

DE CARLO
Amanda
4e année de Droit International et Européen

La responsabilité de l'hébergeur internet vis- à-vis des tiers

Mémoire soutenu publiquement pour l'obtention du diplôme de
la Faculté Libre de Droit, d'Economie et de Gestion (FACO)

25 JUIN 2008

Jury

- Directeur de mémoire : Monsieur Laydu, Maître de conférences en droit privé, Professeur à la FACO
- 1^{er} assesseur : Madame Cauchy-Psaume, Professeur à la FACO
- 2^{ème} assesseur : Maître Courtois, avocat à la cour de Paris

REMERCIEMENTS :

Je tiens à remercier tout particulièrement mon directeur de mémoire, M. Laydu, pour son soutien et ses conseils, ainsi que Mme Cauchy-Psaume et M. Courtois pour l'aide précieuse qu'ils m'ont apporté.

SOMMAIRE

Introduction

Titre 1 L'élaboration d'une responsabilité vis-à-vis des tiers

Partie 1 La recherche d'une responsabilité vis-à-vis des tiers

Chapitre 1 La nécessité de la mise en place d'une responsabilité

Chapitre 2 Une responsabilité de droit commun créée par les tribunaux

Partie 2 La mise en place d'un cadre légal

Chapitre 1 La loi du 1^{er} août 2001 ou la « bévue du législateur »

Chapitre 2 La loi LCEN ou la création d'un droit autonome

Titre 2 Un régime de responsabilité imparfait : la mise à l'épreuve du droit

Partie 1 Les difficultés pratiques du régime de responsabilité

Chapitre 1 Les régimes spéciaux : entorse au régime prévu par la LCEN

Chapitre 2 Aspects de droit international privé : tribunal compétent et loi applicable

Partie 2 Une efficacité remise en question : le droit américain, obstacle à l'effet des jugements

Chapitre 1 Les différentes conceptions de la liberté d'expression : frein à l'exequatur des décisions françaises à l'étranger

Chapitre 2 Vers une harmonisation globale des règles applicables sur internet ?

Conclusion

INTRODUCTION

L'hébergeur, ou fournisseur d'hébergement est l'un des nombreux acteurs du monde de l'internet. Internet, appelé couramment « la toile », le « web » ou le « réseau des réseaux », est depuis le milieu des années 1990 au cœur de l'actualité. Téléchargement de musique, lecture de la presse française et étrangère, écoute de la radio, recherche de documentation, tout peut être trouvé sur internet, grâce à ses différents acteurs. Voilà sans doute ce qui le rend si difficile à appréhender.

Internet est « un ensemble de réseaux, qui par le biais d'un langage commun parvient à faire communiquer tous les outils de la technologie numérique¹ ». Moyen de communication incontournable de nos jours, il est en réalité né dans une toute autre fin. Au cœur de la Guerre Froide, en 1957, le Ministère de la Défense américaine a confié aux chercheurs de l'ARPA² la mission de créer un système de communication décentralisé susceptible de résister à une attaque nucléaire, ce qui n'était pas le cas pour les infrastructures utilisées à l'époque pour communiquer. L'objectif du projet était d'établir un réseau dénué de centre névralgique centralisé pour éviter tout blocage en cas d'offensive russe.

Internet a connu un développement rapide, notamment grâce à la création du World Wide Web en 1989 et du logiciel NCSA MOSAIC en 1993, interface permettant aux utilisateurs lambda de naviguer sur le réseau mondial, distribué gratuitement aux utilisateurs, marquant l'ultime étape de démocratisation de cet outil.

Réservé dans les premiers temps au monde de la recherche universitaire, le réseau Internet est finalement arrivé à la portée de l'ensemble des citoyens de la planète. A l'aune de l'an 2000, on dénombrait 250 millions d'utilisateurs.³

L'une des particularités de ce média provient du fait que son utilisation a évolué en fonction de son développement. Les médias préexistants possèdent tous

¹ Philippe Bouré, Le Droit de l'Internet, les enjeux présents et futurs de la société de l'information, l'Hermès, 1^{ère} édition, 2002, p.8

² United States Department of Defense Advanced Research Projects Agency (ARPA).

³ in Philippe Bouré, Le Droit de l'Internet, les enjeux présents et futurs de la société de l'information, l'Hermès, 1^{ère} édition, 2002

une caractéristique propre à chacun d'entre eux. La radio diffuse du son, la télévision des images et du son, mais internet regroupe toutes ces caractéristiques en un seul outil.

Internet est un multimédia, c'est-à-dire un support unique qui permet la diffusion de plusieurs médias, de manière associée (image et son, texte et son...) ou dissociée (texte seulement, ou image seule...). Il entre dans plusieurs cadres juridiques, jusqu'alors hermétiques. La communication privée entre individus par courrier électronique est semblable au courrier postal traditionnel et pourrait ainsi entrer dans le cadre de la loi postale. D'un autre côté, la discussion sur chat, de manière instantanée, pourrait se rapprocher de la loi réglementant les télécommunications alors que les radios et télévisions du net pourraient rentrer, quant à elles, dans le cadre de la loi de 1986⁴ modifiée par la loi du 1^{er} août 2000 sur la communication audiovisuelle. Par sa nature sans précédent, le réseau des réseaux possède de fortes analogies avec l'ensemble des moyens de communication, et constitue un véritable pêle-mêle de ces ressources. De plus, l'encadrement de la toile par le droit n'est pas aisé car elle ne connaît pas de frontières physiques et territoriales. Internet, où la liberté est le maître mot, se joue des cloisons intellectuelles. Le droit créé pour un monde matériel physique a donc du s'adapter à ces nouveaux enjeux.

Le droit de l'internet s'est progressivement construit essentiellement par les efforts de la jurisprudence. Droit casuistique au départ, la *lex electronica* a parallèlement vu le jour dans le cadre d'un vaste mouvement d'harmonisation communautaire, grâce à d'importantes directives désormais transposées en droit français.

Le fonctionnement du réseau internet repose sur des professionnels qui mettent à disposition de leurs clients et des utilisateurs une infrastructure technique. Ces intervenants sont des prestataires techniques, ou prestataires de service internet. On distingue l'opérateur de télécommunication, qui assume une prestation de transport d'information, le fournisseur d'accès à internet, qui offre à ses clients la possibilité de se connecter au réseau en contrepartie d'un prix déterminé, et le

⁴ Loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO n°177 du 2 août 2000, p. 11903

fournisseur d'hébergement, ou hébergeur, qui met à la disposition des fournisseurs de contenu l'espace disque nécessaire au stockage de leurs données.

La loi pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004⁵ définit les hébergeurs comme étant « 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 ». Ces derniers sont encore appelés les « hôteliers du net », permettant l'hébergement de sites Web créés par des tiers, ce qui les distingue juridiquement des fournisseurs d'accès.

La nature du contrat d'hébergement s'apparente à un contrat de louage de chose. Des services techniques sont mis à la disposition d'un tiers, ce qui a pour effet d'entraîner un transfert de responsabilité de ces services. Les conditions d'hébergement sont précisées dans le contrat. Le prestataire peut s'engager à assurer des prestations complémentaires : obligation d'assistance, informations sur le nombre de connexions ou de téléchargement. Le fournisseur d'hébergement engage sa responsabilité contractuelle en cas d'inexécution ou à défaut d'exécution dans l'hébergement des informations et cette responsabilité s'accroît lorsque les obligations du prestataire sont plus étendues. Le demandeur doit, quant à lui, se soumettre aux obligations de paiement de prix conformément aux modalités contractuelles concernant le montant du prix et les conditions de versement.

En ce qui concerne sa responsabilité délictuelle, l'hébergeur n'a qu'un rôle technique et ne devrait pas être responsable pour le contenu des informations hébergées, ce que certains contrats rappellent. Le tiers, gérant lui-même les contenus hébergés, est bien évidemment responsable si ces derniers s'avèrent illicites. Toutefois, l'auteur de l'infraction n'est pas toujours facile à localiser en raison de la nature d'internet et de l'anonymat qu'il permet, et c'est souvent le fournisseur d'hébergement qui se fait poursuivre en premier par le lésé, sur la base d'une responsabilité extracontractuelle. De plus, certains hébergeurs vont proposer des services supplémentaires, facilitant les infractions.

⁵ Loi en la confiance en l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004, n°2004-575, JO du 22 juin 2004, p. 1168

Face à l'impossibilité matérielle de contrôler internet, comment le droit français a-t-il créé une responsabilité des fournisseurs d'hébergement vis-à-vis des tiers ? Est-ce adapté ?

L'élaboration d'une responsabilité de l'hébergeur vis-à-vis des tiers a été un travail de longue haleine. Face à la nature originale d'internet, la doctrine et les juges ont du, dans un premier temps, rechercher sur quels fondements engager une telle responsabilité. L'absence de lois adaptées en la matière a forcé les juges à tracer les esquisses d'une telle responsabilité à travers leur jurisprudence, en faisant un droit essentiellement prétorien.

Le législateur, dans un souci de sécurité juridique et sous l'impulsion du droit communautaire, prévoyant une harmonisation à ce niveau par la directive du 8 juin 2000⁶, a élaboré un premier texte de loi en 2000, décrié par la doctrine comme une véritable bévue, bien en-deçà de l'œuvre de la jurisprudence. Le texte prévoyait un régime de responsabilité du fournisseur d'hébergement tant civil que pénal, fondé sur le droit commun de la responsabilité pour faute. Néanmoins, un défaut de précision de texte a entraîné une censure du Conseil constitutionnel, amputant le texte de tout un pan de la responsabilité initialement prévue. Ce n'est que le 21 juin 2004, par la loi LCEN, que la France a enfin pu s'aligner avec le droit communautaire quant au régime de ce prestataire, créant un régime de responsabilité exorbitant du droit commun. (Titre 1)

Ce régime, bien que théoriquement satisfaisant, ne va pas sans poser problème dans la pratique. Certains intervenants de l'internet ont un rôle difficile à délimiter tantôt occupant une fonction d'hébergeur, tantôt une activité autre. Le législateur et les juges ont donc du créer des régimes spéciaux. De plus, face à l'absence de frontières géographiques sur ce media et à sa nature immatérielle, les règles de droit international privé traditionnelles ont du être adaptées.

Cependant, tout ceci ne peut être efficace que si le droit a un caractère contraignant, d'où l'importance de l'effet des jugements français à l'étranger. Or, l'exéquatur des jugements n'est pas si simple face aux multiples conceptions de l'ordre public international dans les différents pays connectés au réseau. Dès lors, la

⁶ Directive n°2000/31/CE, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et du commerce électronique, JOCE n° 178, 17 juillet 2000, p. 1

question d'une harmonisation mondiale des règles applicables sur internet reste en suspend. (Titre 2).

TITRE 1 L'ELABORATION D'UNE RESPONSABILITE VIS-A-VIS DES TIERS

L'élaboration de la responsabilité de l'hébergeur internet fut un travail long et délicat. Dans un premier temps, la doctrine et les tribunaux ont recherché sur quel terrain engager leur responsabilité, en étudiant les caractéristiques propres à internet et à leur activité, adaptant les règles du monde matériel (partie 1).

Par la suite, le législateur, s'inspirant de leurs idées, a voulu encadrer leur régime, mais a du faire face à plusieurs obstacles (partie 2).

PARTIE 1 LA RECHERCHE D'UNE RESPONSABILITE VIS-A-VIS DES TIERS

Face au nombre d'affaires grandissant mettant en cause la responsabilité des acteurs de l'internet, la doctrine fut la première à analyser et déterminer le rôle de chacun, envisageant sur quels fondements engager leur responsabilité (chapitre 1).

Les tribunaux, ont quant à eux, déterminé un certain nombre de règles pour encadrer leur responsabilité, selon une jurisprudence constante et appréciée par le monde professionnel et juridique (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA NECESSITE DE LA MISE EN PLACE D'UNE RESPONSABILITE

Nouvel espace de communication, internet se caractérise par la multiplicité de ses intervenants et sa liberté d'échange.

Réseau mondial, il facilite les échanges, ôtant toute frontière tant bien géographique que légale. Aucune autorité étatique ne peut contrôler son flux informationnel sans précédent.

Internet pose le problème incontournable de la diffusion d'information à destination du grand public pouvant porter atteinte à la vie privée, aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

La multiplicité des intervenants, dont fait partie le fournisseur d'hébergement, complique d'autant plus la situation, rendant la détermination de la responsabilité de chacun difficile (section 1).

Face à l'importance des enjeux, le législateur a du intervenir pour contrer toute dérive pouvant léser les tiers. Cependant, le droit n'était pas adapté à ce nouveau moyen de communication et l'intervention du législateur a été délicate. D'une part, le régime de responsabilité à adopter a été difficile à déterminer et n'a cessé de faire débat dans la doctrine. D'autre part, le législateur est intervenu très tôt mais a délaissé le sort de l'hébergeur internet face aux autres prestataires techniques (section 2).

SECTION 1 INTERNET : UN NOUVEL ESPACE DE COMMUNICATION

Le « réseau des réseaux », espace de communication incontournable, a une nature novatrice de par son origine et ses spécificités (sous-section 1). Les acteurs intervenant sur la toile sont multiples et cela complique d'autant plus la détermination de la part de responsabilité de chacun (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA NATURE NOVATRICE D'INTERNET

Internet, média d'un nouveau genre, comprend une double spécificité problématique (§1). Face à ces caractéristiques, aucun régime de responsabilité existant ne semble adéquat (§2).

§1 LES SPECIFICITES D'INTERNET

Internet a une double spécificité problématique. Tout d'abord, ce moyen de communication ne connaît aucune frontière. Réseau de réseaux de télécommunications interconnectés, il permet à un individu équipé d'un ordinateur communiquant, d'émettre et de recevoir toute information, sans aucune considération géographique.

D'autre part, chaque utilisateur devient un émetteur d'informations dont le principe d'action est la liberté d'expression la plus totale sans qu'il puisse être aisément localisé et sans être soumis à aucune autorisation administrative d'émettre. Internet pose donc le problème de la liberté d'expression, peut-elle être totale comme la conçoivent les systèmes juridiques de la Common Law ou bien doit-elle être encadrée comme dans la tradition romano-germaniste ? De plus, de par sa spécificité, la toile pose également le problème de l'intervention étatique, comment appliquer un droit national lorsqu'aucune frontière géographique n'existe dans ce milieu ?

Si l'essentiel des informations véhiculées sur le web répond à des besoins légitimes du public, cet outil de communication peut engendrer de nombreux problèmes en offrant aux internautes des contenus nuisibles ou illégaux, comme les propos antisémites, ou la diffusion d'images pédophiles.

La responsabilité des intervenants peut être engagée sur des terrains bien différents. Plateforme commerciale, internet peut être la scène de violation de secrets commerciaux, de concurrence déloyale ou de contrefaçon. Lieu d'expression, il peut aussi être le témoin de diffamation, atteinte à la vie privée, incitation à la haine raciale, propos pédophiles. Les problématiques sont donc diverses et variées et les enjeux touchent à toutes les matières du droit.

Devant les incertitudes nées de la nouveauté du réseau numérique, les tribunaux ont dessiné les premiers contours du régime de responsabilité en s'attachant aux règles héritées du monde de la presse, qui en France émane pour l'essentiel dans la distinction entre correspondance privée et communication audiovisuelle.

Cette distinction est issue de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁷ qui définit la communication audiovisuelle comme « toute mise à disposition du public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de message de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondance privée ».

S'il s'agit d'une correspondance privée, seul l'émetteur du message dommageable peut voir sa responsabilité recherchée. Le secret de ce message, qui est garanti par la loi (article 226-15 du Code Pénal), s'impose à tous, en particulier à l'opérateur de télécommunications, qui doit de manière générale rester neutre au regard de son contenu et ne peut donc engager sa responsabilité de ce chef (article L32-1 du Code des postes et télécommunications).

⁷Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), disponible sur legifrance.org

Si la diffusion constitue une communication audiovisuelle et si la victime subit un dommage à la suite d'une des infractions visées par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881⁸ sur la liberté de presse, c'est vers l'article 93-3 de la loi du 20 juillet 1982⁹ qu'elle doit se tourner. Ce texte transpose le régime de responsabilité en cascade prévu pour la presse écrite par l'article 42 de la loi de 1881, qui met en cause tout d'abord les directeurs de publications et éditeurs. A défaut, l'auteur de l'infraction sera l'auteur, à défaut de l'auteur, le producteur. Ce régime de responsabilité en cascade a pu être transposé sans trop de difficulté dans la télématique (« MINITEL ») car le minitel fonctionne de manière centralisée, le directeur de la publication étant identifiable facilement. Cependant, avec internet la frontière entre correspondance privée et communication audiovisuelle se brouille face à la multiplicité des intervenants, les forums de discussion, le courrier électronique etc... Force a donc été d'admettre que le droit de la presse n'était pas en adéquation avec la société d'information créée par internet. Comme l'énonce George Chatillon ¹⁰ « l'information susceptible de causer un dommage n'est pas seulement celle diffusée par le journaliste ou le paparazzi, le pornographe ou le négationniste. C'est aussi, moins spectaculaire mais omniprésente, l'information scientifique, technique, commerciale ou boursière, bref n'importe quelle information ». Les enjeux diffèrent, et ce sont les tribunaux puis le législateur qui se sont penchés sur la lourde tâche de créer une responsabilité spécifique pour chacun des acteurs intervenant sur le réseau des réseaux.

L'information s'inscrit comme le dénominateur commun qui unit chacun des intervenants et qui peut constituer le fait générateur de la responsabilité : l'internaute diffuse ou consomme de l'information produite par le fournisseur de services, grâce à l'accès offert par le fournisseur d'accès et ceci par l'intermédiaire de l'opérateur de télécommunication.

⁸ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, JO du 30 juillet 1881, p. 4201 - 4205

⁹ Loi n°82-653 du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle, JO du 30 juillet 1982, p. 02441

¹⁰ George Chatillon, Le droit international de l'Internet, éd. Bruylant, 1^{ère} édition, 2001, p. 451 à 464

Les intervenants de l'internet sont multiples. Il existe les fournisseurs du contenant, regroupant tous les acteurs du réseau n'ayant en apparence aucun contrôle sur les informations diffusées (§1), et les fournisseurs du contenu, producteurs d'information (§2).

§1 LES FOURNISSEURS DU CONTENANT

Les fournisseurs du contenant, tel que l'opérateur de télécommunications (A) n'ont a priori aucune maîtrise sur l'information circulant sur le réseau. Cependant, le fournisseur d'accès (B) et le fournisseur d'hébergement (C) ont une nature hybride, ayant parfois le contrôle sur l'information diffusée.

A. L'OPERATEUR DE TELECOMMUNICATION

Il est celui qui assure par contrat le transport de l'information. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1996¹¹ relative à la réglementation des télécommunications, l'opérateur est défini comme « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de télécommunications ouvert au public et fournissant au public un service de télécommunications ».

Tous les acteurs de l'internet sont donc en relation contractuelle avec un opérateur de télécommunications : l'internaute doit souscrire un contrat d'abonnement téléphonique avec cet exploitant et les fournisseurs d'accès et de services, sont liés contractuellement à lui par des contrats de liaisons spécialisés.

Participant matériellement à la diffusion de l'information et fournissant ainsi les moyens de communication, l'opérateur n'a cependant pas pour obligation contractuelle la fourniture d'une information spécifique mais celle d'une prestation de transport de l'information. La responsabilité contractuelle de ce transporteur ne peut être engagée qu'en cas de non respect ou de défaillance dans la fourniture des moyens de transports. Le contenu de l'information diffusée grâce à son réseau ne

¹¹ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, art. 6 du JO du 27 juillet 1996

relève pas de sa responsabilité. Son rôle est, selon H. Bitan¹², comparable à celui de télédiffusion de France, essentiellement responsable de la diffusion des programmes audiovisuels. Cette exonération de responsabilité à l'égard du message qu'il véhicule résulte du « principe de neutralité » qui lui incombe. En effet, l'article 1 du cahier des charges de France Télécom et l'article L. 32.1-I, alinéa 5 du code des Postes et télécommunications stipulent que le ministre chargé des télécommunications et l'ART¹³ doivent veiller au respect, par les opérateurs du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis.

B. LE FOURNISSEUR D'ACCES

La fonction essentielle de ce prestataire consiste à fournir au public, à travers des contrats d'abonnement, un service de connexion à internet. Sa fonction est donc limitée à la prestation technique de mise en relation de son abonné avec les sites que ce dernier souhaite consulter. Il n'est pas en principe celui qui fournit l'information mais s'apparente plus à un prestataire technique offrant à ses abonnés les moyens matériels d'utiliser internet.

Dans certaines hypothèses, il peut, par ailleurs, être également fournisseur d'information, au delà de la simple prestation technique. C'est le cas, par exemple, d'American On Line qui a précisé lors d'un communiqué de presse ¹⁴ qu'«AOL ne sera pas un simple tuyau (...) car il ne s'agit pas (...) de retranscrire les médias existants». Les fournisseurs d'accès comme AOL exercent donc un contrôle direct sur le contenu informationnel auquel ils permettent l'accès. Leur responsabilité civile est étendue au contenu des pages web mais limitée par le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité stipulées dans les contrats d'abonnement.

C. LE FOURNISSEUR D'HEBERGEMENT

Il est le fournisseur d'un service de stockage et de gestion de contenus permettant à un fournisseur d'informations de rendre celles-ci accessibles au public

¹² H. Bitan, Acteurs et responsabilité sur l'internet, Gaz. Pal. 1998, I, doctrine, p. 508 s.

¹³ ART : Autorité de Régulation des Télécommunications

¹⁴ In H. Bitan, préc., Libération, suppl. multimédia du 1^{er} février 1996

sur internet. Il est en somme « l'hôtelier du Net » comme le nomment certains¹⁵. La jurisprudence, puis le législateur¹⁶ ont construit une responsabilité vis-à-vis des tiers estimant que dans certaines conditions il pesait sur le fournisseur d'hébergement un devoir de vérification des contenus qu'on lui propose de mettre en ligne.

§2 LES FOURNISSEURS DU CONTENU

Ce sont les acteurs qui ont une maîtrise sur l'information diffusée. H. Bitan¹⁷ les définit comme étant « toute personne ou entité introduisant de l'information sur tout support logique et/ou physique accessibles par les internautes ». On peut distinguer les fournisseurs de contenus marchands (presse, éditeurs, banques, commerçants...) et les fournisseurs de contenus non marchands (universitaires, chercheurs, particuliers...). Sur internet, tout le monde peut devenir fournisseur d'information. Mais l'étendue de la responsabilité variera selon que l'on soit face à un professionnel (A) ou non (B).

A. LE FOURNISSEUR DE SERVICES

Il est la source des informations qui circulent sur internet. Il est celui qui a un réel pouvoir sur l'information diffusée. Le fournisseur de services peut remplir plusieurs fonctions, tantôt diffuseur d'information, tantôt propriétaire du serveur, fournisseur d'accès. Le fournisseur de service est un professionnel de la diffusion, il engage sa responsabilité contractuelle (sur le fondement de l'article 1147 du code civil) et délictuelle (sur le fondement de l'article 1382 et 1383) en cas d'informations fausses, incomplètes ou dénigrantes dont il est l'auteur. Sa responsabilité est liée à son pouvoir de contrôle sur les informations.

B. L'INTERNAUTE

L'internaute est celui qui se connecte à internet afin d'obtenir ou de diffuser des informations. Il est ainsi soit consommateur soit producteur d'information et peut être à la fois objet et sujet de responsabilité.

¹⁵ L. Thoumyre, Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques, *Légipresse*, 2004, n° 214 *Tribune* p. 129

¹⁶ Sur ce point voir Titre 1 Partie 1 Chapitre 2 p. 23 à 31, et Partie 2 Chapitre 1 et 2 p 33. à 45

¹⁷ H. Bitan, préc. p. 508 s.

