

# La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement

PHILIPPE GILLIÉRON\*

## I. Introduction

Le caractère universel d'Internet rend difficile la recherche des auteurs d'actes illicites commis sur le réseau. Fréquemment, ces personnes seront domiciliées à l'étranger, ce qui complique grandement leur recherche en justice d'une part, et l'exécution d'une éventuelle décision rendue à leur rencontre d'autre part. Au surplus, elles peuvent être insolvables, ce qui diminue fortement l'intérêt qu'il y a à agir en dommages-intérêts à leur rencontre. Pour ces raisons, le besoin s'est fait ressentir de trouver à côté de l'auteur de l'acte proprement dit de nouveaux responsables, plus facilement localisables, géographiquement plus proches et financièrement plus intéressants. Etant donné les nombreux intermédiaires techniques existant sur le réseau, c'est tout naturellement de leur côté que les regards se sont tournés, ce d'autant plus qu'ils peuvent directement intervenir pour remédier à la commission d'un acte illicite sur le réseau.

Cette étude s'efforce de faire le point de la situation concernant la responsabilité encourue par les fournisseurs d'accès et d'hébergement. Après avoir défini ces deux catégories d'intermédiaires (II), nous nous pencherons sur la manière dont le problème de leur responsabilité a été appréhendé aux Etats-Unis, en Allemagne, au niveau communautaire et en France, tant sur le plan jurisprudentiel que législatif (III), avant de nous interroger sur la solution qui pourrait prévaloir en droit suisse (IV). Nous concluons enfin (V).

---

\* Dr en droit, avocat (pgillieron@lalive.ch); collaborateur scientifique au CEDIDAC. Il a été tenu compte de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation jusqu'au mois de juin 2002. Il va de soi que, dans ce domaine, certaines modifications ont pu intervenir entre le point final mis à la rédaction de cette contribution et sa mise sous presse.

## II. Définitions

### 1. Le fournisseur d'hébergement

La création d'un site Internet suscite l'intervention de plusieurs intermédiaires techniques. Pour être en mesure d'éditer son site, l'éditeur devra ainsi être au bénéfice d'un contrat d'hébergement. Le fournisseur d'hébergement est un fournisseur de services (*service provider*). De manière générale, les fournisseurs de services peuvent offrir plusieurs types de prestations aux internautes: accès à des courriers électroniques, à des forums de discussion, à des *chat-rooms* ou à des *mailing lists*.<sup>1</sup> De manière plus spécifique, le fournisseur d'hébergement dispose sur son serveur d'un espace mesuré en megabytes qu'il cède à un éditeur de site pour que ce dernier puisse «héberger» son site, le plus souvent contre rémunération.<sup>2</sup>

Le contrat d'hébergement peut ainsi se définir comme un contrat de prestations de services par lequel le prestataire (l'hébergeur) remet à son abonné (l'hébergé) une partie des ressources de ses machines espaces disques durs et capacité de traitement en temps machine.<sup>3</sup>

Plusieurs types de contrats d'hébergement sont envisageables:<sup>4</sup>

- (1) Le client peut tout d'abord se voir attribuer avec d'autres une partie de l'espace disque dur de l'hébergeur; dans cette hypothèse, chaque client se voit attribuer une adresse rattachée à celle du site de l'hébergeur.<sup>5</sup> Ce type d'hébergement sera en principe celui choisi par les particuliers.

---

1 BÉNÉDICT, JÉRÔME, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, in: Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, p. 15; WEBER H., ROLF, E-Commerce und Recht, Zurich 2001, p. 350; SCHUPPERT, STEFAN, Web-Hosting-Verträge, CR 2000 228.

2 CICHON, CAROLINE, Internetverträge, Köln 2000, p. 51; HAAS, GÉRARD/DE TISSOT, OLIVIER, Remarques posées par les atteintes aux droits individuels sur les forums Internet!, <http://www.juriscom.net/chronique/forum.html>, p. 4; STROWEL, ALAIN/IDE, NICOLAS, Responsabilité des intermédiaires: actualités législatives et jurisprudentielles, <http://www.droit-technologie.org>, p. 10; WENNING, RIGO, Akteure im Internet: rechtliche Problemfelder (1. Teil), <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/aufsatz/19980046.htm>, p. 4; VERBIEST, THIBAUT, Quelle responsabilité pour les acteurs de l'Internet?, <http://www.juriscom.net/espace2/resp.htm> (ci-après: Responsabilité); HÄRTING, NIKO, Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistungen, CR 2001 39; DILL, MARKUS, Internet-Verträge, PJA 2000 1519; WEBER (note 1), p. 352 et suivante.

3 CAPLAIN, PEGGY, Le contrat d'hébergement de site web, publié sur le site: <http://www.juriscom.net>, p. 9, qui cite ici la définition proposée par Olivier Iteanu.

4 DILL (note 2), p. 1519.

5 Ainsi, si l'hébergeur est le titulaire du site <http://www.geocities.com> et que M. Dupont conclut un contrat d'hébergement avec la société qui exploite ce site, le site de M. Dupont pourra être atteint à l'adresse suivante: <http://www.geocities.com/dupont.htm> (voire un autre protocole).

- (2) Le disque dur de l'hébergeur peut également être partagé entre plusieurs clients qui se verront cependant chacun attribuer une adresse différente.<sup>6</sup> On parle alors de *Shared Hosting*. Cette solution sera généralement préférée par les entreprises.
- (3) Le client peut également exiger de la part de l'hébergeur d'avoir l'exclusivité de l'utilisation de son serveur, qui reste toutefois la propriété de l'hébergeur. Dans ce cas, on parle de *Dedicated Hosting* ou de *Webhousing*.<sup>7</sup>

Bien souvent, l'hébergeur fournira à son abonné un certain nombre de prestations accessoires, définies par le contrat: mise à jour du site, accès à des courriers électroniques, assistance technique par une ligne *hotline*, etc . . .

La nature juridique du contrat d'hébergement prête à discussion. La doctrine française semble pencher en faveur du contrat de louage de choses au sens des articles 1709 et suivants du code civil français, lorsque la mise à disposition de l'espace sur le serveur de l'hébergeur se fait contre rémunération.<sup>8</sup> La doctrine belge semble aller dans le même sens.<sup>9</sup> La doctrine allemande est quant à elle hésitante.<sup>10</sup> Le contrat de louage de choses répond en droit suisse à la définition prévue par l'article 253 CO, qui concerne le contrat de bail à loyer. La mise à disposition d'un espace sur le serveur de l'hébergeur peut-elle tomber sous le coup du contrat de bail à loyer? Nous en doutons, à l'image de Weber, qui rappelle que la location suppose en droit suisse un transfert de possession conforme aux articles 922 et suivants CC, ce qui n'est généralement pas le cas de l'hébergeur qui garde le contrôle de

---

6 Si M. Dupont choisit cette option pour son entreprise, il pourra être atteint à l'adresse suivante: <http://www.dupont.com>.

7 DILL (note 2), p. 1519, cite également le cas du particulier qui est propriétaire de son propre serveur mais confère à un fournisseur de service le soin de gérer et maintenir son site. Dans ce cas, que l'on qualifie de *Housing* ou *Serverhousing*, il n'y a pas à proprement parler de contrat d'hébergement puisque ce n'est pas l'hébergeur qui met à la disposition du client un espace de son disque dur, mais le client qui, propriétaire de son propre serveur, en délègue la maintenance à un tiers (*outsourcing*).

