qu'elle contredit le caractère provisoire de la décision de référé en n'étant pas limitée dans le temps et que le principe de subsidiarité définit à l'article 6.I.8. de la LCEN aurait été violé par l'absence de mise en cause de l'éditeur et de la vérification de la défaillance des hébergeurs du site.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 novembre 2006 confirme néanmoins l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris tout en apportant des précisions sur les différents points soulevés (CA Paris, 24 nov. 2006, <juriscom.net>, ; RLDI 2006/22, n^o 708).

La Cour d'appel a rejeté les arguments fondés sur l'inefficacité et l'inadaptation de la mesure ordonnée par le premier juge en considérant que cette question avait été tranchée par le législateur qui « *en dépit des difficultés techniques du filtrage, du coût et de la complexité de sa mise en œuvre et de son efficacité contestable, n'a pas exclu le recours à ce procédé* » et qui « *a laissé au juge la possibilité d'empêcher ou, pour le moins, de limiter la consultation du contenu mis en ligne dans le cas où, comme en l'espèce, il n'est pas possible d'agir contre les hébergeurs étrangers* ».

On peut déduire de la formule employée par la Cour d'appel, qui reconnaît notamment les caractères « *contestable* » de l'efficacité du filtrage et « *imparfait* » des mesures prescrites, une importante précision sur l'obligation que le pouvoir judiciaire peut prescrire aux fournisseurs d'accès internet : il ne peut s'agir que d'une obligation de moyens et non d'une obligation de résultat (en ce sens, voir Actualités du Forum des droits sur l'internet, « *Affaire AAARGH : pas de révision de la solution* », <foruminternet.org>).

La Cour apporte également des précisions importantes sur la question relative à la limitation dans le temps de la mesure de référé visée à l'article 6.I.8. Rappelant tout d'abord que cet article « *s'inscrit dans le cadre d'une procédure qui, pour être spécifique, n'en relève pas moins des règles du référé de droit commun* » et que l'article 484 du Code de procédure civile énonce bien le caractère provisoire de la décision, la Cour estime que ce caractère provisoire « *ne signifie par que les mesures ordonnées soient nécessairement limitées dans le temps* » car elle conduirait à « *vider la décision de son sens et la priver d'efficacité, lorsque l'interruption de l'accès ordonnée par le président a pour but de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication en ligne* » ; que le terme « *provisoire* » n'implique aucune limitation dans le temps semble se heurter au bon sens. On peut toutefois concevoir qu'il accepte un sens différent de mot « *temporaire* » qui n'a pas été choisi

par le législateur. La distinction, certes subtile, entre ces deux termes résiderait dans le fait que le « *temporaire* » implique une date de péremption bien définie, alors que le « *provisoire* » renvoie, lui, au moment indéfini où les mesures prescrites ne seraient plus nécessaires, c'est-à-dire au moment où cesse le trouble illicite.

Enfin, la Cour a considéré que les conditions du principe de subsidiarité étaient bien remplies en l'espèce dans la mesure où les associations ont « *accompli les diligences nécessaires pour mettre en cause, par priorité, les sociétés prestataires d'hébergement et que toute possibilité d'agir efficacement à l'encontre de celles-ci s'avère vaine* ». Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation, le 19 juin 2008 (Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, n^o 07-12.244, RLDI 2008/40, n^o 133).

b) La mise en place d'un dispositif de signalement

Par ailleurs, il est fait obligation aux fournisseurs d'accès de mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance toutes données faisant l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie infantile. Ils ont également l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes de l'existence de ce type d'activités qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites (LCEN, art. 6, I-7. al. 3).

Enfin, comme cela était déjà prévu à l'article 43-9 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée par la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000, les fournisseurs d'accès doivent détenir et conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires. Les FAI doivent également fournir aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques leur permettant de satisfaire aux conditions d'identification prévues à l'article 8, III (LCEN, art. 8, II).

Le manquement à l'une de ces obligations est passible d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Pour une première présentation de la LCEN, voir Costes L., Adoption par les parlementaires de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Bulletin Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n^o 169, p. 1 et s. ; Vivant M., Entre ancien et nouveau – une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n^o 171, p. 2 et s.

464-71 La responsabilité de l'hébergeur

La définition du régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement s'est construite au fil d'une jurisprudence contrastée et parfois contestée. En réaction à celle-ci, la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication est venue fixer un régime de responsabilité qui, en raison notamment d'une amputation partielle effectuée sur ce texte par le Conseil constitutionnel, leur était particulièrement favorable.

La transposition en France de la directive « *commerce électronique* » du 8 juin 2000 (Dir. Cons. CE, n^o 2000/31, 8 juin 2000, JOCE 17 juill., n^o L 178, p. 1 et s.) au sein de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, (dite « LCEN ») modifie cependant cette situation, qui ne convenait pas à une partie de la doctrine.

a) Les prémices jurisprudentielles

Les premières décisions relatives à la responsabilité des hébergeurs n'ont pas toujours témoigné de la plus grande clarté quant à leur fondement juridique. C'est néanmoins sous l'angle du droit commun que la responsabilité des hébergeurs a été tout d'abord abordée devant le juge des référés.

Dans l'une des affaires les plus retentissantes de l'histoire de la régulation des réseaux, opposant l'hébergeur Valentin L. au mannequin Estelle Hallyday, le tribunal de grande instance de Paris avait défini une imposante obligation à la charge du fournisseur d'hébergement, celle de veiller « *à la bonne moralité de ceux qu'il héberge, au respect par ceux-ci des règles de déontologie régissant le web et au respect par eux des lois et des règlements des droits des tiers* » (TGI Paris, réf., 9 juin 1998, Estelle Hallyday c/Valentin L., Rev. Lamy dr. aff. 1998, n^o 8, n^o 513, obs. Costes L., D. Aff. 1998, p. 1702, note Goldstein F.-D., JCP éd. E 1999, I, p. 953, obs. Vivant M. et Le Stanc Ch.). Le juge a considéré que « *s'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse est publique et qui est donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur de réseaux, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge et en conséquence de prendre, le cas échéant, les mesures de nature à faire cesser le trouble qui aurait pu être causé à un tiers* ».

Et le juge de conclure que « *pour s'exonérer de sa responsabilité, le fournisseur d'hébergement devra donc justifier du respect des obligations mises à sa charge, spécialement quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter les droits de la personnalité, le droit des auteurs, des propriétaires de marques, de la réalité des vérifications qu'il aura opérées, au besoin par des sondages et diligences qu'il aura accomplis dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers pour faire cesser cette atteinte* ».

Cette position est apparue particulièrement sévère eu égard aux difficultés techniques qui s'imposent à l'hébergeur pour s'assurer du respect du droit et de la bonne moralité des milliers de sites qu'il « *abrite* », ce d'autant plus que les pages peuvent être modifiées à tout instant (Le Monde interactif 17 mars 1999, p. 2).

Observons cependant que le juge ne demandait à l'hébergeur de justifier du respect des obligations mises à sa charge qu'après qu'une atteinte aux droits des tiers lui ait été révélée. Le tribunal n'a d'ailleurs fait qu'ordonner à l'hébergeur de mettre en œuvre tous les moyens de nature à rendre impossible la diffusion des clichés photographiques en cause à partir du site qu'il héberge, sans le condamner au versement de dommages et intérêts.

La Cour d'appel de Paris s'est montrée plus sévère en condamnant le fournisseur d'hébergement à 300 000 francs (soit 45 730 euros) de dommages et intérêts au motif « *qu'en offrant, comme en l'espèce, d'héberger et en hébergeant de façon anonyme, sur le site Altern.org qu'il a créé et qu'il gère toute personne qui, sous quelque dénomination que ce soit, en fait la demande aux fins de mise à disposition du public ou de catégories de publics, de signes ou de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, Valentin L. excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibéré, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend, est rémunératrice et revêt une ampleur que lui-même revendique* » (CA Paris, 14^e ch., 10 févr. 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin L., Légipresse 1999, n^o 160, III, p. 52 et s. ; sur cet arrêt, voir Costes L., Quelle responsabilité pour les fournisseurs d'hébergement Internet ?, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n^o 14, n^o 857, p. 5).

Mais leur décision a été motivée par un fait bien précis : l'hébergement anonyme qui, il est vrai, ne permet pas de contacter directement l'auteur du délit. En clair, en garantissant l'anonymat, le serveur d'hébergement accepte de devenir la victime sacrificielle de l'autorité judiciaire.

Il ne s'agissait toutefois que d'un anonymat « *apparent* » portant uniquement sur la page web de l'auteur. Ce dernier aurait pu être reconnu dans la mesure où l'hébergeur dispose des moyens techniques nécessaires pour dévoiler son identité (données de connexions), tout au moins sur

demande de la justice. Mais comme l'a relevé la défense dans l'affaire « *Hallyday* », « *le vrai problème dans cette affaire, c'est que la justice n'a jamais voulu chercher à retrouver l'auteur des pages illicites (Silversurfer), car il aurait fallu diligenter une enquête de police. Cela prend du temps et, là, tout le monde voulait aller très vite* » (Le Monde interactif 17 mars 1999, p. 2).

La jurisprudence sortira des prétoires du référé et du cas d'espèce de l'anonymat avec l'affaire « *Lacoste* » opposant un autre mannequin à un éditeur de sites érotiques et plusieurs fournisseurs d'hébergement (TGI Nanterre, 1^{re} ch., 8 déc. 1999, D. 2000, som., p. 274, obs. Caron C., Gaz. Pal. 2000, 1, jur., p. 89, note Bitan H., Légipresse 2000, n^o 169, II, p. 31, note Bertrand A., et Légipresse 2000, n^o 169, III, p. 40, obs. Ader B., JCP éd. G 2000, II, n^o 10279, note Barbry E. et Olivier F., Comm. com. électr. 2000, comm. 40, p. 29, note Lepage A., JCP éd. E 13 avr. 2000, p. 657 et s., note Gallot Le Lorier M.-A. et Varet V., Rev. Lamy dr. aff. 2000, n^o 23, n^o 1459, obs. Costes L., <juriscom.net>). Evoquant les articles 1382 et 1383 du Code civil, le Tribunal de grande instance de Nanterre a défini trois obligations précises à la charge des hébergeurs consistant en la mise en œuvre de « *moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action* ».

Au regard de l'obligation de vigilance – sans doute celle qui fût la plus discutée – le tribunal reprochait aux hébergeurs de ne pas avoir pris de mesures raisonnables pour détecter les contenus illicites et les supprimer de leurs serveurs. Cette décision imposait ainsi aux fournisseurs d'hébergement une véritable obligation de surveillance et, comme certains ont pu le dénoncer, de censure préventive (sur la légitimité de l'ingérence des hébergeurs, voir Sédallian V., Droit de l'Internet, Net Press, coll. AUI, 1996 ; et Vivant M., La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, JCP éd. G 1999, I, n^o 180).

Dans une autre affaire, le Tribunal de grande instance de Nanterre n'a cependant retenu aucune faute à l'encontre de l'hébergeur Multimanía qui s'était vu reprocher par l'Union des étudiants juifs de France l'hébergement d'un site dont l'illicéité apparaissaient être « *aisément détectable* » au moyen d'un moteur de recherche. Sans écarter la nécessité de recourir à l'utilisation d'un outil de recherche par mots-clés, le tribunal a en effet limité la portée de l'obligation de vigilance en tenant compte des compétences propres du prestataire et non des compétences « *idéales de tiers rompus au domaine de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme* » (TGI Nanterre, 1^{re} ch., 24 mai 2000, UEJF c/ Multimanía production, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n^o 29, n^o 1845, <juriscom.net> ; jugement confirmé par CA Versailles, 12^e ch., 16 mai 2002, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n^o 51, n^o 3270).

Statuant en appel sur l'affaire « *Lacoste* », la Cour d'appel de Versailles est venue adoucir davantage l'obligation de vigilance en dessinant plus adroitement ses limites, tant techniques que juridiques (Thoumyre L., Responsabilité des hébergeurs : détour et contour de l'obligation de vigilance, A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 juin 2000, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Bull. D, juill. 2000, n^o 127, p. 5 et s., et Juriscom.net, prof., 5 août 2000, <juriscom.net>). Elle précisait notamment que les obligations mises à la charge des prestataires sont des **obligations de moyens** n'impliquant nullement un « *examen général et systématique des contenus des sites hébergés* » mais que celles-ci doivent cependant se traduire « *au stade de l'exécution du contrat, par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation* ».

La Cour d'appel définissait, ensuite, le moment et les circonstances précises dans lesquels ces diligences doivent être mises en œuvre : « *indépendant des cas où elle en est requise par l'autorité publique ou sur décision judiciaire, de telles diligences doivent être spontanément envisagées par la société prestataire d'hébergement lorsqu'elle a connaissance ou est informé de l'illégalité de l'illicéité ou du caractère dommageable du contenu d'un site ou lorsque les circonstances ou modalités de la réalisation, de l'évolution ou de la consultation d'un site, auxquelles elle doit veiller par des outils, méthodes ou procédures techniques d'analyse, d'observation et de recherche, la mettent en mesure d'en suspecter le contenu* » (CA Versailles, 12^e ch., 8 juin 2000, JCP éd. E 2000, p. 1858, obs.

Mallet-Poujol N. et Vivant M., Comm. com. électr., juill.-août 2000, comm. 81, p. 31, obs. Galloux J.-C., Légipresse 2000, n^o 174, III, p. 139, note Rojinsky C., Rev. Lamy dr. aff. 2000, n^o 30, n^o 1418, obs. Costes L., <juricom.net>).

Les juges n'avaient donc pas voulu consacrer une obligation de surveillance systématique, ce qui, pour certains auteurs, « *dénotait un sens aigu de la mesure, la recherche d'un équilibre soigneusement entretenu entre les différents intérêts des protagonistes* » (Lepage A., La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès à l'Internet : un défi nouveau pour la justice du XXI^e siècle ?, Comm. com. électr. 2002, chr. 5, p. 12). La sagacité des magistrats n'en a pas moins été dictée par les débats parlementaires – tant au niveau national que communautaire – qui visaient alors à limiter la responsabilité des intermédiaires techniques.

Aujourd'hui abondantes, d'autres décisions ayant statué en matière délictuelle mériteraient encore d'être évoquées. Relevons simplement le cas d'espèce tranché par la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 24 mars 2000 qui a condamné le fournisseur d'hébergement pour avoir hébergé un site dédié au sadomasochisme intitulé « *la page francophone de Caliméro* » et enregistré sous le nom de domaine <calimero.org>.

Le Tribunal avait reconnu qu'il ne pouvait peser sur le fournisseur d'hébergement, « *une présomption de connaissance du contenu des sites qu'il héberge* ». Mais, dû au caractère notoire de la marque en cause, les juges avaient estimé que ce dernier « *ne pouvait ignorer le nom de domaine et l'adresse du site de Monsieur G. et donc que ce nom était exclusivement constitué de la reproduction servile d'une marque renommée* ». Le tribunal en conclut que « *Monsieur L. qui a accepté d'héberger un site sous un nom de domaine contrefaisant et qui a toléré l'existence de ce service alors qu'il n'ignorait pas les atteintes aux droits d'auteur et aux droits des marques qu'il contenait, a engagé sa responsabilité dans les termes de l'article 1382 du Code civil* ». La mise en œuvre de cette responsabilité semblait avoir été renforcée par le maintien d'un lien hypertexte sur le serveur de l'hébergeur, Altern.org, entre l'ancienne adresse contrefaisante et la nouvelle adresse du site de Monsieur G. (TGI Paris, 24 mars 2000, Comm. com. électr. 2000, comm. 63, p. 20).

Sur le plan pénal, enfin, observons simplement que la grande question soulevée au début de la régulation des réseaux – qui était celle de savoir si l'hébergeur devait ou non être considéré comme directeur de la publication et, à ce titre, supporter la responsabilité des contenus mis en ligne par ses abonnés en tant qu'auteur principal aux termes de l'article 93-3 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 – avait été tranchée par le Tribunal d'instance de Puteaux.

L'affaire opposait le fournisseur d'hébergement Infonie aux sociétés AXA-UAP et FINAXA qui lui reprochaient d'avoir hébergé une page portant atteinte à leur réputation. Constatant que « *le fichier modifié ou ajouté sur le site de l'abonné n'est pas stocké ou fixé par la société Infonie avant sa mise en ligne par l'abonné sur les pages personnelles* », le tribunal avait refusé d'engager la responsabilité du président du conseil d'administration de la société Infonie en tant que directeur de publication au motif que celle-ci ne peut, aux termes de l'article 93-3 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982, être recherchée « *que si le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* » (TI Puteaux, 28 sept. 1999, <foruminternet.org>).

b) La directive du 8 juin 2000 « Commerce électronique »

La directive du Parlement européen et du Conseil CE n^o 2000/31 du 8 juin 2000 fut adoptée, par un amusant hasard, le jour même où la Cour d'appel de Versailles mettait fin aux incertitudes de la jurisprudence et créait un équilibre entre les différents intérêts en présence. La directive va cependant plus loin que la solution jurisprudentielle, notamment en ce qu'elle pose un principe d'exonération de responsabilité tant civile que pénale.

L'article 14-1 de la directive du Parlement européen et du Conseil CE n^o 2000/31 du 8 juin 2000 demande tout d'abord aux Etats membres de veiller à ce que le prestataire ne soit pas responsable des informations qu'il stocke à la demande d'un destinataire du service, sous réserve que :

« (a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou (b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».

Cette exonération ne jouera bien sûr pas si l'auteur de ces informations a agi sous l'autorité ou le contrôle du prestataire (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, art. 14, 2).

Par ailleurs, la directive dispose clairement que les Etats membres ne doivent pas imposer ni aux hébergeurs, ni aux fournisseurs d'accès, « *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* » (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, art. 15).

Elle exonère par la même occasion toute activité de *caching* consistant en la fixation automatique, intermédiaire et temporaire de contenus « *dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information* » au bénéfice des abonnés. Là encore, différentes conditions encadrent le jeu de l'exonération, dont celle qui oblige le prestataire à retirer promptement une information dès qu'il a eu connaissance de sa disparition sur le réseau ou sur ordre d'une autorité judiciaire ou administrative (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, art. 13).