L'utilisateur, en sa qualité de consommateur d'informations, décide volontairement de consulter et éventuellement recevoir physiquement sur son propre ordinateur l'information désirée. L'internaute doit faire un usage licite des informations obtenues et respecter les droits des tiers. Ainsi, il peut télécharger une œuvre pour un usage purement privé, il ne peut en revanche l'utiliser en vue d'un usage collectif sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur de l'œuvre (L.122-5-2 du CPI).

Dans son rôle de consommateur, l'internaute est libre de l'usage des informations obtenues mais ne peut en abuser. Il se doit de respecter les droits d'autrui notamment les droits de propriété intellectuelle¹⁸ ou encore les droits de la personnalité¹⁹. L'internaute assume envers les tiers la responsabilité civile des informations qu'il diffuse.

Les fournisseurs du contenu sont sensés être les seuls responsables pour les informations diffusées ceci étant dû à leur rôle actif dans la diffusion d'information. Cependant, il y a eu controverse en ce qui concerne les fournisseurs d'accès internet qui peuvent avoir un rôle plus actif et les fournisseurs d'hébergement dont le contrôle des informations va parfois être exigé dans certaines conditions. Les tribunaux, face au vide juridique autour de leur responsabilité ont donc du intervenir et suppléer au droit afin de déterminer un cadre légal pour engager la responsabilité de ces acteurs.

¹⁸ Les droits de propriété intellectuelle sont les droits de la propriété artistique et littéraire, droits d'auteur, et les droits de la propriété industrielle, ainsi que des dessins et modèles.

¹⁹ Les droits de la personnalité visés en particulier sont le droit à la vie privée et le droit à l'image (article 9 du code civil).

La détermination d'un fondement pour une responsabilité des fournisseurs d'hébergement vis-à-vis des tiers a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine (sous-section 1). Le législateur a dû intervenir pour élaborer un cadre légal adapté aux spécificités d'internet mais a longtemps délaissé le sort de l'hébergeur internet (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT A LA RESPONSABILITE DE L'HEBERGEUR VIS-A-VIS DES TIERS

Face à la liberté qui caractérise internet et à la difficulté de déterminer le rôle de chaque acteur, la recherche d'un fondement de la responsabilité des prestataires techniques vis-à-vis des tiers ne fut pas une chose facile. La doctrine a longtemps été divisée entre deux tendances. Pour les uns, il existe une responsabilité du fait de l'information, découlant de la responsabilité du fait des choses (§1). Pour d'autres, considérer l'information comme une chose est un contresens le fournisseur d'hébergement ne pouvant que tomber sous le joug de la responsabilité du fait personnel (§2).

§1 LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES

Selon une part de la doctrine, il existe une responsabilité du fait de l'information. Le terme information est présent dans de nombreux textes civils et pénaux. A titre d'exemple, l'article 226-13 relatif au secret professionnel du Nouveau Code Pénal punit la révélation « d'une information à caractère secret dans un cadre déterminé ».

Bien que plusieurs textes emploient le terme information, aucun ne définit ce qu'est l'information. Un seul arrêt y fait référence²⁰ et le définit comme étant « l'annonce

²⁰ Cour d'appel de Paris 25 Janvier 1988, D. 1988, p.50

d'un fait précis et circonstancié, actuel ou passé mais non encore divulgué dont le caractère mensonger est établi de manière objective. »

Deux auteurs ont tentés de définir l'information. M. P. Catala²¹ la définit le plus largement possible en considérant que « tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information ». Le Professeur Galloux²², quant à lui, définit l'information comme « la forme en l'état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification ».

G. Danjaume²³, estimant ces définitions trop larges, en donne une nouvelle : « tout message communicable à autrui n'est pas une information pouvant engendrer la responsabilité. L'information doit apporter un plus, une connaissance ». Cet auteur estime que le débiteur de l'information pourra voir sa responsabilité engagée du fait de l'information fautive et du fait de l'information vraie mais tendancieuse ou dangereuse. Cette responsabilité du fait de l'information est une responsabilité du fait des choses découlant de l'article 1384 alinéa 1. A ce titre, il faut démontrer le fait d'une chose, un dommage et un lien de causalité entre le fait de la chose et le dommage. Le fait de la chose peut sembler problématique dans le domaine de l'information. Dans le régime de la responsabilité du fait de la chose, on distingue la chose en mouvement de la chose inerte. Pour la chose en mouvement l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1940²⁴ pose le principe selon lequel l'absence de contact n'est pas exclusive du lien de causalité. Pour la chose inerte, le contact est nécessaire. L'information, selon Danjaume²⁵, doit être considérée comme une chose inerte, il ne peut donc y avoir de responsabilité du fait de la chose information que s'il y a contact entre la chose et la personne et ce dernier est établi entre l'information fournie par la banque de donnée via l'écran.

²¹ M.P. Catala, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1985 chon, p97

²² In G. Danjaume, La responsabilité du fait de l'information, JCP G, 1996, I, p. 3895s.

²³ G. Danjaume, préc. p 3895 s.

²⁴ In G. Danjaume idem

²⁵ G. Danjaume ibidem

Selon MM. F. Dupuis-Toubol, M-H Tonnelier et S. Lemarchand²⁶ ce concept est illustré, en matière télévisuelle, dans le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 27 février 1991²⁷. En l'espèce, Antenne 2 retransmettait des images d'une manifestation sportive prises par la télévision Italienne et il a été jugé qu'Antenne 2 n'avait pas la garde de l'information qu'elle diffusait car elle n'avait pas elle-même effectué les prises de vue.

Ces mêmes auteurs estiment que la responsabilité du fait de l'information a été admise implicitement par les tribunaux répressifs dans l'arrêt du 12 janvier 1989²⁸. En l'espèce, la cour de cassation estime que le contenu informationnel d'une disquette peut être l'objet d'un vol.

§2 LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DU FAIT PERSONNEL

Une autre partie de la doctrine²⁹ s'est opposée à la responsabilité du fait des choses estimant que l'information ne pouvait être considérée comme une chose de par sa nature immatérielle. C'est cette position que la jurisprudence³⁰ a suivi en élaborant une responsabilité pour faute de droit commun fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil.

SOUS-SECTION 2 : L'ABSENCE DE CADRE LEGAL

Face au vide juridique autour d'internet, le gouvernement français a pris la décision, dès mars 1996, de confier à un groupe de travail interministériel présidé par Mme Falque -Pierrotin, maître des requêtes au Conseil d'Etat, la mission de clarifier le cadre juridique de l'internet. Selon les termes du rapport, il devait « proposer des mesures concrètes et des évolutions de la réglementation permettant, dans le strict

²⁶ MM. F. Dupuis-Toubol, M-H Tonnelier et S. Lemarchand, *Internet saisi par le droit*, préface F. Fillon, Ed. Des Parques, 1997, p. 105 à 125

²⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, 1^{ère} Ch., 27 février, 1991, JCP G, 1992, II, p.72, note Ph. le Tournau.

²⁸ Arrêt Bourquin, Cour de cassation, chambre criminelle, 12 Janvier 1989

²⁹ Le Tournau, *contrat informatiques et électroniques*, 5^{ème} édition, 2008, Dalloz

³⁰ Sur ce point voir Chapitre 2 p. 23 à 31

respect de la liberté de la communication, un niveau satisfaisant de garantie de l'Ordre Public, notamment vis-à-vis de la jeunesse et du consommateur ». Le rapport « Internet : enjeux juridiques »³¹, déposé le 16 juin 1996, préconise trois axes : « préférer l'autocontrôle au contrôle à priori, clarifier les responsabilités des acteurs, développer la coopération Internationale ».

Cependant, face au nombre d'affaires croissantes concernant internet, avant la conclusion du groupe de travail, M. Fillion proposa un amendement au projet de loi sur la réglementation des télécommunications, adopté par le parlement le 18 juin 1996³². Cette proposition ne se préoccupait que du sort des fournisseurs d'accès internet, délaissant le problème des fournisseurs d'hébergement.

Cet amendement comportait néanmoins un point intéressant. La seconde disposition (article 43-2) prévoyait la mise en place d'un comité chargé d'élaborer des recommandations déontologiques sur les services en ligne et donner avis sur des services qui lui serait signalés. Le Comité supérieur de la télématique (CST), qui auparavant avait une compétence limitée au réseau télérel, avait pour mission, à la demande de tout utilisateur, opérateur, fournisseur de services ou toute organisation professionnelle ou association d'usagers, d'émettre un avis publié au Journal Officiel, sur le respect des recommandations. De plus, il devait examiner les réclamations concernant un service et plus généralement de mener toute étude et action d'information sur ces services et de participer à l'élaboration de règles déontologiques communes dans le cadre de la coopération internationale. Le CST n'était pas autonome. Il était sous le contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) qui devait désigner le Président du CST et adopter les recommandations élaborées par le comité, lesquelles devaient être publiées au Journal Officiel, ainsi que de donner connaissance sans délai au Procureur de la République de tout fait de nature à motiver des poursuites pénales.

³¹ L. Falque-Pierrotin, Internet : enjeux juridiques, rapport au ministre délégué à la Poste, aux télécommunications et à l'Espace, et au ministre de la culture, Doc. fr, Paris, 1997, 151 pages ; <http://www.ladocymmentationfrancaise.fr/rapports-publics/974057500/index.shtml>

³² A ce propos, C. Feral-Schul, Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet, 4^{ème} édition, Dalloz, 2006, p493.

La proposition Fillon a été censurée le 23 juillet 1996³³ par le Conseil constitutionnel qui déclare contraire à la constitution l'article 43-2 au motif que la loi avait conféré au Comité des pouvoirs insuffisamment délimités en lui confiant la faculté d'émettre des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales.

Le législateur a donc été dans l'incapacité de trouver un moyen de réguler les problèmes liés à internet. La situation va alors rester en l'état jusqu'à la célèbre affaire de la cour d'appel de Paris du 10 février 1998³⁴ opposant le mannequin Estelle Halliday à des fournisseurs d'hébergement. Face à la médiatisation de l'affaire, les parlementaires entreprirent de formuler un texte visant à clarifier la responsabilité des fournisseurs internet. Cependant, ce travail long et minutieux n'a abouti qu'en août 2000. Ainsi, dans l'attente d'un texte légal, les tribunaux ont eux-mêmes suppléé aux lacunes du droit.

³³ Décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996, JCP E. 1997, I, 657, n°25, note M. Vivant et Ch. Le Stanc

³⁴ Cour d'appel de Paris, 14^{ème} Ch, 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, Gaz. Pal., 5-6 avril 2000, jur. p. 19, note Ch. Caron

CHAPITRE 2. UNE RESPONSABILITE DE DROIT COMMUN CREEE PAR LES TRIBUNAUX

Face à l'absence de textes de loi encadrant la responsabilité des prestataires techniques, les tribunaux ont eu la lourde tâche de créer une responsabilité civile applicable aux hébergeurs. Tout d'abord, il convient de s'intéresser aux critères posés par les tribunaux pour définir la fonction même de l'hébergeur (section 1), les premières décisions élaborent une responsabilité de droit commun de ces acteurs (section 2), instaurant les devoirs et obligations qui leur incombent (section 3).

SECTION 1. LA DEFINITION JURISPRUDENTIELLE DE L'HEBERGEUR INTERNET

Parmi les différentes prestations proposées sur l'internet, la fourniture d'hébergement permet le stockage d'informations sur un serveur afin de les rendre disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter. Cette activité distingue le fournisseur d'hébergement du fournisseur du contenu, qui « insère de l'information sur un support accessible par l'internet » ainsi que du fournisseur d'accès, dont la « fonction essentielle est celle d'un prestataire de services de nature technique chargé de mettre en relation ses abonnés avec les sites et les autres utilisateurs »,³⁵

La loi actuelle³⁶ régissant la responsabilité des hébergeurs internet les désigne comme étant « 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 toutes natures fournis par des destinataires de ce services ». Deux éléments ressortent de cette définition : la fonction de stockage directe et permanent (§1), et la fonction

³⁵ M. Pendu, L'étendue de la responsabilité du fournisseur d'hébergement, Expertises, Avril 2000, p. 109s.

³⁶ Loi du 21 juin 2004 n° 2004-575, loi pour la confiance en l'économie numérique, dite LCEN, JO du 22 juin 2004, p1168, article 6-I-2

d'intermédiaire (§2). Ces deux critères ont été consacrés par la loi LCEN mais ils avaient été au préalable dégagés par les tribunaux ou par des acteurs spécialisés.

§1 LE CRITERE DU STOCKAGE DIRECT ET PERMANENT

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre précise cette notion³⁷ dans son jugement du 8 décembre 1999³⁸. Il oppose la prestation durable du fournisseur d'hébergement à celle instantanée du fournisseur d'accès : « au contraire du fournisseur d'accès dont le rôle se limite à assurer le transfert de données dans l'instantanéité et sans possibilité de contrôler le contenu de ce qui transite par son service, 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. »

§2 LE CRITERE DE FONCTION D'INTERMEDIAIRE

Le critère de fonction d'intermédiaire est arrivé plus tardivement pour compléter les lacunes de la loi de 2000³⁹. Il vise à intégrer certains fournisseurs d'hébergement tels que les forums de discussion qui n'hébergent pas eux-mêmes les contenus échangés mais qui offrent simplement un espace d'échange d'informations.

Le forum des droits sur l'internet a alors proposé dans sa recommandation du 6 février 2003⁴⁰ que la définition des « personnes pouvant bénéficier du régime de responsabilité adapté à l'activité d'hébergement (...) puisse englober l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes exerçant une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple, certains fournisseurs et exploitants de forums de discussion ou certaines activités de courtage en ligne ».

³⁷ Cette notion avait été préalablement dégagée par le tribunal d'instance de Puteaux lors d'un jugement en date du 28 septembre 1999³⁷ qui opposait la notion de stockage durable au stockage temporaire effectué dans l'activité de catching

³⁸ TGI Nanterre, 8 décembre 1999, Linda L... c/ sté Multimania, D. 2000, somm., p. 274, obs. Ch. Caron

³⁹ Loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, publiée au JO n°177 du 2 août 2000, p. 11903

⁴⁰ Recommandation du forum des droits de l'internet, 6 février 2003, projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen_20030206.pdf

SECTION 2. L'ELABORATION D'UNE RESPONSABILITE DE DROIT COMMUN PAR LES TRIBUNAUX

Face au nombre d'affaires grandissant mettant en cause la responsabilité des fournisseurs d'hébergement, les tribunaux ont fixé un régime de responsabilité de droit commun, fondé sur la responsabilité pour faute de l'article 1382. Plusieurs décisions sont venues cloisonner le champ de responsabilité de l'hébergeur. Elle pose une absence d'obligation générale de surveillance (§1), mais obligation de contrôle du contenu dans certains cas (§2), et la possibilité d'engager la responsabilité en cas de contrôle effectif du contenu (§3).

§1 L'ABSENCE DE RESPONSABILITE SUR LE CONTENU

Selon la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 novembre 1992⁴¹, l'hébergeur n'est pas tenu de vérifier le contenu de l'information qu'il met en ligne. Plusieurs décisions ont par la suite rejeté la responsabilité du fournisseur d'hébergement. A titre d'exemple, le tribunal d'instance de Puteaux dans son jugement du 28 septembre 1999⁴² suit cette position au sujet d'une affaire de diffamation sur des pages personnelles. La juge a réfuté toute assimilation du fournisseur d'hébergement à un directeur de publication, considérant qu'il « n'intervient en aucune façon sur l'émission des données » et qu'il n'est pas en mesure d'en « déterminer le thème ni le sujet », qu'il ne peut « ni sélectionner, ni modifier les informations avant leur accessibilité sur internet » et que dans ces conditions il ne dispose d'aucune maîtrise sur le contenu des informations avant que celles-ci ne soient disponibles sur l'internet. Ainsi, le fournisseur d'hébergement, assurant un service de mise en ligne des informations sur internet, n'est pas en mesure de connaître par avance le contenu de ces informations et ne saurait donc en être tenu responsable.

⁴¹ Cass. Crim. 17 nov. 1992, LPA 12 avril 1993, n°44, p.4

⁴² Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, société Axa Conseil Iard et a. c/ M. C. Monnier et a., Gaz. Pal., 31 décembre 1999 1^{er} janvier 2000, p. 27 s., note E. Morain

Ce même raisonnement est toujours suivi aujourd'hui comme le démontre le jugement du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg du 19 Mai 2005⁴³. En l'espèce, le propriétaire de la marque « Eurochallenges » entendait poursuivre pour contrefaçon par reproduction massive de sa marque un site internet. Le tribunal a été invité à se prononcer sur l'éventuelle responsabilité du prestataire qui héberge un site internet contenant des produits contrefaits, et a suivi ce même raisonnement initié avant l'entrée en vigueur de la loi LCEN pour en écarter sa responsabilité, car ce dernier n'avait aucune maîtrise du site en cause.

Cependant cette « responsabilité raisonnable »⁴⁴ comme la nomme certains, est parfois mise à l'écart, l'hébergeur engageant alors sa responsabilité civile sur le contenu de ce qu'il met à disposition du public

§2 UNE OBLIGATION GENERALE DE SURVEILLANCE DANS LE CAS DE L'HEBERGEMENT ANONYME

C'est l'affaire opposant le mannequin français Estelle Hallyday à un fournisseur qui hébergeait un site reproduisant dix-neuf photographies de cette dernière dénudée qui a mis à la charge du fournisseur d'hébergement une obligation générale de vérification du contenu des sites hébergés en cas d'anonymat. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 10 février 1999⁴⁵, a considéré que le fournisseur d'hébergement, en offrant la possibilité à des personnes de créer des pages web anonymes, avait « manifestement excédé le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations ». L'arrêt se réfère à la fourniture de moyens. Le fournisseur est responsable parce qu'il a permis à une personne, en l'hébergeant, de porter atteinte à la vie privée d'un mannequin. En offrant d'héberger toute personne, il rend donc possible la commission de l'atteinte aux droits des tiers. Il devra donc assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles

⁴³ Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, 1^{ère} Ch. Civ., 19 mai 2005 CNRRH, PAT c/ CC Multimédia. Fx. Boulou et J. Le Clainche, Prestataires de services internet : fondement d'une responsabilité, RLDI, n° 10, novembre 2005, comm. N°286, p. 275 s.

⁴⁴ M. Pendu, préc. p. 109

⁴⁵ CA Paris, 14^{ème} ch., 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, préc. p. 389

circonstances, « les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés entrepris d'exercer (...) ».

Alain Madelin⁴⁶ a sévèrement critiqué cette décision en ce qu'elle « apparaît inéquitable, dans la mesure où elle institue une responsabilité pour des choses que l'on n'est pas en mesure de contrôler et de nature à entraver gravement le développement de nouveaux services sur l'internet ».

Cependant, la doctrine dans son ensemble estime que c'est le caractère délibérément anonyme voulu par l'hébergeur qui a motivé la sanction. De plus, le responsable à titre principal est l'auteur du site incriminé. Ce n'est qu'à titre subsidiaire et en raison de son refus de communiquer l'identité du responsable que le fournisseur d'hébergement a été sanctionné.

§3 RESPONSABILITE EN CAS DE CONTROLE EFFECTIF DU CONTENU

Dans certains cas la responsabilité des hébergeurs peut être engagée en raison du contenu des sites hébergés. C'est l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 décembre 1998⁴⁷, bien qu'il concerne en l'espèce un service télématique de messagerie, qui initie ce raisonnement. En l'espèce, le créateur d'un service télématique de messagerie dénommé « 3615 Renouveau » était poursuivi suite à la diffusion de deux messages anonymes sur son forum créé dans le but d'échanger des opinions religieuses et politiques des « divers mouvements de la droite chrétienne ». La cour d'appel de Montpellier avait estimé qu'il ne pouvait être poursuivi dès lors qu'il n'avait pas le contrôle des messages diffusés. Mais la Cour de cassation a cassé cet arrêt considérant que le créateur, en mettant à disposition un tel service, savait à l'avance les thèmes qui y serait abordés. Il ne pouvait donc pas opposer un défaut de connaissance des contenus.

⁴⁶Alain Madelin in C. Féral-Schul, Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet, 4^{ème} éd., Dalloz, 2006 p.495 et s.

⁴⁷ Cass. Crim., 8 décembre 1998, Gaz. Pal., 11, jur. p. 39, note A. Cousin

Dans le même sens, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre⁴⁸ condamne l'hébergeur d'un site de vente aux enchères sur internet de noms de domaine reproduisant des marques notoires.

De par sa nature d'intermédiaire, l'hébergeur est par principe irresponsable du contenu des sites hébergés. Cependant sa responsabilité pourra être engagée dès lors qu'il lui été possible de connaître le contenu des sites, soit lorsque par les services qu'il propose il est évident qu'il connaisse le contenu des sites hébergés soit lorsqu'il permet l'hébergement de site de manière anonyme.

§3 LA RETICENCE D'UNE RESPONSABILITE PENALE

Dans l'affaire U.E.J.F. contre Costes, du 10 juillet 1997⁴⁹, le Tribunal de Grande Instance de Paris décide que si la responsabilité de l'hébergeur doit être engagée pénalement, elle ne le sera que sur le terrain de la complicité.

En l'espèce, l'U.E.J.F reprochait à M. Costes d'avoir diffusé, sur son site internet des propos racistes et à l'hébergeur « Altern » d'avoir permis la diffusion de tels messages. Le tribunal estime que l'hébergeur ne peut être considéré comme complice que dans le cas où le caractère intentionnel de son agissement est établi, c'est-à-dire dès lors qu'il a eu connaissance de l'existence des contenus illicites présents sur son serveur d'hébergement sans en supprimer l'accessibilité au public. Cette prise de position, en somme défavorable à la mise en place d'une responsabilité pénale de l'hébergeur, a été par la suite confirmée par divers jugements, dont la décision du tribunal d'instance de Puteaux du 28 septembre 1999, qui en refusant d'assimiler l'hébergeur à un à directeur de publication, fait échapper ce dernier à la responsabilité pénale prévue en cas de délits de presse par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁵⁰.

⁴⁸ Tribunal de Grande Instance de Nanterre, ord. Réf. 31 janvier 2000, Expertises, Août-septembre 2000, n°240, p. 277-278

⁴⁹ TGI Paris, 10 juillet 1997 ; E. Jez, Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000, Gaz. Pal., 2000, 4, doctrine, p.1511 s.

⁵⁰ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 préc.

De nombreuses décisions ont énoncé à la charge de l'hébergeur un devoir de vigilance et de prudence afin que la responsabilité de ces derniers ne soit pas engagée.

Le jugement du 8 décembre 1999 du Tribunal de Grande Instance de Nanterre énonce que le fournisseur d'hébergement est tenu à une obligation générale de prudence et de diligence.

Les fautes imputables aux fournisseurs d'hébergement sur internet doivent s'apprécier en référence au bon père de famille. Cependant, il est difficile d'évaluer ce que cette obligation sous-entend face à la réalité des contraintes techniques auxquelles restent soumis ces fournisseurs. Selon G. Viney, « le standard de l'homme raisonnable doit être adapté à la nature de l'activité visée ». C'est une telle appréciation qu'ont porté les juges dans cette affaire en identifiant et en délimitant les trois moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action, afin d'éviter que l'activité du fournisseur porte atteinte aux droits des tiers.

En l'espèce, les faits étaient similaires à l'affaire Estelle Hallyday, opposant un hébergeur à un mannequin suite à la diffusion sur internet de photographies portant atteinte à son intimité. L'hébergeur avait été condamné pour ne pas avoir mis en place de procédure permettant de détecter la présence de contenus illicites. Par sa décision, le tribunal définit le rôle de l'hébergeur pour que celui-ci ne voit pas sa responsabilité engagée.