8 CAPLAIN (note 3), p. 19; ITEANU, OLIVIER, Aspects juridiques du commerce électronique, Droit et patrimoine, n° 55, décembre 1997, p. 53. D'autres semblent favoriser le contrat d'entreprise en considérant que la maintenance du site par l'hébergeur serait l'une de ses obligations principales, ce qui ne nous semble pas être le cas (OLIVIER, FREDERIQUE/BARBRY, ERIC, Les contrats entre les différents acteurs du multimédia en ligne, Légicom n° 12, avril, mai, juin 1996-55).

9 VERBIEST, Responsabilité, p. 2.

10 CICHON (note 2), pp. 57 ss, penche pour l'application des règles du droit du bail, tout en relevant toute une série de spécificités du contrat d'hébergement par rapport aux règles classiques du contrat de bail; HÄRTING (note 2), p. 39, relève de son côté que la responsabilité contractuelle du fournisseur sera engagée soit par les dispositions du contrat de bail, soit par les dispositions du contrat de service (*Dienstvertrag*), type particulier de contrat qui n'existe pas en tant que tel en droit suisse.

son serveur.<sup>11</sup> Cette difficulté se rencontre également dans le contrat de prêt à usage<sup>12</sup>, *a priori* envisageable lorsque le contrat d'hébergement n'a pas lieu contre rémunération, puisque la chose prêtée doit être cédée moyennant sa restitution ultérieure. A ces remarques s'ajoute à notre avis le fait que, comme l'indique la définition précitée, la prestation caractéristique est une prestation de service, à laquelle les dispositions d'un contrat d'aliénation comme le bail à loyer ne sont guère adaptées. Enfin, le souci du législateur de protéger le locataire lors de l'adoption des articles 253 et suivants CO ne se justifie pas dans le cadre du contrat d'hébergement. L'étendue des obligations de l'hébergeur étant définies par le contrat, il nous semblerait théoriquement préférable de pencher pour le contrat d'entreprise, puisque l'hébergeur a l'obligation de configurer son site conformément aux données techniques contenues dans le contrat, et qu'il s'agit là de la réalisation d'un ouvrage immatériel aujourd'hui admise par la jurisprudence.<sup>13</sup> Cela étant, force est d'admettre que, là encore, les articles 363 et suivants CO ne sont guère adaptés aux particularités du contrat d'hébergement. Tout d'abord, l'obligation mise à la charge de l'hébergeur de conférer en tout temps<sup>14</sup> sur son serveur un espace à la disposition de l'hébergé se concilie mal avec l'obligation de l'entrepreneur de réaliser un ouvrage déterminé, même s'il s'agit également d'une obligation de résultat. Ensuite, on voit difficilement de quelle manière l'obligation de vérification mise à la charge du maître de l'ouvrage à l'article 367 CO lors de sa livraison pourrait s'appliquer au contrat d'hébergement. Enfin, la possibilité prévue à l'article 377 CO de résilier le contrat avant même que l'ouvrage ne soit terminé n'est guère compatible avec ce contrat. Les obligations accessoires qui peuvent être mises à la charge de l'hébergeur, telle la fourniture d'une adresse e-mail, peuvent en revanche se rattacher plus facilement au contrat d'entreprise.<sup>15</sup> Quant au contrat de mandat, son application nous semble exclue pour deux raisons au

---

11 WEBER (note 1), p. 354. Le contraire n'est toutefois pas inconcevable.

12 Art. 305 CO.

13 ATF 109 II 34, JdT 1983 I 266 qui a changé la jurisprudence, confirmé par: ATF 109 II 465, JdT 1984 I 210.

14 Comme le souligne DILL (note 2), p. 1519, l'obligation mise à la charge de l'hébergeur de permettre «en tout temps» l'accès au site hébergé doit être relativisée. Il va de soi que l'hébergeur ne peut répondre que des actes qui découlent de sa propre sphère d'influence et des obligations qui relèvent de ses compétences; ce n'est que dans ce cadre là que l'hébergeur a une obligation de résultat. A l'évidence, il ne saurait répondre d'un problème qui résulterait d'un encombrement momentané du réseau (pour autant bien entendu qu'il n'y ait pas une violation contractuelle de sa part, quant à la capacité de la bande passante qui devait être accordée à l'hébergé par exemple ou le nombre de routeurs convenus entre l'hébergeur et l'utilisateur), ou de toute autre défectuosité qui relève de la compétence de l'opérateur de télécommunications. Dans le même sens, HARTING (note 2), p. 39.

15 CAPLAIN (note 3), p. 18; WEBER (note 1), p. 354.

moins: tout d'abord, l'obligation principale mise à la charge de l'hébergeur n'est pas une obligation de moyens, mais de résultat, faute de quoi le contrat ne présenterait aucun intérêt pour l'hébergé; ensuite, le droit ancré à l'article 404 alinéa 1<sup>er</sup> CO de révoquer le mandat en tout temps est inconciliable avec le contrat d'hébergement.

En définitive, le contrat d'hébergement doit être considéré comme un contrat innommé, qui présente un caractère mixte plus que *sui generis*. En tant que contrat de prestations de service, le contrat d'hébergement se rapproche du contrat d'entreprise, sans oublier certains éléments du contrat de bail à loyer qui pourront cas échéant s'appliquer, puisque l'hébergeur confère à l'hébergé l'usage d'une partie de son espace disque dur.<sup>16</sup>

## 2. Le fournisseur d'accès

Pour être en mesure de se connecter au réseau, l'utilisateur doit être au bénéfice d'un contrat d'abonnement, payant ou non, avec un autre fournisseur de service d'un type particulier: le fournisseur d'accès. Si l'accès est encore aujourd'hui généralement fourni par des opérateurs de télécommunications, ce qui suppose l'installation d'un logiciel délivré par le fournisseur d'accès, un modem et une ligne téléphonique, les exploitants de réseaux de télévision câblés commencent à offrir des services analogues, ce qui permet des connexions à plus haut débit, donc plus rapides.<sup>17</sup> En général, le fournisseur d'accès délivre à son abonné une adresse électronique.

Comme le souligne Weber, le contrat de fourniture d'accès, contrat de durée, ne se laisse ranger dans aucune catégorie définie par la loi: ni le bail ni le contrat d'entreprise ne répondent aux particularités de ce contrat.<sup>18</sup> Quant au mandat, que l'on pourrait songer à appliquer en vertu du principe de subsidia-

---

16 Notre étude portant sur la question de la responsabilité de l'intermédiaire par rapport au tiers à l'exclusion du cocontractant, nous renverrons le lecteur aux études consacrées à la responsabilité contractuelle de cet intermédiaire: CAPLAIN (note 3) et la bibliographie citée. Pour le droit allemand, voir: SCHUPPERT, STEFAN, Web-Hosting-Verträge, CR 2000 227; RIEHMER, KLAUS/HESLER, Rahmenbedingungen und Ausgestaltung von Provider-Verträgen, CR 2000 170; CICHON, CAROLINE, Internetverträge, Köln 2000, pp. 11–47 pour le fournisseur d'accès et pp. 51–73 pour le fournisseur d'hébergement.

17 BÉNÉDICT (note 1), p. 14; KOENIG, CHRISTIAN/LOETZ, SASCHA, Sperrungsanordnungen gegenüber Network- und Access-Providern, CR 1999 438, 439, qui précisent qu'à la différence de l'opérateur de télécommunications, le fournisseur d'accès n'a pas pour rôle essentiel de transporter les informations, mais de permettre l'accès au réseau d'une part au fournisseur de contenu, d'autre part aux internautes.