Le législateur français n'a pas attendu que s'achèvent les débats communautaires sur le projet de directive « *commerce électronique* » pour présenter son projet de loi relatif à la responsabilité des intermédiaires techniques.

c) La loi du 1^{er} août 2000

La loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 est survenue prématurément pour modifier la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication et y insérer un article 43-8 disposant que : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que : si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu* ».

La loi du 1^{er} août 2000 précitée était donc plus favorable au prestataire que la directive européenne puisque l'exonération n'était soumise ici qu'à la seule condition que, saisi par le juge, le prestataire agisse promptement pour empêcher l'accès au contenu litigieux.

On rappellera toutefois que l'écriture originale de l'article 43-8 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986, avant que la loi ne soit soumise au Conseil constitutionnel, répondait davantage à l'esprit de l'article 14 de la directive européenne du 8 juin 2001 précitée en prévoyant une seconde hypothèse de responsabilité des personnes fournissant des prestations d'hébergement, relative à la situation où « *ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite et lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées* ».

Dans sa décision du 27 juillet 2000 (Cons. const., 27 juill. 2000, n^o 2000-433 DC, Comm. com. électr. 2000, comm. 93, p. 20, obs. Galloux J.-C., <foruminternet.org>), le Conseil constitutionnel avait néanmoins déclaré ces dispositions non conformes à la Constitution, considérant celles-ci comme

trop imprécises au regard des exigences imposées à la loi par l'article 34 de la Constitution en matière de détermination des crimes et délits.

Le Conseil avait ainsi considéré que, en l'espèce, « *le législateur a subordonné la mise en œuvre de la responsabilité pénale des "hébergeurs", d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé "est illicite ou lui cause un préjudice", d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux "diligences appropriées"* ; *qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution* ».

La doctrine est demeurée partagée quant au résultat. Certains ont salué le fait que la justice puissent se retrouver au cœur du dispositif, évitant ainsi que le prestataire n'ait à apprécier lui-même du caractère licite ou non des contenus, ce qui risquait de porter atteinte à certains principes gouvernant la liberté d'expression (en ce sens, cf. Rojinsky C., L'approche communautaire de la responsabilité des acteurs de l'Internet, 11 oct. 2000, <juriscom.net>). D'autres y ont vu un texte en retrait par rapport à la jurisprudence (Lepage A., La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès à l'Internet : un défi nouveau pour la justice du XXI^e siècle ?, Comm. com. électr., févr. 2002, chr. 5, p. 12), voire « *monstrueux* » (Vivant M., in Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2009).

La loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 avait également ajouté un article 43-9 à la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 soumettant les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement à une obligation d'information commune consistant à détenir et conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires et de fournir aux personnes qui éditent un service de communication en ligne autre que de correspondance privée des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues à l'article 43-10. L'article 43-9 précité est quasiment identique à l'article 6, II de la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui abroge les dispositions de la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 (voir également n^o 464-67). Cette obligation sera donc traitée dans le paragraphe relatif à l'application de la LCEN.

d) La loi pour la confiance dans l'économie numérique

Les dispositions précitées de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 ont été abrogées par la loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN »).

L'article 6, I-2 de la LCEN indique que la responsabilité civile du fournisseur d'hébergement ne peut pas être engagée si il n'avait pas « *effectivement connaissance* » du « *caractère illicite* » des contenus fournis par des destinataires de ses services ou « *de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère* » ou si, dès le moment où il a eu cette connaissance, il a « *agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ».

L'article 6, I-3 traite séparément de la responsabilité pénale de l'hébergeur. Celle-ci ne peut être engagée que si il n'avait « *pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites* » ou si, dès le moment où il en eu connaissance, il n'a pas « *agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* ».

1. L'hébergeur, responsable du manifestement illicite (LCEN, art. 6.I.2 et 6.I.3)

Le fait générateur de la responsabilité civile n'est donc plus celui de l'inaction suite à la saisine d'une autorité judiciaire, il est maintenant celui de l'inaction suite à la seule « *connaissance* » du caractère illicite d'un contenu ou de « *faits et circonstances* » mettant en évidence ce caractère illicite. La différence de régime est notable. Il appartient désormais à l'hébergeur de distinguer le bon grain de

l'ivraie parmi les contenus litigieux portés à sa connaissance, donc de jouer le rôle qui était jusqu'alors imparti à l'autorité judiciaire. Or, le fait que l'hébergeur puisse ainsi se substituer au juge par rapport à la situation antérieure n'a pas laissé dans l'indifférence les détracteurs de la censure privée. Mais il est surtout à craindre que, pour ne point risquer d'engager sa responsabilité, le prestataire auquel il est reproché l'hébergement d'un contenu litigieux procède immédiatement à son retrait, sans prendre le temps du discernement. Deux éléments permettent toutefois de tempérer cette inquiétude.

Tout d'abord, l'article 6 I-2 de la LCEN vise la connaissance du « *caractère illicite* » du contenu et non, comme dans le texte européen de la connaissance « *de l'activité ou de l'information illicite* ». La différence entre les deux rédactions n'est pas anodine puisque les premiers projets de transposition correspondaient davantage au texte de la directive.

Il faut donc se poser la question de savoir comment l'hébergeur peut acquérir la connaissance du caractère illicite d'une information. Une interprétation serait de dire que, en l'absence de toute autre précision, seule l'institution judiciaire serait habilitée à déterminer le caractère illicite d'un fait. Cette interprétation est renforcée par le caractère « *effectif* » que doit revêtir la connaissance, critère également présent au sein de la directive « *commerce électronique* » du 8 juin 2000. Il n'en demeure pas moins que la responsabilité du prestataire peut également être engagée lorsqu'il ne fait rien pour retirer promptement un contenu dont le caractère illicite lui est apparu par « *des faits et circonstances* ». Mais les termes « *faisant apparaître* » signifient que le prestataire n'engagera pas sa responsabilité s'il refuse de retirer des contenus dont il peut raisonnablement douter du caractère illicite. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, cela signifie qu'il appartiendra au demandeur de démontrer, d'une part le caractère illicite du contenu dont il s'agit et, d'autre part, que le prestataire a eu connaissance d'éléments suffisamment précis et probant lui donnant toutes les raisons de croire au caractère illicite de ce contenu (dans ce sens, voir la Recommandation du Forum des droits sur l'Internet du 6 février 2003 : Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, <foruminternet.org>). Il pourra s'agir, par exemple, d'un jugement antérieur portant sur le même contenu. Autant dire que cette démonstration ne sera toujours pas aisée à faire. Il y a donc un espoir pour que les hébergeurs agissent avec diligence et ne coupent pas systématiquement tout contenu qui leur seraient dénoncés.

Par ailleurs, la décision du Conseil constitutionnel est venue ajouter une réserve d'interprétation importante à ce texte, selon laquelle ces dispositions (art. 6.I.2. et art. 6.I.3.) 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* » (Déc. n^o 2004-496 DC, 10 juin 2004, JO 22 juin, p. 11182).

L'interprétation du texte à retenir est donc la suivante : en aucun cas l'hébergeur ne peut être juge de l'« *illicite* », il peut toutefois l'être du « *manifestement illicite* ». Cette expression viserait les contenus d'une gravité avérée, dont le caractère illicite apparaîtrait avec évidence ou encore dont l'illicéité ne semble pas discutable comme, par exemple, les contenus à caractère pédopornographique, les écrits faisant l'apologie des crimes de guerre ou qui provoquent directement aux actes de terrorisme, mais exclurait notamment les cas de diffamation classique, ceux pour lesquels la loi n'interdit pas à l'auteur de rapporter sa bonne foi (voir Thoumyre L., Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite, 28 juill. 2004, <juriscom.net/int/visu.php?ID=561> ; Vivant M., Entre ancien et nouveau – une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2004, n^o 171, p. 2 et s. ; Grynbbaum L., LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet, Comm. com. électr., sept. 2004, p. 36 et s. ; Thoumyre L., Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques, Légipresse 2004, n^o 214, p. 129 et s.).

Certains auteurs ont pu avancer qu'« *est manifestement illicite tout contenu ne nécessitant pas de l'intermédiaire technique un acte positif dans la recherche de ce caractère* » (Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétorienne des hébergeurs, 8 nov 2007, <juriscom.net>) ou ne devant pas nécessiter un débat contradictoire pour révéler son caractère illicite (Fandiari J.-L., Le formalisme

de la procédure de notification des contenus doit être respecté, RLDI 2008/44, n^o 1454). La distinction entre ce qui relève du manifestement illicite et ce qui n'en relève pas n'est cependant pas toujours aussi évidente. Certains cas démontrent que l'on ne peut pas toujours faire l'économie d'un débat contradictoire.

Ainsi, contre l'apparente évidence pour certains, le Tribunal de grande instance de Paris, a refusé de qualifier de « *manifestement illicite* » les contenus contestant l'existence du génocide arménien, en indiquant que ce génocide ne fait pas partie des crimes contre l'humanité dont la contestation est punissable et que, d'autre part, la loi du 29 janvier 2001, reconnaissant l'existence du génocide arménien de 1915, ne crée pas de délit de contestation de ce génocide. Et le Tribunal de grande instance de conclure que 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* » (TGI Paris, 15 nov. 2004, Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin A., France Télécom, <juriscom.net> ; Rouja S., Génocide arménien : la responsabilité de l'hébergeur n'a pas été retenue sur le fondement de la LCEN, 16 nov. 2004, <juriscom.net>).

La Cour d'appel de Paris a confirmé cette décision, le 8 novembre 2006 (CA Paris, 11^e ch., 8 nov. 2006, Comité de défense de la cause arménienne c/ S. Aydin et a., n^o 05/05619, <foruminternet.org> ; RLDI 2006/22, n^o 709). Les magistrats ont observé que la société France-Télécom Services a, après avoir interrogé l'Office central de la lutte contre la criminalité liée aux Technologies de l'Information et de la Communication, demandé par écrit au procureur de la République sa position sur les contenus dénoncés et sollicité un professeur de droit aux fins d'expertise juridique, avant d'informer le CDCA de ce que l'illicéité manifeste ne lui paraissait pas caractérisée. La Cour d'appel confirme ainsi l'appréciation du prestataire de services dès lors que « *la nature des droits dont se prévalent aujourd'hui les membres de l'association, qui s'estiment victimes du refus de la reconnaissance du génocide arménien, n'entre pas dans le champ des droits protégés par le principe de la dignité humaine* » (sur le présent arrêt, voir Melison D., Négation du génocide arménien : confirmation de l'irresponsabilité de l'auteur et de son hébergeur, RLDI 2007/26, n^o 853).

Si la contestation d'un crime contre l'humanité reconnu par la loi ne constitue pas un fait « *manifestement illicite* » en tant que tel, on conçoit aisément les difficultés d'interprétations auxquelles les hébergeurs doivent faire face. Par conséquent, lorsque la responsabilité de l'hébergeur est invoquée devant les juridictions, il nous semble nécessaire que les juges procèdent à une appréciation *in concreto* de la connaissance du prestataire. Les juridictions devraient en effet examiner si l'hébergeur pouvait déterminer, par lui-même, en fonction de son degré de spécialisation et des éléments de preuve qui lui sont apportés, le caractère illicite d'un contenu (telle était l'approche retenue par le Forum des droits sur l'internet dans sa Recommandation sur le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, 6 févr. 2003, <foruminternet.org>). Cette démarche permet de conférer à l'hébergeur un certain « *droit à l'erreur* » susceptible de l'excuser lorsqu'il n'a pas procédé au retrait d'un contenu dont le caractère illicite n'était pas, de son point de vue, avéré (Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153, p. 63).

Le Tribunal de grande instance de Paris a encore apporté de nouvelles précisions sur l'application des articles 6.I.2 et 6.I.3 de la LCEN dans une affaire où un particulier avait demandé à la société Google France la suspension d'un blog portant son nom (TGI Paris, référé, 19 oct. 2006, Mme H.P. c/ Google France, <juriscom.net>). Hébergée chez « Blogger », un service géré par la société Google Inc., ce site contenait des éléments portant atteinte à la vie privée de la demanderesse. L'ordonnance de référé constate que « *le contenu du blog ne justifiait pas son retrait imminent* » par l'hébergeur, celui-ci ne revêtant pas le caractère manifestement illicite. Nous pourrions en conclure qu'une atteinte portée à la vie privée d'une personne ne présente pas nécessairement un caractère « *manifestement illicite* » (Fandiari J.-L., Application stricte du régime de responsabilité des hébergeurs pour le service blog de Google, 7 nov. 2006, <juriscom.net>). Les faits particuliers de l'espèce doivent toutefois

nuancer nos propos dans la mesure où cette décision a été motivée par deux autres facteurs : la demanderesse avait elle-même remis volontairement en ligne une partie du contenu litigieux qui avait été supprimée par son auteur, portant ainsi atteinte à la légitimité de sa requête, et elle n'avait « *pas notifié à l'hébergeur les faits litigieux dans les formes et conditions prévues par l'article 6-1-5 de la loi du 21 juin 2004* » (ous aborderons plus loin les spécificités de cette procédure de notification prévue à l'article 6.1.5 de la LCEN).

La Cour d'appel de Paris s'est d'ailleurs prononcée sur la question et a estimé que des propos « *en ce qu'ils portent atteinte à l'intimité de la vie privée, sont manifestement illicites* ». La cour se rapporte toutefois au cas d'espèce en précisant que la « teneur » des propos en cause ne « [nécessitait] pas d'enquête ou de vérification préalable pour que soit constatée cette illicéité ». C'est donc tout en nuance que la cour ouvre une brèche dans la liste des contenus « manifestement illicites » évoquée plus haut. Cette ouverture est néanmoins dénuée d'ambiguïté : « *même s'il est reconnu à l'hébergeur une marge d'appréciation dans l'interprétation de la licéité des données qu'un particulier lui dénonce, celles qui lui ont été dénoncées en l'espèce, même si elles étaient étrangères à l'apologie de crimes contre l'humanité, à l'incitation à la haine raciale et à la pornographie infantine et sans qu'il ait dû rechercher si elles avaient un caractère diffamatoire ou injurieux, ne pouvaient, même en l'absence de décision de justice, qu'être estimées manifestement illicites en ce qu'elles portaient atteinte, de façon évidente, à l'intimité de la vie privée* » (CA Paris, 14^e ch., sect. A, 6 déc. 2006, M. A. A. et Société Dounia c/ Société leurop et Société Lycos France, <foruminternet.org>). On peut tirer les enseignements suivants de cet arrêt :

- la liste d'infractions « manifestement illicites » n'est pas limitative ;
- l'hébergeur n'est pas tenu de rechercher si une information a un caractère diffamatoire ou injurieux ;
- les atteintes évidentes à l'intimité de la vie privée relèvent du manifestement illicite.

S'agissant des actes de contrefaçon, on peut regretter que plusieurs décisions aient pu reprocher à des plateformes de partage de vidéos en ligne, pourtant qualifiées d'hébergeurs, de ne pas avoir retiré des contenus dénoncés comme portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, sans avoir réellement recherché si ces contenus présentaient manifestement un caractère illicite (par exemple : TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 13 juill. 2007, Christian Carion et Nord Ouest Production c/ SA Dailymotion et SA UGC images, <juriscom.net>, RLDI 2007/30, n^o 999, note Proust S., infirmée par CA Paris, 4^e ch, sect. A, 6 mai 2009, <legalis.net> ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, <juriscom.net>, note Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétoriennes des hébergeurs, 8 nov. 2007, RLDI 2007/32, n^o 1062, obs Costes L. ; T. com. Paris, 8^e ch., 20 fevr. 2008, Google c/ Flach Film et a., <legalis.net>, RLDI 2008/36, n^o 1197, obs. Costes L. ; TGI Paris, réf., 7 janv. 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Youtube Inc., <legalis.net> ; TGI Paris, réf., 5 mars 2009, Roland Magdane et a. c/ Youtube, <legalis.net>, RLDI 2009/48, n^o 1584).

Il n'en demeure pas moins que l'atteinte portée à des droits de propriété intellectuelle a pu être expressément qualifiée de « manifestement illicite » par de nombreuses autres décisions. Il est toutefois impératif que les victimes communiquent à l'hébergeur « les pièces témoignant de leurs droits » (CA Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom, <juriscom.net>, précitée) ou parviennent à rapporter « *la vraisemblance des actes de contrefaçon et la vraisemblance de titularité des droits résultant éventuellement des mentions portées sur les supports de diffusion des oeuvres communiqués* » (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Dailymotion, <juriscom.net>, RLDI 2008/38, n^o 1162, obs. Auroux J.-B.). Aussi, « *la seule base du caractère vraisemblable de la contrefaçon* » suffit-elle pour faire obligation aux hébergeurs d'agir promptement pour faire cesser l'atteinte (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Omar S., Fred T. et a. c/ Dailymotion, <foruminternet.org>).

L'importance, pour la victime, de recourir à la procédure de notification et d'en respecter le formalisme est primordiale pour révéler à l'hébergeur la vraisemblance du caractère manifestement illicite : « il appartient aux victimes [d'agissements en contrefaçon] de porter à la connaissance de l'hébergeur les droits qu'elles estiment bafoués, dans les conditions de l'article 6-1-5^o de la loi n^o 2004- 575 du 21 juin 2004 » à savoir « *une demande qui identifie clairement les contenus litigieux de façon à permettre à la société, qui n'a pour objet que de stocker et mettre en ligne ces œuvres, de les reconnaître dans la masse des documents mis en ligne et de les retirer* ». Aussi, l'internaute se prétendant victime doit-il non seulement « faire la description des faits litigieux et donner leur localisation précise » mais également préciser « *les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré comprenant la mention des dispositions légales et des justifications des faits* » (TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 14 nov. 2008, Jean-Yves L. et a. c/ Youtube et a., <juriscom.net>, RLDI 2008/44, n^o 1461, obs. Trézéguet M. ; voir aussi CA Paris, réf., 7 janv. 2009, Raphaël Mezrahi, Sté Troye dans l'Aube Prod, Christine E. c/ Youtube Inc., <juriscom.net> ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, ADAMI, Omar S., Fred T. et a. c/ Sté Youtube, <juriscom.net>).