Les juges ont considéré qu'il appartenait au fournisseur d'hébergement de veiller au respect des droits des tiers en mettant en œuvre « des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action ». Ceci signifie que les hébergeurs doivent transmettre aux créateurs de sites une information leur rappelant le nécessaire respect des droits des tiers. Le tribunal précise que le devoir de vigilance s'entend comme « l'obligation d'évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent ». Enfin l'action se traduit quant à elle, par la fermeture immédiate des sites litigieux et de veiller à ce qu'ils ne soient pas rouverts.

En l'espèce, le tribunal a estimé que l'une des sociétés défenderesses s'était acquittée de son obligation d'information en communiquant aux créateurs de sites une charte

des obligations et devoirs de ces derniers, ainsi qu'une fiche d'ouverture de compte et d'une lettre d'information hebdomadaire.

En ce qui concerne le devoir de vigilance, ce dernier peut paraître difficile si l'on tient compte des obstacles techniques inhérents à internet, notamment la rapidité de la circulation des informations et la masse importante d'information. C'est pourquoi les magistrats sont venus délimiter ce devoir de manière positive et négative. Il n'appartient pas « au fournisseur d'hébergement d'exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites » mais ce dernier est cependant tenu « de prendre les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent, cette apparence devant s'apprécier au regard des compétences propres du fournisseur d'hébergement ».

Le moyen technique de surveillance que le tribunal propose est « le sondage par un moteur de recherche basé sur des mots clés adaptables à chaque situation concrète », cette technique ayant été, en l'espèce, utilisée par l'huissier de justice.

Selon Myriam Pendu⁵¹, il ne s'agit en aucun cas d'imposer une obligation de résultat quant à la découverte des sites litigieux mais de les impliquer dans la gestion du contenu de leur serveur par la mise en œuvre de moyens raisonnables dont ils possèdent la maîtrise technique. La connaissance par le fournisseur d'hébergement de la présence d'informations apparemment illicites exclut toute inertie de sa part. Il se doit d'adopter un rôle plus actif, avertir le site litigieux du caractère illicite de l'information par une mise en demeure et à défaut de réponse, fermer l'accès du site.

Cependant, cette décision a été partiellement infirmée par la cour d'appel de Versailles, le 8 Juin 2000⁵² qui retient qu'il « n'est pas rapporté la preuve d'une négligence commise par le fournisseur d'hébergement et susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de la plaignante ».

L'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 8 juin 2000, reprend le raisonnement sur le fond : « à l'occasion de son activité, une société d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence quant au contenu des sites qu'elle accueille (...)

⁵¹ Myriam Pendu, préc. p. 109 s.

⁵² CA Versailles, 8 juin 2000, JCP E. 2000, p.1856, n°5, obs. Mallet-Poujol et Vivant

que cette obligation de moyen, qui n'implique pas l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés, doit néanmoins se traduire au stade de la formation du contrat avec le client créateur du site, par des mesures préventives (...) et au stade de l'exécution du contrat par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal (...) de telles diligences doivent être spontanées ». La cour d'appel de Versailles a estimé que l'hébergeur ne connaissant pas par lui-même le contenu du site et n'en ayant pas été informée pouvait légitimement l'ignorer. Elle estime que le moyen de recherche par mots clés n'est pas valable. La société d'hébergement, ayant procédé aux divers obligations de moyens de surveillance, ne pouvait se voir reprocher l'existence du site dont le nom « frenchcelebs » n'a pas été jugé comme ayant une connotation illicite évidente.

Cet arrêt infirme donc partiellement la décision précédente : le devoir de surveillance et de diligence sont maintenus, bien que la cour de Versailles envisage ce devoir de surveillance avec plus de souplesse et de manière plus réaliste comme le diront certains⁵³.

Les affaires dénonçant le comportement passif de certains hébergeurs furent nombreuses et démontrèrent l'efficacité du système posé par les tribunaux.

A titre d'exemple, dans un arrêt du 24 Mai 2000, UEFJc/. Sté Multimania Production⁵⁴, la responsabilité de l'hébergeur d'un site nazi ne fut pas retenue car il fut techniquement très difficile de détecter ce site illicite, ceci dépassant donc la simple obligation de vigilance imposée à l'hébergeur.

En somme, l'œuvre de la jurisprudence paraissait prometteuse. Les conditions pour engager la responsabilité de l'hébergeur ayant été clairement définies : bien qu'étant un simple intermédiaire celui-ci peut dans certains cas avoir le contrôle effectif de l'information par le genre de sites qu'il propose d'héberger. Il peut, de plus, engager sa responsabilité dès lors qu'il couvre d'anonymat les sites qu'il héberge et ne contrôle pas leur contenu. Enfin, il lui appartient d'adopter un comportement diligent

⁵³ Agathe Lepage, Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur Internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement, D. 2001, p. 322 à 327

⁵⁴ Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 24 mai 2000, UEFJ c/ société Multimania Production, Gaz. Pal. 2000, 1, somm. p. 1286

afin de prévenir toute atteinte aux droits des tiers, en amont lors de la signature du contrat et en aval lors de l'exécution du contrat.

Néanmoins, ce système efficace a été brisé net par le législateur qui voulut intervenir en réformant la loi du 30 septembre 1986 et l'adapter aux nouvelles technologies.

PARTIE 2 MISE EN PLACE D'UN CADRE LEGAL

Dans un souci de sécurisation juridique, le législateur a voulu codifier les règles élaborées par la jurisprudence. Or, sa première tentative, le 1^{er} août 2000, fut un véritable échec, du à une imprécision dans la rédaction du texte de loi (Chapitre 1). Ce n'est qu'en 2004, que le droit français a pu enfin s'aligner avec les normes communautaires, créant un régime de responsabilité exorbitant du droit commun, encadrant l'activité des fournisseurs d'hébergement (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LA LOI DU 1^{ER} AOÛT 2000 OU « LA BEVUE DU LEGISLATEUR »⁵⁵

Après quatre années de jurisprudence construisant une responsabilité uniforme de l'hébergeur internet, le législateur français tenta pendant plus d'un an d'élaborer un projet de loi avec beaucoup de difficultés et de contradictions entre l'Assemblée Nationale et le Sénat, n'arrivant pas à s'accorder sur le régime à mettre en place. C'est dans ce contexte, que la directive du 8 juin 2000⁵⁶ voit le jour, uniformisant la responsabilité de l'hébergeur au niveau européen (Section 1). La loi de transposition du 1er août 2000⁵⁷ est promulguée suite à la directive, reprenant en partie l'œuvre de la jurisprudence mais son manque de précision en fait une loi inadaptée (Section 2). Face à ces imperfections, elle est en partie censurée par le Conseil constitutionnel, donnant naissance à un régime décevant et peu adéquat (Section 3). Cette loi insiste néanmoins sur le nouveau rôle du juge en matière de nouvelles technologies (Section 4).

SECTION 1 : LA DELICATE INTERVENTION DU LEGISLATEUR

Face au nombre d'affaires mettant en cause des prestataires techniques, le législateur décida de clarifier la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès (§1). Plusieurs propositions furent émises par les députés avant la promulgation par la Commission Européenne de la directive du 8 juin 2000, prévoyant un régime de responsabilité des fournisseurs au niveau européen (§2).

⁵⁵ Philippe Le Tournau, *op. cit.* p. 319

⁵⁶ Directive n°2000/31/CE du Parlement et du Conseil, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dite directive sur le commerce électronique, JOCEL n°178, juillet 2000, p.

⁵⁷ Loi n°86-1067 du 1^{er} août 2000 préc.

§1 EFFORT DE CLARIFICATION DU CADRE JURIDIQUE ANTERIEUR A LA SOLUTION COMMUNAUTAIRE

M. Alain Madelin fut le premier à proposer une modification de la loi du 30 septembre 1986⁵⁸ relative à la liberté de communication suite aux retombées de l'affaire Estelle Hallyday en posant le principe de l'exonération de la responsabilité de « ceux qui ne sont pas les auteurs de l'infraction, et qui n'ont qu'un rôle technique de transmission des informations, dans la mesure évidemment où ils n'auraient pas participé à la commission de l'infraction ou, qu'ayant eu connaissance de cette infraction, ils n'agiraient pas promptement pour la faire cesser, en retirant les informations illicites ou en rendant leur accès impossible »⁵⁹. Cette proposition n'a jamais été suivie d'effet et fut laissée de côté.

Ce fut alors le tour de M. Patrick Bloche, député socialiste, de s'occuper de rechercher une solution lors de la discussion de la loi de réforme de l'audiovisuel. Il suggéra alors que la responsabilité des fournisseurs ne puisse être engagée que dans des cas très limités : s'ils ont eux-mêmes « contribué à la création ou à la production de ce contenu » ou si ayant été saisis par une autorité judiciaire, ils n'ont pas « agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ». Il prévoyait également d'imposer aux fournisseurs l'obligation de fournir sur requête d'une autorité judiciaire « les éléments d'identification fournis par la personne ayant procédé à la création ou à la production du message ainsi que les éléments techniques en sa possession de nature à permettre de localiser leur émission »⁶⁰.

Cet amendement a été adopté par l'Assemblée Nationale⁶¹, mais le Sénat a adopté un amendement présenté par le sénateur Hugot⁶², instaurant des dispositions

⁵⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc.

⁵⁹ Proposition de la loi 1447, relative à la liberté de communication sur l'internet, 9 mars 1995, p. 5

⁶⁰ Amendement de M. Bloche du 18 mai 1999, in C. Féral-Schul, Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet, 4^{ème} édition, Dalloz, 2006, p.495

⁶¹ Projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale le 27 mai 1999 en première lecture modifiant la loi du 30 septembre 1986, in C. Féral-Schul, préc. p. 495

⁶² Amendement du Sénat des 19 et 26 janvier 1986, à in C. Feral-Schul, préc. p. 496

supplémentaires. Le fournisseur avait obligation de fournir les éléments d'identification des créateurs de site non plus seulement à la demande d'un magistrat, mais à la demande de tout « tiers justifiant d'un intérêt légitime ». De plus, le fournisseur « ayant eu connaissance du caractère manifestement illicite de ces contenus, n' (ayant) pas fait toute diligence pour mettre en demeure leurs auteurs ou éditeurs de retirer les faits litigieux ou d'en rendre leurs accès impossible » voyait alors sa responsabilité engagée. Il était proposé de mettre à leur charge plusieurs obligations telles que le fait de conserver les données de connexion qu'ils hébergent pendant un délai fixé en Conseil d' Etat.

Les parlementaires estimèrent le dispositif trop sévère et contraignant considérant que « la rédaction du Sénat faisait du fournisseur le juge de l'illégalité du contenu des sites qu'il héberge en le contraignant à en interdire l'accès, ce qui est difficilement acceptable »⁶³. Cet amendement a été encore une fois modifié et adopté le 8 mars 2000 modifiant le texte de Sénat sur le dernier cas de responsabilité de la manière suivante : « ou si ayant été destinataires d'une mise en demeure d'un tiers estimant que le contenu qu'ils hébergent de manière directe et permanente est illicite et lui cause un préjudice, (ils) n'ont pas procédé aux diligences appropriées, l'autorité judiciaire demeurant seule juge du caractère illicite du contenu en cause. » (Article 43-6-2 alinéa 3).

C'est dans ce contexte mouvementé en France que la directive Européenne vu le jour le 8 juin 2000⁶⁴.

§2 LA DIRECTIVE EUROPENNE DU 8 JUIN 2000

La directive du 8 juin 2000⁶⁵, dite « directive sur le commerce électronique », prévoit, dans son considérant 46, que « le prestataire d'un service de la société de l'information doit dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. »

⁶³ V.D. Marthus, Rapport de la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale sur le projet de loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, adopté en 2^{ème} lecture

⁶⁴ Directive n° 2000/31/CE, du Parlement et du Conseil, 8 juin 2000, préc.

⁶⁵ Directive n°2000/31/CE du 8 juin 2000, préc.

L'article 14 prévoit les cas où le fournisseur d'hébergement peut voir sa responsabilité engagée. Pour que ce dernier ne soit pas responsable des informations stockées, il faut qu'il n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite. Il doit agir promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Ce point est important car cela signifie que le prestataire technique peut porter de lui-même et sans l'intervention d'un juge, une appréciation sur le caractère illicite ou licite des contenus dont il assure le stockage et la mise en ligne.

La directive précise la possibilité pour une juridiction étatique, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou encore d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour rendre l'accès impossible (paragraphe 3).

La directive énonce également que les fournisseurs ne peuvent se voir imposer par les Etats membres aucune « 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 » (article 15 paragraphe 1).

Les Etats membres peuvent seulement aménager l'obligation d'informer promptement les autorités publiques des activités ou informations illicites et la communication aux autorités compétentes à leur demande des informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils concluent le contrat d'hébergement (Article 15 paragraphe 2).

La loi de transposition en France est la loi du 1^{er} août 2000⁶⁶, cependant face à ses imperfections et à la censure de certaines dispositions du Conseil constitutionnel⁶⁷, elle ne respecta pas l'essence de la directive. Une nouvelle intervention du législateur a donc été nécessaire en 2004.

⁶⁶ Loi du 1^{er} août 2000 n°86-1067, préc.

⁶⁷ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, n°2000-4333, JO 2 août, p. 11922

La loi du 1^{er} août 2000 s'inscrit dans un cadre particulier. Régissant un nouveau domaine, les juges avaient précédé le législateur en matière de responsabilité sur internet. La loi reprend donc les idées majeures de la jurisprudence, cependant telle qu'elle a été promulguée elle reste en deçà de l'œuvre de la jurisprudence, notamment car un certain nombre de points étaient rédigés de manière peu claire, entraînant une censure du Conseil constitutionnel. Cette loi respecte le travail des tribunaux dans un certain nombre de cas (§1), mais néglige des points essentiels (§2).

§1 UNE LOI S'INSCRIVANT DANS LA CONTINUATION DE L'ŒUVRE DE LA
JURISPRUDENCE

Au moment de l'élaboration de la loi, la jurisprudence avait énoncé deux points non équivoques quant aux devoirs et obligations des fournisseurs d'hébergement : un devoir de vigilance et de surveillance, et l'obligation de procéder à un certains nombres de diligences pour éviter toute atteinte aux droits des tiers lors de l'exécution du contrat d'hébergement. Parmi ces diligences existait l'obligation d'identification des créateurs de sites, l'anonymat engageant la responsabilité de l'hébergeur selon l'arrêt du 10 février 1999 de la cour d'appel de Paris⁶⁸, et l'obligation de réagir lorsqu'une violation des droits d'un tiers avait lieu, dans la mesure où se dernier pouvait raisonnablement être au courant par les moyens mis à sa disposition comme l'énonce l'arrêt de la Cour de Versailles du 8 juin 2000⁶⁹. Le législateur consacre ces deux obligations par la loi du 1^{er} août 2000.

⁶⁸ Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, préc.

⁶⁹ Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, préc.

A. LA CONSECRATION DE L'OBLIGATION D'IDENTIFICATION DES CREATEURS DE SITES

Depuis la loi du 1^{er} août 2000, cette obligation est énoncée à l'article 43-9 de la loi du 30 Septembre 1986 et est à la charge tant des fournisseurs d'hébergement que des fournisseurs d'accès. Il est prévu que ces derniers « sont tenus de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont ils sont prestataires ».

B. L'OBLIGATION DE REAGIR

Avant la censure du Conseil constitutionnel, l'article 43-8 prévoyait que les hébergeurs ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu des services que :

- « si, ayant été saisis par une autorité judiciaire, ils n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;
- Ou si, ayant été saisis par un tiers estimant que le contenu qu'ils hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, ils n'ont pas procédé aux diligences appropriées ».

Ainsi, c'est bien une responsabilité pour faute qui est consacrée par cet article dans la lignée de l'œuvre de la jurisprudence. L'hébergeur doit donc agir sous intervention judiciaire (a), ou lorsqu'il est saisi par un tiers (b).

a. Intervention judiciaire

Dans le premier cas prévu par le législateur, l'hébergeur peut engager sa responsabilité dès lors qu'il a été saisi par une autorité judiciaire et qu'il n'a pas agi rapidement pour empêcher l'accès au site. La responsabilité encourue est donc une responsabilité pour ne pas avoir respecté une décision de justice.

Ceci soulève deux problèmes comme le souligne Jean-Michel Bruguière⁷⁰. Le juge ne se saisit pas a priori par lui-même, il faut donc une plainte de quelqu'un (particulier

⁷⁰J.M Bruguière, Quand notre système juridique secrète une responsabilité pas très...Net, Droit et Patrimoine, n°92, avril 2001, p. 41

ou association de consommateur par exemple). De plus, il est évident que le fait de ne pas respecter une décision judiciaire engage la responsabilité d'un tiers. Cette précision semble donc inutile.

b. Intervention d'un tiers

Dans le second cas, l'hébergeur est saisi par un tiers qui estime que le contenu est illicite ou qu'il lui cause un préjudice. L'hébergeur, dans cette hypothèse, ne réagirait pas aux demandes de ce tiers. Ceci est problématique : dans quelle mesure l'hébergeur serait obligé d'obtempérer à la demande d'un tiers ? Jean Michel Bruguière⁷¹ estime que cela reviendrait à donner à un tiers le pouvoir d'être incriminateur par délégation. De plus, hormis ce problème, l'écriture du texte est problématique. Que signifie être saisi par un tiers ? Doit-on comprendre le fait d'être assigné en justice par un tiers ou un simple courrier serait suffisant ? De quelle manière l'hébergeur doit faire diligence ? Doit-il faire part aux auteurs d'un avertissement ou encore clore l'accès au site ?

L'article 43-8 n'est pas sans poser problème quant à ce qu'il implique. Il est fait référence à « une responsabilité civile et pénale ». Les tribunaux n'avaient engagé que la responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement. Cette nouvelle disposition semble également problématique. S'agit-il d'une responsabilité civile ou pénale, et dans quels cas ?

§2 LE NON RESPECT DE LA JURISPRUDENCE PRECEDENTE

Le législateur semble avoir pris de la distance quant à la position de la jurisprudence au moment de l'élaboration de la loi, n'évoquant pas le devoir d'information de l'hébergeur aux abonnés institué par les tribunaux (A) et s'opposant à une obligation de surveillance(B).

⁷¹ J.M Bruguière, préc. p.41

A. LE NON RESPECT DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Comme évoqué précédemment, la jurisprudence, notamment dans le jugement Lacoste du Tribunal de Grande Instance de Nanterre, ainsi que dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 8 juin 2000, avait établi à charge du fournisseur d'hébergement une obligation d'information, incitative au respect des textes et des droits des personnes. La loi du 1^{er} août 2000 n'a pas repris cette obligation à sa charge. Cependant, il semble dans les faits que les hébergeurs gardèrent cette habitude, notamment pour se protéger en cas d'atteinte à des droits protégés.

Cette question peut paraître accessoire comparée à une autre obligation initiée par les juges que le législateur n'a non seulement pas reprise à son compte mais a expressément rejetée dans son projet de loi : l'obligation de surveillance.

B. OBLIGATION DE SURVEILLANCE

L'obligation de surveillance avait suscité des controverses dès sa mise en place. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre avait instauré une obligation générale de surveillance très encadrée. La cour d'appel de Versailles était intervenue pour reprendre cette obligation générale de surveillance mais de manière plus souple, exigeant une obligation de moyen, signe d'une certaine modération. Le projet de loi sur la société de l'information l'exclut quant à lui expressément sous l'influence de la directive du 8 juin 2000. A son article 11, il énonce « les prestataires techniques mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». La directive, quant à elle, prévoyait les mêmes dispositions à son article 15.1 selon lequel « les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, 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. »

Le non respect de la jurisprudence antérieure, ainsi que la censure du Conseil constitutionnel ont entraîné une loi inadaptée à la responsabilité du fournisseur d'hébergement.

La loi du 1^{er} août 2000, telle qu'elle a été promulguée à l'origine soulève plusieurs problèmes. S'agit-il d'une responsabilité pénale ou d'une responsabilité civile (§1)? Ce manque de clarté a entraîné la « super-censure »⁷² du Conseil constitutionnel, supprimant tout un pan de la responsabilité des hébergeurs et créant une loi inadaptée (§2).

§1 LA NATURE « OBSCURE » DE LA RESPONSABILITE⁷³

Le législateur prévoit que « les personnes physiques ou morales qui assurent (...) ne sont pénalement ou civilement responsables du fait des contenu de ces services (...) »⁷⁴. Que signifie pénalement ou civilement? Cette question fit couler beaucoup d'encre dans la doctrine et fut l'une des raisons principales de la censure du Conseil constitutionnel.

La première question face à cette rédaction⁷⁵ est de savoir si la responsabilité pénale concernait le premier cas de responsabilité (c'est-à-dire lorsque l'hébergeur est saisi par une autorité judiciaire) et la responsabilité civile le second cas (lorsque un tiers saisi le fournisseur d'hébergement). Cependant, l'utilisation de la conjonction « ou » ne laisse pas envisager une telle hypothèse.

Face à une telle rédaction, cela pourrait laisser entendre que le législateur ignore la distinction entre la responsabilité civile et pénale et ne précise pas les conditions afférant à chacune. Ceci apparaît comme contraire à l'article 34 de la Constitution et notamment au principe de légalité des délits et des peines, dans la mesure où les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale des hébergeurs n'étaient pas précisées. En effet, tout citoyen doit pouvoir connaître avec précision quel comportement est de nature à être pénalement sanctionné.

⁷² J. M Bruguière, préc. p. 41 s.

⁷³ J.M Bruguière idem

⁷⁴ Article 43-8

⁷⁵ J. M Bruguière ibidem

Le Conseil constitutionnel, face à la rédaction peu précise de l'article 43-8 a censuré le texte dans une volonté réductrice (A), en faisant une loi inadaptée (B).

A. UNE VOLONTE REDUCTRICE

Le texte de l'article 43-8, étant peu clair sur un certains nombre de points, eut au final un résultat peu satisfaisant. Il semble, comme le souligne Agathe Lepage⁷⁶, que le législateur ayant « trop rapidement et trop globalement légifér(é) en laissant de côté des nuances, des distinctions même, qui ont semblé fondamentales au Conseil Constitutionnel » se soit fait surprendre par ce dernier.

La loi du 1^{er} août 2000, dans sa rédaction initiale, envisageait conjointement responsabilité civile et pénale, engagées dans le second cas de responsabilité prévu à l'article 43-8 (en cas de saisine par un tiers) si le fournisseur d'hébergement ne procédait pas « aux diligences appropriées ». Or, c'est cette notion qui fut « fatale » au législateur, le Conseil constitutionnel, s'autosaisissant, estima que cette référence, par son manque de précision, était contraire à l'article 34 de la Constitution au regard de la responsabilité pénale : « 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 des intéressés »⁷⁷. Seule celle-ci était en cause, toutefois, en raison de la rédaction du texte, la censure a également touché la responsabilité civile.

La loi ayant été promulguée suite à la censure du Conseil constitutionnel ne prévoyait donc que le cas de responsabilité des fournisseurs d'hébergement, quand « ayant été saisis par une autorité judiciaire, ils n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ».

Cette nouvelle rédaction de la loi fit dire à certains que le Conseil constitutionnel ne vit que de la responsabilité pénale là où été prévue également une responsabilité civile, sans justifier un tel choix. Une partie de la doctrine alla jusqu'à évoquer le fait que le Conseil constitutionnel ne justifiait pas de manière utile sa décision : « on

⁷⁶ A. Lepage, La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès internet : un défi nouveau pour la justice du XXI, CCE, 2002, chr. n° 5

⁷⁷ Décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 2000 préc.

aurait préféré lire qu'il est nécessaire pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ou encore l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme selon lequel « Nul ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi ». »⁷⁸

Mais une question beaucoup plus importante apparaît face au regard de cette nouvelle loi : « la loi reste-t-elle applicable amputée de certains articles et, sans eux, le législateur l'aurait-il votée ? »⁷⁹

B. UNE LOI INADAPTEE

La décision du 27 juillet 2000⁸⁰ entraînant la censure constitue une décision de non-conformité partielle, car seules quelques dispositions sont concernées par la déclaration d'inconstitutionnalité.