18 WEBER (note 1), p. 346; DILL (note 2), p. 1514. Dans le même sens en Allemagne: HÄRTING (note 2), p. 38; voir toutefois en faveur du contrat de bail, en droit allemand: CICHON (note 2), p. 24.

rité ancré à l'article 394 alinéa 2 CO, force est d'admettre que le droit de résiliation en tout temps prévu par l'article 404 CO se concilie mal avec le contrat de fourniture d'accès.<sup>19</sup> Le Tourneau relève en outre fort à propos que l'obligation faite au fournisseur d'accès quant à l'accès à son serveur est de résultat, non de moyens.<sup>20</sup> En revanche, cet auteur précise que, pour le surplus, notamment quant à l'accès aux services, aux taux de transfert et au temps de réponse, l'obligation n'est que de moyens puisque le fournisseur ne maîtrise pas Internet.<sup>21</sup>

Partant, le contrat de fourniture d'accès peut se définir comme un contrat de prestation de service innomé par lequel le prestataire (le fournisseur d'accès) confère à son abonné l'accès au réseau, gratuitement ou moyennant rémunération.<sup>22</sup>

Précisons que le fournisseur d'accès pourra également mettre à la disposition de l'utilisateur un espace sur son site pour «héberger» un site et, à ce titre, jouer en même temps le rôle de fournisseur d'hébergement.

### III. La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement à l'étranger

Ce chapitre examine la manière dont les tribunaux et les législateurs de pays tiers ont appréhendé et réglé la question de savoir si les fournisseurs d'accès et d'hébergement peuvent être tenus responsables vis-à-vis des tiers pour le contenu des sites auxquels ils permettent l'accès, respectivement qu'ils hébergent, et le préjudice qui peut en résulter. Autrement dit, nous nous limiterons ici au domaine de la responsabilité extracontractuelle. Savoir si les fournisseurs d'accès ou d'hébergement encourent une responsabilité contractuelle s'appréciera au regard du contenu des obligations mises à leur charge, ce qui dépendra de la rédaction des clauses contractuelles. En droit suisse, la procé-

---

19 WEBER (note 1), pp. 346 et suivantes; DILL (note 2), p. 1514 et suivante.

20 LE TOURNEAU, PHILIPPE, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Paris 2000, p. 176.

21 LE TOURNEAU (note 20), p. 176.

22 A l'image du fournisseur, nous n'analyserons pas ici les problèmes contractuels que peuvent poser la relation unissant l'abonné à son fournisseur. A cet égard, voir les décisions suivantes publiées sur <http://www.legalis.net/jnet>: TI St-Affrique (Aveyron), 11 janvier 2001, *Fernandez – OneTel Net* et TGI Nanterre, 20 février 2001 (ordonnance de référé), «*Que choisir?*» – AOL, où le Tribunal a considéré qu'AOL avait violé l'engagement contractuel qu'il avait pris en faveur des abonnés bénéficiant du forfait illimité en les déconnectant après 30 minutes de connection (cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Versailles le 14 mars 2001). Voir également pour une décision allemande: LG Hamburg, 13 octobre 1999, CR 2000 398, qui concerne une publicité trompeuse pour des tarifs de connection, rendue sous l'angle du droit de la concurrence déloyale.

dure prévue par les articles 102 et suivants CO, qui ne présente pas de particularité propre au réseau, devra être respectée.

Nous étudierons en même temps les questions de la responsabilité du fournisseur d'accès et celle du fournisseur d'hébergement pour les raisons suivantes: comme le montreront les développements ultérieurs, les législations adoptées définissent la responsabilité des intermédiaires en fonction des opérations techniques, et non de leur statut d'opérateur, de sorte que traiter séparément de ces deux catégories d'intermédiaires nous obligerait à des répétitions inutiles. A cela s'ajoute le fait qu'une distinction claire entre les deux intermédiaires est d'autant plus malaisée en pratique que le fournisseur d'accès offre souvent à ses abonnés la possibilité d'héberger leur propre site, et joue ainsi le rôle de fournisseur d'hébergement.

La première question à laquelle les Etats doivent répondre pour faire face à la commission d'actes illicites sur le réseau est de savoir s'il se justifie d'édicter des législations qui traitent de manière spécifique de la responsabilité des intermédiaires.<sup>23</sup> Aujourd'hui encore, la plupart des Etats ne disposent pas d'une telle législation et se contentent d'appliquer leurs dispositions de droit commun.

Pour les Etats ayant franchi le pas de la réglementation se pose une seconde question: faut-il favoriser une approche verticale, soit distinguer la responsabilité des intermédiaires en fonction de la matière concernée, ou pencher pour une approche horizontale et adopter une seule réglementation pour l'ensemble des domaines où la responsabilité des intermédiaires peut entrer en ligne de compte?

## 1. Les Etats-Unis

### a) Autorégulation

Comme partout ailleurs, les Etats-Unis ont dans un premier temps dû apprécier la responsabilité éventuelle des intermédiaires au regard du droit commun. C'est ainsi qu'en 1991, un litige a opposé un dénommé *Cubby Inc.* à *CompuServe Inc.*<sup>24</sup> La défenderesse proposait un certain nombre de services en ligne, dont un forum de discussion qui était réglementé et contrôlé par la société Cameron Communications Inc. (CCI), juridiquement indépendante de la défenderesse, «*in accordance with editorial and technical standards established by CompuServe*». Un internaute avait adressé à CCI un courrier

---

23 Voir LUCAS, ANDRÉ, La responsabilité des différents intermédiaires de l'Internet, conférence donnée lors du colloque international «L'Internet et le droit – Droit européen et comparé de l'internet», 25 et 26 septembre 2000, pp. 2 et 3.

24 776 F. Supp. 135 (S. D. N. Y. 1991).

qui portait atteinte à la réputation de la demanderesse. La Cour a suivi l'argumentation de la défenderesse en considérant qu'elle avait agi en qualité de distributeur (*distributor*) à l'image d'un libraire ou d'un bibliothécaire, et non d'éditeur (*publisher*), ce qui excluait sa responsabilité pour la diffusion de propos dont elle ignorait le contenu.

En 1995, un juge de New-York a dû trancher une affaire dans laquelle la société *Stratton Oakmont Inc.* avait ouvert action à l'encontre du fournisseur de services *Prodigy Services Co.*, en raison de la diffusion d'un message selon lequel la demanderesse aurait été impliquée dans une importante affaire de fraude. Le juge de première instance a admis la responsabilité du fournisseur de services en raison du fait que les conditions générales édictées par *Prodigy* prévoyaient que le fournisseur de service contrôlait le contenu des messages diffusés; en raison de ce contrôle, le juge a considéré que *Prodigy* n'agissait pas seulement en qualité de distributeur (*distributor*), dont la responsabilité ne peut être engagée que s'il connaît ou devrait à tout le moins connaître la présence du message diffamant, mais d'éditeur (*publisher*), qui répond des propos qu'il diffuse puisqu'il opère un contrôle préalable.<sup>25</sup>

Il résultait ainsi de cet arrêt que si l'adoption de mesures de sauvegarde pouvait être un bon argument commercial, elle pouvait se retourner contre le fournisseur en ouvrant la porte à sa responsabilité.<sup>26</sup>

Cette décision a suscité de vives critiques<sup>27</sup>, puisqu'elle encourageait les fournisseurs de services à n'opérer aucun contrôle, de manière à pouvoir être assimilés à un distributeur et échapper ainsi à la responsabilité de l'éditeur. C'est en particulier en raison de cette jurisprudence que les Etats-Unis ont adopté en 1996 le *Communications Decency Act*, partie intégrante du *Telecommunications Act*.