2. Obstacles juridiques à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'hébergeur

Au niveau pénal, le dispositif de l'article 6.1-3 de la LCEN peut être rapproché des mécanismes de la complicité prévue par l'article 121-7 du Code pénal. Celui-ci permet d'incriminer celui qui a sciemment apporté son aide ou son assistance à la commission de l'infraction, c'est-à-dire selon la Cour de cassation, « *en connaissance de cause* » (Cass. crim., 9 oct. 1941 ; Cass. crim., 19 mars 1986, Bull. crim., n^o 112, p. 289 ; voir n^o 464-55). Précision doit être faite que l'hébergeur ne peut en aucun cas être considéré comme l'auteur principal d'une infraction puisque aucune sanction n'accompagne l'acte délictueux qu'il commet. Non plus il n'est possible de considérer l'hébergeur comme coauteur dès lors que les deux activités – la publication d'un contenu illicite et son hébergement – ne sont pas de même nature. Il n'y a que la détermination d'un acte de complicité qui permettrait, *a priori*, d'engager sa responsabilité.

Mais le texte recèle une malfaçon, relevée en premier lieu par Emmanuel Dreyer, qui nous autorise à affirmer qu'il serait particulièrement difficile d'engager la responsabilité de l'hébergeur sur le fondement de l'acte complice. Pour rappel, la complicité exige la réunion de deux éléments. L'élément matériel tout d'abord : le fait d'avoir facilité la préparation ou la consommation de l'infraction (C. pén., art. 121-7), ce qui implique que l'acte complice doit, pour exister, avoir été accompli antérieurement ou concomitamment à la réalisation de l'acte délictueux principal. L'élément moral ensuite : celui-ci consiste dans la participation au projet délictueux « *en connaissance de cause* ». Or, dans l'hypothèse visée à l'article 6, 1-3, l'hébergeur n'a connaissance de l'activité ou de l'information illicite qu'après avoir fourni les moyens nécessaires à la réalisation de l'infraction constituée par celle-ci. L'hébergeur – et cela résulte de son activité d'intermédiaire technique – n'a donc pas conscience de faciliter la préparation ou la consommation d'une infraction au moment où elle est constituée. Il n'aura connaissance du caractère illicite d'un contenu qu'*a posteriori*, lorsqu'on le lui aura porté à sa connaissance. La survenance de l'élément moral ne concordant pas avec celle de l'élément matériel, l'hébergeur n'a pu effectuer un acte complice antérieurement ou concomitamment à l'infraction principale (Dreyer E., Interrogation sur la responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement, Légipresse 2004, n^o 212, p. 89 et s. ; Albrieux S., La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique, Légipresse 2005, n^o 220, p. 40 et s. ; et Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153, p. 64 et 65). Il échappe ainsi à toute condamnation pénale sur le fondement de la complicité, à moins de considérer que l'infraction se soit répétée après que l'hébergeur ait acquis la connaissance de celle-ci (Melison D., Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil, 25 avr. 2005, <juriscom.net>), ou qu'elle soit continue. La Cour de cassation a cependant considéré que les délits de presse commises sur l'Internet consistaient en des infractions instantanées (voir n^o 464-47). Si l'hypothèse que nous évoquons se vérifie devant les tribunaux, à savoir qu'il n'y a nulle possibilité

pour mettre en œuvre la responsabilité pénale de l'hébergeur sur les critères définis par le droit commun, le législateur devra revoir sa copie. Il pourrait être amené à créer une infraction autonome destinée à sanctionner l'inertie de l'hébergeur.

3. La dénonciation abusive (LCEN, art. 6.I.4)

Suite à la recommandation du Forum des droits sur l'Internet du 6 février 2003, les parlementaires ont introduit un nouvel article disposant que « *Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées au 2 [les hébergeurs] 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 15 000 € d'amende* » (LCEN, art. 6.I.4). Cette disposition permet de responsabiliser également les dénonciateurs de contenus et d'éviter que tout un chacun réclame le retrait de contenus déplaisants auprès des prestataires. On pourra cependant déplorer, en pratique, la difficulté évidente de prouver que le dénonciateur « *savait* » que le contenu ou l'activité visée n'était pas illicite. N'aurait-il pas été préférable de sanctionner des intentions coupables plus tangibles, celles ayant pour but, par exemple, de déstabiliser une activité concurrente ou d'empêcher la diffusion d'un argument politique en période électorale ? Mais l'on peut comprendre le souci du législateur de ne pas se perdre dans les détails. Les équilibres sont décidément bien difficiles à trouver lorsqu'il s'agit de liberté d'expression.

4. La procédure de notification (art. 6.I.5)

Le Forum des droits sur l'Internet avait recommandé que soit instauré un système permettant de porter l'existence des faits litigieux à la connaissance des hébergeur par le biais d'une procédure de notification allégée. Cette procédure exige que soit rapportés certains éléments tels que l'identification de l'auteur de la notification, la description précise des faits visés, l'emplacement exact des contenus litigieux etc. (Recommandation du 6 juin 2003 du Forum des droits sur l'Internet, précitée). L'objectif de cette notification est de garantir le caractère précis et le sérieux des demandes de retrait de contenus et de faciliter le traitement de ces demandes par le prestataire. Une telle procédure n'est pas obligatoire. Elle a néanmoins pour effet, si les conditions de forme sont respectées, de réputer acquise par l'hébergeur la connaissance des faits litigieux (voir Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153, p. 63).

Cette procédure de notification a été inscrite au sein de la LCEN à l'article 6.I-5 de la LCEN, rédigé comme suit : « *La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :*

- la date de la notification ;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté ».

Le fait de ne pas recourir à la procédure de notification ou de ne pas en respecter le formalisme a été sanctionné à de nombreuses reprises par la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire opposant le Comité de la défense de la cause arménienne (CDCA) à France Télécom Services (CA Paris, 11^e ch., 8 nov. 2006, n^o 05/05619, <foruminternet.org> ; RLDI 2006/22, n^o 709), la Cour d'appel de Paris a estimé,

dans la mesure où la mise en demeure qui a été délivrée au prestataire d'hébergement « *n'était pas conforme à l'article 6.1.5 de la loi* », que le demandeur ne pouvait soutenir sérieusement que la défenderesse avait connaissance du caractère illicite des données contenues dans une rubrique spécifique du site qu'elle héberge et qu'elle aurait dû en conséquence en interdire l'accès ou les supprimer.

De même, le Tribunal de grande instance de Paris, dans l'affaire opposant un particulier à la société Google France (TGI Paris, référé, 19 oct. 2006, Mme H.P. c/ Google France, <juriscom.net>), a relevé que la demanderesse n'avait « *pas notifié à l'hébergeur les faits litigieux dans les formes et conditions prévues par l'article 6.1.5 de la loi du 21 juin 2004* ». L'absence de notification dans les formes semble avoir privé la demanderesse de la possibilité de se prévaloir du second cas d'engagement de la responsabilité civile de l'hébergeur, à savoir celui dans lequel des faits et circonstances font apparaître le caractère illicite d'un contenu qu'il maintient en ligne.

Depuis, la jurisprudence conclut régulièrement à l'absence du caractère manifeste illicite d'un fait litigieux lorsque celui-ci n'a pas été porté à la connaissance de l'hébergeur à travers les formes prescrites à l'article 6.1.5 de la LCEN : « *La connaissance effective du caractère manifestement illicite d'une atteinte aux droits patrimoniaux ou moraux des auteurs ou producteurs ne relève d'aucune connaissance préalable et nécessite de la part des victimes de la contrefaçon qu'ils portent à la connaissance de la société qui héberge les sites des internautes, les droits qu'ils estiment bafoués, dans les conditions prévues à l'article 6.1.5 de la loi du 21 juin 2004* » (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 avr. 2008, Omar S., Fred T. et a. c/ Dailymotion, <foruminternet.org> et TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, ADAMI, Omar S., Fred T. et a. c/ Sté Youtube, <juriscom.net>). Elle a également pu préciser que le demandeur doit se ménager une preuve de la réception de la notification, l'outil idéal pour cela étant la lettre recommandée avec accusé de réception (TGI Paris, réf., 20 oct. 2007, Marianne B. et a. c/ Wikimedia Foundation, <juriscom.net>, note Manara C., Les enseignements de Wikipédia (côté judiciaire), D. 2007, p. 3000, Thoumyre L., L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0, Comm. com. élect. 2008, n^o 2 et n^o 5, p. 16). Le TGI Paris ajoute encore que que les mises en demeure et sommations de retirer un contenu doivent respecter les formes prescrites : « *que la responsabilité de l'hébergeur n'est pas engagée puisqu'il ne peut lui être reproché, en l'espèce, d'avoir eu connaissance du caractère manifestement illicite des informations stockées, ni de ne pas avoir agi promptement au moment où il en a eu connaissance, dès lors que ni la mise en demeure (...) ni la sommation (...) ne satisfaisaient aux conditions légales, les formalités prévues par l'article 6.1.5. de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique n'ayant pas été respectées au cas présent* » (TGI Paris, 17^e ch., 13 oct. 2008, Bachjar K., Anne G. épouse K. c/ SAS 20 Minutes, <juriscom.net>, RLDI 2008/43, n^o 1424, note Fandiari J.-L., Le formalisme de la procédure de notification des contenus litigieux aux hébergeurs doit être respecté, RLDI 2008/44, n^o 1454). De même, le Tribunal de commerce de Paris déduit-il le caractère obligatoire de cette notification de l'absence d'obligation générale de surveillance prévue à l'article 6.1.7 de la LCEN (T. com. Paris, 16^e ch., 27 avr. 2009, Davis Film c/ Dailymotion, <foruminternet.org>, RLDI 2009/50, n^o 1649, obs. Costes L.).

On peut donc prétendre que le respect de la procédure de notification conditionne, dans les cas d'atteintes portées aux droits des tiers, l'acquisition de la connaissance d'un contenu manifestement illicite par l'hébergeur.

Précision doit être faite, toutefois, que le simple respect des formes prescrites n'entraîne pas obligation pour l'hébergeur de retirer le contenu dénoncé. Sa marge d'interprétation reste intacte, il pourra donc s'abstenir de retirer un contenu, notifié dans les formes prescrites, dont le caractère illicite ne serait pas manifeste. Selon la Cour d'appel de Paris, l'hébergeur doit, en effet, « *lorsqu'il se voit dénoncer des données dont le contenu est déclaré illicite (...) apprécier si un tel contenu a un caractère manifestement illicite et, dans cette hypothèse, supprimer ou rendre inaccessible de telles données* »

(CA Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom, <juriscom.net>, note Thoumyre L., Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/35, n^o 1164). Plus récemment, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé que l'hébergeur « *pouvait, en tout état de cause, compte tenu de ce que seules des diffamations ou injures envers un particulier étaient susceptibles d'être caractérisées dans les textes litigieux, estimer qu'il convenait de laisser à leur auteur la possibilité de justifier du contenu de ses écrits* » (TGI Paris, réf., 16 juin 2008, Paris Promotion c/ JFG Networks et a., <juriscom.net>).

Les récentes décisions donnent ainsi du corps à la procédure de notification qui n'était pourtant pas destinée, au regard des travaux parlementaires, à devenir obligatoire (voir Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153, p. 63 et Vivant M. in Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2009). Sa force obligatoire semble néanmoins s'être affirmée. On peut toutefois distinguer deux situations distinctes. La première est celle où se trouve en face d'infractions réputées comme étant manifestement illicites. Il s'agit des infractions mentionnées à l'article 6.1.7 alinéa 3, qui visent la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ou encore de la pornographie infantile, et pour lesquelles l'hébergeur est tenu d'informer promptement les autorités publiques compétentes lorsqu'elles lui sont signalées. Dans ce cas, un simple « signalement » suffit à déclencher l'obligation de l'hébergeur ; en conséquence, nul besoin de passer par l'article 6.1.5. La seconde situation est celle dans laquelle il s'agit de faire respecter le droit des tiers (propriété intellectuelle, vie privée ...). Dans ce cas, le respect de la procédure semble être désormais obligatoire. Cela nous semble faire sens.

5. De l'absence d'obligation générale de surveillance

Comme évoqué ci-dessus, les hébergeurs sont libérés de toute obligation générale de surveillance des contenus ou de rechercher proactivement des faits ou circonstances révélant des activités illicites. L'article 6.1.7, alinéa 2 de la LCEN ajoute toutefois que « *le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire* ». Cette absence d'obligation générale de surveillance trouve son origine dans l'article 15 de la directive du Parlement européen et du Conseil CE n^o 2000/31 du 8 juin 2000.

Face à l'errance des juges du premier degré, la Cour d'appel de Paris a dû réaffirmer la portée de cette disposition. Elle a ainsi rappelé qu'aucune obligation générale de surveillance ne peut être mise à la charge d'un hébergeur, serait-ce même un hébergeur 2.0. dont l'activité induirait une utilisation potentiellement illicite par les destinataires de ses services, rappelant que cela serait contraire à l'économie de la LCEN : « *Or considérant qu'au regard de ces éléments, présumer à l'instar des premiers juges la société Dailymotion "comme ayant connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant à penser que des vidéos illicites sont mises en ligne, au motif que, si la loi n'impose pas aux prestataires techniques une obligation générale de rechercher les faits ou circonstances révélant des activités illicites, cette limite ne trouve pas à s'appliquer lorsque lesdites activités sont générées ou induites par le prestataire lui-même, ce qui serait le cas en l'espèce dès lors que ce dernier viserait à démontrer une capacité à offrir à ladite communauté (des internautes) l'accès à tout type de vidéos sans distinction, tout en laissant le soin aux utilisateurs d'abonder le site dans des conditions telles qu'ils le feraient avec des œuvres protégées par le droit d'auteur", revient à méconnaître l'économie de la LCEN en imposant à l'hébergeur, à raison de la nature même de sa fonction, une obligation générale de surveillance et de contrôle des informations stockées à laquelle le législateur a précisément voulu le soustraire* » (CA Paris, 4^e ch, sect. A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord Ouest Production et a., <legalis.net>).

En revanche, les plateformes de partage en ligne se sont vues imposer une obligation prétorienne les obligeant, après que leur ait été notifié une première fois le caractère illicite d'un contenu, de mettre en œuvre les moyens nécessaires de prévenir une nouvelle diffusion de ce contenu (TGI

Paris, 3^e ch., 2^e sect., 19 oct. 2007, Google c/ Zadig Productions, <juricom.net>, obs. Thoumyre L., Google Video condamné pour contrefaçon, 29 oct. 2007, note Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétorienne des hébergeurs, 8 nov. 2007 <juricom.net>, RLDI 2007/32, n^o 1062, obs Costes L. ; T. com. Paris, 8^e ch., 20 fevr. 2008, Google c/ Flach Film et a., <legalis.net>, RLDI 2008/36, n^o 1197, obs. Costes L., TGI Paris, réf., 5 mars 2009, Roland Magdane et a. c/ Youtube, <legalis.net>, RLDI 2009/48, n^o 1584 ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 10 avr. 2009, SARL Zadig Productions, M.J.V. et M.M.V. et autres c/ S.A. Dailymotion, <foruminternet.org>).

Si la création de cette obligation particulière de surveillance apparaît juste pour les ayants droit, auxquels il semble difficile de pouvoir demander de notifier l'hébergeur pour chaque nouvelle mise en ligne d'un contenu identique, elle appelle néanmoins un certain nombre de réserves quant à l'application des dispositions de la LCEN. Il nous semble en effet difficile d'accepter que, dès lors qu'un contenu a été notifié à l'hébergeur, celui-ci doit mettre en œuvre les moyens nécessaires pour en éviter une nouvelle diffusion. Ceci pour deux raisons principales. La première, c'est que le législateur a entendu lier la connaissance de l'existence d'un contenu litigieux à sa localisation précise sur le serveur de l'hébergeur. Ce constat découle de la lecture de l'article 6.1.5 de la LCEN relative à la procédure de notification qui indique que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par l'hébergeur lorsqu'il lui est notifié plusieurs éléments, dont « *leur localisation précise* » (LCEN, art. 6.1.5, 4^e tiret). *A contrario*, si l'adresse exacte du contenu présumé illicite n'est pas clairement délivrée à l'hébergeur, on ne peut présumer que celui-ci ait acquis la connaissance de son existence sur son serveur, ou aurait dû l'acquérir par d'autres moyens, tels que ceux définis par le tribunal.

La deuxième raison, c'est qu'il existe une action spécifique au sein de la LCEN par laquelle un tiers lésé peut obtenir de l'autorité judiciaire que l'hébergeur mette en œuvre des moyens destinés à « *prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne* » (LCEN, art. 6.1.8). C'est à cette occasion que le juge peut demander une activité de surveillance ciblée et temporaire (LCEN, art. 6.1.7). Ici encore, si le législateur a prévu que de tels moyens puissent être ordonnés par le juge des référés, ce n'est certes pas pour que l'on puisse reprocher à l'hébergeur d'avoir négligé de se les prescrire à lui-même. Nous abondonons donc dans le sela critique ns de formulée par Ronan Hardouin à ce sujet « *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 enjoint par l'autorité judiciaire, sur les fondements des articles 6.1.7 alinéa 2 ou 6-1-8 de la LCEN, d'exercer une surveillance sur un contenu déterminé* » (Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétorienne des hébergeurs, 8 nov. 2007, <juricom.net>).

Cette jurisprudence pourrait toutefois s'infléchir. Le Tribunal de grande instance de Paris semble avoir récemment entrepris une lecture plus orthodoxe de la LCEN, laquelle, selon lui « *n'exige pas de l'hébergeur un contrôle a priori des vidéos postées sur son site et elle prévoit une signalisation précise des vidéos litigieuses notamment de leur localisation. Il ne peut donc être exigé de l'hébergeur un contrôle plus large une fois les vidéos signalées et retirées et l'obligation de retrait des vidéos litigieuses remises en ligne ne peut porter que sur les mêmes données précisément identifiées et localisées notamment par leur adresse URL notifiées, sauf à ce que l'hébergeur ait pu mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion* » (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, ADAMI, Omar, Fred et a. c/ Sté Youtube, RLDI 2009/53, n^o 1768 ; voir obs. Roux O, in RLDI 2009/54 ; obs. Teissonnière G., RLDI précitée).