Par une décision du 23 août 1985⁸¹, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser les conséquences d'une telle décision d'annulation partielle : « lorsqu'une loi n'est pas déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution ». L'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 donne au président de la République la possibilité de choisir de façon discrétionnaire l'une ou l'autre de ces voies. En l'espèce, c'est la première voie qui a été choisie. La loi a été promulguée suite à l'amputation des dispositions litigieuses. Le législateur devra donc promulguer une nouvelle loi pour modifier cette dernière.

La loi promulguée apparaît comme incomplète, la doctrine estimant unanimement qu'il s'agissait d'une « régression considérable par rapport à ce à quoi était parvenu la jurisprudence sur le fondement du droit commun » ou encore à une « bévue du législateur »⁸² entraînant l'éviction partielle de la responsabilité pour faute à

⁷⁸ J. M Bruguière, préc. ibidem

⁷⁹ A. Lepage, préc. p322 à 327

⁸⁰ Décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2000, préc.

⁸¹ Décision du 23 août 1985 n° 85-197L. Favoreu et L. Philippe, les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz, 10^{ème} édition, p.643

⁸² P. Le Tournau, op.cit.

l'encontre du fournisseur d'hébergement. Certains juges dénoncent que « l'article 43-8 (nouveau) de la loi du 30 septembre 1986 (...) pose un principe d'irresponsabilité des fournisseurs d'hébergement, du fait des contenus des services qu'ils hébergent, faute d'injonction de l'autorité judiciaire ». La solution n'est donc guère adaptée, et dès la promulgation de cette loi, le besoin pour une nouvelle réglementation s'est fait sentir.

CHAPITRE 2 : LA LOI LCEN⁸³ OU LA CREATION D'UN DROIT AUTONOME

La loi du 1^{er} août 2000, en partie censurée, a suscité de nombreuses interrogations et était décevante au regard du régime précédemment instauré par les tribunaux. Les insuffisances du régime ont été mises en lumière par les professionnels et la doctrine, et très rapidement le régime des prestataires techniques a fait l'objet de nouvelles propositions.

Le 13 Juin 2001, le Conseil des ministres a adopté le projet de loi sur la société de l'information⁸⁴proposant un réaménagement du régime de responsabilité des intermédiaires techniques. Il était à nouveau prévu un principe d'irresponsabilité connaissant deux exceptions : le cas où « saisis par une autorité judiciaire », les hébergeurs n'ont pas promptement agi pour empêcher l'accès au contenu illicite, et le cas où « ayant connaissance du caractère manifestement illicite, ils n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible ». Cette rédaction imprécise a soulevé un certain nombre de questions : Que doit-on entendre par « autorité judiciaire » ? Par quel moyen la saisir ? Pendant combien de temps l'accès au site doit-il être interdit ?

Ce projet n'a pas été suivi d'effet en raison du changement de gouvernement. Le projet de loi pour la confiance en l'économie numérique⁸⁵ (LCEN) s'est chargé de résoudre la question, reprenant en partie les propositions antérieures.

La loi LCEN⁸⁶ crée un régime de responsabilité autonome exorbitant du droit commun (Section 1), avec des conditions d'engagement de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement bien définies. Cette loi met également à la charge des

⁸³ Loi pour la Confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004, n° 2004-575, préc.

⁸⁴ Projet de loi sur la société de l'information, modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO 2 août 2000, p. 11903

⁸⁵ Projet de Loi pour la Confiance en l'économie numérique, 15 janvier 2003, n° 528, <http://assemblee-nationale.fr/12/projets/plo528.asp>

⁸⁶ Loi LCEN du 21 juin 2004 n°1004 -575, préc.

hébergeurs un certain nombre de droits et obligations, le régime pouvant éventuellement être aménagé par le biais de clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (Section 2).

SECTION 1 LA CREATION D'UN DROIT AUTONOME

La loi LCEN crée un droit autonome rendant caduc toute dispositions antérieures (§1), et marque l'évolution de la responsabilité des prestataires techniques, d'une responsabilité pour risque à l'origine, à l'exigence d'une faute caractérisée, s'alignant ainsi avec le droit communautaire (§2).

§1 LA MISE EN PLACE D'UN DROIT DEROGATOIRE DU DROIT COMMUN

Les prestataires techniques sont désormais soumis à un corps de règles autonome du droit commun (A). Ce régime ne s'applique qu'à une catégorie d'acteurs limités (B).

A. UN DROIT AUTONOME

Lorsque le projet de loi confiance en l'économie numérique a été déposé le 21 janvier 2003, le régime de responsabilité des prestataires de services internet devait être maintenu aux articles 43-7 et 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 avec quelques aménagements pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel. Mais, en seconde lecture, députés, puis sénateurs, ont décidé que les prestataires techniques seraient soumis à un régime de responsabilité autonome. C'est ainsi que le Chapitre VI de la loi du 30 septembre 1986 qui encadrait la responsabilité des prestataires de services internet a été supprimé. Il faudra donc à l'avenir se référer aux dispositions de l'article 6 de la loi LCEN.

Cette volonté de créer un droit autonome a été justifiée par le rapporteur de l'Assemblée nationale par des raisons « symboliques et pratiques »⁸⁷. Symboliquement, la communication Internet ne doit pas être confondue avec la communication audiovisuelle.

⁸⁷ L. Grynbaum, « LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet », CCE 2004, n°28

B. UNE NOUVELLE CATEGORIE DE RESPONSABLES RESTREINTE

Ce droit autonome concerne une catégorie très restreinte de professionnels : les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès. Dans la directive, dite « commerce électronique »⁸⁸, il est évoqué trois sortes d'activités : l'activité de simple stockage de données, qui correspond à la fourniture d'accès ; l'activité de stockage, le « caching », qui consiste en un stockage intermédiaire et temporaire de données ; et enfin, l'activité d'hébergement est visée comme étant « un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». En France, le législateur, après plusieurs hésitations entre les textes a retenu au final, à son article 6, I, les seules activités de fourniture d'accès et d'hébergement. Les deux derniers cas visés par la directive ont été assimilés par la loi LCEN. L'activité de simple stockage intermédiaire ou temporaire n'est qu'une simple modalité utilisée soit par le fournisseur d'accès qui pour les besoins de son activité utilise la technique de stockage temporaire, soit un fournisseur d'hébergement ou hébergeur qui stocke les données pendant la durée souhaitée par le client.

La responsabilité des prestataires techniques prévue par la loi LCEN est fondée sur une distinction entre les fournisseurs d'accès « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public » et les hébergeurs qui sont désignés comme « 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 ».

Cependant, afin que la France ne soit pas accusée de manquement dans la transposition de la directive, l'article 9 de la loi LCEN prévoit la création de l'article L.32-3-4 du Code des postes et télécommunications, reprenant l'article 14 de la directive sur l'activité de caching.

La loi LCEN instaure ainsi un régime dérogatoire du droit commun, fondé sur l'irresponsabilité de principe du prestataire de services internet. La responsabilité du fournisseur d'hébergement n'est engagée que par l'existence d'une faute caractérisée,

⁸⁸ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 préc.

reprenant les idées avortées de la loi du 1^{er} août 2000, contrairement à l'orientation prise à l'origine par la jurisprudence.

§2 LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DES FOURNISSEURS D'HEBERGEMENT

Aux termes des articles 6, I, 2 et 6, I, 3 de la loi LCEN, les fournisseurs d'hébergement ne pourront pas être tenus pour civilement ou pénalement responsables du contenu stocké s'ils n'avaient pas connaissance de son caractère illicite. En outre, ils ne sont pas responsables si dès le moment où ils ont eu connaissance du caractère illicite du contenu ou de faits et circonstances mettant en évidence ce caractère illicite, ils ont agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible. La personne qui solliciterait de manière abusive un tel retrait pourrait être sanctionnée pénalement par un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende (article 6, I, 4). La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les hébergeurs lorsque la personne qui sollicite le retrait d'information décline précisément son identité, décrit les faits litigieux et expose les motifs de la demande de retrait et envoie une copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations litigieuses. De plus, l'article 6, I, 8 prévoit que l'autorité judiciaire peut prescrire à l'encontre d'un fournisseur d'hébergement, en référé ou sur requête, des mesures propres à prévenir un dommage ou à le faire cesser.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, le législateur n'a pas choisi de créer une infraction spécifique ni un mode de complicité particulière. Pour engager la responsabilité pénale de l'hébergeur, il convient donc de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction ou de la complicité. La responsabilité pénale de l'hébergeur sera le plus souvent engagée sur le terrain de la fourniture de moyens, lorsque ce dernier avait connaissance du projet délictueux et y a concouru sciemment.⁸⁹

L'article 6 reprend une formulation proche de la loi antérieure et de la directive. Pour ne pas réitérer la même erreur qu'avec la loi du 1^{er} août 2000, les deux régimes de

⁸⁹ A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, « Pratique du droit de l'informatique », 6^{ème} édition, Delmas 2008, p. 345

responsabilité ont été séparés dans deux paragraphes différents. Cette séparation aurait permis de dissocier la responsabilité civile de la responsabilité pénale en cas de censure partielle de la loi. Cependant le Conseil constitutionnel a validé ⁹⁰ ces dispositions en relevant qu'elles étaient parfaitement conformes à la Directive sous réserve qu'elles « 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 ».

La loi prévoit ainsi un mécanisme en deux temps : la notification des actes qui font grief à l'hébergeur et mise en demeure de cesser la diffusion (A), et la démonstration de la faute de l'hébergeur : soit il persiste à diffuser le contenu illicite, soit il n'a pas agi promptement (B). La loi LCEN consacre une procédure particulière de mise en œuvre de la responsabilité des prestataires (C).

A. LA NOTIFICATION DU CONTENU ILLICITE ET MISE EN DEMEURE DE CESSER LA DIFFUSION

Inspirée par le Forum des droits sur l'Internet, la notification est facultative bien que le mot n'apparaisse pas dans le texte. Elle crée une présomption simple de connaissance des « faits litigieux » dès lors qu'elle respecte les conditions posées à l'article 6, I, 5 de la LCEN.

Cet article prévoit que la notification, pour être valable doit comporter : « 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 notifiant 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 ».

⁹⁰ Décision du Conseil Constitutionnel n°2004-496, 10 juin 2004

Le fait que cette procédure de notification ne soit pas obligatoire a suscité de nombreuses critiques. Selon V. D Mélison⁹¹ , cette procédure de notification est facultative à deux niveaux. Tout d'abord, aucune disposition n'impose à l'hébergeur de créer un système de signalement. Une obligation sanctionnée pénalement a été instituée concernant uniquement les contenus les plus graves faisant l'apologie des crimes contre l'humanité, incitant à la haine raciale ou à la pornographie infantine. D'autre part, en ce qui concerne le particulier, le texte impose notamment à l'internaute de contacter préalablement l'éditeur du site avant de saisir l'hébergeur. Imaginons qu'il se dispense de cette action préalable et qu'il demande à l'hébergeur de supprimer le contenu. Celui-ci pourra-t-il se justifier par son ignorance des faits ? Cette question reste pour l'instant en suspens. Mais comme le souligne ce même auteur cette solution « mérite approbation dans son principe, n'en déplaise aux fâcheux d'aujourd'hui qui oublient vite la cacophonie d'hier. »⁹²

Lorsqu'une telle notification est faite à l'hébergeur, celui-ci est réputé avoir connaissance des éléments litigieux et doit donc agir promptement. Cependant cette procédure étant facultative, elle peut se faire par lettre recommandée avec accusé de réception.

B. LA FAUTE DE L'HEBERGEUR QUI PERSISTE A DIFFUSER LE CONTENU OU QUI N'A PAS AGI PROMPTEMENT

Deux hypothèses doivent être analysées dans cette seconde étape prévue par la loi : l'hébergeur qui persiste à diffuser le contenu au mépris de la notification (a), et l'hébergeur qui n'a pas agi promptement suite à la notification (b).

⁹¹ V. D. Mélison, « Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe l'œil », Juriscom.net, 25 avril 2005, www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=682

⁹² V.D. Mélison, préc.

a. La faute de l'hébergeur qui persiste à diffuser le contenu

Ce premier cas suscite des interrogations. Dans quelle mesure le tiers peut-il juger qu'un contenu est illicite et en exiger le retrait ? Suffit-il qu'il estime ce contenu illicite pour que l'hébergeur ait l'obligation de s'exécuter promptement ?

Ce pouvoir d'appréciation de l'hébergeur du caractère illicite des éléments portés à sa connaissance ont été précisés par le Conseil constitutionnel par sa décision du 10 juin 2004⁹³.

La Haute juridiction estime que les dispositions de la loi du 21 juin 2004 « 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 ». Cependant, comme le soulève C. Féral-Schul⁹⁴, l'hébergeur peut légitimement s'interroger sur les moyens de distinguer un contenu « manifestement illicite » d'un contenu qui « ne présente pas manifestement un tel caractère ». Certains contenus, par nature, ne présentent pas de difficulté, comme par exemple les propos pédophiles, racistes ou encore pornographiques. Néanmoins, certains sujets présentent une réelle difficulté d'appréciation, notamment dans le cas d'injures, d'atteinte à la vie privée ou encore de diffamation. Dans ces derniers cas, le contenu n'est pas forcément « manifestement illicite ». L'hébergeur est donc face à un dilemme : doit-il par prudence retirer le contenu jugé illicite au risque de créer un préjudice à l'éditeur du contenu si ce contenu s'avère au final licite ? Ou est-il préférable de saisir le juge des référés pour se retrancher derrière sa décision ? Cette solution semble être la plus sage.

Cette difficulté a été illustrée dans la première affaire jugée suite à la promulgation de la loi par le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 15 novembre 2004⁹⁵. Cette affaire opposait le Comité de Défense de la Cause Arménienne à France Télécom. Le CDCA faisait grief au Consul de Turquie d'avoir mis en ligne des « propos négationnistes » contestant l'existence du génocide arménien. Le CDCA reprochait à

⁹³ Cons. Constit., décision n°2004-496 DC, 10 juin 2004, JO n°143, 22 juin 2004, p. 11182

⁹⁴ C. Feral-Schul, op. cit. p. 495 et s.

⁹⁵Tribunal de Grande Instance de Paris, 17^{ème} chambre, 15 novembre 2004, comité de défense de la cause arménienne c/ M. aydin S..., France Télécom, Juris-Data n°2004-2585504

l'hébergeur Wanadoo de ne pas avoir supprimé les contenus en cause. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a considéré que le fournisseur d'hébergement en cause « ne pouvaient (...) estimer sur la base de la loi du 21 juin 2004 que les documents figurant sur le site internet du consulat général de Turquie à Paris étaient manifestement illicites, et ce d'autant moins que cette loi ne mettant aucune obligation à la charge des particuliers ne saurait, à plus forte raison, s'imposer à un Etat étranger ». Le tribunal a retenu que la négation du génocide arménien n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui réprime uniquement la contestation des crimes contre l'humanité.

Par le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 19 octobre 2007⁹⁶, cette notion de la faute de l'hébergeur qui persiste à diffuser le contenu illicite est précisée. Le retrait ne doit pas être simplement temporaire. En l'espèce, le Tribunal de Grande Instance de Paris a accueilli la société Zadig production qui s'était opposée à l'hébergeur Google car ce dernier avait bien enlevé le contenu illicite mais n'avait pas empêché qu'il réapparaisse et n'en avait donc pas rendu l'accès impossible.

Enfin, il est à noter que lorsque le contenu est manifestement illicite, l'hébergeur peut voir sa responsabilité engagée, contrairement à ce que prévoit le texte légal, sans qu'il y ait eu de notification préalable, comme l'illustre le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 13 juillet 2007, Carion c/ Dailymotion⁹⁷ car il a été considéré que l'hébergeur avait une connaissance générale du fait que des vidéos illicites étaient mises en ligne.

⁹⁶ Tribunal de Grande Instance de Paris, 19 octobre 2007, Zadig Production c/ Google, Commerce et Communication Electroniques (CCE) 2007, n°143, note C. Caron

⁹⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, 13 juillet 2007, Carion c/ Dailymotion, CCE 2007, n°143, note C. Caron

b. La faute de l'hébergeur qui n'a pas agi promptement

L'appréciation de la promptitude de l'hébergeur à réagir relève de la compétence des juges du fond.

Par exemple, dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 décembre 2007, *Google c/ Benetton*⁹⁸, les juges ont estimé que l'hébergeur n'avait pas agi promptement en ne retirant le « blog » litigieux qu'un mois après avoir été prévenu de son illicéité.

A l'inverse, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, dans un jugement du 19 mai 2005⁹⁹, a écarté la responsabilité des hébergeurs mis en cause, considérant qu'ils avaient agi promptement et que leur intervention a permis le retrait immédiat des contenus illicites.

C. LA PROCEDURE DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES DE SERVICES INTERNET

L'action en référé s'inscrit comme la procédure essentielle de mise en œuvre de la responsabilité des prestataires de services internet. Elle permet d'obtenir la cessation d'une diffusion illicite par un hébergeur. La loi du 21 juin 2004 permet à l'autorité judiciaire de prescrire en référé « toutes mesures propres à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne » (L. 21 juin 2004, art 6, I, 8). Elle constitue le préalable nécessaire pour tenter d'engager la responsabilité de l'hébergeur dans la plupart des cas.

Une procédure propre au droit d'auteur a été insérée par la loi du 4 juin 2004 (art 8, I) dans le code de propriété intellectuelle (article 332-1). Il est possible de demander au président du Tribunal de Grande Instance « la suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès. Dans ce cas, le délai prévu à l'article L.332-2 est réduit à quinze jours ». La victime devra donc assigner au fond l'hébergeur ou le responsable du contenu illicite dans le délai de quinze jours, au lieu du délai d'un mois prévu dans le code de propriété intellectuelle.

⁹⁸ Cour d'appel de Paris, 12 décembre 2007, *Google c/Benetton*, legalis.net

⁹⁹ Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, 19 mai 2005 in F.-X Boulin et J. Le Clainche, *Prestataires de services internet : fondements d'une responsabilité*, RLDI n°10, nov. 2005, comm. n° 286, p.275 s.

SECTION 2 DROITS ET OBLIGATIONS DES FOURNISSEURS D'HEBERGEMENT

La loi LCEN, dans la même lignée que la loi du 1^{er} août 2000, ne prévoit pas une obligation générale de surveillance mais impose à l'hébergeur des mesures propres à prévenir ou faire cesser un dommage pour un nombre limité d'infractions (§1). L'hébergeur peut aménager le régime de responsabilité prévu dans son contrat d'hébergement par le biais de clause limitatives ou exonératoires de responsabilité (§2).

§1 ABSENCE D'OBLIGATION GENERALE DE SURVEILLANCE

Dans la même lignée que la loi du 1^{er} août 2000, la loi LCEN n'impose pas au fournisseur d'hébergement une obligation générale de surveillance, telle qu'elle était prévue par les tribunaux. La loi précitée crée néanmoins un certain nombre de mesures propres à faire prévenir ou cesser un dommage dans un certains nombres de cas, « compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantine »¹⁰⁰.

Conformément à l'article 15, 1 de la Directive, la loi LCEN ne prévoit pas une obligation générale de surveillance des informations et des contenus. Toutefois, l'article 15, 2 de la directive prévoit la possibilité pour les Etats membres d'instaurer une obligation à la charge des « prestataires de services de la société de l'information » d'informer promptement les autorités publiques d'activité illicites et une obligation de communiquer les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services.

Le Considérant 47 de la directive indique que l'interdiction d'une obligation générale de surveillance « ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique » et « ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ». Le législateur a utilisé ce considérant afin de créer une obligation de surveillance pour certaines infractions.

L'article 6, I, 7 prévoit que les prestataires de services internet doivent concourir à la lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale et à

¹⁰⁰ Selon la formule de l'article 6, I,7,§3 de la loi LCEN

la diffusion d'images pédophiles. A cet effet, ils sont tenus de mettre en place un dispositif accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Lorsqu'un internaute signale à un prestataire un tel contenu illicite, ce dernier doit en informer les autorités publiques. Il est également fait obligation aux hébergeurs de rendre public les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre les activités illicites. Le manquement à l'une de ces deux obligations est puni par un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Bien que certains regrettent que la loi ait distingué entre ces infractions, ou estiment que le choix du législateur est nécessairement subjectif, comme le souligne Marc Lévy¹⁰¹, les infractions retenues sont celles portant une atteinte particulièrement grave à la dignité de la personne humaine. Ces mesures sont susceptibles de prévenir un certain nombre de dommages sans créer de contraintes importantes aux prestataires de services internet. En effet, le dispositif de signalement pour concourir à la lutte contre les sites illicites n'est pas contraignant à mettre en place (A), bien que les moyens de lutte contre les contenus illicites soient à préciser (B). La loi LCEN, reprenant les idées de la loi de 2000, consacre également l'obligation de conservation de données afin de concourir à la lutte contre la cybercriminalité (C).

A. LE DISPOSITIF DE SIGNALEMENT

S'agissant des modalités de signalement, la loi exige un système « facilement accessible et visible ». Les termes peuvent paraître redondants, mais cette insistance signifie que le dispositif prévu par l'hébergeur devra non seulement pouvoir être vu et reconnu mais encore être simple d'utilisation, pour « l'internaute lambda ». Un exemple proposé par les professionnels est le lien hypertexte ouvrant immédiatement des formulaires de signalement comme il en existe pour la protection des mineurs.

L'hébergeur, lorsqu'il a été averti d'un tel contenu illicite doit informer les autorités publiques non seulement de ce qui a été porté à sa connaissance au moyen du dispositif prévu mais encore de toute infraction qui lui serait dénoncée par tout autre moyen. Le texte énonce que les fournisseurs d'accès et d'hébergement « ont également l'obligation (...) d'informer promptement les autorités publiques

¹⁰¹ M. Lévy, Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité, Gaz. Pal, 17-19 avril 2005, doctrine n°109, p.33 s.

compétentes de toutes activités illicites qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services ». Comme le souligne M. Levy¹⁰², l'emploi du terme « également » signifie que cette obligation est indépendante de l'obligation de mettre en place un processus de dénonciation.

Enfin, le texte indique qu'il faut informer les « autorités publiques » des contenus illicites portés à la connaissance de l'hébergeur. Le prestataire doit donc en informer les autorités ayant la faculté de poursuivre les auteurs de l'infraction (la police ou le parquet). Néanmoins, la doctrine s'accorde à dire¹⁰³ qu'il aurait été judicieux d'instaurer un organisme indépendant centralisant les dénonciations, comme en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

B. LES MOYENS DE LUTTE

La loi LCEN impose aux prestataires de services internet de prévoir et rendre publics des moyens de lutte contre les contenus illicites. Cependant, la loi ne précise pas ce que sont ces moyens. Selon M. Levy, ces moyens ne doivent pas être confondus avec le simple respect de l'obligation de signalement. L'article 6, I, 7, §4, indique que les fournisseurs d'accès et d'hébergement « ont également » l'obligation de mettre en place de telle moyen. Il est important de noter que ces moyens ne peuvent correspondre à une obligation générale de surveillance, proscrite par la directive. Le législateur semble avoir eu l'intention par une telle obligation, de compter sur les acteurs de l'internet pour qu'ils régulent internet, à leur initiative, dès lors qu'ils ont connaissance de l'existence de contenus illicites, en cessant de fournir l'accès au site par exemple.

¹⁰² M. Levy, préc. p. 33 s.