## b) Communications Decency Act

Selon la section 230(c) (2) de cette loi, «no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider».<sup>28</sup> Par l'adoption de cette disposition, le Congrès permet aux fournisseurs de service d'exercer un

25 Cf. BÉNÉDICT (note 1), pp. 17 et 18; STROWEL/IDE (note 2), pp. 32 et 33.

26 STROWEL/IDE (note 2), p. 33.

27 BÉNÉDICT (note 1), p. 19 et les auteurs cités en note 17.

28 Selon la section 230 (e) (3), constitue un «*information content provider*» «[...] any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service». Relevons qu'en 1998 a été adopté le Child Online Protection Act (COPA), qui a introduit une lettre e à la section 230 (d) du *Communication Decency Act*, en vertu duquel les fournisseurs de service doivent aviser leurs abonnés de l'existence de systèmes de protection pour leurs enfants.



contrôle éditorial sans avoir à répondre cas échéant du contenu comme le devrait un éditeur.<sup>29</sup>

Le 12 novembre 1997, la Cour d'appel fédérale du 4<sup>e</sup> circuit a tranché une affaire qui opposait un citoyen américain, du nom de *Zeran*, au fournisseur d'accès et d'hébergement américain AOL.<sup>30</sup> Le demandeur se plaignait du fait qu'à la suite de l'attentat d'Oklahoma, un tiers avait diffusé en son nom un message précisant qu'il vendait des T-shirts souvenirs de l'événement, que l'on pouvait se procurer en lui téléphonant; suivaient les coordonnées téléphoniques du demandeur. Ce dernier avait alors dû faire face à une pluie d'appels téléphoniques de nature injurieuse.<sup>31</sup> Bien qu'AOL ait été avertie de ces faits, elle n'avait pas réagi immédiatement, motivant par là même l'ouverture d'une action à son encontre par le demandeur. Confirmant la décision qui avait été rendue par la *United States District Court of the Eastern District of Virginia*, la Cour d'appel a considéré que l'immunité instaurée par la disposition précitée tendait à garantir le bon exercice de la liberté d'expression et à permettre l'exercice d'un contrôle éditorial sans risque de se voir imputer un quelconque chef de responsabilité. La Cour a au surplus relevé qu'en matière de diffusion de propos diffamatoires, les notions de distributeurs et d'éditeurs se recoupaient, de sorte que l'exonération prévue par la disposition précitée s'appliquait aux deux.

La décision *Zeran* a été confirmée dans les affaires *Blumenthal* contre *Drudge* et AOL<sup>32</sup>, *Lunney* contre *Prodigy Services Co*<sup>33</sup> et *Ben Ezra* contre

29 BÉNÉDICT (note 1), p. 19.

30 129 F.3d 327 [4th Cir 1997]. L'arrêt peut être consulté sur le site: <http://caselaw.findlaw.com>. Cf. également BÉNÉDICT (note 1), pp. 19 et 20.

31 L'arrêt précise que le demandeur en était parvenu à un stade où il recevait un appel téléphonique toutes les deux minutes!

32 992 F. Supp. 44 (1998). On retranscrira le passage suivant de l'arrêt, pp. 51 et 52: «*If it were writing on a clean slate, this Court would agree with the plaintiffs. AOL has certain editorial rights with respect to the content provided by Drudge and disseminated by AOL, including the right to require changes in content and to remove it; and it has affirmatively promoted Drudge as a new source of unverified instant gossip on AOL. Yet it takes no responsibility for any damage he may cause. AOL is not a passive conduit like the telephone company, a common carrier with no control and therefore no responsibility for what is said over the telephone wires. Because it has the fight to exercise editorial control over those with whom it contracts and whose words it disseminates, it would seem only fair to hold AOL to the liability standards applied to a publisher or, at least, like a book store owner or library, to the liability standards applied to a distributor. But Congress has made a different policy choice by providing immunity even where the interactive service provider has an active, even an aggressive role in making available content prepared by others.*» Se référant à la décision *Zeran*, la Cour a en outre rappelé (p. 52): «*Any attempt to distinguish between «publisher» liability and notice-based «distributor» liability and to argue that Section 230 was only intended to immunize the former would be unavailing. Congress made no distinction between publishers and distributors in providing immunity from liability.*» Voir également Bénédict (note 1), p. 21.

33 <http://www.nycourts.com/scripts/csearch.exe/singledecision?&FILE=cpny3369.002&CRT=5>.

AOL.<sup>34</sup> Aux Etats-Unis, la situation des fournisseurs de services sous l'angle du *Communications Decency Act* est donc claire, qu'ils soient d'accès ou d'hébergement: à moins d'être eux-mêmes fournisseurs de contenus, ils sont exonérés de toute responsabilité.

Le *Communications Decency Act* se limitait toutefois à protéger les citoyens de tout «*offensive material*». La question de la responsabilité des intermédiaires restait donc ouverte dans les autres domaines du droit, plus particulièrement en matière de droit d'auteur, où la jurisprudence avait d'ores et déjà donné lieu à de nombreuses décisions.

c) La jurisprudence rendue en matière de droit d'auteur

L'une des premières affaires, qui a aussi été l'une des plus critiquées, est la décision *Playboy Enterprises v. Frena*.<sup>35</sup> Dans cette affaire, le défendeur George Frena dirigeait un *bulletin board service (BBS)*. Ses abonnés pouvaient moyennant une redevance accéder à une collection de photographies enregistrées sur son serveur, et télécharger et télécharger eux-mêmes des photographies. Playboy agit en justice à l'encontre de Frena en invoquant le fait que le défendeur avait violé ses droits d'auteur en autorisant le téléchargement sur son serveur de photographies sur lesquelles elle détenait des droits d'auteur. Le défendeur avait invoqué le fait qu'il n'avait pas reproduit lui-même les photographies de la demanderesse, ajoutant qu'il les avait retirées aussitôt qu'il avait été informé de la violation des droits de la demanderesse.

La Cour a suivi la thèse de la demanderesse et a retenu que le défendeur s'était rendu coupable de violation de droits d'auteur:

*«It does not matter that defendant Frena may have been unaware of the copyright infringement. Intent to infringe is not needed to find copyright infringement. Intent or knowledge is not an element of infringement, and thus even an innocent infringer is liable for infringement [ . . . ]».*

De là à en déduire une responsabilité directe (*direct liability*) des fournisseurs de services pour la violation de droits d'auteur de tiers, il n'y avait qu'un pas . . . que ne firent cependant pas les arrêts qui ont suivi.

L'arrêt topique en matière de responsabilité des fournisseurs de services aux Etats-Unis, sur lequel nous nous arrêterons assez longuement, a été rendu en 1995 dans la cause *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Com-*

34 <http://laws.findlaw.com/10th/992068.html>. Voir également pour un résumé de cette décision: Strowel/Ide (note 2), pp. 29 et 30.

35 839 F. Supp 1552 (M. D. Fla. 1993).