6. L'identification des destinataires du service

Reprenant quasi textuellement la rédaction de l'article 43-9 de la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000 évoquée plus haut, l'article 6-II de la LCEN dispose que :

« Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

Elles fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues au III.

L'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa.

Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du code pénal sont applicables au traitement de ces données.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation. ».

L'article 6-III LCEN prévoit, quant à lui que :

« 1. Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert :

a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;

b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ;

d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I.

2. Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse [de l'hébergeur], sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au 1 ».

Le décret d'application visé à l'article 6.II est attendu non pas depuis le 21 juin 2004, date d'entrée en vigueur de la LCEN, mais bien depuis le 1^{er} août 2000, la loi précédent la LCEN ayant également prévu, pour des dispositions en tous points similaires, qu'un tel décret viendrait définir les données devant être détenues et conservées par les prestataires techniques. En guise de maigre compensation, nous n'avons pu avoir accès, jusqu'à présent, qu'à de simples avant-projets ou projets de décrets, le dernier datant du 17 juin 2008.

Tant bien que mal, la jurisprudence a dû s'accomoder du vide juridique laissé par l'absence de décret.

Les dispositions visées datant du 1^{er} août 2000, notre analyse intégrera quelques décisions antérieures à la LCEN. La grande question qui se pose ainsi depuis plusieurs années est la suivante : le prestataire doit-il conserver les données permettant l'identification des éditeurs ? Si oui, quels types de données doit-il conserver ? Rarement la confusion jurisprudentielle n'aura-t-elle été aussi importante pour répondre à ces questions. Nous nous contenterons donc, pour y voir un peu plus clair, de retracer

les trois grandes tendances qui se sont développées au fil de cette jurisprudence hésitante et changeante.

La première tendance consiste à prétendre que, en l'absence de décret, l'obligation de conservation des données de nature à permettre l'identification de quiconque ayant contribué à la création d'un contenu est « sérieusement contestable ». Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi pu prétendre que « *la nature des données d'identification, comme les modalités de leur conservation, devait (...) être précisées par un décret en Conseil d'Etat non encore publié (...) qu'il en résulte une sérieuse contestation quant à la portée de l'obligation invoquée par le demandeur à l'égard de la société OVH* ». Mais le tribunal n'en conclut pas explicitement à l'absence d'obligation de communiquer certaines données. Il avait ainsi ordonné au prestataire de communiquer aux demanderesse les informations « *relatives aux circonstances, notamment de temps, de la mise en ligne des écrits constituant le trouble illicite, et permettant d'identifier toutes personnes ayant contribué à leur création y compris sous forme d'extraits des journaux de connexions qui y sont relatifs* » (TGI Paris, ord. réf., 26 mai 2003, J'Accuse et UEJF c/ Association eDaama.org, M. N. M. et SARL OVH, RLDA 2003/62, n^o 3900, <juriscom.net>). Dans la même veine, la Cour d'appel de Paris a estimé que « *les éléments d'identification personnelle que l'hébergeant est susceptible de recueillir à l'occasion des mises en ligne ne font pas actuellement, en l'absence de décret d'application de la loi LCEN du 21 juin 2004 l'objet d'une communication susceptible d'être ordonnée* » (CA Paris, réf., 7 janv. 2009, Raphaël Mezrahi, Sté Troye dans l'Aube Prod, Christine E. c/ Youtube Inc., <juriscom.net>). Enfin, la plus récente des décisions du TGI de Paris est, sur ce point, dénuée d'ambiguïté : « *[L'article 6.II de la LCEN] renvoie la détermination de la nature des données et les modalités de leur conservation à un décret d'application devant être pris en Conseil d'Etat après avis de la CNIL qui à ce jour n'a été ni signé ni publié. En conséquence, il ne peut être en l'état exigé de l'hébergeur de fournir les éléments d'identification personnelle, étant rappelé qu'il ne peut être procédé par analogie avec les éléments d'identification de l'éditeur expressément énumérés à l'article 6.III quand la loi induit une distinction entre les deux catégories d'éléments d'identification et qu'elle renvoie pour la définition de celles de la présente procédure à un décret en Conseil d'Etat* » (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, ADAMI, Omar, Fred et a. c/ Sté Youtube, <juriscom.net>).

Un second courant jurisprudentiel ne considère plus l'obligation comme contestable, mais l'adresse IP, et d'autres données telles que celles figurant dans le journal de connexions de l'hébergeur, sont néanmoins considérés comme des éléments d'identification suffisants (dans ce sens, voir TGI Paris, réf., 6 févr. 2001, SA Ciriél et MJM c/ SA Free, <juriscom.net>, Comm. com. électr., mai 2001, comm. 50, obs. Le Stanc Ch., Légipresse 2001, n^o 181, III, p. 88, note Ader B., Lettre Lamy droit des médias et de la communication 2001, n^o 12, p. 11, RLDA 2001/37, n^o 2345, obs. Costes L. ; TGI Paris, réf., 1^{er} déc. 2003, SA Régie publicitaire des transports parisiens Métrobus c/ SA Coopérative Ouvaton, <juriscom.net>, RLDA 2004/67, n^o 4186 et TGI Paris, réf., 2 févr. 2004, RLDA 2004/69, n^o 4319, obs. Tesar Y., Métrobus remis sur les rails. « OÙ va-t-on ? » demande le juge, 20 avr. 2004, <juriscom.net> ; TGI Paris, réf., 20 oct. 2007, Marianne B. et a. c/ Wikimedia Foundation, <juriscom.net>, note Manara C., Les enseignements de Wikipédia (côté judiciaire), D. 2007, p. 3000, Thoumyre L., L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0, Comm. com. électr. 2008, n^o 2 et n^o 5, p. 16 ; TGI Paris, réf., 5 mars 2009, Roland Magdane et a. c/ Youtube, <legalis.net>, obs Boubekour I., Vivement la publication du décret de l'article 6-II de la LCEN sur la conservation des données d'identification !, 25 mars 2009, <juriscom.net>, RLDI 2009/48, n^o 1584 ; CA Paris, 4^e ch, sect. A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord Ouest Production et a., <legalis.net>). Cette tendance jurisprudentielle peut être amenée à assimiler l'adresse IP à une donnée personnelle et à constater, très justement selon nous, que « *cette adresse apparaît être le seul élément permettant de retrouver la personne physique ayant mis en ligne le contenu* » (voir par exemple TGI Paris, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Google et a., <legalis.net>, RLDI 2009/51, n^o 1686).

La troisième tendance est plus sévère : non seulement l'obligation n'est pas contestable, mais l'adresse IP ne suffit pas car l'identification doit consister en la délivrance des nom, prénom et adresse (pour une personne physique). C'est la thèse qui a prévalu un temps devant la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 4^e ch. sect. A, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, <legalis.net>, RLDI 2006/17, n^o 510, obs Auroux J.-B, note Chafiol-Chaumont F., Où finira la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ?, Légipresse 2006, n^o 235, III, p. 181-185 ; CA Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom, <juriscom.net>, note Thoumyre L., Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs, RLDI 2008/35, n^o 1164 ; voir aussi TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 29 avr. 2009, Roland Magdane et a. c/ Dailymotion, <legalis.net>). Force est de constater que cette tendance est aujourd'hui minoritaire, les deux premières ayant pris le dessus. Mais tant que le décret n'est pas adopté, ce terrain restera mouvant.

e) Exemples de transpositions de la directive « Commerce électronique »

La plupart des Etats membres de l'Union européenne ont procédé à une transposition quasi littérale de la directive du 8 juin 2000. D'autres ont été plus téméraires en définissant des conditions d'engagement de la responsabilité des hébergeurs plus restrictives que celles prévues au sein de la directive.

Ainsi, la loi espagnole du 27 juin 2002 (LSSI – Loi sur les services de la société de l'information et le commerce électronique) – précise que le prestataire technique acquiert la connaissance effective d'un fait illicite lorsqu'un « *organisme compétent* » déclare que ce fait est illégal. La disposition est courageuse, car elle semble ajouter une condition qui n'avait pas été prévue par la directive. La loi espagnole prévoit cependant une exception relativement obscure qui risque, dans de nombreux cas, de renvoyer le prestataire à son jugement personnel. Elle indique que la connaissance du fait illicite peut également être acquise par « *des procédés de détection et de retrait que les prestataires appliquent en vertu des accords volontaires et autres moyens de connaissance effective qu'ils pourraient établir* ».

Autre exemple : celui de l'Italie. L'article 16 de son décret du 9 avril 2003 oblige l'hébergeur à agir promptement pour retirer des informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible dès le moment où il a connaissance de leur caractère illicite « *sur notification d'une autorité compétente* ». Le terme désigne la plupart des autorités judiciaires et administratives italiennes. Les dispositions italiennes sont plus claires que celles de la loi espagnole : l'hébergeur ne peut porter aucune appréciation sur le caractère illicite d'une information.

Plus pragmatique, la loi belge du 11 mars 2003 (loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information) prévoit que l'hébergeur doit simplement couper l'accès, et non l'hébergement, à des informations illicites, lorsqu'il a connaissance de leur existence. Il doit ensuite les communiquer au procureur du Roi, lequel statue sur le sort définitif qu'il convient de donner aux documents litigieux. Bien que séduisante, cette solution ne résiste pas à l'écueil suivant : tant que le procureur du Roi ne se décide pas, le contenu litigieux demeure « hors ligne ». La liberté d'expression risque donc de pâtir du délai qui s'écoulera avant qu'une sentence ne soit rendue.

Toujours dans le cadre de la transposition de la directive « Commerce électronique », la Finlande a mis en place, dans sa loi du 5 juin 2002 (L. n^o 458 sur la fourniture de services de la société de l'information), un système intéressant de « *Notice and take down* » (notification et retrait) pour les contenus pouvant porter atteinte à la propriété intellectuelle. Ce système permet à l'éditeur d'un site, qui s'est identifié précisément auprès de son prestataire, d'exiger le maintien de l'hébergement d'un contenu litigieux ayant fait l'objet d'une demande de retrait. Dans ce cas, le prestataire est mis hors de cause et l'éditeur du site doit assumer seul la responsabilité du contenu. Si l'ayant droit souhaite agir en justice, il doit le faire directement contre l'éditeur du site dont il aura reçu les éléments d'identification. Pour autant, cette solution particulière n'est pas des plus orthodoxes au regard de la

directive européenne (Thoumyre L., Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite, 28 juill. 2004, <juriscom.net/int/visu.php?ID=561>).

Mise à jour par La Revue Lamy Droit de l'immatériel n° 54, Novembre 2009 Mise en ligne et reproduction d'une photographie d'un artiste sans l'autorisation de son auteur

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 oct. 2009, n° 09/06128, Sté H & K et a. c/ Sté Goggle France et a. ; Décision aimablement communiquée par Jean-Baptiste Auroux

La société qui a procédé au retrait de la photographie litigieuse, le 17 avril 2009, alors qu'elle lui a été notifiée, le 27 novembre 2008, ne peut être considérée comme ayant accompli les diligences nécessaires. Aussi, sa responsabilité doit être engagée en application de l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 pour les faits illicites commis postérieurement à cette date dans les termes du droit commun de la contrefaçon, sur le fondement de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle.

L'auteur d'une photographie et la société qui l'a produite ayant constaté qu'elle était accessible sur un site internet (<aufeminin.com>) avant d'être repris par le moteur de recherche Google Images, et ce, sans qu'ils aient donné d'autorisation en ce sens, ont fait assigner la société Google Inc devant le juge de référés du Tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir procéder à son déréfèrement des sites litigieux ; ce à quoi elle se serait engagée à faire.

Or, il s'est avéré que cette photographie était de nouveau accessible au travers des mêmes sites. Aussi, après avoir fait dresser différents procès verbaux par l'APP, ont-ils assigné de nouveau devant ce Tribunal les sociétés Google Inc, Google France et Aufeminin.com.

La présente action visait à faire constater principalement l'exploitation contrefaisante de ladite photographie sur les sites en cause ; décision devant conduire à sa suppression et à l'interdiction de sa commercialisation.

Elle tendait également à se voir autoriser à se faire communiquer par la société Aufeminin.com les données collectées aux fins d'identifier la personne à l'origine de la présente mise en ligne.

La société Google Inc avance essentiellement en défense le fait elle n'a procédé personnellement à aucun acte de reproduction ou de communication au public et que l'usage de l'œuvre photographique ici revendiquée dans le cadre de l'indexation d'image reproduisant tout ou partie de celle-ci par Google Images constitue un usage légitime au sens de l'article 107 du *Copyright Act* fédéral des États-Unis dont l'application est imposée par l'article 5.2 de la Convention de Berne et par l'article 8 du Règlement, dit « Rome II », sur la loi applicable aux obligations extra contractuelles.

La présente action est reçue pour partie par le Tribunal.

Ainsi, il se prononce, en premier lieu, sur la titularité des droits d'auteur pour considérer que le requérant est bien investi du droit moral d'auteur.

En revanche, s'il est acquis que la personne morale qui exploite sous son nom une œuvre est présumée, à l'égard des tiers poursuivis en contrefaçon, titulaire de droits patrimoniaux d'auteur, « *le mandat de "poursuivre les contrefaçons de ses œuvres" donné par le photographe à la société H & K (société productrice) n'est pas de nature à établir la cession des droits patrimoniaux d'auteur au profit de cette dernière* ».

Et de faire droit, dans ces conditions, à la fin de non-recevoir invoquée par les sociétés Google.

Il se place, ensuite, sur le terrain de la responsabilité, et en premier lieu, de celle de la société Aufeminin.com.

Après avoir rappelé la teneur de l'article 6-I-2 de la LCEN, il en déduit que « *ces dispositions instaurent non pas une exonération de responsabilité, mais une limitation de responsabilité dans des cas limitativement énumérés* ».

Et de relever que la photographie en cause lui ayant été notifiée, le 27 novembre 2008, elle avait « *à compter de cette date connaissance du caractère illicite de la reproduction dès lors que l'identification de ladite photographie était rendue possible et ne présentait pour elle aucune difficulté de nature technique* ».

Or, il s'avère qu'elle n'a procédé au retrait de la photographie que le 17 avril 2009 selon le procès verbal alors dressé.

Le Tribunal en conclut qu'« *il ne peut donc être retenu, contrairement à ce qu'elle prétend, que la société Aufminin.com a promptement agi pour retirer la photographie litigieuse, de sorte que conformément aux dispositions susvisées, sa responsabilité est engagée pour les faits illicites commis postérieurement au 27 novembre 2008 dans les termes du droit commun de la contrefaçon, sur le fondement de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle ; qu'il lui appartenait de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter toute autre reproduction, ce qu'elle ne démontre pas avoir fait, la mise en place d'un dispositif destiné à prévenir la mise en ligne de contenus protégés par le droit d'auteur ayant manifestement été en l'espèce inopérant* ».

Aussi, « *faute pour elle de justifier avoir accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible la remise en ligne de la photographie déjà signalée comme illicite, la société Aufeminin.com ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004* ».

L'argument avancé par les demandeurs selon lequel elle aurait manqué à l'obligation de conserver les éléments d'identification de l'auteur de la mise en ligne du contenu litigieux et d'avoir subi ainsi un préjudice pour avoir été empêchés de déterminer l'origine des personnes ayant mis en ligne la photographie concernée n'est pas davantage retenu par le Tribunal.

En effet, si, en application de l'article 6-II de la LCEN, elle a bien une obligation de conservation de ces données et ce, en l'absence de décret venant à ce jour la limiter dans le temps, la preuve d'un tel manquement de sa part n'est pas rapportée.

De fait, à le suivre, il n'est pas démontré que les données communiquées par la société Aufeminin.com, à savoir l'adresse IP et l'adresse e-mail ne seraient pas de nature à permettre l'identification de l'auteur de la mise en ligne de la photographie, étant précisé qu'elle ne justifie pas avoir entrepris, munie de ces éléments, une quelconque recherche qui serait restée vaine.

Concernant, en second lieu, la responsabilité des sociétés Google, le Tribunal considère qu'elle est susceptible d'être engagée pour les faits illicites commis au travers du site <images.google.fr> dans les termes du droit commun de la contrefaçon sur le fondement de l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Il ne suit ainsi pas l'argumentation fondée sur les dispositions du *Copyright Act* et de la notion de « *fair use* ».

De fait, à le suivre, les faits litigieux résultent sans conteste de l'affichage de ladite photographie sur le site ici visé tel que cela ressort des procès-verbaux de constats dressés.

Et de préciser que « *ni la question de la nationalité de l'auteur de la photographie en cause ni celle du lieu de la première divulgation de celle-ci ne sont discutées par les parties ; que le pays sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, tel que le revendiquent les sociétés Google, et qui en l'espèce se confond avec le lieu du fait dommageable, est la France, de sorte que les défenderesses ne sauraient revendiquer l'application de la loi américaine* ».

Le Tribunal, en dernier lieu, se prononce sur l'atteinte aux droits patrimoniaux et moraux du requérant.

Pour la caractériser, et après avoir rappelé la teneur des articles L. 122-4, L. 122-1 et L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle, il retient que les éléments d'identification de la photographie sur le service Google Images ne comportent aucune mention relative à l'auteur, portant ainsi atteinte à son droit de paternité.

De plus, il relève qu'elle a été recadrée ; ce qui ne saurait être contesté dans la mesure où figure sur le site incriminé la mention « *il est possible que l'image soit réduite* ».

Et d'estimer qu'« *un tel mode de diffusion ne permet qu'une visualisation de mauvaise qualité en raison notamment de la taille du cliché* ».

Quant à l'atteinte au droit patrimonial de l'auteur, elle est considérée comme constituée dès lors que les diffusions successives sur ce service sont intervenues sans son autorisation. Il en est de même de l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre également considérée comme caractérisée.