¹⁰³ M. Levy idem

La loi du 1^{er} août 2000 avait prévue une obligation de conservation de données par les prestataires de services internet à l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 afin de les communiquer aux autorités judiciaires à leur demande. Or, ce texte souffrait du défaut d'adoption d'un décret en Conseil d'Etat qui aurait dû définir précisément les données que doivent conserver les fournisseurs d'accès et les hébergeurs. L'article 6, II réaffirme cette obligation, prévoyant une peine d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende à défaut de conservation des données.

§2 AMENAGEMENT DU REGIME DE RESPONSABILITE : LES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONERATOIRE DE RESPONSABILITE

Le régime ayant longtemps été fluctuant à travers les différentes lois, et face aux diverses obligations à sa charge, l'hébergeur peut choisir d'aménager lui-même son contrat d'hébergement par le biais de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Cette faculté a été notamment reconnue par le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris, du 12 décembre 2001¹⁰⁴. En l'espèce, le fournisseur d'hébergement avait prévu une clause permettant d'exclure le membre dont le comportement n'était pas correct. Une telle clause a été jugée licite, d'autant qu'à défaut d'une telle exclusion, la responsabilité de l'hébergeur aurait pu être éventuellement engagée.

Des clauses de bon comportement sont généralement imposées au client à titre préventif.

Des clauses de non responsabilité à l'égard des tiers sont également stipulées, mettant toute responsabilité quant aux données véhiculées via le site à la charge de l'internaute. Ces dispositions ont vocation à rappeler à l'abonné ses obligations en sa qualité de fournisseur du contenu. Nonobstant, une telle clause est illusoire, puisqu'une clause contractuelle n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peut exonérer l'un des cocontractants à l'égard des tiers. Elle ménage simplement un recours contre le cocontractant dans le cas où un tiers l'assignerait.

¹⁰⁴ Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 décembre 2001, D. 2002, p. 3103, note G. Jeannot-Pagès

Les hébergeurs peuvent également prévoir un pouvoir de contrôle du contenu. Ce genre de clause est rarement utilisé dans la mesure où l'hébergeur s'octroie un véritable pouvoir de police, ceci renforçant sa solidarité avec le titulaire du site vis-à-vis des tiers.

Depuis 1996, les projets législatifs destinés à régler le sort des prestataires techniques n'ont cessé de voir le jour. La loi pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004, transposant la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000, a tenté d'effacer les imperfections des divers chantiers législatifs. Comme le représente L. Thoumyre¹⁰⁵, ce chantier législatif, a fait l'œuvre « d'une valse à trois temps ». Dans un premier temps, face à l'inertie du gouvernement, les tribunaux ont créé eux-mêmes une responsabilité de droit commun. Le législateur, dans un second temps, a voulu intervenir pour harmoniser le régime au niveau européen, mais a connu la censure du conseil des sages à cause de son manque de précision. Le régime décevant et inadapté, a finalement été harmonisé par une nouvelle intervention du législateur, conciliant les parlementaires et le Conseil constitutionnel en adéquation avec la directive européenne, tout en respectant au mieux la jurisprudence précédente. Ainsi, la loi LCEN apparaît comme un travail d'équipe et prévoit un régime complet et autonome.

¹⁰⁵ L. Thoumyre, préc. p. 129

TITRE 2 UN REGIME DE RESPONSABILITE IMPARFAIT: LA MISE A L'EPREUVE DU DROIT

Le régime de responsabilité mis en place par la loi LCEN¹⁰⁶ apparaît dans les textes comme efficace et complet, permettant à la France de s'aligner avec les exigences du droit communautaire.

Néanmoins, dans la pratique, des difficultés vont apparaître empêchant l'application des dispositions de cette loi. D'une part, certains acteurs de l'internet auront un rôle multiple, et leur responsabilité de fournisseur d'hébergement a été adaptée soit par le juge soit par le législateur, aux caractéristiques de leur activité. D'autre part, de par la nature transnationale du web, les litiges y survenant ont souvent un caractère international. Les règles traditionnelles de droit international privé en matière de compétence territoriale et de compétence juridictionnelle ont dû être aménagées à la spécificité de ce média (Partie 1).

La loi française trouve toute son efficacité par son caractère contraignant. Au dernier stade du contentieux, les décisions des juridictions françaises doivent être exécutées ou reconnues pour garantir le respect des droits des tiers. Or, les Etats-Unis, berceau de l'internet, apparaissent comme un obstacle à l'exécution des décisions françaises et communautaires de par leur conception différente de la liberté d'expression. Dès lors, afin d'éviter une fuite des acteurs de l'internet vers un pays plus libéral, une harmonisation mondiale des règles applicables sur internet est-elle possible et par quels moyens ? (Partie 2)

¹⁰⁶ Loi LCEN n°2004-574 du 21 juin 2004 préc.

PARTIE 1 : LES DIFFICULTES PRATIQUES DU REGIME DE RESPONSABILITE

Le législateur français, par la loi en la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004¹⁰⁷, a organisé un régime dérogatoire du droit commun pour le fournisseur d'hébergement. Ce système efficace connaît toutefois ses limites dans son application. Certains acteurs de l'internet, ayant une activité spécifique, bénéficient d'une responsabilité différente que celle des autres hébergeurs (Chapitre 1).

En dehors de ces régimes spéciaux, un autre problème pratique apparaît. Le « réseau des réseaux » ne connaît aucune frontière géographique. A partir de quand le juge français sera-t-il compétent et appliquera-t-il les lois du for? Les règles traditionnelles de droit international privé ont du en partie être adaptées aux spécificités d'internet en raison de sa nature immatérielle et de son absence de frontières géographiques (chapitre 2).

¹⁰⁷ Loi LCEN n°2004-574 du 21 juin 2004 préc.

CHAPITRE 1. LES REGIMES SPECIAUX : ENTORSE AU REGIME PREVU PAR LA LCEN¹⁰⁸

La LCEN établit un régime de responsabilité autonome du fournisseur d'hébergement respectant l'essence de la directive européenne¹⁰⁹. Cependant, la définition du fournisseur d'hébergement n'est pas aussi simple dans les faits. Plusieurs acteurs de l'internet ont un rôle multiple et n'ont pas pour seul rôle l'hébergement de sites. Ces derniers ont vu leur rôle défini par les tribunaux à défaut de textes spécifiques et bénéficient d'un régime de responsabilité multiple (Section 1). D'autres hébergent des sites plus sensibles et ont un régime beaucoup plus encadré, c'est le cas des fournisseurs d'hébergement de données médicales dématérialisées (Section 2).

SECTION 1 LES FOURNISSEURS D'HEBERGEMENT A RESPONSABILITE MIXTE

Plusieurs fournisseurs d'hébergement, en raison de la spécificité de leur activité, sont soumis à la responsabilité des éditeurs (sous-section 1). Les hébergeurs de plateformes de contenu bénéficient également d'une responsabilité dérogatoire du droit applicable en la matière (sous-section 2).

SOUS SECTION 1 LES FOURNISSEURS D'HEBERGEMENT SOUMIS A LA RESPONSABILITE DES EDITEURS

Les hébergeurs de blogs (§1) et forums de discussion (§2) sont soumis tous les deux à la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des éditeurs, en raison des contenus hébergés.

¹⁰⁸ Loi LCEN n° 2004-574 du 21 juin 2004 préc.

¹⁰⁹ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 préc.

§1 LES HEBERGEURS DE BLOG

Le blog, terme issu de la contraction de l'expression anglo-saxonne « web log », existe depuis les années 1990 aux Etats Unis. A l'origine, le blog était une forme de site internet personnel sur lequel un internaute rédige commentaires sur différents sujets et sur lesquels les autres utilisateurs peuvent partager leurs opinions.

Le blog remplace le journal intime dans notre société et constitue de plus en plus un moyen de promotion pour de nouveaux produits ou services ou encore de diffuser un point de vue sur une question particulière.

Le blog, lieu d'échange et d'expression, rend susceptible de nombreuses infractions. Le blogueur peut voir sa responsabilité engagée selon deux régimes : il est considéré comme éditeur des informations qu'il fournit (A), et peut dans certains cas être considéré comme fournisseur d'hébergement (B) puisqu'il met « à la 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 »¹¹⁰ .

A. UNE RESPONSABILITE D'EDITEUR

Dans la mesure où le blogueur est l'auteur du contenu du blog, il peut être considéré comme l'éditeur d'un service de communication au public par voie électronique. A ce titre, il est tenu de l'obligation d'identification visée par l'article 6-III de la loi LCEN. Il doit déclarer auprès de son hébergeur ses nom, prénom, domicile et numéro de téléphone, et dans le cas échéant la dénomination sociale et le siège social de la personne morale.

Lorsque le blog est non professionnel, le blogueur peut décider de préserver son anonymat mais il doit communiquer au public l'adresse de son hébergeur et les éléments d'identification personnelle à son hébergeur. L'hébergeur sera alors soumis au secret professionnel, à moins que l'autorité judiciaire n'en requière autrement.

¹¹⁰ Loi LCEN n° 2004-574 du 21 juin 2004 préc., article 6-I-2

Le blogueur est soumis à la responsabilité d'éditeur quant au contenu de ce qu'il publie sur son blog. Il lui appartient de vérifier qu'il respecte les droits de propriété intellectuelle des éléments qu'il met en ligne. Les messages à caractère violent ou portant atteinte à la dignité humaine peuvent engager sa responsabilité pénale. Les messages pornographiques sont interdits si des mesures ne sont pas prises pour en restreindre l'accès aux mineurs. Quant aux messages à caractère diffamatoire, injurieux ou les provocations ou apologies des crimes contre l'humanité, ils peuvent constituer des infractions de presse engageant la responsabilité du blogueur sur le fondement de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982¹¹¹.

Le régime de responsabilité du blogueur est également assimilable à celui du directeur de publication dans le monde de la presse, régime de responsabilité en cascade prévu par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982¹¹², modifié par la article 2-1 de la loi LCEN¹¹³. Ce régime prévoit que le directeur de publication peut être poursuivi comme auteur principal de l'infraction, lorsque le message a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. Si ce n'est pas le cas, l'auteur du message pourra être directement poursuivi. A défaut de l'auteur, ce sera le producteur du message qui engagera sa responsabilité.

Ce point a été illustré dans l'affaire Monputeaux.com du 17 mars 2006¹¹⁴. La mairie de Puteaux a assigné un blogueur lui reprochant d'avoir produit un extrait d'un article de presse du journal Le Parisien, consacré à une procédure opposant la mairie de Puteaux à l'une de ses anciennes employées. Cette dernière contestait devant le tribunal administratif son licenciement. Le blogueur avait posté des messages sur son blog, commentant l'affaire. La mairie de Puteaux a alors déposé plainte contre l'exploitant. Le Tribunal de Grande Instance de Paris n'a pas condamné le blogueur estimant que la volonté du prévenu était « un but légitime d'information ». Certaines des obligations auxquelles sont soumis les journalistes ne pèsent pas sur le blogueur,

¹¹¹ Loi n°82-653 du 29 juillet 1982 préc.

¹¹² Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 idem

¹¹³ Loi LCEN n° 2004-574 du 21 juin 2004 préc.

¹¹⁴ Tribunal de Grande Instance de Paris, 17^{ème} chambre, ch.Presse, Commune de Puteaux c/ Christophe G..., RLDI n°14, mars 2006, comm. 4191 Coste, p. 53 s.

qui « n'était pas tenu de se livrer à une enquête complète et la plus objective possible sur les faits qu'il évoquait ».

B. UNE RESPONSABILITE DE FOURNISSEUR D'HEBERGEMENT

Le blogueur peut être assimilé à un hébergeur mettant à disposition du public des messages de toute nature. A ce titre, il ne peut voir sa responsabilité engagée que s'il avait effectivement connaissance du caractère illicite des activités ou des informations stockées ou s'il n'a pas agi promptement lorsqu'il en a eu connaissance.

Le blogueur a un régime de responsabilité plus sévère car il est soumis à une obligation de surveillance, dont l'hébergeur est exempté par la loi LCEN¹¹⁵.

§2 LES FORUMS DE DISCUSSION

Les forums de discussion sont des espaces de dialogues sur un site internet sur lesquels les utilisateurs peuvent rédiger des messages écrits sur tous types de sujets . Les commentaires des utilisateurs restent affichés sur le forum. Le forum peut être organisé de différentes manières : soit il est contrôlé a priori, le gestionnaire du forum bénéficie alors du régime de responsabilité d'éditeur (A), soit le contrôle est exercé à posteriori, le gestionnaire est alors assimilé à un hébergeur (B).

A. UNE RESPONSABILITE D'EDITEUR : LE CONTROLE A PRIORI

Le Forum des droits sur l'Internet propose de retenir la responsabilité d'éditeur lorsque l'organisateur procède à l'exploitation éditoriale des contenus des messages postés. Dans sa recommandation du 8 juillet 2003¹¹⁶, il dresse une grille afin d'aider

¹¹⁵ Loi LCEN n° 2004-574 du 21 juin 2004 préc.

¹¹⁶ Forum des droits sur l'Internet, recomm. 8 juillet 2003, p. 6, préc.

le juge en cas de litige pour déterminer si ce le gestionnaire doit être assimilé à un éditeur. A titre d'indices, l'exploitation éditoriale des contenus pourra être retenue :

- Lorsque la modification substantielle du contenu du message par des services éditoriaux vise à lui conférer une plus-value.
- La sélection arbitraire des messages à publier n'est pas fondée sur le seul respect du droit ou du thème de discussion.
- L'exploitant du forum mentionne sur son site qu'il en est le propriétaire ou se comporte comme le propriétaire des droits d'exploitation de ces messages.

B. UNE RESPONSABILITE DE FOURNISSEUR D'HEBERGEMENT : LE CONTROLE A POSTERIORI

Lorsque son activité se limite au stockage de contenus fournis par un destinataire du service, le gestionnaire de forum peut être assimilé à un hébergeur. C'est la solution adoptée par le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Lyon dans son jugement du 21 juillet 2005¹¹⁷, qui a estimé que la loi du 21 juin 2004 s'appliquait au gestionnaire de forum de discussion, en tant qu'hébergeur. Le Tribunal de Grande Instance de Lyon énonce « que le recours aux travaux parlementaires de la loi du 21 juin 2004 tend à démontrer que les promoteurs de ladite loi ont manifesté leur intention de rendre applicable aux organisateurs de forums de discussion l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 ».

En l'espèce, une vendeuse avait publié sur un forum de discussion des informations sur des magasins de la société Mace dont elle était salariée. Son employeur, estimant que ces commentaires étaient diffamatoires, a assigné le gestionnaire du forum en justice pour atteinte à l'image de l'entreprise et manque à gagner. Ce dernier a été débouté de sa demande, les juges estimant que la loi du 21 juin 2004 devait être appliquée aux hébergeurs et aux organisateurs de forums modérés « a posteriori », ces derniers diffusant les messages sans porter de regard préalable aux messages. Le

¹¹⁷ Tribunal de Grande Instance de Lyon, 14^{ème} ch., 21 juillet 2005, Groupe Mace c/ Gilbert D., RLDI, mars 2006 n°14, comm. L.Costes p.54 s.

forum ayant supprimé le message diffamatoire dans les 24 heures de la demande, le gestionnaire avait agi promptement.

SOUS SECTION 2 LE CAS DES PLATEFORMES DE CONTENUS

Les plateformes de contenus permettent de mettre des fichiers de tous types en ligne sans nécessairement obtenir l'accord préalable des ayants-droits (ex : Youtube, Dailymotion, Ebay).

Selon les ayants-droits, les gestionnaires des plateformes doivent être considérés comme éditeurs des contenus car ils tirent profit de l'exploitation des contenus contrefaisant, leur rôle dépassant celui du simple hébergeur.

Au contraire, ces sociétés revendiquent le statut d'hébergeur car leur activité ne consiste qu'à mettre à disposition du public les contenus envoyés par les internautes et qu'aucun contrôle n'est exercé sur les contenus mis en ligne.

Les juges ont élaboré un régime des plateformes de contenu, distinguant selon leur caractère non marchand (§1) ou marchand (§2).

§1 LES PLATEFORMES NON MARCHANDES

Dans un premier temps, les juges ont qualifié ces gestionnaires de plateformes non marchandes d'éditeur selon deux critères (A). Par la suite, les juges ont décidé de les qualifier d'hébergeur mettant à leur charge une obligation de surveillance des contenus (B).

A. LA RECONNAISSANCE DE LA QUALITE D'EDITEUR DANS UN PREMIER TEMPS

Les juges ont été amenés à plusieurs fois qualifier les plateformes de contenu d'éditeurs des contenus mis en ligne. Pour parvenir à un tel raisonnement, les juges se

sont appuyés sur des critères : la présence d'espaces publicitaires et la mise en place d'une représentation graphique .

Le premier critère de la présence d'espace publicitaire a été dégagé par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 7 juin 2006¹¹⁸. Le juge avait retenu la responsabilité de la société Tiscali Media hébergeant des contenus contrefaisants au motif « qu'elle exploite commercialement le site » ceci pouvant être déduit du fait « qu'elle propose aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires sur les pages personnelles ». A ce titre, la société Tiscali Media devait être considérée comme éditeur du site.

Ce même raisonnement a été dégagé¹¹⁹ par le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris, le 22 juin 2007, dans une affaire opposant Jean-Yves Lambert à la société MySpace, MySpace diffusant des messages publicitaires dont il tirait « manifestement profit ». Mais ce critère a été complété par un second, la mise en place d'une représentation graphique, pour engager la responsabilité de l'éditeur.

Le critère de la mise en place de représentation graphique a été adopté dans l'affaire précitée du 22 juin 2007. Le juge a estimé que la société défenderesse exerce les fonctions d'hébergement mais elle ne se limite pas à cette fonction technique elle a également le statut d'éditeur qui se traduit par la mise en place de la représentation graphique.

B. LA RECONNAISSANCE DU STATUT D'HEBERGEUR

Dans un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 19 octobre 2007, cette qualité d'hébergeur a été retenue, abandonnant ainsi la qualification d'éditeur. Cette affaire opposait Google à la société Zadig Productions. Cette dernière avait été informée de la diffusion de son film « Les enfants perdus de Tranquility Bay », sans autorisation sur la plateforme Google. Elle en a demandé le retrait. La vidéo est réapparue peu après sous une autre adresse sur la même plateforme vidéo Google. La société Zadig a assigné la société Google en contrefaçon. Le juge a refusé de qualifier

¹¹⁸ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} chambre, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1638

¹¹⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 juin 2007, Jean-Yves Lafesse et a. c/ Sté MySpace, www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1965

Google d'éditeur de contenu car les contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, « situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence, est personnellement à l'origine de la diffusion et engage à ce titre sa responsabilité. »

Cette position a été confirmée par deux récentes décisions datant du 20 février 2008¹²⁰ et du 15 avril 2008¹²¹. Dans ces deux affaires la qualification d'hébergeur a été retenue pour les deux plateformes de contenus Google vidéo et Dailymotion.

Les juges ont imposé un contrôle renforcé de l'hébergeur en matière de plateformes non marchandes. Dans l'affaire Tranquility Bay précitée, la société Google a été sanctionnée, le juge condamnant la passivité de l'hébergeur concernant la remise en ligne de la vidéo. Les jugements postérieurs, tels que les affaires concernant « Le Monde selon Bush » et « Omar et Fred » ont également mentionné cette obligation de surveillance, dès lors qu'ils ont été régulièrement avertis de la présence d'un contenu illicite. Il est à noter que cela déroge de l'obligation normalement applicable à l'hébergeur selon la loi LCEN car l'hébergeur dans ce cas n'a pas été averti du caractère manifestement illicite des contenus remis en ligne¹²².

§2 LES PLATEFORMES MARCHANDES

En ce qui concerne les plateformes marchandes, les juges du fond ont fait prévaloir la qualité de courtier sur la qualité d'hébergeur. Selon Vincent Fauchoux et Pierre Deprez¹²³, ces types de plateformes proposent « d'héberger les annonces des internautes qui désirent vendre des objets, tout en organisant la vente aux enchères des objets ». Si de telles plateformes sont reconnues comme de simples hébergeurs, elles ne devraient pas, en somme, exercer de surveillance sur l'origine des produits

¹²⁰ Tribunal de commerce de Paris, 8^{ème} ch, 20 février 2008, société Flach Film et a. c/ Google, RLDI 2008/36, n°1197

¹²¹ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} chambre, 15 avril 2008, Omar S, Fred T. et a. c/ Dailymotion, www.juriscom.net/jpt/visu.php?id=1057

¹²² Article 6, I de la loi LCEN

¹²³ Vincent Fauchoux- Pierre Deprez, Le droit de l'internet, Litec professionnel, 2009, préface JM. Bruguière, 1^{ère} édition, p. 253-255

mis en vente. Les juges ont décidé à travers plusieurs affaires récentes de faire privilégier la qualité de courtier.

Cette position a été illustrée dans trois affaires récentes du Tribunal de commerce de Paris du 30 juin 2008¹²⁴ opposant eBay à Dior et LVMH, dans laquelle les juges ont refusé de faire reconnaître à eBay le statut d'hébergeur. Les juges énoncent : « (...) eBay dispose d'un service commercial performant de courtage et constitue un acteur leader du commerce électronique, que ses prestations d'hébergement et de courtage sont indivisibles car eBay n'offre un service de stockage des annonces que dans le seul but d'assurer le courtage ». Le régime de responsabilité dérogatoire des hébergeurs ne trouve donc pas vocation à s'appliquer.

Les juges ont condamné eBay à une amende totale de 40 millions d'euros le sanctionnant pour ne pas avoir veillé à empêcher la commission d'actes illicites à travers son activité, ainsi que de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle des maisons de luxe en question et de l'atteinte à leur image. eBay a fait appel de ces décisions, l'affaire est pendante.

SECTION 2 LES HEBERGEURS DE DONNEES MEDICALES DEMATERIALISEES : UN REGIME DE RESPONSABILITE RENFORCE

Les hébergeurs de données médicales dématérialisées mettent en ligne des données sensibles relative à la santé. La loi encadre les conditions de divulgation et de conservation de ces données de manière renforcée.

La loi du 4 mars 2002¹²⁵, relative aux droits des malades a introduit l'article L1111-8 du code de la santé publique qui définit l'encadrement de l'hébergeur de données de santé à caractère personnel et ouvre la voie du dossier médical personnel (DMP) instauré par la loi n°2004-810 du 13 août 2004¹²⁶ relative à l'assurance maladie.

¹²⁴ Tribunal de commerce de Paris, 1^{ère} Chambre, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et a. c/ eBay Inc, eBay International AG. 1^{ère} Chambre, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc, eBay International AG. 1^{ère} chambre, 30 juin 2008, Christian Dior Couture/ eBay Inc, eBay International AG, www.foruminternet/tribunal-de-commerce-de-paris-1ere-chambre-b-30-juin-2008-2720.html

¹²⁵ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002

¹²⁶ Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JO du 17 août 2004

Selon cette loi, tout assuré social doit disposer d'un dossier médical informatisé, accessible par internet, par les professionnels de la santé autorisés. Ces dossiers doivent être ouverts par des hébergeurs, le législateur ayant mis en œuvre diverses mesures pour s'assurer de la préservation du caractère confidentiel des données. Ces dernières ont été définies en détail par le décret d'application n°2006-6 du 4 janvier 2006¹²⁷. Il prévoit des conditions d'agrément de l'hébergeur (§1), et des droits et obligations supplémentaires garantissant la confidentialité des données (§2).