*munication Services Inc.*<sup>36</sup> Dans cette affaire, Dennis Erlich, un ancien membre de l'Eglise de scientologie, avait diffusé en les critiquant des passages d'œuvres protégées par le droit d'auteur dont la demanderesse était titulaire sur un *bulletin board system* (BBS) dirigé par Thomas Klemesrud. Le BBS dirigé par ce dernier n'avait pas de connection directe avec Internet, auquel l'accès était garanti par *Netcom Online Communications Inc.*, sur les ordinateurs de laquelle les informations diffusées étaient sauvegardées. La demanderesse avait avisé la défenderesse de la violation de ses droits et l'avait priée d'empêcher Dennis Erlich de pouvoir accéder au réseau par son système. La défenderesse avait refusé en prétextant qu'il lui était impossible de contrôler tous les messages diffusés d'une part, et que dénier l'accès au BBS à Dennis Erlich signifiait l'interdire à chacun.<sup>37</sup>

Les informations diffusées l'étaient de la manière suivante: Erlich transmettait tout d'abord les informations depuis son domicile sur le BBS dirigé par Klemesrud. Après que les informations avaient été enregistrées temporairement dans l'ordinateur de Klemesrud, le logiciel de *Netcom* les copiait automatiquement sur ses propres ordinateurs, ce qui permettait à tous les abonnés du BBS d'y accéder. Les informations diffusées étaient sauvegardées durant trois jours sur l'ordinateur de Klemesrud et onze sur celui de *Netcom*.<sup>38</sup>

*Religious Technology Center* reprochait à *Netcom* d'avoir violé ses droits d'auteur tant de manière directe qu'indirecte en application des trois théories retenues aux Etats-Unis: *direct*, *contributory* et *vicarious infringements*.

Dans cette affaire, la Cour a expressément rejeté l'approche suivie dans l'arrêt *Frena* en matière de violation directe de droit d'auteur, en considérant:

*«Plaintiff's theory would create many separate acts of infringement and, carried to its natural extreme, would lead to unreasonable liability [...]. Plaintiff's theory further implicates a Usenet server that carries Ehrlich's message to other servers regardless of whether that server acts without any human intervention beyond the initial setting up of the system. It would also result in liability for every single Usenet server in the worldwide link of computers transmitting Ehrlich's message to every other computer. These parties, who are liable under plaintiff's theory, do no more than operate or implement a system that is essential if Usenet messages are to be widely distributed. There is no need to construe the [Copyright] Act to make all of these parties infringers. Although copyright is a strict liability statute, there should still be some element of volition or causation which*

---

36 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal. 1995).

37 907 F. Supp. 1365 et 1366.

38 907 F. Supp. 1367.

*is lacking where a defendant's system is merely used to create a copy for a third party».*<sup>39</sup>

La Cour a ainsi écarté toute violation directe des droits d'auteur d'un tiers par le fournisseur de services si la reproduction sur les ordinateurs de ce dernier a lieu de manière automatique et qu'aucune participation active ne peut être mise à sa charge dans la violation des droits d'auteur du tiers.<sup>40</sup>

*«[. . .], it does not make sense to adopt a rule that could lead to the liability of countless parties whose role in the infringement is nothing more than setting up and operating a system that is necessary for the functioning of the Internet».*<sup>41</sup>

Quand bien même aucune violation directe n'avait été mise à la charge de *Netcom*, le fournisseur de services pouvait encore tomber sous le coup des notions de *contributory* et *vicarious infringements*.

La première de ces deux notions exige de la partie demanderesse qu'elle établisse que le défendeur a eu connaissance de l'activité du tiers qui a lésé ses droits d'auteur et qu'il a contribué au comportement illicite.<sup>42</sup> En l'espèce, *Religious Technology Center* affirmait que cette connaissance résultait de l'avis qu'elle avait donné à *Netcom*. De son côté, *Netcom* invoquait le fait que rien ne lui permettait de savoir si le contenu du site violait effectivement les droits d'auteur de la demanderesse.

Le Tribunal a retenu à ce propos que:

*«[w]here a BBS operator cannot reasonably verify a claim of infringement, either because of a possible fair use defense, the lack of copyright notices on copies, or the copyright holder's failure to provide the necessary documentations to show that there is a likely infringement, the operator's lack of knowledge will be found reasonable and there will be no liability for contributory infringement for allowing the continued distribution of the works on its system».*<sup>43</sup>

39 907 F. Supp. 1369 et 1370.

40 En ceci, la situation différerait de l'affaire *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.*, 991 F.2d 511, 518 (9th Cir. 1993), où la Cour avait certes retenu que la copie temporaire dans le système RAM de l'ordinateur constitue une reproduction au sens du droit d'auteur, mais où la partie défenderesse avait délibérément pris part à la violation des droits d'auteur de la partie demanderesse, au contraire de *Netcom* qui se cantonnait dans son rôle d'intermédiaire purement technique.

41 907 F. Supp. 1372.

42 907 F. Supp. 1373, qui cite sur ce point *Gerschwinn Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2s Cir. 1971).

43 907 F. Supp. 1374.

Autrement dit, au regard de cette jurisprudence, c'est à la partie qui invoque la violation de ses droits d'auteur d'apporter au fournisseur d'accès la preuve de la vraisemblance de cette violation; si un simple avis ne suffit donc pas, une injonction judiciaire n'est pas non plus nécessaire, le fournisseur devant lui-même apprécier l'existence d'une éventuelle violation des droits d'auteur. En l'espèce, la Cour a considéré qu'il subsistait un doute sur le degré de connaissance de *Netcom* et a renvoyé les parties à agir au fond.<sup>44</sup>

A cette première condition qu'est la connaissance du contenu illicite s'ajoute l'exigence d'une participation effective (*substantial participation*) de la partie défenderesse dans la diffusion du matériel visé. La Cour a considéré qu'une telle condition est réalisée lorsque le fournisseur de service, après avoir eu connaissance de l'illicéité du contenu du site visé, ne prend pas les mesures nécessaires pour écarter ce contenu.<sup>45</sup> En l'espèce, la Cour n'a pas tranché la question de savoir si cette seconde question était remplie, puisqu'il existait un doute sur la réalisation de la première.

Quant au troisième chef possible de responsabilité, le *vicarious liability*, la Cour a rappelé qu'il n'était envisageable que si le fournisseur de service a le droit et la possibilité de contrôler la conduite de ses abonnés et le contenu du site visé (*right and ability control*) d'une part, et retire un profit direct de l'activité illicite (*direct financial benefit*) d'autre part.<sup>46</sup> *Religious Technology Center* invoquait le fait que *Netcom* avait ce pouvoir de contrôle, puisque ses conditions générales l'autorisaient à prendre toutes les mesures utiles contre ses abonnés et qu'elle disposait des moyens techniques lui permettant de détruire les photographies litigieuses. Si la Cour a considéré qu'il existait un doute sur la réalisation de la première des conditions qui aurait justifié le renvoi des parties à agir au fond, elle a jugé qu'il n'y en avait aucun quant à la seconde, qui n'était à l'évidence pas réalisée. Ainsi, la Cour a rappelé que le simple fait de percevoir une redevance ne suffisait pas à satisfaire l'exigence de profit direct. Pour cette raison, la Cour a écarté la responsabilité de *Netcom* pour *vicarious liability*.<sup>47</sup>

L'arrêt *Netcom* a été confirmé par les décisions *Sega Enterprises Ltd contre MAPHIA*<sup>48</sup>, *Marobie-FL, Inc. contre Equipment Distributors* d'une

---

44 907 F. Supp. 1374.