Les demande fondées sur l'article 1382 du Code civil pour n'avoir pas référencé les sites notifiées « *dans le délai imparti* » sont, en revanche, rejetées au motif que les défendeurs ne démontrent aucune faute civile distincte des acte de contrefaçon déjà retenus.

Et d'allouer au requérant 10 000 € en réparation de l'atteinte à ses droits patrimoniaux d'auteur ainsi que la même somme en réparation de celle portée à son droit moral d'auteur.

• **OBSERVATIONS** • La présente décision est riche d'intérêts à plus d'un titre.

Nous retiendrons, plus spécialement ici, la nouvelle application qui est faite de l'article 6-I-2 de la LCEN (voir dans le même sens, T. com. Paris, 16^e ch., 27 avr. 2009, RLDI 2009/50, n° 1649, à propos de la société Dalymotion ; égal. TGI Paris, 3^e ch., 22 sept. 2009, RLDI 2009/53, n° 1768, à propos de la société YouTube).

On rappellera, sur un plan général, que pour que la responsabilité de tel site soit engagée, il doit avoir une « *connaissance effective* » de l'illicéité, caractérisée en l'espèce par un contenu qui constitue une contrefaçon, ainsi qu'un comportement passif, c'est-à-dire ne pas avoir agir promptement pour retirer un tel contenu ou en empêcher l'accès.

Aussi, pour engager la responsabilité de l'hébergeur, l'ayant droit doit, tout d'abord, apporter la preuve qu'il lui a notifié le contenu litigieux ; ce qui avait été présentement le cas.

De plus, la notification doit répondre aux conditions posées par l'article 6-I-5 de la LCEN, c'est-à-dire être suffisamment précise. Ainsi, doit-elle indiquer l'adresse URL des pages internet litigieuses.

Il en résulte que, dès lors que la condition de la notification est remplie, il revient au juge d'apprécier le comportement du site en cause et donc de voir s'il a agi promptement pour retirer le contenu litigieux ; condition considérée par conséquent comme non remplie ici (voir égal., à propos de TGI Paris, 3^e ch., 22 sept. 2009, précité : Roux O., En leur qualité d'hébergeur, les plates-formes internet de partage de contenus ne peuvent être jugées responsable qu'*a posteriori, infra* n° 1791).

L. C.

464-75 La responsabilité du créateur d'hyperliens

Quelques jurisprudences nous permettent de nous faire une idée assez claire sur le régime de responsabilité qu'il convient d'appliquer aux personnes ayant créé des liens hypertextes vers des contenus illicites. On peut d'ores et déjà constater que les juges semblent rejeter l'application de tout régime de responsabilité spécial ou dérogatoire du droit commun.

En premier lieu, le Tribunal de grande instance de Paris avait refusé de considérer que constitue une aide à la publication la mise en place d'un hyperlien vers un sondage diffusé sur un site californien en infraction à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 (TGI Paris, 17^e ch., 15 déc. 1998, M.P. c/ July, Légipresse 1999, n^o 158, III, p. 16, Comm. com. électr., oct. 1999, comm. 17, note Weber A.). On peut en conclure que le créateur de liens devrait échapper à la responsabilité de plein droit du directeur de la publication pour les infractions de presse.

En second lieu, dans une affaire où la société Matelsom reprochait au moteur de recherche Altavista une faute d'imprudence pour n'avoir pas contrôlé l'affichage d'un lien vers une société ayant contrefait son site web, la Cour d'appel de Paris a constaté que « *la société Altavista met en ligne son propre site Internet, constitué de simples références à d'autres sites dont elle n'est pas l'hébergeur ; que n'ayant pas cette qualité au sens de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2000, les règles régissant la responsabilité des prestataires de services ne lui sont pas applicables pour la gestion du moteur de recherche qu'elle offre aux utilisateurs* » (CA Paris, 15 mai 2002, Sté Altavista c/ Sté Matelsom et Sté Literitel, <www.juriscom.net> ; voir également TGI Paris, réf., 12 mai 2003, Lorie c/ M. G.S. et SA Wanadoo Portails, <www.juriscom.net>).

De même doit-on rejeter les régimes de responsabilité prévus par l'article 13 de la directive du Parlement européen et du Conseil CE n^o 2000/31 du 8 juin 2000 et de l'article L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques, nouveau, applicables aux activités de fourniture d'accès et de caching, les différents critères des conditions exonératoires n'étant pas *a priori* remplis par les créateurs d'hyperliens ? (Rojinsky C., Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2003, n^o 155, p. 1).

Il est donc nécessaire de s'en remettre au droit commun et de déterminer ce qui peut relever, sur le plan pénal, de la complicité et, sur le plan civil, de la faute ou de la négligence.

S'agissant des moteurs de recherche, il a été considéré qu'est « *sérieusement contestable* » le fait de mettre à la charge des moteurs de recherche une obligation consistant à « *vérifier les effets des liens hypertextes indexés* » (CA Paris, 15 mai 2002, précité) ou « *une obligation de surveillance* » (TGI Paris, réf., 12 mai 2003, précité).

A propos d'un lien créé manuellement vers un site portant préjudice aux intérêts d'un tiers, la Cour d'appel de Paris a recherché l'existence d'une faute commise par le site liant indépendante de la faute constatée sur le site lié pour condamner le défendeur au versement de dommage et intérêts. La Cour a ainsi estimé que « *la création de ce lien procède d'une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé* » (CA Paris, 19 sept. 2001, NRJ c/ Europe 2 Communication, Légipresse 2001, n^o 186, III, p. 196, Comm. com. électr., janv. 2002, comm. 3, note Caron C., <juriscom.net>).

Enfin, la seconde recommandation du Forum des droits sur l'Internet sur les hyperliens fait le choix de « *résoudre la problématique de la responsabilité du fait des hyperliens établis vers des contenus illicites en faisant essentiellement application du droit commun* » (Recommandation du Forum des droits sur l'Internet : Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites, 23 oct. 2003, <www.foruminternet.org>). Cette recommandation détermine précisément les obligations qui peuvent ou ne peuvent pas être mises à la charge des créateurs d'hyperliens. Ses réponses varient suivant qu'il s'agit de liens générés automatiquement (par les moteurs de recherche) ou de liens créés manuellement (voir Sardain F., Liens hypertextes, J.-Cl. Communication, Fasc. 4730, 2003 ; Thoumyre L., De la responsabilité arachnéenne sur Internet : quelle issue pour les tisseurs de liens en France ?, Lex Electronica, Vol. 10 – n^o 1, févr. 2005, <.lex-electronica.org>).

La question de la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes a pris une nouvelle dimension avec l'apparition des flux RSS (voir n^o 464-22). Il nous semble difficile de pouvoir qualifier la personne qui choisit d'inclure un flux RSS sur ses pages d'« hébergeur » au sens de la LCEN sans démontrer que cette personne « stocke » les hyperliens « à la demande d'un destinataire du service », ce qui ne nous semble pas évident à première vue. Or, il semblerait que celui qui fournit le module (ou le script) des flux RSS ainsi que les hyperliens (qui s'affichent automatiquement à travers le module mis en place sur un site) ne puisse pas être considéré comme le destinataire du service de la personne utilisant module sur ses pages. Cette question nécessite un examen approfondi des tribunaux, examen qui n'a pas encore été réalisé dans la plupart des affaires relatives à cette problématique (TGI Nanterre, réf, 28 févr. 2008, Olivier D. c/ Eric D. (Les Pipoles), <juriscom.net>, RLDI 2008/36, n^o 1215, obs. Auroux J.-B. ; TGI Paris, réf., 28 fév. 2008, Olivier D. c/ Sté Aadsoft Com, <legalis.net>, RLDI 2008/37, n^o 1143, obs. Costes L. ; TGI Paris, réf., 26 mars 2008, Olivier M. c/ Société Bloobox Net (Fuzz), <juriscom.net> ; TGI Paris, réf., 15 dec. 2008, Claire C. dite Claire K. c/ Mehdi K., <juriscom.net>). Nous retiendrons simplement que le problème de la qualification a été évoquée par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire « Wikio » en ces termes : « *la défenderesse, aux termes desdites mentions particulièrement détaillées et dont la présence a été relevée à cette date, n'a ni la qualité d'hébergeur, ni d'éditeur, ni de "webmaster" ayant la maîtrise du site litigieux* » (TGI Nanterre, réf., 7 mars 2008, Olivier D. c/ SARL Planète Soft (Wikio), <juriscom.net>, RLDI 2008/36, n^o 1216). Nous voilà donc bien avancé !

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif à l'affaire « Fuzz » mérite toutefois une attention particulière dans la mesure où le script de flux RSS, ayant généré des hyperliens vers un contenu préjudiciable, n'a pas été mis en place par le responsable du site Fuzz lui-même mais par un utilisateur dudit site. La Cour d'appel donc été bien inspirée de décider que la société Bloobox Net, gestionnaire du site Fuzz, « *ne peut être considérée comme un éditeur au sens de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, sa responsabilité relevant du seul régime applicable aux hébergeurs* » au motif que « *le fait pour la société Bloobox Net créatrice du site <www.fuzz.fr> de structurer et de classer les informations mises à la disposition du public selon un classement choisi par elle permettant de faciliter l'usage de son service entre dans la mission du prestataire de stockage et ne lui donne pas la qualité d'éditeur dès lors qu'elle n'est pas l'auteur des titres et des liens hypertextes et qu'elle ne détermine pas les contenus du site, source de l'information, <www.celebrities-stars.blogspot.com> que cible le lien hypertexte qu'elle ne sélectionne pas plus ; qu'elle n'a enfin aucun moyen de vérifier le contenu des sites vers lesquels pointent les liens mis en ligne par les seuls internautes* » (CA Paris, 14^e ch., sect. B, 21 nov. 2008, Bloobox Net c/ Olivier M. (Fuzz), foruminternet.org>, RLDI 2008/44, n^o 1464, obs. Trézéguet M.). Le fait que le script de flux RSS ait été fourni et édité par un destinataire du site Fuzz justifiait donc la qualité d'hébergeur.

Une telle situation n'est cependant pas celle rencontrée dans les autres affaires. Toujours est-il que le développement de la Cour d'appel pourrait, en partie, s'appliquer au cas où le gestionnaire de site aurait lui-même choisi de placer un script de flux RSS sur sa plateforme. Ce dernier ne pourrait sans doute pas être considéré comme hébergeur, le script n'ayant pas été fourni par un destinataire de son service. En revanche, il serait dans une situation plus proche de celle de l'hébergeur que de celle de l'éditeur de contenus dans la mesure où :

- il ne serait toujours l'auteur des titres et des liens hypertextes, fournis à travers le script de flux RSS ;
- il ne détermine en aucun cas les contenus du site source de l'information ;
- il n'a aucun moyen de vérifier, du moins en temps réel, le contenu des sites vers lesquels pointent les liens provenant du flux RSS : il n'a donc pas la « maîtrise » des contenus liés et ce, d'autant plus qu'il n'y a de « fixation préalable » à la communication au public (au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982).

La responsabilité de cette personne devrait donc être analysée au regard du droit commun, impliquant la détermination d'une intention de commettre une infraction sur le plan pénal et la recherche d'une faute ou d'une négligence sur le plan civil, ce qui ne relèvera pas de l'évidence étant donnée son absence de maîtrise tant sur les contenus liés, que sur les titres affichés à travers le module RSS. Aussi les victimes seraient-elles bien mieux avisées d'agir en référés directement contre le site source, éditeur du contenu litigieux et du script de flux RSS, notamment lorsque celui-ci est établi sur le territoire de la République. Le succès présumé d'une telle action aura pour conséquence la suppression du contenu litigieux ainsi que la disparition de tous les liens affichés à partir des modules de flux RSS.

Pour finir sur le chapitre des hyperliens, il convient d'aborder la problématique particulière des liens commerciaux. Ces liens, qui sont composés d'un titre et d'un bref descriptif, s'affichent en général en marge et en haut des pages de résultats des moteurs de recherche et des contenus de certains sites. Ils sont dits « contextuels », c'est-à-dire qu'ils apparaissent lorsque la recherche ou les contenus du site coïncident avec un ou plusieurs mots clés choisis au préalable par l'annonceur. Or, la sélection de mots clés permettant l'affichage des messages publicitaires peut, dans certains cas, porter atteinte aux droits des tiers (atteinte au droit des marques, au nom commercial ou parasitisme ; voir not. CA Paris, 10 mars 2005, Google France c/ Viaticum et Luteciel, RLDI 2005/4, n^o 117, <juriscom.net> ; TGI Paris, 4 févr. 2005, Louis Vuitton Malletier c/ Google, RLDI 2005/3, n^o 88, <juriscom.net> ; TGI Nanterre, 17 janv. 2005, Accor c/ Overture et Overture Services Inc., RLDI 2005/2, n^o 56, <juriscom.net> ; commentaire Hugot O. et Hugot J.-P., Preliminary relief granted against Google France in Adwords Case, Juriscom.net, 2 févr. 2005, <juriscom.net> ; TGI Nanterre, réf., 16 déc. 2004, Hotels Méridien c/ Google France, <juriscom.net> ; TGI Meaux, 9 déc. 2004, Net-Ultra c/ AOL France, disponible sur <juriscom.net> ; TGI Nanterre, 13 oct. 2003, Sté Viaticum et Sté Luteciel c/ Sté Google France, <juriscom.net>, Comm. com. électr., déc. 2003, p. 31, n^o 119, note Caron C., D. 2003, n^o 42, obs. Manara C., Légipresse 2004, n^o 208, p. 18-22, comm. Haas M.-E. et Tellier-Loniewski L. ; voir aussi Larrieu J., Liens sponsorisés : quels risques juridiques pour les moteurs de recherche ... et pour les autres, Expertises 2004, n^o 278, p. 55-60 ; Joslove B.-L. et Krylov A.-V., Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche dans l'Union européenne, RLDI 2005/6, n^o 177, p. 52 à 54 ; Sardain F., La contrefaçon du fait des liens hypertextes, Comm. com. électr., juin 2005, étude 19).

Le Forum des droits sur l'internet a publié, le 26 juillet 2005, une Recommandation destinée à l'ensemble des acteurs concernés, personnes ou sociétés s'estimant victimes d'atteintes à leurs droits, annonceurs et fournisseurs de liens commerciaux (Recommandation du Forum des droits sur l'internet, 26 juill. 2005, Les liens commerciaux, <foruminternet.org>). L'objectif de cette recommandation est de formaliser les bonnes pratiques permettant de prévenir et de résoudre, en dehors de toute procédure judiciaire, les éventuelles atteintes aux droits des tiers.

Les principales recommandations du Forum des droits sur l'internet sont les suivantes :

- 1) Recommandation aux personnes s'estimant victimes d'une atteinte portée à leurs droits
La personne s'estimant victime d'une atteinte à ses droits doit formuler, dans un souci d'efficacité, son éventuelle demande de suspension d'un lien commercial, d'abord à l'annonceur, puis au fournisseur de liens commerciaux.
- 2) Recommandations aux annonceurs
Le Forum des droits sur l'internet recommande aux annonceurs de :— vérifier que leurs mots clés ne portent pas atteinte aux droits d'un tiers ou qu'ils disposent, le cas échéant, des droits nécessaires pour en faire usage ;— délivrer, sur première demande, au prestataire fournisseur de liens commerciaux, la preuve des droits dont ils disposent ou qu'ils ont négociés ;— retirer, dans les meilleurs délais, le ou les mots-clés litigieux qui ont généré l'affichage de leur annonce, lorsqu'ils ont connaissance du fait que cette situation porte atteinte aux droits d'un tiers.

3) Recommandations aux fournisseurs de liens commerciaux Le Forum des droits sur l'internet recommande aux fournisseurs de liens commerciaux de :— mettre formellement en garde les annonceurs, aux premiers niveaux de la relation commerciale, contre la sélection de mots-clés pouvant porter atteinte aux droits des tiers ;— préciser le rôle des générateurs de mots-clés ;— suspendre l'utilisation des mots-clés litigieux dans les meilleurs délais ;— sous réserve des possibilités techniques, du respect des secrets industriels, et de la confidentialité de la relation entre l'annonceur et le prestataire de liens commerciaux, permettre à toute personne s'estimant victime d'une atteinte portée à l'un de ses droits de connaître le motif technique de l'affichage de l'annonce d'un concurrent en réponse à une requête comportant ses noms protégés ;— afficher sur leurs sites une information visible permettant aux titulaires de signes distinctifs de signaler une éventuelle atteinte à leurs droits.

Depuis lors, de nombreux jugements et arrêts ont été rendus au sujet de la responsabilité des liens commerciaux (TGI Paris, 8 déc. 2005, Kertel c/ Google, <legalis.net> ; TGI Nice, 3^e ch. civ., 7 févr. 2006, TWD Industries c/ Google France, Google Inc, <legalis.net> ; TGI Paris, 12 juill. 2006, Gifam c/ Google, RLDI 2006/20, n^o 605, obs. Tardieu-Guigues E. ; T. com. Paris, 15^e ch., 24 nov. 2006, SAS One Tel c/ SARL Google France, Google Inc., Sté Olivier Le Floch Organisation et Olfo SARL, RLDI 2007/25, n^o 803, obs. Tardieu-Guigues E. ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 13 févr. 2007, Laurent c/ Google, <legalis.net> ; TGI Strasbourg, 20 juill. 2007, RLDI 2007/30, n^o 996 ; CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 6 déc. 2007, RLDI 2008/34, n^o 1137, obs. Auroux J.-B. ; TGI Paris, 12 déc. 2007, Syndic Français de la Literie c/ Google France, RLDI 2008/34, n^o 1136, obs. Costes L., égal. RLDI 2008/35, n^o 1163, comm. Matakovic S. ; CA Paris, 4^e ch. B., 1^{er} févr. 2008, RLDI 2008/35, n^o 1171, obs. Costes L. ; TGI Lyon, 13 mars 2008, RLDI 2008/37, n^o 1134, obs. Costes L. ; TGI Paris, 3^e ch., 6 mai 2008, Sté Concurrence c/ Sté Google France et a., RLDI 2008/39, n^o 1293, obs. Costes L. ; TGI Paris, réf., 17 sept. 2008, RLDI 2008/42, n^o 1379 ; TGI Paris, 3^e ch, 7 janv. 2009, RLDI 2009/46, n^o 1511, obs. Tardieu-Guigues E. ; CA Bruxelles, 9^e ch., 11 févr. 2009, eBay international et a. c/ The Polo/Lauren Compagny L.P., RLDI 2009/48, n^o 1573, obs. Costes L. ; TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 28 mai 2009, Sté Look Voyages c/ Sté Google France, <legalis.net>, RLDI 2009/50, n^o 1637. Sur ces affaires, voir Féral-Schuhl C., Fournisseurs de liens commerciaux : une jurisprudence encore indécise, RLDI 2008/36, n^o 1219 ; Glaize F., Liens publicitaires : suggérer est-ce contrefaire ?, RLDI 2008/36, n^o 1220 ; Tardieu-Guigues E., Liens commerciaux, contrefaçon ou non ? A la recherche d'une solution convaincante, RLDI 2008/36, n^o 1194 et, du même auteur, « Les mots à exclure » sur un moteur de recherche, une nouvelle façon de se protéger de ses concurrents..., RLDI 2008/44, n^o 1440 ; Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2009 ; voir également n^o 473).