§1 LES CONDITIONS D'AGREMENT

L'article 1111-8 alinéa 1 du code de la santé publique prévoit que « les professionnels ou personnes concernés peuvent déposer des données médicales à caractère personnel auprès de personnes physiques ou morales dans la mesure où ces derniers ont été agréés à cet effet. »

Les conditions d'agrément ont été fixées par le décret du 4 janvier 2006. Cet agrément délivré pour une durée de trois ans renouvelable, est accordé par le ministre chargé de la santé suite à l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) et d'un comité d'agrément institué par le décret. Ce comité est composé de toutes personnes intéressées (telles que l'inspection générale des affaires sociales, des associations compétentes...) et de personnalités du domaine de l'éthique et du droit, de la sécurité de systèmes d'information et des nouvelles technologies ainsi que dans le domaine économique et financier. Ces derniers sont nommés pour cinq ans par arrêté du ministre de la santé, selon l'article R1111-10 du code de la santé publique.

Le dossier de candidature déposé par l'hébergeur doit démontrer dans quelle mesure l'hébergeur peut assurer la sécurité des données et préserver leur confidentialité.

§2 DROITS ET OBLIGATIONS SUPPLEMENTAIRES

Les hébergeurs et leurs salariés sont soumis au secret professionnel selon l'article L1111-8 alinéa 8. Le décret d'application prévoit que l'hébergeur présente sa

¹²⁷ Décret d'application n°2006-4 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel et modifiant le code de la santé publique, dispositions réglementaires, JO du 5 janvier 2004

politique de confidentialité et de sécurité au moment de la demande d'agrément. Le candidat doit décrire les mesures mises en œuvre pour assurer le respect des droits des personnes ainsi que les moyens de contrôle des droits d'accès et la traçabilité des accès et des traitements pour s'assurer que les données ne soient pas piratées ou endommagées.

L'hébergeur a l'interdiction de céder toute information à caractère confidentiel à d'autres fins. La prestation d'hébergement prend ainsi la forme d'un contrat entre le patient ou le professionnel et l'hébergeur. L'hébergeur devra informer son cocontractant de tous les risques liés à la dématérialisation des données et sur l'existence de prestataires techniques similaires assurant un service équivalent afin que ce dernier fournisse un consentement éclairé.

L'hébergeur est tenu à une obligation de conservation des données particulières. Tout dossier médical constitué suite à une hospitalisation doit être conservé pendant 20 ans à compter du dernier séjour ou de la dernière consultation en son sein. Lorsque ce délai prend fin avant le vingt huitième anniversaire du patient, le délai est prorogé jusqu'à cette date. A la fin du délai, les données sont restituées à l'établissement de santé ou au professionnel qui pourront décider de supprimer ces données selon une procédure spécifique.

Si une divulgation des données non autorisée ou un manquement grave aux obligations de l'hébergeur est constaté, le ministre de la santé peut retirer l'agrément de manière définitive ou à titre provisoire dans l'attente d'une décision. Toute violation aux conditions d'hébergement est punie par trois d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

CHAPITRE 2 : ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE : TRIBUNAL COMPETENT ET LOI APPLICABLE

La LCEN¹²⁸ régit les rapports du fournisseur d'hébergement vis-à-vis des tiers au niveau français, respectant l'essence de la directive européenne. Ce système efficace prend toute son importance dans la question de savoir à partir de quel moment le juge français est compétent et est en mesure de l'appliquer. Internet ne connaissant pas de frontières, lorsque l'information dommageable a été diffusée sur le réseau des réseaux, le litige connaît généralement un caractère international. On doit alors pour trancher se reporter aux règles de conflit de juridictions. Quand les tribunaux français sont-ils compétents pour entendre la demande de réparation d'un dommage subi sur internet? Les règles du monde matériel sont-elles applicables pour un dommage subi dans le monde virtuel ?(section 1).

Une autre question essentielle vient se greffer à ce premier problème. Quand la loi française est-elle applicable en matière de litige relatif à internet ? Quelles sont les règles de conflit qui permettront d'appliquer le régime de la LCEN ? (section 2).

SECTION 1 LE TRIBUNAL COMPETENT EN MATIERE DELICTUELLE SUR INTERNET

Depuis la loi du 1^{er} août 2000¹²⁹, modifiée par la loi LCEN du 21 juin 2004, les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité des intermédiaires techniques ont été modifiées par rapport au régime précédemment instauré, afin de s'aligner avec la directive européenne du 8 juin 2000¹³⁰. Le droit français prévoit des règles de compétence distinctes selon qu'il s'agisse d'un litige extracommunautaire (§1) ou intracommunautaire (§2). Ces règles posent parfois problème pour les litiges relatifs à internet (§3).

¹²⁸ Loi LCEN n°2004-574 du 21 juin 2004 préc.

¹²⁹ Loi n° 2000-1067 du 1^{er} août 2000 préc.

¹³⁰ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 préc.

§1 LES REGLES DE COMPETENCE POUR LES LITIGES EXTRACOMMUNAUTAIRES

Selon l'article 42 du Nouveau Code de procédure civile, le demandeur a la possibilité de saisir la juridiction du lieu où demeure le défendeur. Mais en vertu de l'article 46 de ce même code, la compétence est donnée au tribunal du lieu du fait dommageable ou à celui dans le ressort duquel le dommage a été subi. Le lieu du fait dommageable est celui de survenance du fait qui a causé le dommage (par opposition au lieu où a été réalisé le dommage). Cette option est laissée à la victime demanderesse.

A cela, il faut ajouter les privilèges de juridiction découlant des articles 14 et 15 du Code civil donnant compétence aux tribunaux français dès lors que le demandeur ou le défendeur est de nationalité française, ainsi que pour les tribunaux pénaux français saisis de l'action publique de connaître de l'action civile.

§2 LES REGLES DE COMPETENCE POUR LES LITIGES INTRACOMMUNAUTAIRES

Des règles semblables se retrouvent au plan communautaire, dans la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹³¹ concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions civile et commerciale¹³². Le champ d'application a été étendu par la convention de Lugano¹³³ du 16 septembre 1988 aux Etats membres de l'Association européenne de libre échange. Selon les articles 2 et 5-3° des conventions de Bruxelles et de Lugano, la victime a la possibilité de saisir à son choix une juridiction de l'Etat du domicile ou du siège du défendeur (compétence générale de l'article 2) ou le tribunal du lieu « où le fait dommageable s'est produit » (compétence en matière délictuelle ou quasi-délictuelle de 5-3°). L'article 3 de la convention exclut l'application des articles 14 et 15 du Code civil français à l'égard des défendeurs domiciliés sur le territoire d'un autre Etat contractant.

¹³¹Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, disponible sur www.curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes:brux-idx.html

¹³² Règlement Cons. CE, n°44/2001, 22 déc. 2000, JOCE, n°L.12, 16 janvier 2001

¹³³ Convention de Lugano du 16 septembre 1988, disponible sur www.assemblee-nationale.fr/europe/prdf/doc_e/e3807.pdf

Ainsi, par application de ces principes, il suffit pour que les tribunaux français soient compétents, que le fait générateur ou le dommage puisse être localisé en France. De ce constat naît une difficulté : le dommage peut être considéré virtuellement comme subi dans tous les pays où l'information dommageable est susceptible d'être reçue. Ce problème peut être illustré par l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 7 mars 1995, Fiona Shevill¹³⁴, à propos d'une diffamation diffusée dans plusieurs Etats. La cour précise que le lieu de l'acte est le lieu de l'établissement de l'éditeur de la publication, le lieu du dommage étant dans les lieux où la publication est diffusée lorsque la victime y est connue. La Cour a énoncé que la victime peut tenter une action en réparation contre l'éditeur soit devant la juridiction de l'Etat du lieu d'établissement de la publication diffamatoire pour l'intégralité du dommage, soit devant les juridictions de chaque Etat dans lequel la publication a été diffusée compétente pour le seul dommage subi dans l'Etat.

§3 DES REGLES PARFOIS PROBLEMATIQUES FACE AUX LITIGES SUR INTERNET

La jurisprudence Fiona Shevill apparaît comme inadaptée pour les litiges relatifs à internet (A). Les juges ont du rechercher d'autres critères de rattachement afin de déterminer la compétence des juridictions françaises et en ont dégagé deux : le critère du lieu d'accessibilité du site (B) et le critère de la destination (C).

A. L'INADAPTATION DE LA JURISPRUDENCE FIONA SHEVILL

La première difficulté que soulève l'application de ces règles est de savoir où et comment situer le lieu et l'évènement causal ou de l'acte dommageable. L'application de la jurisprudence Fiona Shevill apparaît comme inadaptée en matière d'internet. Cela signifierait que la victime d'une publication serait obligée d'agir systématiquement devant un for étranger, soit celui d'établissement de l'éditeur, soit devant tous les fors où le site web peut être visualisé. Internet étant de nature universel, le critère de diffusion établi par Fiona Shevill semble inadéquat car tous les pays connectés à internet seraient concernés.

¹³⁴ Affaire 68/93, Shevill contre Alliance Presse, 1995, I-415, RCDIP 1996 p.487, note P. Lagarde

B. LA COMPETENCE DU TRIBUNAL DU LIEU D'ACCESSIBILITE DU SITE

Afin d'appliquer les articles 46 du Nouveau Code de procédure civile et 5-3° des conventions de Bruxelles et Lugano et du Règlement de Bruxelles I, il faut considérer le lieu du fait générateur comme étant le lieu de chargement de la page web dommageable sur le réseau, c'est-à-dire le pays à partir duquel une page Web est chargée sur un serveur, ou bien le lieu d'expédition d'un courrier électronique.

Ce lieu de commission de l'acte devrait être a priori le lieu de domicile du défendeur, sauf dans l'hypothèse où le message a été chargé par un ordinateur portable à l'étranger. Le lieu de réalisation du dommage peut se situer en tous lieux où il est possible d'accéder aux informations préjudiciables, c'est-à-dire dans le monde entier. L'application de ce critère serait difficile face à la multiplicité des fors compétents.

La Cour de cassation a délimité le critère applicable pour désigner le juge français compétent dans une affaire relative à une contrefaçon de marque utilisée sur un site espagnol¹³⁵. Il a été décidé que la victime peut exercer son action soit devant la juridiction de l'Etat du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'Etat contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon se trouve diffusé, apte à connaître seulement des dommages subis dans cet Etat. Ainsi, la Cour de Cassation pose le principe selon lequel le juge français est compétent dès lors que le site est accessible depuis la France, peu importe la langue utilisée sur le site.

C. LE CRITERE DE L'ACCESSIBILITE FACE AU CRITERE DE LA DESTINATION

Néanmoins, l'application de cette jurisprudence par les juges du fond n'est pas uniforme dans la pratique. Dans une affaire de contrefaçon de marque sur internet, en date du 26 avril 2006¹³⁶, la cour d'appel de Paris a considéré que les juridictions françaises ne pouvaient être compétentes qu'à condition de rechercher et de caractériser, pour chaque cas particulier, un lien substantiel entre les faits et actes

¹³⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 9 déc. 2003, Castellblanch c/ Champagne ; Droit et patrimoine 2004, p. 91, obs. E. Caprioli

¹³⁶ Cour d'appel de Paris, 4^{ème} ch. 26 avr. 2006, www.juriscom.net

dommageables et le dommage subi. En l'espèce, le site accusé de contrefaçon était libanais, et bien qu'accessible de la France, il n'offrait aucun produit en vente aux Français. Ainsi la cour d'appel de Paris semble privilégier le critère de la destination au critère de l'accessibilité.

Face aux divergences entre les juges du fond et la Cour de cassation, l'intervention d'une convention adaptée au monde numérique serait nécessaire. Un tel système nécessite une coopération renforcée entre Etats.

SECTION 2 LA LOI APPLICABLE EN MATIERE DELICTUELLE SUR INTERNET

L'internet, par sa dimension transfrontalière, est sujet au conflit de lois de deux espaces juridiques géographiquement distincts. En cas de conflit, le juge devra déterminer la loi applicable au litige en question. Certaines lois de police feront obstacles au raisonnement conflictuel dès lors que le for français est compétent. Dans ce domaine, il s'agit par exemple de la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978¹³⁷, ou de l'article L.121-1 CPI consacrant le droit moral de l'auteur en loi d'application immédiate¹³⁸.

Le règlement Rome II¹³⁹, adopté en juillet 2007, prévoit une harmonisation des règles de conflit applicables. Dans cet étude, nous nous intéresserons au raisonnement conflictuel avant l'adoption de ce règlement (§1), raisonnement toujours d'actualité pour les litiges extracommunautaires, puis aux règles prévues par cette convention (§2), pour les litiges intracommunautaires.

¹³⁷Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, JO du 7 janvier 1978 et rectificatif au JO du 25 janvier 1978

¹³⁸ Cass., 1ère civ., 28 mai 1991, Huston, JCP, G, 1991, II, 21731, note Françon

¹³⁹ Règl. CE n° 864/2007, JOUE 31 juillet, n°L199, p. 40

§1 LA REGLE DE CONFLIT APPLICABLE EN MATIERE EXTRACTIONNELLE AVANT LE REGLEMENT ROME II

La règle de conflit applicable au monde physique (A) a du être adaptée aux spécificités d'internet (B).

A. APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT EN MATIERE DELICTUELLE DANS LE MONDE PHYSIQUE

Avant l'application du règlement Rome II le 11 juillet 2007 par le Conseil européen¹⁴⁰, la règle jurisprudentielle française de conflit de lois donnait compétence à la loi du lieu du délit, la *lex loci delicti*¹⁴¹. Cependant cette règle n'était pas complète face à un délit complexe, c'est-à-dire lorsque le pays du lieu de la commission du fait générateur du dommage ne coïncide pas avec le pays du lieu de réalisation du dommage. Après plusieurs hésitations, la jurisprudence française s'est fixée avec l'arrêt Gordon¹⁴² : « la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ». Il appartient au juge du fond de décider entre les deux lois éventuellement applicables.

B. APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT POUR LE LITIGE RELEVANT D'INTERNET

En appliquant cette solution à internet, la compétence devrait être attribuée en principe à la loi du pays de réception, laquelle coïncide le plus souvent avec le lieu de réalisation du dommage.

Le rattachement à la loi du pays de réception n'est pas sans poser problème. Les lieux de réceptions sont universels et le tribunal est normalement limité au préjudice local. La victime serait contrainte de faire face à des frais de procédure importants en menant des actions en réparation dans les pays où elle a subi un dommage. De plus, il

¹⁴⁰ Règlement CE N° 864/2007, JOUE du 31 juillet 2007, L 199/40

¹⁴¹ Cass. Civ, 25 mai 1948, Lautour, CVP.G. 1948, II, 4542, note Vasseur

¹⁴² Cass. 1^{ère} civ, 14 janvier 1997, D. 1997, p.178, note M. Santa-Croce

pourrait y avoir des éventuelles difficultés à l'exécution des condamnations obtenues dans les pays de réception, dont il faudra obtenir l'exequatur dans le pays où réside l'auteur du délit, pays du lieu d'émission.

D'autre part, l'application de la loi du pays de réception conduit à obliger tout internaute émetteur d'informations à connaître et à se conformer à la législation de tous les pays, afin d'éviter toute poursuite en responsabilité.

La doctrine¹⁴³ a proposé d'assortir cette règle de conflit d'une condition de nature à en restreindre le champ d'application. Le critère de rattachement de la loi du pays de réception devrait être maintenu mais cette loi ne serait applicable que s'il s'agit d'un pays cible, c'est-à-dire compris comme étant dans la volonté de l'auteur le pays destinataire de la transmission de données délictueuses. Cependant, dans la pratique, il n'est pas toujours facile de déterminer quel est le pays cible.

La jurisprudence française s'est prononcée en faveur de l'application de la loi française en tant que loi du pays de réception, comme l'illustre notamment l'affaire Yahoo ! Inc¹⁴⁴. Le juge s'est estimé compétent, reconnaissant que le dommage était subi en France. Le juge a estimé que la loi française était applicable, car la France était un pays de réception d'un site hébergé aux Etats-Unis. Le juge français a donné raison aux victimes, représentées par diverses associations, mais celles-ci n'ont pu obtenir l'exequatur de la décision obtenue en référé.

¹⁴³ Aspects de droit International privé et éléments de droit pénal international, LexisNexis, 1^{ère} édition, 2007, p.50

¹⁴⁴ Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 22 mai 2000, CCE 2000, comm. n°92, obs. J.-C. Galloux

Le Règlement « Rome II » est d'application plus simple en matière de litige sur Internet. Est applicable à la responsabilité délictuelle la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec le fait dommageable, étant présumé qu'il s'agit de la loi du pays de résidence de la victime¹⁴⁶.

Toutefois, deux exceptions sont prévues à la règle générale posée dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 4. Selon le premier, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi applicable est la loi de ce pays. Selon le second, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat.

Une règle de rattachement spécifique est prévue l'article 6 en matière de concurrence déloyale : « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ».

L'article 8 prévoit une règle de rattachement spécifique résultant d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle : loi applicable est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée.

¹⁴⁵ Règl. CE n° 864/2007, JOUE 31 juillet n°L199, p.40

¹⁴⁶ Article 4 : « Zones non soumises à une souveraineté territoriale :

1. *Lorsque le dommage survient dans des zones non soumises à la souveraineté territoriale d'un Etat, la loi applicable est celle du pays dans lequel le moyen de transport ou l'installation ayant un lien avec le délit est immatriculé ou celle dont le moyen de transport ou l'installation bat pavillon ou celle avec lequel le moyen de transport ou l'installatio à des liens analogues.*
2. *S'il n'existe pas de lien avec un pays particulier ou s'il existe un lien avec plusieurs pays, la loi appliquée est celle du pays avec lequel le délit présente les liens les plus étroits. »*

Cette loi est applicable pour apprécier et réparer l'intégralité du dommage. Solution uniforme pour l'intégralité des pays signataires, elle garantit la bonne application de la loi. L'effet des jugements au niveau européen ne semble par réellement poser de problèmes. Les conventions de Bruxelles et de Lugano précitées prévoient que la compétence du juge n'est pas contrôlée pour la circulation des jugements. Par contre, le juge veillera à ce que les jugements ne soient pas contraires à l'ordre public international et dépourvus de fraude. Le juge qui reconnaîtra le jugement ou l'exécutera devra également s'assurer du respect des droits de la défense selon les articles 26 et 27 de la Convention de Bruxelles, renvoyant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Pour les litiges extracommunautaires, l'effet des jugements est problématique comme l'illustre l'affaire Yahoo !Inc. En effet, les différentes conceptions de la liberté d'expression entre le droit franco-européen et le droit américain font obstacle à l'exéquatur des décisions françaises et limitent l'efficacité de la loi LCEN. Une harmonisation de ces deux droits serait-elle nécessaire ? Quelle est la conséquence d'une telle différence de conception ?

PARTIE 2: UNE EFFICACITE REMISE EN QUESTION: LE DROIT AMERICAIN, OBSTACLE A L'EFFET DES JUGEMENTS

La divergence de concevoir la liberté d'expression entre les Etats-Unis et l'Europe prive d'effet un certain nombre de décisions à l'étranger (Chapitre 1). Existe-il un moyen de contourner l'obstacle, peut-on harmoniser les règles applicables sur internet ? (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: LES DIFFERENTES CONCEPTIONS DE LA LIBERTE D'EXPRESSION: FREIN A L'EXEQUATUR DES DECISIONS FRANÇAISES A L'ETRANGER

Par essence transnational, Internet rend potentiellement accessible depuis n'importe quel Etat une information mise en ligne dans un autre Etat. Il permet ainsi à chaque individu de se comporter en un véritable acteur du monde juridique international.

Les litiges ont, dans ce contexte, de plus en plus souvent un caractère international. Si des règles claires établissent à partir de quel moment le juge français est compétent, il n'en demeure pas moins qu'au dernier stade du contentieux, il sera fréquemment nécessaire de faire reconnaître ou exécuter à l'étranger la décision à l'encontre des personnes responsables. Or, la mise en application des décisions de justice n'est pas simple. Cela est en grande partie dû au fait que les Etats appréhendent de manière différente la notion de liberté d'expression. Il n'existe pas *une* liberté d'expression comme le souligne Christiane Féral-Schul¹⁴⁷, mais *des* libertés d'expression.

A titre d'exemple, il suffit de regarder comment en France les discours d'incitation à la haine raciale sont interdits comme attentatoires à la dignité humaine et aux Etats Unis parfaitement tolérés, au titre de la liberté d'expression. De même, au sein de l'Union, des problèmes similaires existent, avec, par exemple, la pornographie interdite en Irlande et totalement libre en Suède.

De ce fait, toute victime peut se heurter au problème suivant: bien que le juge de son Etat considère qu'il y a atteinte à l'ordre public international de cet Etat dès lors que les citoyens ont accès aux contenu litigieux, le juge étranger auprès duquel est réclamé l'exéquatur de la décision, juge de l'Etat émetteur de l'information, peut considérer qu'il n'y a pas violation de son ordre public international, et l'exéquatur sera alors refusée.

¹⁴⁷ In Georges Chatillon, *Le droit international de l'Internet*, édition Bruylant, 2001, p. 553 et suiv.

Les conventions internationales applicables en la matière imposent comme condition de reconnaissance et d'exequatur d'une décision étrangère la vérification que cette décision n'est pas en contradiction avec l'ordre public international de l'Etat dans lequel l'exequatur est sollicitée.

Dans le cadre des relations Europe/ Etats-Unis, il existe de nombreux obstacles à la reconnaissance ou à l'exequatur des jugements, tenant à leur conception opposée de la liberté d'expression. Pour les premiers, bien que cette liberté soit garantie par les textes communautaires et nationaux, elle peut être limitée et encadrée par les lois nationales, alors que pour les seconds, cette liberté ne saurait connaître aucune limite.

La conception française et communautaire de la liberté d'expression est fondamentalement différente de la conception américaine (section 1), cette vision divergente fait obstacle à l'application des décisions françaises, limitant l'efficacité du système aménagé par le législateur français (section 2).

SECTION 1 LA CONCEPTION FRANÇAISE ET COMMUNAUTAIRE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION DIFFERENTE DE LA CONCEPTION AMERICAINE

La conception française de la liberté d'expression (§1) s'oppose à la conception américaine de la liberté d'expression (§2).

§1 LA CONCEPTION FRANÇAISE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION

La liberté d'expression est un droit fondamental garanti par la Constitution française. La liberté d'expression trouve une impulsion majeure sur internet: ce moyen de communication permet de s'exprimer à ceux qui n'ont pas d'autres moyens de véhiculer leur pensée. Cependant, dans la conception française, aussi largement entendue soit-elle, la liberté d'expression ne peut s'exercer sans limites.

Selon l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, laquelle a valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, "la libre communication des pensées et des opinions est un des droits

les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi". La loi du 29 juillet 1881,¹⁴⁸ toujours en vigueur, relative à la liberté de la presse, dans son article 1^{er}, a fait de cette proclamation l'un des principes de la liberté de la presse. Par la suite, la loi du 29 juillet 1982¹⁴⁹, dans son article 1^{er}, est venue affirmer que "la communication audiovisuelle est libre."

Au niveau communautaire, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce en son premier paragraphe que "toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)."

Ce principe est repris à l'identique par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, en son article 11.1.

Ainsi, le droit français et le droit communautaire garantissent la liberté d'expression des citoyens et des médias. Cependant, des limites peuvent être aménagées par les autorités étatiques.

L'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que la liberté d'expression peut être limitée par la loi en vertu de "mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire." Sous l'influence de cet article, le droit français de la communication a été largement modelé. Notre conception de la liberté d'expression est bornée par le respect de la dignité humaine et internet n'est pas un terrain sans droit. Appel à la haine raciale, pédophilie ou simple publication d'un livre interdit à la vente, les affaires se multiplient pour tenter d'assainir l'internet

¹⁴⁸ Loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de presse préc.

¹⁴⁹ Loi du 29 juillet 1982 n° 82-653 relative à la communication audiovisuelle préc.

francophone, ainsi que les lois, telle la disposition¹⁵⁰ de la loi LCEN faisant obligation à l'hébergeur de mettre en place des dispositifs de signalement pour lutter contre les données incitant à la haine raciale, à la pornographie infantile ou encore à l'apologie des crimes de guerre de saisir les autorités judiciaires.