45 907 F. Supp. 1375.

46 907 F. Supp. 1375, qui cite ici *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F. 2d 304, 306 (2d Cir. 1963).

47 907 F. Supp. 1375 à 1377.

48 948 F. Supp. 923 (N. D. Cal. 1996), où la Cour a toutefois considéré que la défenderesse s'était rendue coupable de *contributory infringement*, car elle savait que ses abonnés violaient les droits d'auteur de la demanderesse et avait indirectement participé à la violation de ces droits en conférant à ses abonnés les moyens techniques nécessaires pour reproduire illicitement les logiciels de la demanderesse et en les invitant à charger et télécharger ces jeux.

part et Northwest d'autre part<sup>49</sup>, ainsi que Playboy Enterprises, Inc. contre Webworld, Inc.<sup>50</sup>

Signalons une affaire rendue en 1997 par la *District Court for the Northern District of Ohio* où la responsabilité du fournisseur d'hébergement a été retenue.<sup>51</sup> Dans cette affaire, le défendeur *Hardenburgh* dirigeait un *BBS* au sein duquel les abonnés pouvaient télécharger des informations non accessibles à ceux qui n'étaient pas membres du *BBS*. Des fichiers supplémentaires étaient en outre accessibles pour les membres, moyennant la fourniture par leurs soins d'images supplémentaires. Par cette «interactivité», le défendeur rendait son *BBS* plus attractif en augmentant le nombre d'images susceptibles d'être téléchargées. Avant d'être mis à disposition de l'ensemble des abonnés, la licéité des fichiers expédiés par les abonnés était préalablement contrôlée par un employé de *Playboy Enterprises, Inc.* Fort justement, la Cour a retenu que le défendeur s'était rendu coupable de violation directe des droits d'auteur de la demanderesse, dès lors qu'il participait activement à la diffusion des fichiers illicites en sollicitant l'apport des abonnés pour accroître son offre.<sup>52</sup> A cet argument s'ajoutait le fait que le défendeur avait un employé qui contrôlait le contenu du matériel adressé avant de le placer sur le *BBS*, ce qui impliquait qu'il connaissait le contenu illicite du matériel diffusé sans avoir pris les mesures nécessaires pour l'écarter. Pour cette raison, la Cour a retenu que le défendeur s'était également rendu coupable de *contributory infringement*.<sup>53</sup>

A la suite de ces arrêts, le Congrès américain a jugé nécessaire de concrétiser les principes retenus dans la *case law*. C'est ainsi qu'il a adopté le 28 octobre 1998 sous la signature du Président Clinton le *Digital Millenium Copyright Act* en remplacement du *Copyright Act* de 1976.

#### d) Digital Millenium Copyright Act

Cette loi a été adoptée dans le cadre du processus de ratification des deux traités de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions sur les phonogrammes. Son titre II, qui s'intitule «*Internet Copyright Infringement Liability*», comprend une section 202 dénommée «*Limitations on liability for Internet copyright infringement*».<sup>54</sup>

49 983 F. Supp. 1167 (N. D. Ill. 1997).

50 991 F. Supp. 543 (N. D. Tex. 1997).

51 982 F. Supp. 503 (N. D. Ohio 1997).

52 982 F. Supp. 509 à 513.

53 982 F. Supp. 514.

54 Voir pour une analyse détaillée de cette législation: MURAI, BRANDON K., *Online service providers and the Digital Millenium Copyright Act: are copyright owners adequately protected?*, in: *Santa Clara Law Review*, Volume 40, 1999, Number 1, pp. 285ss, spéc. pp. 300ss; YEN,

Le Congrès a choisi de ne pas distinguer la responsabilité en fonction du statut de l'opérateur, mais selon les opérations techniques pouvant être accomplies par les fournisseurs de services sur le réseau.

Le § 512a exonère de toute responsabilité le fournisseur qui se cantonne dans son rôle de simple intermédiaire technique et ne fait que rendre possible l'accès à l'information (*mere conduit*). Est considéré comme un pur intermédiaire technique selon cette disposition le fournisseur qui n'est pas à l'origine du contenu diffusé, transmet les informations sans les sélectionner ou choisir leur destinataire, et se contente d'effectuer des copies temporaires durant le laps de temps nécessaire au bon acheminement des informations; autrement dit, son rôle doit être purement passif.<sup>55</sup>

De même, le § 512b admet que le fournisseur de services sauvegarde temporairement des informations sous la forme de mémoire cache (*caching*)<sup>56</sup>, à la condition que le matériel diffusé ait été mis à disposition par quelqu'un d'autre que le fournisseur de services lui-même, que le but recherché soit de faciliter l'accès à l'information pour les internautes et qu'aucune modification du contenu de l'information ne soit opérée.<sup>57</sup>

Comme nous l'avons vu, le droit américain distingue la responsabilité résultant de la violation directe des droits d'auteur (*direct liability*) et la complicité résultant de la violation de tels droits (*contributory infringement* et *vicarious liability*).

Pour s'exonérer de toute responsabilité directe (*direct liability*), le fournisseur doit tout d'abord adopter des directives lui permettant de mettre fin à l'accès de tiers qui lèsent de manière répétée les droits de tiers<sup>58</sup>, et permettre ensuite la mise en place des mesures techniques existantes pour protéger les droits d'auteur des fournisseurs de contenus.<sup>59</sup>

---

ALFRED C., Internet Service Provider Liability for Subscribers Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, in: Georgetown Law Review, Volume 88, June 2000, Number 6, pp. 1834ss, spéc. pp. 1881ss; STROWEL/IDE (note 2), pp. 17ss; BAND, JONATHAN, The Digital Millenium Copyright Act: A Balanced Result, 1999 EIPR 92; LUTZKER, ARNOLD P./LUTZKER, SUSAN J./SETTLEMEYER, CARL H., The Digital Millenium Copyright Act, <http://www.ala.org/washoff/osp.html>.

55 LUTZKER/LUTZKER/SETTLEMEYER (note 54), p. 1; SÉDAILLAN, VALÉRIE, La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique, <http://www.juriscom.net/espace2/resp3.htm>, p. 2; LUBITZ, MARKUS, Die Haftung der Internet Service Provider für Urheberrechtsverletzungen: Ein Vergleich von US-amerikanischem und europäischem Recht, GRUR Int. 2001 285.

56 Les *caches* constituent des copies temporaires de sites fréquemment consultés par les internautes, de manière à leur permettre un accès plus rapide à ces sites. Ce procédé technique est donc nécessaire au bon fonctionnement du réseau. Sur cette question, voir: HUGENHOLTZ, BERNT P., Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying, 2000 EIPR 482.

57 Ce qui n'était par exemple pas le cas dans la décision *Playboy/Hardenburgh* précitée.

58 § 512h (1) (A).

59 § 512h (1) (B).