Dans la majorité des cas ces décisions ont condamné Google pour contrefaçon lors de l'utilisation de marques de tiers dans le cadre de son activité de prestation de service Adwords (voir notamment CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 6 déc. 2007, RLDI 2008/34, n^o 1137, obs. Auroux J.-B. ; CA Paris, 4^e ch. B., 1^{er} févr. 2008, RLDI 2008/35, n^o 1171, obs. Costes L.). D'autres décisions ont prononcé la condamnation de Google sur d'autres fondements (voir par exemple : TGI Paris, 3^e ch, 7 janv. 2009, RLDI 2009/46, n^o 1511, obs. Tardieu-Guigues E.).

Une question d'importance mérite toutefois d'être tranchée : en suggérant des mots clés, la société Google fait-elle un usage de la marque que son titulaire est habilité à interdire sur le fondement de l'article 5 de la directive du 21 décembre 2000 ? Cette question fût posée par la Cour de cassation

à la CJCE dans une série de trois arrêts en date du 20 mai 2008 (Cass. com, 20 mai 2008, n^o 06-20.230 ; Cass. com, 20 mai 2008, n^o 05-14.331 ; Cass. com, 20 mai 2008, RLDI 2008/39, n^o 1292, obs. Costes L.) et un arrêt supplémentaire en date du 27 janvier 2009 (Cass. com., 27 janv. 2009, n^o 08-13.944).

Une seconde question préjudicielle a été posée par la Cour de cassation, qui nous intéresse davantage dans le cadre de la présente étude : dans le cadre de son activité de fourniture de liens sponsorisés, le prestataire peut-il être considéré comme un hébergeur, c'est-à-dire comme fournissant un service de stockage d'informations au sens de l'article 14 de la directive « Commerce électronique » du 8 juin 2000 ? Si tel était le cas, sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il ait été informé par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur. En attendant la réponse de la CJCE, la Cour de cassation, comme les juridictions du premier degré (voir TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 28 mai 2009, Sté Look Voyages c/ Sté Google France, RLDI 2009/50, n^o 1637, obs. CostesL.) sursoient à statuer.

464-79 La responsabilité de l'organisateur de forums de discussion

Il s'agit de distinguer les forums de discussion mis à la disposition du public à partir d'une interface web, dits « *forums web* » de ceux disponibles sur les réseaux *Usenet* utilisant le protocole NNTP, dits « *forums usenet* ». Les messages d'un forum accessible sur le web sont reproduits uniquement sur le disque dur de l'hébergeur de l'éditeur du site à l'initiative duquel le forum a été créé, alors que les messages postés sur les forums *Usenet* sont reproduits sur l'ensemble des serveurs qui y donnent accès.

S'agissant des forums Usenet tout d'abord on tire quelques enseignements de l'affaire ayant opposé le Syndicat national de l'édition (SNE), les sociétés Dargaud Lombard, Dupuis et Lucky Comics aux sociétés Iliad et Free en raison des contrefaçons de bandes dessinées, sur lesquelles les demanderesse détiennent les droits de reproduction, constatées sur les groupes de discussion Usenet « *alt.binaries.bd.french* » et « *alt.binaries.bd.french.d* » relayés par le fournisseur d'accès Free. La demande alléguait que la société Free opérait un contrôle éditorial sur les contenus de ces forums dans la mesure où elle prend l'initiative de les mettre à la disposition du public, et qu'elle engageait sa responsabilité à l'égard des requérante en prenant l'initiative de laisser opérer des contrefaçons et de les mettre à la disposition du public et en refusant de les arrêter. Ayant tout d'abord à statuer sur le rôle des défenderesses, le Tribunal de grande instance de Paris remarque qu'« *aucun des constats versés au débat n'établit que la société Free introduit elle-même des fichiers dans le système Usenet* » et qu'« *il ressort au contraire des rapports des experts que ce sont les internautes qui alimentent le réseau des fichiers qu'ils postent et que les différents canaux dont est constitué le réseau Usenet sont le fait de la création d'un internaute, après un vote de la communauté Usenet* »

(sur ce point voir n^o 464-26). En conséquence de quoi le tribunal estime qu'il n'est pas démontré « que la société Free met elle-même en ligne les fichiers litigieux, ni qu'elle en effectue un contrôle ou une sélection » et écarte la qualification d'éditeur. Le tribunal constate en revanche que la société Free effectue un stockage qui « *est temporaire et automatique et qu'il intervient au niveau des serveurs, sans aucune intervention de la société Free* » ; il s'agit donc d'opérations dites de « *caching* » « *faisant entrer le fournisseur d'accès entre dans le champ de l'article L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques* » (voir n^o 464-14). Au regard de ces dispositions, la société Free se doit d'agir avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible dès « *qu'elle a effectivement eu connaissance soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible* ».

Le Tribunal de grande instance de Paris rejette la responsabilité de la société Free au motif que la demande de retrait des contenus litigieux n'avait pas été formulée correctement. Il se fonde ici sur le non respect par les demanderesses des dispositions de l'article 6.1.5 LCEN, ce qui nous apparaît étrange dans la mesure où la procédure de notification définie à cet article est destinée à apporter la connaissance d'un contenu litigieux à l'hébergeur, dans le but que celui-ci procède à son retrait s'il le considère comme présentant un caractère « manifestement illicite », et non au fournisseur d'accès agissant dans le cadre de l'une de ses opérations de caching.

Peu importe en pratique, dès lors que le résultat eut été le même, à savoir que la responsabilité du fournisseur d'accès se devait d'être écartée. Nous regretterons simplement que cette décision n'ait pas été fondée sur un motif en adéquation avec la rédaction de l'article L. 32-3-4 du Code des postes et communications électroniques. Car il ne s'agissait pas de savoir, ici, si le prestataire technique avait eu la connaissance effective du caractère manifestement illicite des contenus litigieux, mais si'il avait connaissance que ceux-ci avaient été retirés, que leur accès avait été rendu impossible, ou que les autorités judiciaires en avaient ordonné leur retrait (TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 5 févr. 2008, SNE et autres c/ Free, Iliad, <juriscom.net>).

Pour être complet sur la question de la responsabilité du fait des messages postés sur les forums Usenet, évoquons une affaire où la responsabilité de la société Google Inc a été recherchée, non pas sur le fondement des dispositions de la LCEN ou du CPCE, mais sur celui de la loi 6 janvier 1978. Ici, il était reproché à Google Inc d'avoir violé l'article de la loi du 6 janvier 1978 sur le droit d'opposition en ne répondant pas aux demandes de suppression des messages d'un particulier, Madame S., postés sur les forums Usenet et archivés dans Google Groupes. Toutefois ce moyen n'aboutira pas, le juge des référés ayant choisi, dans une décision controversée, d'écarter l'application de la loi française (TGI Paris, réf., 14 avr. 2008, Bénédicte S. c/ Google Inc., Google France, <juriscom.net>, RLDI 2008/38, n^o 1176, obs. Costes L.).

S'agissant des forums web, plusieurs décisions s'étaient prononcées au sujet de leurs gestionnaires sans pour autant dégager de solutions claires (TGI Paris, 18 févr. 2002, SA Telecom City c/ SA Finance Net, disponible sur le site <www.foruminternet.org> ; T. corr. Rennes, 27 mai 2002, Scouts de France ; TGI Lyon, 28 mai 2002, SA Pere-Noel.fr c/ M.F. M. et Mlle E. C., Légipresse 2002, n^o 194, III, p. 155, Lamy droit des médias et de la communication 2002, Lettre d'actualité n^o 28, p. 8, <foruminternet.org> ; TGI Toulouse, 5 juin 2002, Domexpo c/ Nfrance Conseil, <foruminternet.org>).

D'un côté, le tribunal de grande instance de Paris a estimé, par une ordonnance du 18 février 2002, que la société Finance Net qui édite le site Boursorama, sur le forum duquel des messages diffamatoires et injurieux à l'encontre de la société Telecom City ont été postés, « *doit être considérée comme assurant sur ce point le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de messages au sens de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986* ». Le juge a donc considéré que l'activité consistant à gérer un forum de discussion correspondait à une activité d'hébergement des messages (TGI Paris, 18 févr. 2002, SA Telecom City c/ SA Finance Net). Cette décision a suscité une véritable remise en cause de la notion d'hébergeur. Jusqu'alors, il semblait évident qu'elle visait exclusivement la personne physique ou morale disposant des disques durs sur lesquels sont « physiquement » enregistrées les données mises en ligne sur Internet. Mais voici que la notion semble également pouvoir s'appliquer à ceux qui procèdent à l'hébergement « virtuel » de données, en proposant un service interactif permettant à des tiers de publier des messages sur l'Internet (dans ce sens, voir Hugot J.-P., De nouvelles responsabilités sur l'Internet : du vide au flou juridique, Légipresse 2002, n^o 191, II, p. 51). Cette interprétation avait également été retenue en Allemagne où les tribunaux régionaux de Düsseldorf et de Postdam ont appliqué le régime dérogatoire de responsabilité accordé aux hébergeurs à la société eBay à laquelle il était reproché de publier des annonces de ventes aux enchères illégales (Thoumyre L., Responsabilité des intermédiaires : le cas des sites de vente aux enchères, LPA 3 juin 2003, n^o 110, p. 8). Cette position n'a toutefois pas

prospéré devant la Cour suprême fédérale allemande (Bundesgerichtshof, 11 mars 2004, Az. I ZR 304/01 ; Bundesgerichtshof, 19 avr. 2007, Az. I ZR 35/04) (voir n^o 464-19).

En France, l'interprétation extensive de l'article 43-8 de la loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986 n'allait pas de soi, en raison des termes « *stockage direct et permanent* » qui semblaient *a priori* se rapporter à l'hébergement « physique » des données. Cette interprétation fût depuis lors plusieurs fois contredite, notamment au sein des travaux préparatoires de la LCEN (voir Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153).

De l'autre côté, le Tribunal de grande instance de Lyon a condamné à d'importants dommages et intérêts les deux éditeurs du site « *defense-consommateur.org* » sur le forum duquel ont été portés des propos diffamatoires, injurieux et dénigrants à l'encontre de la société Pere-Noel.fr (TGI Lyon, 28 mai 2002, SA Pere-Noel.fr c/ M.F. M. et Mlle E. C., Légipresse 2002, n^o 194, III, p. 155, comm.

Hugot J.-P., Lettre Lamy droit des médias et de la communication 2002, n^o 28, p. 8, <foruminternet.org>). Cette décision était critiquable notamment en ce qu'elle fonde la réparation d'infractions de presse sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, alors même que l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait affirmé que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* » (Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, n^o 98-11.155 [2^e arrêt], Bull. civ. ass. plén., n^o 8, p. 13).

Mentionnons encore une décision portant non pas sur l'organisation de forums mais sur le service de vente aux enchères proposé par la société Yahoo! Inc (auctions.yahoo.com). La chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris devait se prononcer ici sur la responsabilité de la société américaine pour le contenu des annonces passées sur son service. Les juges ont distingué deux types de responsabilités devant être assumées par la société Yahoo! inc : une responsabilité éditoriale pour la sélection des annonces ou des catégories et une responsabilité d'hébergeur pour les annonces rédigées par les vendeurs d'objets qu'« *elle stocke, pour leur mise à disposition du public* ») (TGI Paris, ch. corr., 11 févr. 2003, aff. Timothy Koogle, <foruminternet.org>).

Chacune de ces décisions témoigne des difficultés liées à l'application d'un régime de responsabilité à une activité qui semble se situer entre l'édition de contenus et la prestation technique (voir n^o 464-19). Elles soulèvent ainsi de nombreuses interrogations sur le plan de la responsabilité civile et pénale, non seulement des gestionnaires de forums de discussion, mais aussi des modérateurs dont la fonction est de filtrer ou de supprimer les messages qui ne répondent pas à certains critères prédéfinis. Ayant cerné quelques-unes de ces difficultés au sein d'un dossier publié le 18 juillet 2002 (Forum des droits sur l'Internet, Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion, Légipresse 2002, n^o 194, IV, p. 75, <foruminternet.org>), le Forum des droits sur l'Internet a estimé nécessaire de lancer un groupe de travail sur ce sujet qui a rendu sa recommandation le 8 juillet 2003.

Cette recommandation procède à une analyse approfondie des différentes réalités couvertes par l'activité consistant à gérer un forum de discussion sur le web. Elle préconise une solution pragmatique permettant de déterminer, au cas par cas, le régime de responsabilité applicable aux organisateurs de forums : tel forum de discussion relèvera du régime de l'hébergement lorsque son organisateur conserve une certaine « *distance éditoriale* » à l'égard des contenus ; tel autre relèvera du régime applicable aux responsables de publications lorsque l'organisateur intervient véritablement sur les contenus ou qu'il se les approprie.

La recommandation du Forum propose plusieurs faisceaux d'indices à l'attention du juge, lui permettant d'identifier l'activité exercée par les personnes concernées et le régime de responsabilité qui s'y rattache (Recommandation du Forum des droits sur l'Internet, 8 juill. 2003, Quelle responsabilité pour

les organisateurs de forums de discussion sur le web ?, Légipresse 2003, n^o 204, IV, p. 54, <foruminternet.org>).

Cette solution fait écho à la réponse que le garde des Sceaux, ministre de la Justice, avait formulée sur la question de la responsabilité des administrateurs de forums de discussion : « *il appartiendra à la jurisprudence à venir de dire si un responsable d'un forum de discussion doit, en cas d'infractions pénales à la loi du 29 juillet 1881 commises dans le cadre de ce dernier, être poursuivi suivant les règles de la responsabilité pénale de droit commun, ou suivant les règles de la responsabilité pénale atténuée déjà prévue pour les responsables des sites hébergeurs* » (Rép. min. à QE n^o 1340, JOANQ. 18 nov. 2002, p. 4329).

La loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ayant supprimé les termes « *directs et permanents* », qui définissaient l'activité d'hébergement au sein de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 (voir n^o 464-18), les tribunaux bénéficient dorénavant d'une plus grande latitude pour déterminer les activités auxquelles pourra s'appliquer le régime de responsabilité des hébergeurs (sur cette question, voir Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153, p. 59 à 62).

L'article 6 de la LCEN, qui définit les cas dans lesquels les hébergeurs engagent leur responsabilité civile et pénale, a été mis en œuvre pour la première fois dans un jugement du Tribunal de grande instance de Lyon (TGI Lyon, 14^e ch., 21 juill. 2005, Groupe Macé c/ Gilbert D., <legalis.net>). Le Groupe Macé, qui gère deux enseignes spécialisées en accessoires de mariage, a assigné en responsabilité Monsieur D., exploitant d'un site proposant « *de l'information et un guide d'achat relatif aux sites de commerce électronique* » et d'un forum de discussion sur lequel le plaignant avait constaté des propos qu'il estimait diffamatoire à l'encontre de l'une de ses enseignes. Après signalement, Monsieur D. avait retiré le message litigieux dans un délais de 24 heures. La société demanderesse a néanmoins souhaité qu'il réponde de sa responsabilité pénale, considérant qu'il assumait, en tant que créateur et administrateur du site, la fonction de directeur de la publication au sens de l'article 93 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. La question qui se posait était donc de savoir si Monsieur D., en tant que gestionnaire du forum de discussion sur lequel a été constaté un contenu litigieux, devait se voir imputer la responsabilité de plein droit applicable aux directeurs de la publication ou s'il pouvait bénéficier de la mansuétude des dispositions législatives encadrant la responsabilité des hébergeurs (voir n^o 464-71).

Les juges ont tranché en faveur de la seconde hypothèse, considérant que l'article 6 de la LCEN ne devait pas être interprété comme limitant l'activité d'hébergement à la prestation purement technique mais comme identifiant plus précisément « *l'ensemble des "fonctions d'intermédiation" qui ne relèvent pas du simple transfert d'information* ». Par conséquent, le prévenu, qui avait procédé promptement au retrait des contenus litigieux, a pu bénéficier de l'exonération de sa responsabilité dans les conditions prévues à l'article 6.

Le Tribunal de grande instance de Lyon a fondé son interprétation de l'article 6 de la LCEN tant sur la recommandation du Forum des droits sur l'internet sur la responsabilité des organisateurs de forums de discussion (précitée) que sur les travaux parlementaires de la LCEN (loi du 21 juin 2004).

Mais la relaxe ne semblait pouvoir être prononcée sans que ne soit préalablement écartée l'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, selon lequel « *le directeur de la publication (...) sera poursuivi comme auteur principal lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* ». Pour ce faire, le Tribunal a, tout d'abord, considéré que les dispositions de la LCEN n'ont pas remis en cause « *l'exigence de la fixation préalable à condition de l'engagement de la responsabilité du directeur de publication* ». Il a, ensuite, constaté que le forum de discussion créé par le défendeur était, en l'espèce, modéré *a posteriori*, et que celui-ci ne disposait donc pas « *de la capacité à prendre connaissance des messages avant la communication au public* ».