Mais le problème que pose internet dépasse les simples frontières de notre pays, un individu pouvant héberger son site dans un pays plus laxiste ou qui ne reconnaît pas de frontière à la liberté d'expression, tout en étant pleinement consultable en France. Face à cette situation, le droit national atteint ses limites et ne peut garantir une application des lois à l'intérieur même du territoire nationale. Tel est le cas pour l'hébergeur situé aux Etats-Unis.

§2 LA CONCEPTION AMERICAINE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION

Pour les américains et le Premier Amendement de leur Constitution, la liberté d'expression ne peut être limitée par aucune loi. Ainsi le Premier Amendement de la Constitution américaine est utilisé comme moyen de faire obstacle aux jugements étrangers limitant cette liberté par le biais notamment de condamnations pour diffamation ou contenus illicites.

A titre d'exemple de l'approche libérale de la liberté d'expression américaine, dans un arrêt de novembre 2001¹⁵¹, la cour d'appel de Californie a ainsi considéré que diffuser un code source permettant de contourner les protections empêchant la lecture d'un DVD par n'importe quel lecteur ne relève pas de la violation du copyright, mais de la liberté d'expression. Cette vision libérale peut conduire à tous les abus et manquements à la dignité humaine tels que considérés par la loi française.

Face à l'arrivée importante de sites pornographiques, le gouvernement américain a tenté, en 1995, d'établir une loi visant à protéger les enfants. Cette initiative a été connue comme le "Communication Decency Act" adoptée en 1995 par le Congrès américain.

¹⁵⁰ L'article 6, I, 7 de la loi du 21 juin 2004, cf. chapitre 2 Titre 1 partie p. 35 et s.

¹⁵¹ In Philippe Bouré, le Droit et l'Internet, les enjeux présents et futurs de la société de l'information, 1^{ère} édition 2002, l'Hermès, p. 19

L'article 502 du CDA amendait les articles 223 (a) et (d) du chapitre 47 du Code des Etats Unis (USC). Ces dispositions interdisaient la fabrication et la transmission à un mineur de contenus obscènes ou « indécents » par le biais d'un mécanisme de télécommunication ainsi que l'utilisation d'un service informatique interactif pour expédier ou montrer à un mineur des contenus « manifestement outrageants ». Ces dispositions interdisaient également à quiconque contrôle une installation de télécommunication de permettre, en connaissance de cause, que cette installation soit utilisée pour commettre les infractions susmentionnées¹⁵².

Face à cette loi, les acteurs de l'internet ont vivement réagi, considérant qu'il s'agissait d'une tentative de contrôle du pouvoir étatique de la liberté d'expression garantie par la Constitution américaine.

Une action a été engagée par les associations "Electronic Frontier Foundation" et "American Civil Liberties Union", œuvrant pour le respect de la conception extensive de la liberté d'expression estimant que les dispositions de l'article 502 étaient anticonstitutionnelles.

Deux affaires ont été portées devant les tribunaux des Etats-Unis¹⁵³ contestant deux dispositions du CDA visant à protéger les mineurs contre les contenus préjudiciables d'internet. La première, qualifiée de disposition sur « la transmission indécente », interdisait la transmission en connaissance de cause de messages obscènes à tout destinataire âgé de moins de 18 ans (article 233 (a)). La seconde, dite disposition sur

¹⁵² Aux termes de l'article 223 (a) (clause sur l'indécence », est passible d'une peine de prison ne pouvant excéder deux ans ou d'une amende ou des deux à la fois quiconque :

- (1) Dans des communications interétats ou avec l'étranger
 - (B) au moyen d'un mécanisme de télécommunications et en connaissance de cause
 - (i) fabrique, crée ou sollicite ;
 - (ii) prend l'initiative de transmettre, tout commentaire, demande suggestion, proposition, image ou autre communication qui est obscène ou indécente, sachant que le destinataire de la communication est âgé de moins de 18 ans, indépendamment de la question de savoir si l'auteur de cette communication a lui-même composé l'appel ou pris l'initiative de la communication ;
- (2) Permet en connaissance de cause que l'installation de communication placée sous contrôle soit utilisée pour l'une quelconque des activités interdites en vertu du paragraphe (1) dans l'intention délibérée qu'elle soit utilisée pour cette activité.

¹⁵³ American Civil Liberties Union c. Janet Reno ministre de la Justice des Etats-Unis ; American Library Association, Inc. c. ministère de la Justice des Etats-Unis

l'affichage « manifestement outrageant », interdisait l'envoi ou l'affichage de messages manifestement outrageants selon une modalité accessible aux personnes âgées de moins de 18 ans (article 233 (d)). Le 11 juin 1996, la Cour de district oriental de Pennsylvanie a pris une ordonnance préliminaire interdisant au ministre de la Justice de mettre en application les dispositions contestées lorsque cette application se fonde sur des allégations autres que celles d'obscénité et de pédo-pornographie¹⁵⁴. Le gouvernement a formulé un recours devant la cour Suprême.

Le 26 juin 1997, la Cour suprême a jugé pour la première fois qu'internet est pleinement protégé par le premier amendement de la Constitution des Etats Unis. La Cour suprême a jugée inconstitutionnelle les deux dispositions du CDA, estimant qu'elles violaient tant la liberté d'expression garantie par le Premier Amendement de la Constitution que le respect à la vie privée.

La Cour suprême a énoncé que le CDA n'atteignait pas le degré de précision que le Premier Amendement exige lorsqu'un texte vise à réglementer le contenu du discours. Elle a estimé que le gouvernement était certes habilité à protéger les enfants de contenus qui risquaient d'être préjudiciables, mais que le CDA constituait pour cela un outil qui éliminait de grandes quantités de discours que les adultes ont le droit d'émettre ou de recevoir.

Ainsi, toute personne peut diffuser ce que bon lui semble sur internet, de l'appel à la haine raciale au propos pédophiles, rien ne peut venir contrecarrer la liberté d'expression au sens américain. Les seules affaires restreignant la liberté d'expression aux Etats-Unis sont des affaires concernant les questions de sécurité nationale, comme l'illustre l'affaire *Senpp c. Etats Unis*¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *ACLU c. Reno*, 929 F ; Supp. 824 (E.D. Pa. 1996)

¹⁵⁵ 444U. S. 507 (1980)

SECTION 2 : LA CONCEPTION DE LA LIBERTE D'EXPRESSION AMERICAINE, LIMITE A L'EFFET DES JUGEMENTS FRANÇAIS : L'AFFAIRE YAHOO !

La meilleure illustration de cette divergence de conception de la liberté d'expression entre l'Europe et les Etats-Unis est certainement l'affaire Yahoo !.

Les sociétés Yahoo ! France et Yahoo ! Inc. donnaient accès à un site de vente aux enchères d'objets nazis. Diverses associations françaises ont demandé l'interdiction de l'accès à ces sites et réparation du dommage subi, au motif que Yahoo France et Etats-Unis fournissaient l'accès et hébergeaient des sites faisant l'apologie des crimes nazis.

En application des règles de compétence abordées précédemment¹⁵⁶, le juge français s'est estimé compétent territorialement (le site étant accessible de la France) et sur le fond (le dommage étant ressenti en France). Les sociétés Yahoo ! France et Yahoo ! Inc. ont été condamnées le 22 mai 2000¹⁵⁷ par ordonnance du président du Tribunal de Grande Instance de Paris à prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible sur Yahoo.com toute consultation du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis et de prévenir tout internaute consultant Yahoo.fr que si le résultat de sa recherche l'amène sur des contenus constituant une infraction à la loi française, il doit interrompre la consultation, sauf à encourir les sanctions prévues ou à répondre des actions en justice initiées à son encontre.

La société Yahoo ! France a exécuté cette décision. De son côté, la société Yahoo ! Inc. a fait valoir qu'il n'existait pas de solution technique lui permettant d'exécuter

¹⁵⁶ Titre 2 Partie 1 Chapitre 2 p. 73 et s.

¹⁵⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 22 mai 2000, CCE 2000, comm. n°92, obs. J.-C. Galloux

intégralement la décision du tribunal. Cette affaire a de nouveau été portée devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 22 novembre 2000.

La société Yahoo ! Inc. a fait valoir une exception d'incompétence, soutenant que ses services s'adressaient essentiellement à des internautes situés sur le territoire des Etats-Unis, que ses serveurs étaient installés sur ce même territoire, et enfin qu'une mesure coercitive à son encontre ne pourrait recevoir aucune application aux Etats-Unis puisqu'elle serait en contradiction avec le Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis qui garantit que tout citoyen a droit à la liberté d'opinion et d'expression.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a rejeté cet argument estimant que les sites étaient accessibles depuis la France et causaient donc dommage en France aux associations demanderesse. De plus, les juges ont considéré que Yahoo ! Inc. savait qu'il s'adressait à des postes français car des publicités françaises étaient envoyées sur le site lors de la connexion par des postes français. Le tribunal énonce qu'est ainsi suffisamment caractérisé en l'espèce le lien de rattachement avec la France, le rendant compétent.

Lors de l'exequatur, la cour américaine a rendu un jugement déclaratoire¹⁵⁸ en vertu duquel l'ordonnance du TGI de Paris du 22 mai 2000 ne pourrait bénéficier d'aucune exécution aux Etats-Unis. Selon la cour américaine, la France ne peut interdire un discours illégal en France mais légal aux Etats-Unis. Cette dernière s'est opposée à l'exécution des décisions étrangères relatives à la régulation de la liberté d'expression, faisant échec à la décision française.

Cet exemple montre à quel point la reconnaissance d'une décision judiciaire a du mal à se détacher du système juridique du juge devant en prononcer l'exequatur. Le débat bascule rapidement sur les règles de fonds, au lieu de se limiter aux règles de compétence. Par cette affaire, on comprend bien, que dans certains types de contentieux, tel que le contentieux relatif à la liberté d'expression, les divergences peuvent donner lieu à une véritable impasse.

¹⁵⁸ US District Court, District of California, San Jose division, 7 novembre 2001, www.foruminternet.org

Cette affaire démontre que ce problème peut prendre rapidement de grandes ampleurs. Dans une affaire plus récente, (affaire J'Accuse¹⁵⁹) les associations ont dit ne pas avoir assigné l'hébergeur américain car elles savaient qu'il invoquerait alors le Premier Amendement de la Constitution et qu'elles n'obtiendraient pas l'exequatur de leur décision. Elles ont préféré assigner uniquement les fournisseurs d'accès français.

Cette approche divergente réduit à néant toute tentative de régulation d'internet en l'absence de coopération des Etats et de la signature d'une convention internationale. L'essentiel des informations véhiculées sur internet trouvant leur source aux Etats-Unis, il est impératif de trouver un terrain de conciliation. Quelles sont les solutions s'offrant au législateur français ?

¹⁵⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, ordonnance de référé, 30 octobre 2001, <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-30-octobre-2001.html>

CHAPITRE 2. VERS UNE HARMONISATION GLOBALE DES REGLES APPLICABLES SUR INTERNET?

Les jugements des pays n'étant pas toujours reconnus et/ ou exécutés à l'étranger en raison des conceptions différentes de l'ordre public international, deux solutions s'offrent au législateur français afin de s'assurer du respect de la loi française et de la préservation des intérêts des citoyens français.

La première option, tel que le propose Catherine Féral-Schul¹⁶⁰, serait de nature technique. Il s'agirait d'installer en amont un filtrage technique et ce aux fins de censure. Cependant, une telle solution s'opposerait aux valeurs démocratiques.

La seconde option serait de déroger aux règles traditionnelles du droit international privé en mettant en place une convention internationale sur le sujet selon laquelle le juge étranger auprès duquel serait demandé l'exéquatur de la décision ne devrait que vérifier si l'infraction a effectivement eu lieu sur un site internet et que cette infraction est sanctionnée par une décision de justice, pour la mettre en œuvre.

Afin de trouver la voie d'une harmonisation effective des règles applicables sur internet, les acteurs de l'internet élaborent en amont leurs propres usages, source incontournable du législateur dans l'élaboration de lois. Cette autorégulation des intervenants du web est essentielle pour des comportements harmonieux sur la toile (section 1).

En aval, les pouvoirs publics doivent privilégier la coopération internationale entre Etats et harmoniser les règles applicables à travers le biais de conventions internationales (section 2).

¹⁶⁰ In George Chatillon, préc. p. 554 s.

Face aux problèmes d'exéquat des jugements et de tous les problèmes que peuvent soulever l'application de la loi LCEN¹⁶¹ en général, divers organismes indépendants tendent à réguler les comportements sur internet en donnant des codes de conduite et en émettant des recommandations. Ce système de régulation en amont, avant que toute loi ne soit promulguée, est une source essentielle du législateur et du juge et permet de faire évoluer le droit. Leur rôle est important pour obtenir une harmonisation des comportements sur internet.

Il existe deux acteurs majeurs en France de la déontologie : le groupement des éditeurs de services télématiques (GESTE) et le Forum des droits sur l'Internet. Ces deux groupements tendent à élaborer des règles destinées à réguler les activités de leurs membres et plus généralement à l'ensemble de la communauté internaute et ont d'ailleurs joué un rôle important dans l'élaboration du régime du fournisseur d'hébergement. Véritables moteurs d'impulsion pour la création de lois, leur rôle d'aujourd'hui sera de proposer des solutions aux problèmes existants et notamment sur l'effet des jugements (§1).

La pratique a également dégagé nombres d'usages dont l'importance est telle que le terme « Netiquette » a été créé pour s'y référer. La Netiquette est apparue au milieu des années 1990 et désigne des règles de comportement que les utilisateurs s'appliquent à eux-mêmes. La Netiquette a été codifiée par un groupe de travail le RUN, Responsible Use of Network, association américaine fondée en 1992¹⁶². Le texte de la Netiquette n'a pas été mis à jour depuis 1996 et est aujourd'hui obsolète, cependant les usages des professionnels, bien que non codifiés ou répertoriés dans des chartes déontologiques, conservent un intérêt majeur en tant que sources de lois, (§2).

¹⁶¹ Loi LCEN n° 2004-574 du 21 juin 2004 préc.

¹⁶² Texte sur <http://tools.ietf.org/html/rfc1855>

§1 LE GESTE ET LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, MOTEURS D'IMPULSION DANS L'ELABORATION DES LOIS

Le Geste (A) est apparue historiquement en premier pour tenter de coordonner l'ensemble des intervenants du web. Le Forum des droits sur l'Internet est venu le suppléer dès 2001(B).

A. LE GESTE

Les pouvoirs publics avaient chargé le GESTE le 23 octobre 1996 de mettre en place un code en concertation avec l'ensemble des professionnels de l'internet. Cette initiative avait conduit à la rédaction d'un « code de l'Internet », publié en 1997. Aujourd'hui ce code, actualisé, prend le nom de « charte d'édition électronique »¹⁶³.

Cette charte aborde des sujets variés tels que le respect de la dignité humaine, de l'ordre public, des libertés fondamentales, la protection de la vie privée, des droits d'auteurs ou encore des consommateurs.

Les règles que le GESTE a élaboré dans le passé ont été en grande partie reprises dans la loi LCEN, notamment en ce qui concerne l'élaboration du régime de responsabilité des prestataires techniques.

Cet acteur peut avoir un rôle clé dans l'éventuelle harmonisation des règles applicables sur l'internet et dans la recherche d'une solution en ce qui concerne l'effet des jugements français à l'étranger.

B. LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET

Le Forum des droits sur l'internet travaille sur l'élaboration de règles déontologiques pour les acteurs de l'internet. Créé en 2001, cette association se compose de personnes morales, publiques ou privées, réparties en deux collèges, les acteurs économiques et les utilisateurs.

Le Forum des droits sur l'internet a trois grandes missions : la concertation entre les acteurs, l'information et la sensibilisation du public, et enfin la coopération internationale. Son activité est préparatoire à la prise de décision par les autorités publiques.

¹⁶³ Disponible sur www.geste.fr

Le Forum des droits sur l'Internet a élaboré des règles claires et neutres en ce qui concerne notamment le commerce électronique, la propriété intellectuelle et le téléchargement, la publicité en ligne, la cyberconsommation, etc. Tous ces travaux ont été une source essentielle dans l'élaboration de normes en la matière par le législateur.

Le Forum des droits sur l'Internet répertorie sur son site web un certain nombre de chartes, cataloguant les usages des professionnels, ou énonçant des recommandations de comportement. Chaque année, le Forum dresse un bilan des problèmes existants sur l'internet et élabore des plans d'action. Ainsi, cet acteur « parapublic » pourrait avoir un rôle clé dans l'harmonisation des règles applicables à l'internet.

§2 LES USAGES SUR INTERNET

De nombreux usages ont été consacrés par la loi et notamment par la loi LCEN du 21 juin 2004. Ces usages sont des règles de bon sens qui peuvent éventuellement compléter les lois ou renvoient à des textes légaux ou réglementaires lorsque cela est possible. Ces dernières années, les utilisateurs ou professionnels ont tendance à se créer des chartes de comportement, sorte de codification des usages existants sur internet, afin de s'aligner et s'harmoniser avec les autres pays. Ces chartes ont pour principal objectif de guider les acteurs de l'internet en attendant que le droit s'adapte aux pratiques et consacre les règles qui en découlent.

Par exemple, en matière d'hébergement, l'AFA (Association des fournisseurs d'accès) a établi une charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques, adoptée le 14 juin 2004. Ce texte complète la loi du 21 juin 2004, notamment en dressant une liste des diligences à observer avec les autorités publiques, les règles de coopération avec les autorités judiciaire ou encore des conseils sur le dispositif de signalement à mettre en place dans le cadre de l'article 6, I de la loi LCEN.

Une seule et unique initiative d'harmonisation au niveau international a été prise en la matière par la Convention sur la cybercriminalité (§1), le 1^{er} juillet 2004.

Catherine Féral- Schul propose une solution d'harmonisation pour éviter que les jugements français soient privés d'effet en imaginant une règle de conflit (§2).

§1 LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITE : HARMONISATION DES REGLES
APPLICABLES AU NIVEAU EUROPEEN

Le recours aux lois existantes ne saurait être satisfaisant et efficace, que celles-ci soient françaises ou étrangères, si les éventuelles condamnations prononcées demeurent, en l'absence d'exécution, purement théoriques.

L'évolution la plus récente en la matière est l'initiative des 43 Etats membres du Conseil de l'Europe qui ont élaboré, à Budapest, la convention sur la cybercriminalité, ouverte à la signature depuis le 1^{er} juillet 2004¹⁶⁴. Cette convention a été complétée par un protocole additionnel le 30 janvier 2003¹⁶⁵ relatif à l'incrimination d'acte de nature raciste et xénophobe commis par le biais des systèmes informatiques. Cette convention est le premier texte international permettant une harmonisation des législations nationales en matière d'infractions pénales commises via internet et les autres réseaux informatiques.

Cette convention a pour objectif de poursuivre « une politique destinée à protéger la société contre le cybercrime, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et la stimulation d'une coopération internationale ». Le texte indique les mesures à prendre au niveau national, renforçant la coopération internationale.

¹⁶⁴ Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe, Budapest, 2^e novembre 2001, conseil de l'Europe, série des Traités européens, n°185

¹⁶⁵ Protocole additionnel, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 30 janvier 2003, disponible sur conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm

Selon le rapport explicatif du Conseil européen sur la convention sur la cybercriminalité¹⁶⁶, en son paragraphe 16, la convention vise essentiellement, d'une part, à harmoniser les éléments d'infractions ayant trait au droit pénal matériel national et les dispositions connexes en matière de cybercriminalité, et d'autre part, à fournir au droit pénal procédural national les pouvoirs nécessaires à l'instruction et à la poursuite d'infractions de ce type, ainsi que d'autres infractions commises au moyen d'un système informatique ou dans le cadre desquelles des preuves existent sous forme électronique. Enfin, la convention vise à mettre en place un régime rapide et efficace de coopération internationale.

Si un consensus a pu être trouvé entre l'ensemble des Etats signataires sur l'harmonisation d'un certain nombre d'infractions pénales telles que la pornographie infantile, la diffusion de virus, la falsification de données, les atteintes à la propriété intellectuelle, d'autres infractions pénales demeurent encore aujourd'hui hors du champ d'application de cette vaste entreprise d'harmonisation.

L'incrimination de sites à contenu xénophobe ou raciste, par exemple, n'a pu être introduit dans le texte original par les européens, face au refus catégorique des Américains invoquant la liberté d'expression. C'est pour cela que ces délits et crimes ont fait l'objet d'un protocole additionnel. Cette difficulté démontre qu'il reste un certain nombre de points difficiles à traiter entre les Etats par leurs conceptions divergentes de ce que doit recouvrir la liberté d'expression.

§2 PROPOSITION D'UNE HARMONISATION ENTRE LES ETATS-UNIS ET L'EUROPE

Pour éviter le blocage de la situation face à la divergence de conception de la liberté d'expression entre les Etats-Unis et l'Europe, Catherine Féral-Schul¹⁶⁷ imagine une solution pour contourner l'obstacle.

Elle propose que dès lors qu'un juge serait en présence des trois conditions suivantes : une infraction via un site internet, cette infraction viole manifestement

¹⁶⁶ Rapport explicatif du conseil européen sur la convention sur la cybercriminalité, §16, disponible sur www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm

¹⁶⁷ George Chatillon (dir.) op.cit , p.554 s.

l'ordre public international de son Etat et cette violation est sanctionnée par une décision de justice, le juge étranger auprès duquel il est demandé l'exequatur ne devrait que vérifier la réunion de ces trois seules conditions pour l'accorder et exiger ainsi de son fournisseur du contenu concerné et de son fournisseur d'hébergement de mettre en œuvre tout moyen nécessaire permettant d'interdire le contenu litigieux sur le territoire de l'Etat dont l'ordre public international a été violé.

Cette proposition n'a pas pour objet de contraindre un juge, qui aurait à se prononcer sur une demande d'exequatur, à renoncer aux principes fondamentaux que contient son ordre public international mais de garantir une coopération effective entre l'ensemble des Etats en aidant chaque Etat à faire respecter son propre ordre public international dans un contexte où les spécificités d'internet rendent un tel respect compliqué.

En application de cette théorie, d'une part, les hébergeurs ou fournisseurs de contenu continueront pleinement à jouir de leur libertés garanties sur le territoire national et d'autre part, ils auraient pour obligation de mettre en œuvre les précautions et mesures techniques nécessaires pour éviter que les contenus qu'ils contrôlent ne soient diffusés sur le territoire d'un autre Etat, où ils violeraient son ordre public international.

Cette solution pourrait être possible par l'adoption de conventions bilatérales entre les Etats divergents. Comme le souligne cet auteur ceci pourrait être rapproché de ce qui existe déjà en matière fiscale, où des conventions bilatérales ont été adoptées pour éviter la double imposition des citoyens. En effet, en France, les citoyens sont imposés en raison de leur revenus perçus sur le territoire, alors qu'au Etats-Unis en vertu du 16^{ème} amendement, les citoyens sont imposés qu'ils résident ou non sur le territoire américain, conduisant ainsi à une double imposition pour les citoyens américains résidant en France. Une convention bilatérale a permis de contourner le problème, en faisant une brèche aux règles fiscales traditionnelles.

Catherine Féral-Schul aborde toutes les objections pouvant être émises face à une telle solution et les révoquent.

A ceux qui considèrent que ce problème reste marginal, elle répond que tel n'est pas le cas, comme le démontrent les affaires Yahoo¹⁶⁸ ! et J'Accuse¹⁶⁹, et avec l'essor d'internet, de telles situations ne vont cesser de croître.