Le § 512c, clé de voûte du système, instaure une procédure appelée «*notice and takedown procedure*» qui doit permettre aux fournisseurs de s'exonérer de toute responsabilité indirecte (*contributory infringement* et *vicarious liability*). Il énonce tout d'abord les conditions qui permettent aux fournisseurs de se prévaloir de l'exonération prévue au § 512a. Le fournisseur ne doit pas avoir eu effectivement connaissance du fait que l'information diffusée lésait les droits de tiers ou de circonstances pouvant lui laisser penser que tel pouvait être le cas (1).<sup>60</sup> Si le fournisseur a eu connaissance de la violation, il doit agir rapidement et supprimer l'information visée (2).<sup>61</sup> Lorsque le fournisseur a la possibilité de contrôler l'information diffusée, il ne doit pas retirer lui-même profit de la diffusion de cette information (3).<sup>62</sup> Le fournisseur doit désigner un représentant apte à recevoir tout avis l'informant du fait qu'il diffuse des informations lésant les droits de tiers et en informer le *US Copyright Office*.<sup>63</sup> Le § 512c (3) (A) énumère les exigences formelles auxquelles l'avis de violation de droits de tiers doit répondre pour engager cas échéant la responsabilité du fournisseur: ainsi l'avis doit-il en particulier clairement définir quel est le contenu litigieux, communiquer les coordonnées et contenir une déclaration de bonne foi.

Autrement dit, le fournisseur de service n'est réputé avoir eu effectivement connaissance du contenu illicite au sens du § 512c (1) (A) (i) («*have actual knowledge that the material is infringing*») que si l'avis respecte les formalités prévues au § 512c (3) (A); un avis informel d'un tiers ne suffit pas.<sup>64</sup> La rigueur de cette procédure de notification permet de limiter la marge d'appréciation du fournisseur quant à la licéité du site visé et, partant, de restreindre les problèmes suscités par une procédure informelle comme la connaissent les législations allemande et française, ainsi que la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique que nous allons maintenant examiner.

Signalons que dans l'hypothèse où la responsabilité du fournisseur est engagée, il pourra encore essayer de se prévaloir des exceptions classiques existant en droit d'auteur, tel le *fair use*.<sup>65</sup>

---

60 § 512c (1) (A) (i) et (ii).

61 § 512c (1) (A) (iii).

62 § 512c (1) (B).

63 § 512c (2).

64 MURAI (note 54), p. 1884.

65 SÉDAILLAN (note 55), p. 2.



## 2. L'Allemagne

### a) Teledienstegesetz (TDG)

L'Allemagne est le premier pays européen à s'être doté d'une législation concernant la responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet, en adoptant le 1<sup>er</sup> août 1997 la *Teledienstegesetz*.<sup>66</sup> La question de savoir si la loi est applicable aux violations des droits d'auteur appartenant à des tiers a longtemps été controversée.<sup>67</sup> Depuis un arrêt rendu le 3 mars 2001 par l'Oberlandesgericht de Munich sur lequel nous reviendrons, il semblerait toutefois que tel ne soit pas le cas. Partant, et contrairement à ce que l'on aurait pu croire de prime abord, il faut à notre avis considérer qu'à l'image des Etats-Unis, l'Allemagne a opté pour une approche verticale de la réglementation de la responsabilité des intermédiaires. Le siège de la matière se situe au paragraphe 5, ainsi rédigé:

- (1) Diensteanbieter sind für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich;
- (2) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern;
- (3) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern;
- (4) Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen bleiben unberührt, wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 85 des Telekommunikationsgesetzes von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist.

L'*alinéa 1<sup>er</sup>* de ce paragraphe vise les fournisseurs de contenu. Celui qui met à disposition des internautes des informations d'une nature ou d'une autre sur un site doit en répondre en application des normes de droit commun. Schneider souligne que, contrairement à l'éditeur d'un journal sur support papier, l'intermédiaire technique ne peut déterminer à l'avance quel sera le contenu

---

66 Cette loi constitue l'article 1<sup>er</sup> de l'*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG)*, que l'on peut consulter sur le sit: <http://www.iid.de/rahmen/iukdgbt.html#a1>.

67 Nous reviendrons toutefois plus bas sur la question controversée de savoir si cette réglementation est applicable aux violations de droits d'auteur et de droits voisins. Voir sur cette question: SCHAEFER, MARTIN/RASCH, CLEMENS/BRAUN, THORSTEN, Liability of On-Line Service and Access Providers for Copyright Infringing Third-Party Contents, 1999 EIPR 208.

donné au site auquel il permet l'accès ou qu'il héberge; partant, on ne saurait considérer comme en matière de presse écrite qu'il fait siennes les informations dont il permet la diffusion sous prétexte qu'il ne s'en serait pas distancié expressément.<sup>68</sup> Il en résulte que l'alinéa 1<sup>er</sup> n'est applicable aux fournisseurs d'accès ou d'hébergement que pour le contenu qu'ils diffusent sur leur propre site<sup>69</sup> ou auquel ils adhèrent expressément.<sup>70</sup> Selon Freytag, le contenu diffusé peut également être considéré comme étant celui de l'intermédiaire lui-même lorsqu'il a un intérêt économique à la diffusion du contenu visé; les circonstances concrètes seront alors déterminantes.<sup>71</sup>

Les alinéas 2 et suivants visent la responsabilité du fournisseur de service en rapport avec le contenu de site diffusé par des tiers.

Le *deuxième alinéa* définit les conditions posées à la responsabilité du fournisseur qui met à la disposition des internautes le contenu des sites diffusés. Cet alinéa vise donc avant tout le fournisseur d'hébergement, et dispose que sa responsabilité ne peut être engagée que s'il a connaissance du contenu diffusé et qu'il lui est techniquement et raisonnablement possible d'empêcher l'accès à ce contenu.

Selon la doctrine, la connaissance du fournisseur doit être effective, par opposition à la négligence<sup>72</sup>; selon Holznel, le fournisseur ne peut prétendre ignorer le contenu du site dès l'instant où un tiers l'a avisé de son caractère éven-

---

68 SCHNEIDER, JÜRGEN, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des § 5 TDG, GRUR 2 000 972.

69 Par exemple les informations diffusées sur le site <http://www.bluewin.ch> pour le fournisseur d'accès du même nom. Ainsi le Landgericht de Düsseldorf a-t-il considéré que la publicité diffusée sur le site d'un fournisseur d'hébergement, qui laissait croire aux internautes que la vitesse de connexion promise était valable quelle que soit la formule choisie alors qu'elle dépendait du tarif payé, était trompeuse et tombait sous le coup des §§ 1 et 3 UWG (CR 1999 528).

70 Cf. SCHNEIDER (note 68), p. 972. En droit allemand, la présomption est donc renversée en matière de diffusion sur support électronique, puisque, contrairement à l'éditeur sur support papier, l'intermédiaire n'est censé faire siens les propos diffusés que s'il y adhère expressément.

71 FREYTAG, STEFAN, Urheberrechtliche Haftung im Netz, ZUM 1999 191. Freytag a donc une conception relativement sévère de la notion de «contenu propre», puisque l'intérêt économique n'est aux Etats-Unis que l'une des conditions posées à l'éventuelle responsabilité du fournisseur de service par le § 512c, qui a trait au *vicarious liability*, et non la seule. D'une certaine manière, on peut s'interroger sur la signification à donner à l'intérêt économique, puisque le fournisseur aura toujours un intérêt économique *lato sensu* à augmenter son offre et diffuser le contenu visé.