Cette position a été confirmée, dans une autre affaire, par la Cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 12 déc. 2007, Sté Les arnaques.com et a. c/ Sté Éditions régionales de France, <juriscom.net>, RLDI 2008/34, n^o 1148, obs. Saint Martin A.) qui a estimé que les dispositions de l'article 6.1.2 de la LCEN devaient être appliquées « aux organisateurs de forums non modérés ou modérés *a posteriori* »).

Le type de modération exercée reste ainsi un choix portant à conséquences. Car, dès lors que la modération est exercée a priori, les tribunaux seront amenés à considérer, s'agissant des infractions de presse et assimilées, que l'article 93-3 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle s'appliquera au gestionnaire du forum. Pourquoi ? Parce que les critères de la mise en œuvre de la responsabilité de plein droit du directeur de la publication sont remplis avec la modération a priori, à savoir la fixation du contenu préalable à sa communication au public.

Cela nous pose un double problème que nous dénonçons depuis longtemps (voir Recommandation du Forum des droits sur l'Internet, 8 juill. 2003, Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ?, Légipresse 2003, n^o 204, IV, p. 54, <foruminternet.org> ; Thoumyre L., Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n^o 153 ; dans ce sens, voir aussi Rojinsky C. et Tabaka B., Forum de discussion – responsabilité, J.-Cl. Communication, Fasc. 4650, n^o 8). En premier lieu, mais ce n'est là qu'un argument d'opportunité, il semble incongru, maladroit et contreproductif de considérer que la personne qui modère un forum a priori, dans le but d'empêcher la survenance de messages hors sujets ou potentiellement illicites, soit davantage responsable que la personne qui ne procède à aucune modération. D'autre part, et c'est là une question juridique des plus délicates, sommes-nous bien certain que, lorsqu'un prestataire répond à la définition de l'hébergeur, celui-ci puisse encore relever d'un régime de responsabilité autre que celui posée aux articles 6.1.2 et 6.1.3 de la LCEN ? Cela n'est pas notre avis. Une fois que le prestataire est qualifié d'hébergeur, ce sont les règles qui lui sont destinées qui ont vocation à s'appliquer, et nulles autres. Dans le cas contraire, à quoi diable ces dispositions serviraient-elles, puisqu'elles ont justement vocation à encadrer ou à se substituer à l'application de toutes autres dispositions de droit commun ou spéciales ?

Ainsi, une fois rentré dans le vortex des règles régissant la responsabilité de l'hébergeur, l'on ne peut en sortir que par l'issue de secours prévue aux articles 6.1.2 alinéa 2 et 6.1.3 alinéa 2 de la LCEN. Avant d'en revenir à l'application du droit commun ou du droit spécial régissant les infractions de presse, il faudra donc démontrer que le destinataire du service a agi sous l'« autorité » ou le « contrôle » du prestataire. Car ce n'est que dans ce cas, expressément prévu par la loi, que le prestataire ne pourrait plus prétendre bénéficier des dispositions qui lui sont favorables. Une fois que l'on aura démontré que le destinataire du service a agi sous l'autorité ou le contrôle du gestionnaire du forum, alors on pourra appliquer les critères permettant d'engager, soit une responsabilité de droit commun, soit la responsabilité de plein droit du directeur de la publication.

Force est de constater que, dans nombre d'hypothèses, la modération a priori ne résistera pas au test des articles 6.1.2 alinéa 2 et 6.1.3 alinéa 2, ce qui provoquera, lorsqu'une infraction de presse sera constatée, la mise en œuvre immédiate de la responsabilité de plein droit visée à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 en raison de la fixation préalable des contenus. Tel pourrait être le cas lorsque la modération conduit à une modification de fond du contenu ou à un tri des différents messages réalisé dans un autre but que celui de faire respecter le sujet de discussion. Nous concevons, bien que cela reste encore à démontrer, que l'on puisse considérer, dans ces cas là, que le prestataire a exercé un contrôle ou une autorité sur le destinataire du service. A contrario, il sera possible d'épargner au gestionnaire de forums l'application de la responsabilité de plein droit des directeurs de la publication, toutes les fois où il sera démontré que l'exercice de sa modération se réduit à supprimer des messages potentiellement préjudiciables. Car il nous semble alors difficile de considérer qu'un tel prestataire aurait exercé un « contrôle » ou une « autorité » sur le destinataire de son service.

L'« autorité » semble référence à un lien de subordination tel qu'il en existe dans le cadre d'un contrat de travail. S'agissant du terme « contrôle », rappelons que la version anglaise de la directive e-commerce, que la LCEN a transposé, utilise le terme de « control » (« avoir le pouvoir sur ») et non celui de « monitoring » (« surveiller »). Ce terme ne devrait donc pas s'appliquer aux interventions volontaires réalisées par un intermédiaire qui se limiteraient à faire respecter certaines règles de droit sur son service ou des règles de courtoisie minimalistes sur un forum de discussion (incluant notamment le respect du thème de discussion). Cette appréciation relève toutefois du pouvoir d'appréciation des juges du fond.

N'oublions pas qu'il demeure relativement aisé d'engager la responsabilité d'un prestataire exerçant une modération, qu'elle soit *a priori* ou *a posteriori*, dans le cadre des règles applicables aux hébergeurs, dès lors que ce prestataire aura pu prendre connaissance d'un contenu manifestement illicite, et ce sans qu'il ait été nécessaire de lui en notifier l'existence (dans ce sens, voir notamment Saint Martin A., Application du statut d'hébergeur à l'exploitant d'un forum modéré *a posteriori*, obs. sous CA Versailles, 12 déc. 2007, Sté Les arnaques.com et a. c/ Sté Editions régionales de France, RLDI 2008/34, n^o 1148).

Nous ne pouvons que regretter que le test posé aux articles 6.1.2 alinéa 2 et 6.1.3 alinéa 2, dont une interprétation avisée de la jurisprudence permettrait d'éviter de sanctionner systématiquement le gestionnaire scrupuleux d'un forum qu'il modère *a priori* pour éviter la prolifération d'abus, n'a jusqu'à présent été traité que de manière assez superficielle par la jurisprudence (voir par ex. T. com. Paris, réf., 30 juin 2008, Christian Dior Couture c/ eBay International AG, <juriscom.net> ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 10 avril 2009, SARL Zadig Productions, M. J. V. et M. M. V. et autres c/ S.A. Dailymotion, <foruminternet.org> ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 13 mai 2009, SA L'Oréal, SNC Lancôme Parfums et beauté & CIE, SNC L'Oréal produits de luxe France et autres c/ SA eBay France, Société eBay International AG, SARL eBay Europe, Société eBay Inc, <foruminternet.org>, RLDI 2009/50, n^o 1651, obs. Costes L.) alors qu'il s'agit, selon nous, d'un point central dans le choix du régime juridique applicable aux prestataires du web 2.0.

464-83 La responsabilité de l'éditeur d'un service de communication au public en ligne

Selon le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'Internet (Rapport Falque-Pierrotin I., Internet, enjeux juridiques, La documentation française, 1997, p. 83), « *l'éditeur créateur de l'information mise en ligne, personne ou société, est responsable en premier chef de cette information* » (pour une même analyse, voir Guinchard S., Harichaux M. et de Tourdonnet R., Internet pour le droit, Montchrestien, 1999, p. 223). En conséquence, le rapport concluait qu'il doit pouvoir être identifié et envisage que « *les différents acteurs (serveurs d'hébergement, fournisseurs d'accès, transporteurs) doivent s'engager à fournir l'identité de l'auteur en cas de procédure judiciaire* ».

Le rapport du Conseil d'Etat aboutissait aux mêmes conclusions et propose « *l'obligation pour tout site de communication au public de mentionner l'identité du responsable du site* » (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, Doc. fr. 1998, p. 247).

En cette hypothèse, l'autorité judiciaire peut aisément agir et faire injonction à l'auteur de ne plus diffuser des documents diffamatoires sur Internet (TGI Paris, ord. réf., 16 avr. 1996, n^o 54240/96, BNP c/ Yves Rocher, Petites affiches 10 juill. 1996, p. 25, note Maisl H.).

Le législateur a finalement fait siennes les conclusions du Conseil d'Etat. Aujourd'hui, la recherche et l'identification des auteurs d'infractions se trouvent facilitées par l'existence de deux dispositifs nationaux.

Tout d'abord, nous avons déjà vu que l'ancien article 43-9 loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986, modifiée par la loi n^o 2000-719 du 1^{er} août 2000, et repris aujourd'hui par l'article 6.II de la LCEN, oblige les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement à détenir et conserver « *les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires* » et prévoit que ces données peuvent être requises par les autorités judiciaires.

En second lieu, l'article 6.III.1. de la LCEN oblige l'éditeur de tenir à disposition du public, sur son propre site et dans un standard ouvert, a) s'il s'agit d'une personne physique agissant à titre professionnel : son nom, prénom, domicile et numéro de téléphone et, si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers : le numéro de son inscription ; b) s'il s'agit d'une personne morale : sa dénomination ou sa raison sociale et son siège social et, s'il s'agit d'une entreprise assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers : le numéro de son inscription, son capital social, l'adresse de son siège social ; c) dans tous les cas : le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n^o 82-652 du 29 juillet 1982 ; ainsi que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du fournisseur d'hébergement ; la loi prévoit une exception pour les éditeurs non professionnels qui, pour préserver leur anonymat, peuvent ne dévoiler que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 6.I.2. de la LCEN, à savoir leur hébergeur, sous réserve toutefois qu'ils lui aient communiqué leurs éléments d'identification personnelle mentionnés ci-dessus (noms, prénom et domicile).

Se pose maintenant la question du site étranger, licite à l'étranger, mais accessible en France et illicite au regard des spécificités de la loi française. A cette application moderne de l'adage « *Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur en-delà* » peut être appliquée une solution jurisprudentielle du siècle dernier rendue à propos d'une publication de presse étrangère. La *New York Tribune*, publiée en Amérique et non diffusée en France par l'éditeur, avait été importée en France par un libraire. Un contentieux de presse s'en étant suivi, la Cour de cassation avait jugé, en 1894, que « *lorsqu'il résulte des constatations de fait qu'un journal n'a, à Paris, ni représentant, ni dépôt, ni agence de vente ou d'abonnement, on doit regarder comme auteur principal du délit commis par la voie de ce journal le libraire français qui, pour les besoins de son commerce, s'adresse directement à l'office du journal et se fait expédier de New York un nombre variable d'exemplaires pour les vendre ou distribuer à ses clients* » (Cass. crim., 15 févr. 1894, cité in Le Poittevin G., *Traité de la presse*, t. III, Larose, 1904, p. 346). En conséquence, le principe de la responsabilité en cascade n'est pas applicable aux publications de presse éditées à l'étranger, ces dernières étant soumises aux principes de responsabilité de droit commun.

Si l'on transpose cette solution aux services en ligne, le directeur du site étranger ne saurait être l'auteur principal, cette qualification étant réservée à celui qui est à l'origine de l'« *importation* » du site en France, à savoir l'internaute.

Enfin, il est nécessaire de se poser la question de savoir si la responsabilité des éditeurs de sites doit être uniformément appliquée à l'ensemble des activités auxquels ils procèdent ou s'il s'agit de distinguer selon les services offerts (portail, production et diffusion de contenus, fourniture de liens hypertextes, référencement manuels ou automatiques, forums de discussion, plates-formes de partage de contenu, etc.) et d'appliquer, pour certains d'entre eux, l'exonération dont bénéficient, aux termes de la directive « Commerce électronique » (Dir. Cons. CE, n^o 2000/31, 8 juin 2000, art. 14, JOCE 17 juill., n^o L 178, p. 1 et s.) et du Code des postes et des communications électroniques, les prestataires qui fournissent un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ou encore celle dont jouissent tous prestataires au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire des informations fournies par un destinataire du service, « *dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de*

l'information à la demande d'autres destinataires du service » (Dir. Cons. CE, n^o 2000/31, 8 juin, art. 13 ; art. L. 32-3-4 du Code des postes et des communications électroniques ; voir n^o 464-19, n^o 464-75 et n^o 464-79).

464-87 La responsabilité de l'auteur de contenus

Il peut s'avérer que l'auteur soit indépendant de l'éditeur du site web ou du service en ligne. Ce cas de figure peut se produire dans tous les espaces de dialogue ou de partage des contenus aménagés (plates-formes de partage de vidéos, forums usenet, forum web, *chat*, etc.).

Rappelons que seul l'auteur d'un message illicite pourra être poursuivi en tant qu'auteur principal, s'agissant des infractions de presse, dans les hypothèses où l'organisateur de cet espace échappe à la qualification de directeur de la publication (voir n^o 464-79), ou dans le cas contraire, lorsque fait défaut la fixation préalable à la communication du message au public.

Sur le plan civil, le Conseil d'Etat a considéré qu'« *en tant qu'auteur de contenus informationnels (forums, courrier électronique, pages personnelles, etc.), il assume envers les tiers la responsabilité civile des informations qu'il diffuse* » (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, La documentation française, 1998, p. 187 ; pour une même analyse, voir Guinchard S., Harichaux M. et de Tourdonnet R., Internet pour le droit, Montchrestien, 1999, p. 220 et s. : les auteurs citent la condamnation à deux mois de prison d'un internaute propriétaire de pitbull ayant proféré sur Internet des menaces de mort contre un député).

Toutefois, de réelles difficultés liées à l'identification de l'auteur d'une infraction demeurent. En témoigne l'affaire « *Faurisson* » à propos de laquelle les juges du Tribunal de grande instance de Paris n'ont pu trouver les indices d'une éventuelle participation personnelle du prévenu à la commission d'une infraction, à savoir la publication d'écrits révisionnistes sur un site hébergé à l'étranger. Le tribunal a notamment précisé que la seule indication du nom du prévenu comme auteur du texte incriminé n'était pas suffisante pour affirmer qu'il est responsable de cette publication. Ajoutons qu'aucune investigation n'avait été réalisée par le parquet pour rapporter la preuve que le site sur lequel étaient diffusés les écrits incriminés était la propriété du prévenu. Le fait que le serveur se situait à l'étranger n'avait certes pas facilité les mesures d'enquêtes (TGI Paris, 17^e ch., 13 nov. 1998, *Faurisson c/ Association Unadif et a., <foruminternet.org>*).

464-91 La responsabilité de l'internaute-utilisateur

En matière civile, la responsabilité des internautes a été envisagée au titre de la responsabilité du fait des choses dont on a la garde (Dupuis-Toubol F., Tonnelier M.-H., Lemarchand S. et Linant de Bellefonds [sous la dir. de], Responsabilité civile et Internet, in Internet saisi par le droit, éd. des Parques, 1997, p. 105 et s.).

Quant à la matière pénale, il est possible de poursuivre le lecteur-utilisateur s'étant connecté sur un site diffusant des images litigieuses.

En une espèce où un site diffusait des images pédophiles susceptibles d'être téléchargées moyennant paiement, le salarié d'un organisme avait emmagasiné sur le disque dur de l'ordinateur un millier de photographies.

Le tribunal a sanctionné l'utilisateur (six mois de prison dont trois avec sursis) pour recel d'images pornographiques et pédophiles obtenues à l'aide du délit de corruption de mineurs de moins de quinze ans réprimé par l'article 321-1 du Code pénal et du délit d'enregistrement, de transmission et de diffusion d'images pédophiles réprimé par l'article 227-23 du même code (TGI Le Mans, ch. corr., 16 févr. 1998, Dict. perm. droit des affaires, Bull. 478, p. 9681).

Les juges reprennent ainsi l'opinion doctrinale qui envisageait la possible répression de l'internaute en proposant d'assimiler l'internaute important des informations litigieuses en son pays à un voyageur important matériellement des produits illicites sur le territoire où il pénètre (Bertrand A. et Piette-Coudol Th., Internet et la loi, Dalloz, 1997, p. 57 et s.).

Section 3 - Aspects internationaux

464-96 La problématique du droit applicable et de la compétence juridictionnelle

Comme l'avait justement remarqué le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'Internet, « *le dispositif législatif actuel est suffisant pour sanctionner sur le territoire la plupart des infractions concernant la protection des personnes, des consommateurs et des données* » (Rapport Falque-Pierrotin I., Internet, enjeux juridiques, 1997, p. 39).

Le rapport du Conseil d'Etat sur Internet et les réseaux numériques avait bien sûr adopté les mêmes conclusions (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, Doc. fr., 1998, p. 169).

En effet, en matière pénale, l'article 113-1 du Code pénal prévoit que la loi française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. Est réputée commise sur ce territoire l'infraction dont un des éléments constitutifs a eu lieu en France (C. pén., art. 113-2).

Or, on peut aisément considérer que l'élément matériel du délit commis par la voie d'Internet, à savoir l'élément de publicité, est réalisé en France. La localisation de cet élément matériel sur le territoire français est d'autant plus patente si l'information disponible sur un site étranger est dupliquée sur un site miroir hébergé en France.

Dès lors, on voit difficilement comment la loi pénale française pourrait voir son application éludée. En effet, il n'existe pas, contrairement à l'audiovisuel, de directive semblable à la directive télévision sans frontière venant poser pour principe que la loi applicable est celle du pays où l'œuvre est émise vers le satellite de retransmission.

Par ailleurs, le fait que l'article 3 du Code civil dispose que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire [français]* » n'empêche nullement l'application de la loi française à des situations d'extranéité, comme le rappellent les dispositions du Code pénal (pour un avis contraire, voir Bertrand A. et Piette-Coudol Th., Internet et la loi, Dalloz, 1997, p. 52 et s.).

Le rapport du Conseil d'Etat est d'ailleurs particulièrement explicite sur ce point : « *il résulte de ces dispositions que la loi pénale française s'appliquera clairement dans le cas d'un message litigieux disponible sur le réseau Internet, quelle que soit sa source dans le monde, et accessible de France dès lors que la réception par l'utilisateur sur le territoire français est bien un élément constitutif de l'infraction en application de l'article 113-2 du Code pénal* » (Rapport du Conseil d'Etat, précité, p. 171).