A l'argument que de telles mesures techniques coûteraient cher, elle estime que les mesures ne concernant qu'un nombre limité d'infractions pénales, car de nombreuses autres ont fait l'objet d'une définition harmonisée avec la convention sur la cybercriminalité de 2004, cet objection n'est pas recevable.

Pour ceux qui estimerait qu'une telle approche du problème heurterait les principes traditionnels du droit international privé, elle justifie sa proposition par le fait que de nombreuses règles traditionnelles ont dû être adaptées aux spécificités d'internet afin d'assurer qu'elles soient efficaces. Tel a été le cas, par exemple, en France, en ce qui concerne la conception de la preuve, reconnaissant la preuve électronique afin notamment de ne pas freiner le commerce électronique.

La proposition de cet auteur permettrait l'exécution et la reconnaissance des décisions françaises aux Etats- Unis contrevenant à la Constitution tout en permettant aux acteurs concernés de continuer à jouir de leur droit sur leur territoire. Dans l'attente que l'un des Etats prennent l'initiative d'une convention bilatérale, et à défaut de pouvoir faire respecter les lois nationales hors du territoire, les acteurs de l'internet peuvent anticiper toute entrave aux droits des tiers en s'autorégulant afin d'éviter en amont tout problème. Néanmoins, la signature d'une convention apparaît comme essentielle, afin d'éviter toute fuite des hébergeurs français vers l'étranger, où ce système moins contraignant privilégierait les infractions à la loi française.

¹⁶⁸ Tribunal de Grande Instance de Paris, ordonnance de référé, 22 mai 2000, préc

¹⁶⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, ordonnance de référé, 30 octobre 2001, préc.

CONCLUSION

Le régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement a été difficile à élaborer et soulève de nombreuses problématiques dues à la nature même d'internet, moyen de communication transnationale, où la liberté apparaît comme le maître mot.

La conception de la liberté d'expression absolue sur internet puise ses racines dans les origines de celui-ci. Après un premier usage par l'ARPA, dans le monde militaire, les scientifiques ont rapidement pris conscience de la contribution remarquable que celui-ci pouvait apporter à leur recherche. Dans la liberté la plus totale, internet a permis l'échange et le partage d'informations d'un laboratoire à l'autre sur la planète. De cette époque, certains ont gardé la nostalgie de cet espace de communication entièrement libre. Selon une part de la doctrine, le cyberspace serait un monde à part, radicalement différent du monde physique, où le droit n'aurait pas vocation à s'appliquer. Nonobstant, la démocratisation de cet outil, et son utilisation pour la communication de masse, a diversifié les propos diffusés, et la toile est apparue comme le moyen de commission d'un certain nombre d'infractions. Les fournisseurs d'hébergement, permettant la mise à disposition de contenus fournis par un tiers aux internautes, apparaissent comme un vecteur de la réalisation de ces atteintes.

Face à la mondialisation d'internet, le droit a du intervenir pour encadrer les activités du cyberspace. Cependant, les règles élaborées jusqu'alors, étaient prévues pour un monde matériel. Il a donc été nécessaire de les adapter à ce monde immatériel ne connaissant aucune limite, tant légale que géographique.

La doctrine fut la première à étudier la question, délimitant le rôle de chaque acteur et le type de responsabilité adéquat à chacun. Dès 1998, les premières affaires mettant en cause les hébergeurs pour diffusion de contenus illicites furent portées devant les tribunaux. Ces derniers, ayant un rôle purement technique, ont été soumis à un devoir de surveillance modéré des contenus hébergés et à l'obligation d'agir promptement pour retirer les informations illicites. Dès lors que leur rôle dépassait la simple mise à disposition des contenus sur le Web, les hébergeurs voyaient leur part de responsabilité croître.

Le législateur, dans un souci de sécurisation des activités sur le net, et suite à la promulgation de la directive européenne du 8 juin 2000¹⁷⁰, a tenté d'élaborer une loi conciliant la jurisprudence française et les objectifs visés par la directive. Le résultat fut décevant, à défaut de précision du texte, le Conseil constitutionnel intervint et censura tout un pan de la loi du 1er août 2000¹⁷¹. Ce n'est que trois ans plus tard, avec la loi LCEN du 21 juin 2004¹⁷², que le législateur français a été en mesure de transposer pleinement le régime prévu au niveau communautaire, s'alignant ainsi avec les autres Etats membres. De par cette loi, le fournisseur d'hébergement peut voir sa responsabilité tant civile que pénale engagée, dès lors qu'il persiste à diffuser le contenu illicite ou qu'il n'a pas agi promptement pour le retirer suite à sa notification. Il n'est soumis à aucun devoir de surveillance ou de vigilance, mais doit néanmoins prévoir un dispositif de signalement concourant à la lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, à l'incitation à la haine raciale et à la diffusion d'images pédophiles. Cette loi fut accueillie favorablement par l'ensemble du monde juridique et professionnel, respectant l'essence de la jurisprudence et de la directive.

Cependant, les dispositions de la loi LCEN sont difficiles à mettre en œuvre dans certains cas.

Tout d'abord, quant aux sujets de droit eux-mêmes, certains acteurs apparaissent tantôt comme des éditeurs, tantôt comme des hébergeurs ou encore comme des courtiers en vente. Les juges ont alors délimité le champ d'application de la loi au regard de ces activités spécifiques.

Mais c'est relativement à l'application de la loi, dès lors que le litige a une dimension internationale, que le droit français a connu ses limites. Internet se jouant des frontières géographiques, il a été nécessaire d'adapter les règles traditionnelles de droit international privé en matière de tribunal compétent et de loi applicable pour pouvoir délimiter quand la loi française à vocation à s'appliquer. Une fois admis la compétence de la loi française, encore faut-il que les décisions françaises soient reconnues et exécutées à l'étranger. Le régime prévu au niveau européen, pour être

¹⁷⁰ Directive n°2000/31/CE du 8 juin 2000, préc.

¹⁷¹ Loi n°2000-719 du 1er août 2000, préc.

¹⁷² Loi du 21 juin 2004 n°2004-575 préc.

efficace, ne doit pas conduire à des sanctions purement théoriques. Il doit avoir un caractère contraignant, limitant les atteintes aux droits des tiers. Alors qu'il existe une convention internationale au niveau mondial en ce qui concerne les règles applicables en matière pénale, c'est au niveau de la liberté d'expression que le système français se trouve dans une impasse.

La conception de la liberté d'expression aux Etats-Unis diverge fortement de la conception européenne. Pour les premiers, cette dernière ne saurait connaître d'aucune limite, la censure et le secret étant fondamentalement anticonstitutionnels. Pour les seconds, la liberté d'expression ne se conçoit qu'assortie de certaines limites, énoncées au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Celles-ci valent quel que soit le moyen d'expression en jeu.

Une telle divergence soulève deux problèmes sous-jacents. D'une part, si les décisions françaises ne sont pas reconnues ou exécutées, l'atteinte aux droits des tiers ne peut cesser, rendant le système complètement inefficace. D'autre part, cette conception opposée tend au développement du phénomène du « forum shopping ». En d'autres termes, cela favoriserait la fuite des serveurs vers des hébergeurs étrangers, soumis à des lois moins contraignantes, ou encore l'exil des professionnels de l'hébergement français vers d'autres pays ayant des dispositions moins drastiques, pouvant ainsi continuer à diffuser leurs contenus vers la France de l'étranger, sans être soumis à aucune contrainte puisque les décisions françaises ne seront pas reconnues par les juridictions étrangères.

Un tel phénomène présente des dangers tant légaux que financiers: les infractions ne seront pas sanctionnées et la fuite des professionnels pourra comporter des incidences d'ordre économique.

Pour contrecarrer tout excès, deux possibilités sont envisageables. En amont, face à l'hostilité à l'égard du droit, les usages et la nétiquette permettent d'instaurer un code de conduite et de déontologie, se fondant sur des règles morales, évitant ainsi la commission d'infractions atteignant les droits des tiers. Certains acteurs, tel que le Forum des droits sur l'Internet, permettent, par leurs études au niveau international et leurs rapports, d'envisager des solutions et s'illustrent comme des sources précieuses du législateur, et moteur d'une éventuelle harmonisation mondiale des règles applicables sur internet.

Aussi précieux puissent être ces usages, ils ne sauraient éclipser le droit. Certains comportements sont trop graves pour échapper à celui-ci, lequel a sans conteste vocation à intervenir. Il apparaît dès lors nécessaire que le droit français puisse être exécutoire de plein droit. Ceci ne saurait être possible que par la signature d'une convention internationale. Catherine Féral-Schul¹⁷³ propose une solution, proche d'un principe de confiance mutuelle entre les Etats. Dès lors que le délit sanctionné a violé l'ordre public d'un Etat, l'autre Etat devant exécuté la décision, ne doit pas débattre sur le fond, appliquer la décision et restreindre son activité vers l'Etat violé. Cela ne contreviendrait donc pas à son ordre public, car l'activité ne cesserait pas sur l'Etat en question.

La dernière solution pouvant être envisagée est la mise en place de filtrages, dès lors que le contenu étranger apparaît comme illicite. Solution écartée par Catherine Féral-Schul car elle contreviendrait aux valeurs démocratiques, étant proche de la censure, elle peut néanmoins avoir vocation à s'appliquer pour les délits les plus graves. Lors de l'affaire Yahoo Inc¹⁷⁴, un tel filtrage avait été jugé possible par les experts. Ce procédé pourrait être comparé à la solution adoptée en matière de satellites. L'empreinte d'un satellite distribuant les signaux porteurs de programmes télévisés, dépasse les frontières nationales. Certains programmes peuvent contrevenir aux législations spécifiques des Etats. En 1974, la Convention de Bruxelles¹⁷⁵ est venue encadrer la captation de ces signaux. Tout Etat contractant s'engage par cette convention à prendre des mesures adéquates pour faire obstacle à la distribution sur son territoire ou à partir de son territoire, de signaux porteurs de programmes, pour tout distributeur auquel les signaux émis vers le satellite ou passant par le satellite, ne sont pas destinés. Un système de filtration en amont de la sorte, faisant échec aux connexions étrangères pourrait être envisagé pour limiter les abus à défaut de s'accorder sur une harmonisation des règles applicables sur la toile.

¹⁷³ In George Chatillon, op. cit p. 554s.

¹⁷⁴ Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 mai 2000, préc.

¹⁷⁵ Convention du 21 mai 1974, Bruxelles, disponible sur http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/brussels/trtdocs_wo025.html

Table des matières

Remerciements.....	3
Sommaire.....	4
Introduction.....	5
Titre 1 L'élaboration d'une responsabilité vis-à-vis des tiers.....	9
Partie 1 La recherche d'une responsabilité vis-à-vis des tiers	9
Chapitre 1 : La nécessité de la mise en place d'une responsabilité	10
Section 1 Internet : un nouvel espace de communication	11
Sous-section 1 : la nature novatrice d'internet.....	11
§1 Les spécificités d'internet.....	11
§2 L'absence de régime de responsabilité adéquat face aux enjeux de l'internet	12
Sous-section 2 La multiplicité des intervenants	14
§1 Les fournisseurs du contenant	14
§2 Les fournisseurs du contenu	16
Section 2 La délicate détermination d'un cadre légal.....	18
Sous-section 1 La recherche d'un fondement à la responsabilité de l'hébergeur vis-à-vis des tiers.....	18
§1 la responsabilité du fait des choses.....	18
§2 Le fondement de la responsabilité du fait personnel.....	20
Sous-section 2 : l'absence de cadre légal.....	20
Chapitre 2. Une responsabilité de droit commun créée par les tribunaux.....	23
Section 1. La définition jurisprudentielle de l'hébergeur internet.....	23
§1 Le critère du stockage direct et permanent.....	24
§2 Le critère de fonction d'intermédiaire.....	24
Section 2. L'élaboration d'une responsabilité de droit commun par les tribunaux	25
§1 L'absence de responsabilité sur le contenu	25
§2 Une obligation générale de surveillance dans le cas de l'hébergement anonyme.....	26
§3 Responsabilité en cas de contrôle effectif du contenu	27
§3 La réticence d'une responsabilité pénale	28
Section 3. Le devoir de vigilance et de prudence.....	29
Partie 2 Mise en place d'un cadre légal.....	33
Chapitre 1 La loi du 1 ^{er} août 2000 ou « la bévée du législateur ».....	34
Section 1 : La délicate intervention du législateur.....	34
§1 Effort de clarification du cadre juridique antérieur à la solution communautaire	35
§2 La directive européenne du 8 juin 2000.....	36
section 2 Le contenu de la loi du 1 ^{er} août 2000.....	38

§1 Une loi s'inscrivant dans la continuation de l'œuvre de la jurisprudence	38
A. La consécration de l'obligation d'identification des créateurs de sites	39
B. L'obligation de réagir	39
a. Intervention judiciaire.....	39
b. Intervention d'un tiers	40
§2 Le non respect de la jurisprudence précédente	40
A. Le non respect de l'obligation d'information.....	41
B. Obligation de surveillance	41
Section 3. Une responsabilité problématique	42
§1 La nature « obscure » de la responsabilité.....	42
§3 La « super-censure du Conseil constitutionnel ».....	43
A. Une volonté réductrice.....	43
B. Une loi inadaptée.....	44
Chapitre 2 : La loi LCEN ou la création d'un droit autonome	46
Section 1 La creation d'un droit autonome.....	47
§1 La mise en place d'un droit dérogatoire du droit commun.....	47
A. Un droit autonome.....	47
B. Une nouvelle catégorie de responsables restreinte	48
§2 Les conditions d'engagement de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement..	49
A. La notification du contenu illicite et mise en demeure de cesser la diffusion	50
B. La faute de l'hébergeur qui persiste à diffuser le contenu ou qui n'a pas agi promptement.....	51
a. La faute de l'hébergeur qui persiste à diffuser le contenu	52
b. La faute de l'hébergeur qui n'a pas agi promptement.....	54
C. La procédure de mise en œuvre de la responsabilité des prestataires de services internet.....	54
Section 2 Droits et obligations des fournisseurs d'hébergement.....	55
§1 Absence d'obligation générale de surveillance	55
A. Le dispositif de signalement	56
B. Les moyens de lutte.....	57
C. L'obligation de conservation des données.....	58
§2 Aménagement du régime de responsabilité : les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.....	58
Titre 2 Un régime de responsabilité imparfait: la mise à l'épreuve du droit.....	60
Partie 1 : Les difficultés pratiques du régime de responsabilité.....	61
Chapitre 1. Les régimes spéciaux : entorse au régime prévu par la LCEN.....	62
Section 1 Les fournisseurs d'hébergement à responsabilité mixte	62
Sous section 1 Les fournisseurs d'hébergement soumis à la responsabilité des éditeurs	62
§1 les hébergeurs de Blog.....	63

A. Une responsabilité d'éditeur	63
B. Une responsabilité de fournisseur d'hébergement	65
§2 Les forums de discussion.....	65
A. Une responsabilité d'éditeur : le contrôle à priori.....	65
B. Une responsabilité de fournisseur d'hébergement : le contrôle a posteriori.....	66
Sous section 2 le cas des plateformes de contenus.....	67
§1 Les plateformes non marchandes	67
A. La reconnaissance de la qualité d'éditeur dans un premier temps	67
B. La reconnaissance du statut d'hébergeur	68
§2 Les plateformes marchandes	69
Section 2 Les hébergeurs de données médicales dématérialisées : un régime de responsabilité renforcé	70
§1 Les conditions d'agrément.....	71
§2 Droits et obligations supplémentaires.....	71
Chapitre 2 : Aspects de droit international privé : tribunal compétent et loi applicable	73
Section 1 Le tribunal compétent en matière délictuelle sur internet	73
§1 Les règles de compétence pour les litiges extracommunautaires.....	74
§2 les règles de compétence pour les litiges intracommunautaires.....	74
§3 Des règles parfois problématiques face aux litiges sur internet.....	75
A. L'inadaptation de la jurisprudence Fiona Shevill	75
B. La compétence du tribunal du lieu d'accessibilité du site.....	76
C. Le critère de l'accessibilité face au critère de la destination.....	76
Section 2 La loi applicable en matière délictuelle sur internet.....	77
§1 La règle de conflit applicable en matière extracontractuelle avant le règlement Rome II	78
A. Application de la règle de conflit en matière délictuelle dans le monde physique	78
B. Application de la règle de conflit pour le litige relevant d'Internet.....	78
§2 La règle de conflit prévue par le règlement « Rome II ».....	80
Partie 2: Une efficacité remise en question: le droit américain, obstacle à l'effet des jugements	82
Chapitre 1: Les différentes conceptions de la liberté d'expression: frein à l'exécutif des décisions françaises à l'étranger	83
Section 1 La conception française et communautaire de la liberté d'expression différente de la conception américaine.....	84
§1 la conception française de la liberté d'expression	84
§2 la conception américaine de la liberté d'expression.....	86
Section 2 : La conception de la liberté d'expression américaine, limitée à l'effet des jugements français : l'affaire Yahoo !.....	89
Chapitre 2. Vers une harmonisation globale des règles applicables sur internet?	92
Section 1 : l'harmonisation en amont : la voie de l'autorégulation.....	93

§1 Le GESTE et le Forum des droits sur l'Internet, moteurs d'impulsion dans l'élaboration des lois.....	94
A. le GESTE	94
B. Le Forum des Droits sur l'Internet.....	94
§2 Les usages sur internet.....	95
Section 2: L'harmonisation en aval : les conventions internationales.....	96
§1 La convention sur la cybercriminalité : harmonisation des règles applicables au niveau européen.....	96
§2 Proposition d'une harmonisation entre les Etats-Unis et l'Europe	97
Conclusion	100
Bibliographie	108

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- P. Malaurie, L. Agnès, *Les obligations*, Defrénois, 2004.

OUVRAGES SPECIALISES

- M. E Ancel, *Droit et Technique*, Mélanges X. Linant de Bellefonds, Litec, 1^{ère} édition, 2007
- P. Bouré, *Le Droit de l'Internet, les enjeux présents et futurs de la société de l'information*, l'Hermès, 1^{ère} édition, 2002
- G. Chatillon, *Le Droit International de l'Internet*, éd. Bruylant, 1^{ère} édition, 2001
- L. Delprat et C. Halpern, *Communication et Internet : Pouvoirs et Droits*, collection Lire Agir, Vuibert, 1^{ère} édition, 2007
- F. Dessemontet, *Responsabilité Contractuelle du Fournisseur et Droit comparé délictuel*, Internet, 1^{ère} édition, 2005
- MM. F. Dupuis-Toubol, M-H Tonnelier et S. Lemarchand, préface F. Fillon, *Internet saisi par le droit*, éd. Des Parques, 1^{ère} édition 1997, p. 105 à 125.
- V. Fauchoux- P. Deprez, préface J.M Bruguière, *Le Droit de l'Internet*, Litec professionnel, 1^{ère} édition, 2009
- C. Feral-Schul, *Cyberdroit, le Droit à l'Epreuve de l'Internet*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2006
- A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, *Pratique du Droit de l'Informatique*, 6^{ème} édition, Delmas, 2008
- J. Larrieu, *Le Droit de l'Internet*, éd. Mise au point, ellipses, 1^{ère} édition, 2005
- P. Le Tournau, *Contrats Informatiques et Electroniques*, 5^{ème} édition, 2008, Dalloz
- Y. Serra, *La concurrence déloyale*, Permanence et devenir, Dalloz, 1^{ère} édition, 2001

ARTICLES

- H. Bitan, *Acteurs et responsabilité sur l'Internet*, Gaz. Pal., 1998, I, doctrine, p.508 s.
- J.M. Bruguière, *Quand notre système juridique secrète une responsabilité pas très ... Net*, Droit et Patrimoine, n°92, avril 2001, p. 41
- M.P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1985, chron., p97
- G. Danjaume, *La responsabilité du fait de l'information*, JCP G, 1996, I, p.3895 s.
- L. Falque-Pierrotin, *Internet : enjeux juridiques, rapport au ministre délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace, et au ministre de la culture*, Doc. Fr, Paris, 1997, <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/974057500/index.shtml>.
- A. Gitton, *Responsabilité des hébergeurs : coke en stock*, Expertises 2001, p. 226 s.
- L. Grynbaum, *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet*, CCE. 2004, n°28
- J. Heslaut, *A propos de l'arrêt du 10 février 1999 de la Cour d'appel de paris*, Expertises, avril 1999, p. 105
- G. Jeannot- Pagès, note, Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 décembre 2001, D. 2002, p. 3103
- E. Jez, *Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000*, Gaz. Pal., 2000, 4, doctrine, p. 1511 s.
- J. Le Clainche et Boulin, *Prestataires de services Internet : fondement d'une responsabilité*, RLDI, n°10, novembre 2005, comm. n° 286, p. 275 s.
- P. Le Tournau, note, Tribunal de Grande Instance de Paris, 1^{ère} Ch. 27 fév., 1991, JCP G, 1992, II, p. 72
- P. Le Tournau, *Responsabilité civile des acteurs de l'internet*, Expertises, Jan. 1999, p419
- A. Lepage, *Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur Internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement*, D. 2001, p. 322 à 327
- A. Lepage, *La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès internet : un défi nouveau pour la justice du XXI*, CCE, 2002, chr. n°5

- A. Lepage, *Liberté d'expression, responsabilité et forums de discussion*, CCE, 2003, chronique n°3
- M. Lévy, *Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité*, Gaz. Pal. 17-19 avril 2005, doctrine, n°109, p. 33 s.
- V.D. Mélison, *Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe l'œil*, 25 avr. 2005, www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=682
- M. Pendu, *l'Etendue de la Responsabilité du Fournisseur d'Hébergement*, Expertises, Avril 2000, p. 109 s.
- J.E. Schoettl, *La nouvelle modification de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel*, LPA, 31 juillet 2000, n°151, p. 12 s.
- B. Tabaka, *Le rôle de l'internaute depuis la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Légipresse, n°228, janvier-février 2006, p. 1
- L. Thoumyre, *Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques*, Légipresse, 2004, n°214, Tribune, p.129
- C. Rojinsky, *Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe*, Gaz. Pal. 23-24 juin 2000, doctrine, p. 36

NOTES ET COMMENTAIRES

- C. Caron, note sous cour d'appel de Paris, 14^{ème} Ch. 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, Gaz. Pal., 5-6 avril 2000, jur. P. 19
- C. Caron, note sous Tribunal de Grande Instance de Paris, 13 juillet 2007, et Tribunal de Grande Instance de Paris, 19 octobre 2007, Zadig Production c/ Google, Carion c/ Dailymotion, CCE 2007, n°143
- C. Caron, note sous Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 décembre 1999, Linda L... c/ sté Multimédia, D. 2000, somm., p. 274
- L. Costes, comm. sous Tribunal de Grande Instance de Paris, 17^{ème} chambre, Commune de Puteaux c/ Christophe G., RLDI n°14, mars 2006, p.53
- L. Costes, comm. sous Tribunal de Grande Instance de Lyon, 14 ch., 21 juillet 2005, Groupe Mace c/ Gilbert D., RLDI, mars 2006, n°14, p.54 s.
- A. Cousin, note sous Cass. Crim., 8 décembre 1998, Gaz. Pal., jur., p. 39
- J. C. Galloux, obs. sous Tribunal de Grande Instance de Paris, ordonnance de référé, 22 mai 2000, CCE 2000, comm. n°92

- L. Grynbaum, obs. sous Tribunal de Grande Instance de Paris, réf., 18 février 2002, SA Telecom City, J.M., N.B. c/ SA Finance Net, CCE, juillet-août 2002, n°102
- E. Morain, note sous Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, société AXA conseil Iard et a. c/ M.C Monnier et a. , Gaz. Pal., 31 décembre 1999, 1^{er} janvier 2000, p. 27s.
- M. Vivant et Ch. Le Stanc, note sous Décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996, JCP E 1997, I, 657, n°25
- M. Vivant, obs sous cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, JCP E, p. 1856, n°5