La dix-septième chambre (chambre de la presse) du Tribunal de grande instance de Paris a ainsi décidé, sur fondement de l'article 113-2 du Code pénal, qu'« *en matière de presse, il est constant que le délit est réputé commis partout où l'écrit a été diffusé, l'émission entendue ou vue* ». Devant statuer sur sa compétence, le tribunal ajoute « *En l'espèce, dès lors que le texte incriminé, diffusé depuis un site étranger, a été reçu et vu dans le ressort du Tribunal de Paris, ainsi qu'il ressort de l'enquête, celui-ci est compétent pour connaître de la poursuite* » (TGI Paris, 17^e ch., 13 nov. 1998, Faurisson c/ Association Unadif et a., <foruminternet.org>).

Cette interprétation a été réaffirmée à l'occasion d'une décision rendue le 26 février 2002, laquelle a encore précisé que l'élément de publicité est caractérisé « *sans qu'il soit besoin que l'internaute soit spécialement démarché par le propriétaire du site* » et que cela « *suffit donc à emporter la compétence des tribunaux français et l'application de la loi française, et ce même si l'infraction poursuivie n'est pas réprimée dans la législation pénale de l'Etat d'origine de l'auteur présumé des*

faits ou du pays où se situe géographiquement l'hébergeur du site litigieux » (TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002, Timothy K., Sté Yahoo! Inc. c/ Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie et Mrap, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n^o 48, n^o 3082, <foruminternet.org>).

Cette décision s'inscrit dans la saga judiciaire opposant Yahoo! Inc. à plusieurs associations de lutte contre le racisme. Celles-ci reprochaient à la société américaine de rendre accessible au public français, sur et à travers son portail « yahoo.com », des sites de vente aux enchères d'objets nazis. Le juge des référés avait rendu une première décision, le 22 mai 2000, ordonnant à la défenderesse, sur fondement de l'article R. 645-1 du Code pénal et des articles 808 et 809 du Code de procédure civile, de « *prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie de nazisme ou une contestation des crimes nazis* » (TGI Paris, réf., 22 mai 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Comm. com. électr., sept. 2000, comm. 92, p. 19, obs. Galloux J.-C., Rev. Lamy dr. aff. 2000, n^o 19, n^o 1844, obs. Costes L., <foruminternet.org> ; Sédallian V., Commentaire de l'affaire « Yahoo! – ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000, 24 oct. 2000, <juriscom.net>).

Face aux difficultés relatives à la mise en œuvre des mesures de filtrage vis-à-vis du public français et à son coût, le juge a ordonné une expertise confiée à un collège de trois experts chargés de décrire les mesures techniques envisageables et réalisables (TGI Paris, réf., 11 août 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n^o 31, n^o 1979, obs. Costes L., <legalis.net>).

Le tribunal de grande instance s'est prononcé une dernière fois en référé sur la base du rapport d'expert rendu le 6 novembre 2000 pour conclure que « *la combinaison des moyens techniques mis à [la disposition de Yahoo! Inc.] et des initiatives qu'elle est à même de prendre au nom de la simple morale publique lui donne par conséquent la possibilité de satisfaire aux injonctions contenues dans l'ordonnance du 22 mai 2000 s'agissant du filtrage de l'accès au service de vente aux enchères d'objets nazis comme du service concernant l'ouvrage "Mein Kampf" qui était compris dans la formule de l'ordonnance précitée* » (TGI Paris, réf., 20 nov. 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Comm. com. électr., déc. 2000, comm. 132, p. 25, obs. Galloux J.-C., Rev. Lamy dr. aff. 2001, n^o 34, n^o 2518, obs. Costes L., <foruminternet.org> ; Sédallian V., Commentaire de l'affaire « Yahoo! – ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 20 novembre 2000 », Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, déc. 2000, H, p. 1, et 12 janv. 2001, <juriscom.net> ; Reidenberg J., L'affaire « Yahoo! » et la démocratisation internationale d'Internet, Comm. com. électr., mai 2001, chr. 12, p. 14).

La question préliminaire qui était posée lors de cette affaire était bien entendu celle de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable. Pour sa défense Yahoo! Inc. concluait à l'incompétence territoriale du Tribunal de grande instance de Paris pour connaître du litige au motif que la faute alléguée était commise sur le territoire des Etats-Unis. Le tribunal n'a retenu cet argument dans aucune de ses ordonnances. Le dommage étant subi en France, il s'est déclaré compétent par simple application de l'article 46 du nouveau Code de procédure civile. Il s'est attaché à caractériser le lien de rattachement avec la France en précisant, dans son ordonnance du 20 novembre 2000, que « *Yahoo sait qu'elle s'adresse à des français puisque, à une connexion à son site d'enchères réalisée à partir d'un poste situé en France, elle répond par l'envoi de bandeaux publicitaires rédigés en langue française* ».

Le juge a ainsi procédé à la recherche d'un critère objectif de rattachement à sa juridiction. Constitué autour du public visé, ce critère permet d'atténuer le risque encouru par les fournisseurs de contenus d'avoir à répondre de leurs actes devant les juridictions et les lois de chacune des nations connectées (Vivant M., Raison et réseaux. De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet, in Mélanges Mehl, Doc. fr. 1999, p. 153 ; Thoumyre L., Sommes-nous prêts à accepter les conséquences de la mondialisation de l'information ?, Le Monde 13-14 août 2000, p. 5).

Prononcée en matière délictuelle, dans le cadre d'un référé, la solution dégagée par l'ordonnance du 20 novembre 2000 n'a cependant que peu de chance de s'imposer devant les juridictions répressives. En témoigne la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 26 février 2002 qui ignore l'application du critère du public visé en ne retenant que celui de la perception et de la réception sur le territoire de la République (TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002, précité, décision confirmée par CA Paris, 17 mars 2004, inédit ; voir Thoumyre L., La Cour d'appel de Paris se déclare compétente pour examiner la responsabilité de l'ex-PDG de Yahoo! Inc., actu, 17 mars 2004, <juriscom.net> ; Laprès D., Affaires Yahoo! (I et II) et Al Manar : l'approche universaliste confirmée deux fois., 17 mai 2005, <juriscom.net>).

Dans une toute autre affaire, relative à la publication d'écrits diffamatoires sur un site situé en Suisse à l'encontre d'une société française, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 novembre 1999 avait néanmoins recherché l'application d'un critère de rattachement adapté à la nature du support Internet dont « *la possibilité d'accès est universelle* ». Les magistrats ont estimé que : « *Il convient de créer une prévisibilité pour l'auteur des propos. Celle-ci ne peut naître que du rattachement de la loi à un principe objectif et non à ce que chaque ordre juridique national prétend se donner comme compétence, ce qui peut exposer à toutes les incertitudes* ». La cour ajoute que figure au premier rang des repères objectifs et maîtrisables par l'auteur des propos, « *le lieu du site sur lequel ils sont publiés, à l'inverse du lieu de réception qui est aléatoire. Au cas d'espèce il s'agit de la Suisse et c'est sa loi qui est applicable* ».

L'auteur des écrits n'en a pas moins été condamné par application de l'article 113-6 du Code pénal qui donne compétence à la loi française pour connaître des délits « *commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Tel était le cas en l'espèce puisque l'article 1731 du Code pénal Suisse définit et réprime la diffamation dans des termes comparables à ceux du droit français (CA Paris, 11^e ch., 10 nov. 1999, <www.foruminternet.org>). Peu commenté, et critiquable au regard du principe d'application stricte de la loi pénale, cet arrêt n'en a pas moins le mérite d'avoir stigmatisé les « *incertitudes* » que fait planer le rattachement traditionnel à la loi nationale sur les auteurs de contenus mis en ligne sur Internet.

En application des dispositions de l'article 113-7 du Code pénal et de l'article 689 du Code de procédure pénale, la loi pénale française peut encore avoir un effet extraterritorial en sanctionnant des crimes et des délits commis par un Français ou un étranger hors du territoire si la victime est de nationalité française au moment de l'infraction.

Reste l'épineux problème de l'application d'une décision française à l'étranger, et en particulier aux Etats-Unis dont le Premier Amendement garantit plus largement qu'en France l'exercice de la liberté d'expression. Cette difficulté s'est à nouveau illustrée à travers l'affaire « *Yahoo!* ». Saisie le 21 décembre 2000 par la société Yahoo! Inc., le juge Jeremy Fogel de la Cour de district de San Jose (Californie) avait accepté d'étudier, dans le cadre d'une procédure déclaratoire, la compatibilité de l'ordonnance française à la Constitution et aux lois américaines. Dans une décision du 7 novembre 2001, la Cour californienne révèle une distorsion notable entre nos systèmes juridiques : « *Le Premier Amendement ne permet pas au gouvernement d'adopter une réglementation limitant l'expression de certaines opinions en l'absence d'un intérêt gouvernemental impératif, comme la nécessité d'empêcher un danger manifeste et actuel de violence imminente* ». Elle poursuit en dénonçant le caractère trop général et imprécis de l'ordonnance française au regard du Premier Amendement pour conclure ainsi : « *Bien que la France ait le droit souverain de décider du genre d'expression autorisé sur son territoire, cette Cour ne peut permettre l'exécution d'une ordonnance étrangère qui viole les protections garanties par la Constitution des Etats-Unis en empêchant un discours protégé qui prend également place à l'intérieur de nos frontières* » (United-States District Court for the Northern District of California, San Jose Division, 7 nov. 2001, <foruminternet.org>, Comm. com. électr., janv. 2002, comm. 9, p. 32, note Grynbaum L.). Néanmoins, dans une décision du 23 août 2004, la Cour d'appel du 9^e District annule le jugement de première instance au motif que « *La France est dans son droit, comme nation souveraine, de voter des lois contre la diffusion de contenus racistes et nazis en réponse aux terribles*

agissements des armées nazies durant la Seconde Guerre mondiale. De même, la LICRA et l'UEJF sont dans leur droit de saisir la justice en France à l'encontre de Yahoo! afin de faire sanctionner les violations aux lois françaises ». Les juges précisent encore que « Yahoo! doit attendre que la LICRA et l'UEJF viennent aux Etats-Unis pour demander l'application du jugement français avant de revendiquer l'application du Premier amendement ».

Malgré les difficultés d'ordre procédural, la condamnation par les juridictions françaises conserve une grande importance – non simplement symbolique – de par leur répercussion médiatique, politique et la menace répressive qu'elle fait peser sur les prévenus qui voudraient pénétrer sur le territoire de la République (voir Vivant M., *Cybermonde : droit et droits des réseaux*, JCP éd. G 1996, I, n^o 3969, n^o 1).

Au niveau communautaire, on observera que la directive « Commerce électronique » du 8 juin 2000 n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, art. 1, 4, JOCE 17 juill., n^o L 178, p. 1 et s.). Elle dispose simplement qu'un Etat membre pourra prendre des mesures restrictives à l'égard d'un service donné de la société de l'information pour des raisons liées à l'ordre public et, notamment, à la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine (Dir. Cons. CE n^o 2000/31, 8 juin 2000, précitée, art. 3, 4).

Enfin, on retiendra que le réseau Internet permet paradoxalement un repérage des activités de contrefaçon au niveau international. Ainsi, les douanes françaises ont pu découvrir et démanteler un réseau de vente de parfums et maroquinerie contrefaisant une marque de luxe française.

Un protocole d'accord entre la direction générale des douanes et l'Union des fabricants a été signé en juin 1997 en vue d'institutionnaliser la surveillance de l'offre de contrefaçon sur Internet (JO Sénat Q. 9 juill. 1998, p. 2228).

En conséquence, des actions de contrôle renforcé sont menées dans les centres de contrôle douanier postal, les marchandises contrefaites commandées sur Internet étant adressées par voie postale.

464-100 La coopération internationale

Le droit international va permettre de régler les conflits de lois ou de juridictions, comme il va organiser l'entraide judiciaire en vue de la répression des infractions.

La question de l'entraide répressive internationale a été évoquée par le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'Internet qui proposait de développer la coopération internationale, tant au niveau judiciaire que politique (Rapport Falque-Pierrotin I., *Internet, enjeux juridiques*, Doc. fr., 1997, p. 86 et s.) au motif que « *l'extradition ainsi que la plupart des autres formes d'entraide répressive ne sont possibles que pour les infractions répondant à une qualification pénale dans les deux Etats ainsi qu'à un minimum de gravité et n'ayant pas un caractère politique* », pour conclure que « *ces conditions limitent le recours à l'extradition dans le cas d'Internet* » (Rapport Falque-Pierrotin I., précité, p. 48). En effet, les Etats-Unis n'incriminent pas les propos racistes ou révisionnistes. De même, nombre d'Etats considèrent les délits de presse comme des infractions politiques.

Enfin, l'entraide judiciaire est inexistante avec certains Etats qui deviennent ainsi des « *sanctuaires judiciaires virtuels* ». Or, nombreux sont aujourd'hui les promoteurs d'activités considérées comme illicites dans la plupart des pays connectés à s'être établis sur le sol d'un Etat où elles sont tolérées. Le distributeur du plus célèbre logiciel de *peer-to-peer* permettant l'échange d'œuvres musicales, Kazaa, s'est ainsi installé au Vanuatu, archipel du Pacifique Sud et paradis fiscal renommé pour les sociétés « *off-shore* ». De même plusieurs sociétés de casinos en ligne, telle Cassava, se sont

établies sur l'île d'Antigua, sans parler des professeurs révisionnistes qui ont trouvé asile en Amérique du Nord pour bénéficier de la protection du 1^{er} amendement de la Constitution des Etats-Unis.

De son côté, le Conseil d'Etat a relevé les divergences des règles de droit international privé entre les Etats membres de l'Union européenne en matière de conflits de lois, le droit allemand autorisant l'application de la loi du lieu de l'événement causal ou du lieu du dommage alors que le Royaume-Uni exige, pour admettre l'action judiciaire, une répression de l'infraction à la fois par la loi du lieu de réalisation de celle-ci et par la loi britannique (Rapport du Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, Doc. fr. 1998, p. 172 et s., notamment p. 173 [sur les travaux de révision de la Convention de Rome] et p. 198 et s. [pour le renforcement de la coopération internationale]).

Aussi le Forum des droits sur l'Internet, dont la création était évoquée au sein du rapport du Conseil d'Etat, a-t-il pour mission de favoriser le rapprochement des positions entre les Etats connectés en participant aux diverses initiatives européennes et internationales.

Tant le rapport Falque-Pierrotin sur les enjeux juridiques d'Internet que le rapport du Conseil d'Etat sur Internet et les réseaux numériques (dont Isabelle Falque-Pierrotin était le rapporteur général) avaient conclu à l'opportunité d'une convention internationale en la matière.

Le rapport suggérait notamment de s'inspirer de la recommandation n^o R 95-13 du Conseil de l'Europe relative aux problèmes de procédure pénale liées à la technologie de l'information et de conclure un accord international avec les Etats-Unis en matière d'entraide répressive internationale.

L'adoption de la convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe signée le 23 novembre 2001 lui fait écho (STE n^o 185, <www.coe.int>). Ce texte a été conçu pour apporter une réponse globale aux crimes commis sur et à travers les réseaux informatiques (voir n^o 464-104). Cette convention vise notamment à faciliter la recherche et la preuve des infractions à travers la coopération interétatique. Elle dispose ainsi, en son article 25, que les Etats parties « *s'accordent l'entraide la plus large possible aux fins d'investigations ou de procédures concernant les infractions pénales liées à des systèmes et des données informatiques ou afin de recueillir les preuves sous forme électronique d'une infraction pénale* ».

L'Europe est enfin envisagée comme le cadre naturel d'édiction de normes pour régir l'activité sur Internet.

464-104 La convention sur la cybercriminalité

La recommandation R 95-13 du Conseil de l'Europe relative aux problèmes de procédures pénales liées à la technologie de l'information invite les Etats à s'inspirer d'un certain nombre de principes figurant en annexe de la recommandation.

A ce titre, le Conseil de l'Europe considère que les lois de procédure pénale doivent permettre de perquisitionner et de saisir des données dans les systèmes informatiques.

Le Conseil estime en conséquence que les lois sur les interceptions de communications doivent être effectivement applicables.

Il invitait, dès lors, à « *négoier des instruments internationaux quant à la question de savoir comment, quand et dans quelle mesure de telles perquisitions ou saisies peuvent être permises* ».

Ce n'est qu'à l'issue de 27 remaniements successifs que la Convention sur la cybercriminalité, négociée par les pays membres du Conseil de l'Europe avec les Etats-Unis, le Canada, le Japon et l'Afrique du Sud, a pu être signée à Budapest le 23 novembre 2001 (STE n^o 185, <www.coe.int>). Répondant aux besoins de coopération internationale, il a pour objectif de poursuivre une « *politique*

pénale commune destinée à protéger la société de la criminalité dans le cyber-espace, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par l'amélioration de la coopération internationale ». Il s'articule ainsi autour de trois axes de réglementation :

- l'harmonisation des législations nationales. Quatre catégories d'infractions sont ainsi définies : les infractions liées à la sécurité des réseaux (accès et interceptions illégales, atteinte à l'intégrité des données, abus de dispositifs), les infractions informatiques (faux et fraudes informatiques), les infractions se rapportant au contenu (tel que la diffusion de pornographie infantile) et à propos desquelles un protocole additionnel sur les contenus racistes est actuellement discuté, et les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes ;
- l'adaptation des moyens d'enquêtes et de poursuites au terrain du cyberspace. Il s'agit notamment de mesures visant à ordonner la conservation, la perquisition, la saisie et l'interception des données stockées dans un système informatique ;
- la mise en place d'un système de coopération internationale rapide et efficace : les Etats signataires peuvent agir pour le compte d'un autre pays dans la recherche de preuves électroniques.

La Convention sur la cybercriminalité est entrée en vigueur le 18 mars 2004 (voir Wery E., La convention internationale sur la cybercriminalité entre en vigueur, 22 mars 2004, <droit-technologie.org>).