72 STROWEL/IDE (note 2), p. 17; KÖHLER, CLAUS/BURMEISTER, KAI, Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.), 1999 EIPR 485, 495; SCHNEIDER (note 68), p. 972; FREYTAG (note 71), p. 192; HOLZNAGEL, BERND, Verantwortlichkeiten im Internet und Free Speech am Beispiel der Haftung für illegale und jugendgefährdende Inhalte, ZUM 2000 1007, 1021; JULIA-BARCELO, ROSA, Liability For On-Line Intermediaries: A European Perspective, 1998 EIPR 453, 456.

tuellement illicite.<sup>73</sup> La connaissance exigée se limite-t-elle à l'existence du contenu ou implique-t-elle également que le fournisseur soit conscient de l'illégalité du contenu diffusé? Bien que cette question ait été controversée dans un premier temps<sup>74</sup>, la jurisprudence, relayée par la doctrine, considère que la connaissance se limite à la seule existence du contenu, non à son caractère illicite.<sup>75</sup> La loi ne précise pas quelles sont les formalités que doit remplir l'avis pour que la connaissance du contenu du site puisse être imputée à l'intermédiaire. Apparemment, il ne doit pas forcément s'agir d'un avis donné par une autorité administrative ou judiciaire; l'avis d'un internaute suffit donc *a priori* pour considérer que le fournisseur de service connaît le contenu du site dénoncé.

En ce qui concerne les mesures techniques raisonnablement exigibles, Bettinger et Freytag considèrent qu'il y a lieu de procéder à une pesée entre les intérêts du fournisseur de contenu qui serait lésé par la suppression du site concerné, ceux du fournisseur de service et enfin ceux des internautes eux-mêmes.<sup>76</sup>

Alors que le deuxième alinéa vise le fournisseur d'hébergement, le troisième alinéa vise le fournisseur d'accès, soit celui qui permet l'accès au contenu diffusé par des tiers. Les conditions posées pour engager sa responsabilité étant identiques à celles posées pour le fournisseur d'hébergement, nous renverrons à ce qui vient d'être dit au sujet du deuxième alinéa. Comme le souligne Sieber, cette exclusion s'explique en raison du fait que le fournisseur d'accès qui se cantonne à son rôle purement technique n'a aucune possibilité de contrôler les informations dont il permet la transmission.<sup>77</sup> A l'image du § 512b DMCA, il est généralement admis que la reproduction temporaire (par exemple au moyen de mémoire cache) rendue nécessaire pour faciliter l'accès à l'information diffusée tombe également sous le coup de l'exonération prévue par le § 5 alinéa 3 TDG.<sup>78</sup>

---

73 HOLZNAGEL (note 72), p. 1021.

74 Cf. KÖHLER/BURMEISTER (note 72), p. 496.

75 Pour la jurisprudence: CR 2000 389, LG München, commenté plus bas. Pour la doctrine: STROWEL/IDE (note 2), p. 17; BETTINGER, TORSTEN/FREYTAG, STEFAN, *Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links*, [http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/matintrecht/Link verantwortlichkeit für Links](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/matintrecht/Link%20verantwortlichkeit%20für%20Links.htm), pp. 7 et 8 (version papier publiée dans: CR 1 998 545); SCHNEIDER (note 68), p. 973; HÄDICKE, MAXIMILIAN, «Lex Informatica» oder allgemeines Deliktsrecht?, CR 1999 309, 310.

76 BETTINGER/FREYTAG (note 75), p. 8. Même si la pesée des intérêts s'explique et se justifie dans le cadre de l'application du principe de proportionnalité, nous doutons toutefois que les termes «raisonnablement exigibles» imposent en eux-mêmes une telle pesée. Il nous semble bien plus que ces termes se rapportent aux mesures elles-mêmes qui, techniquement et financièrement, doivent apparaître raisonnables.

77 SIEBER, ULRICH, *Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich*, ZUM 1999 196, p. 201.

78 SIEBER (note 77), p. 201; KÖHLER/BURMEISTER (note 72), p. 496.

Une fois que les fournisseurs d'accès ou d'hébergement ont eu connaissance du contenu des sites visés, il résulte implicitement des alinéas 2 et 3 qu'il leur appartient d'apprécier eux-mêmes s'il présente un caractère licite ou non.<sup>79</sup> Selon Bettinger et Freytag, qui s'inspirent ici de la motivation de l'arrêt *Netcom*, lorsque l'illicéité du contenu du site n'est pas évidente, il appartient au dénonciateur d'apporter la preuve du caractère illicite.<sup>80</sup> Si cette répartition du fardeau de la preuve est louable, ne revient-elle pas en pratique à laisser au bon vouloir du fournisseur de services son intervention éventuelle, puisque lui seul déterminera si la preuve du caractère illicite du site a été apportée à satisfaction? Ne lui suffit-il pas d'invoquer le fait qu'il n'était pas en mesure d'apprécier l'illicéité du site dénoncé faute de preuve suffisante pour se soustraire à toute responsabilité? Quels seront les effets d'une décision contraire du juge qui estime que la preuve du contenu illicite du site visé avait été rapportée? Comme nous le verrons plus bas, l'appréciation de la licéité du contenu du site par le fournisseur de services, qui se substitue ici à l'autorité judiciaire, n'est pas sans risque et ne trouve guère de solution satisfaisante.<sup>81</sup>

Lorsque le fournisseur de services garantit non seulement l'accès, mais également l'hébergement, il est évident que les alinéas 2 et 3 du § 5 TDG s'appliqueront concurremment. Cette application cumulative n'a du reste aucune importance sur le fond, puisque les conditions posées à l'exonération sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre.

Le *quatrième alinéa* du paragraphe 5 TDG restreint l'exonération prévue aux alinéas 2 et 3. Selon Sieber, cet alinéa ne s'applique que dans le cadre des dispositions de droit public ou instaurant une responsabilité objective, indépendante de toute faute, à l'exclusion du droit pénal et des prétentions en dommages-intérêts résultant de dispositions où la commission d'une faute est exigée.<sup>82</sup>

#### b) La jurisprudence rendue en application du § 5 TDG

Le § 5 TDG a déjà donné lieu à un certain nombre d'arrêts. Nous nous limiterons ici à quelques décisions qui nous semblent intéressantes.

La première est la décision *Compuserve*.<sup>83</sup> Dans cette affaire, le défendeur, dirigeant de la société *Compuserve Deutschland*, avait rendu accessible aux

79 BETTINGER/FREYTAG (note 75), p. 8; FREYTAG (note 71), p. 193.

80 BETTINGER/FREYTAG (note 75), p. 8, qui le disent à propos des liens hypertextes, mais l'on ne voit pas la raison pour laquelle leur opinion ne devrait pas être étendue à toutes les hypothèses où le § 5 TDG entre en ligne de compte.

81 Cf. *infra* n° III.1, III.5.

82 SIEBER (note 77), p. 202. Voir également KÖHLER/BURMEISTER (note 72), p. 496; JULIA-BARCELO (note 72), p. 456. Pour une analyse plus détaillée de cet alinéa, voir KOENIG/LOETZ (note 17), pp. 440 et suivantes.

83 CR 2000 117, LG München, avec remarque critique de HANS-WERNER MORITZ.

internauts des images de violence et de pornographie dure localisées sur les serveurs de la maison mère *Compuserve USA*. *Compuserve Deutschland* avait été informée par des tiers que des images de pornographie infantile se trouvaient sur le serveur de *Compuserve USA* et pouvaient être consultées et téléchargées par les internautes. La filiale avait alors immédiatement averti la maison mère de l'existence du *Newsgroup* sur lequel ces images circulaient pour en bloquer l'accès. L'état de fait retient qu'il était techniquement et raisonnablement possible pour *Compuserve USA* de bloquer l'accès à ce site. Bien que certains sites aient été bloqués, *Compuserve USA* et sa filiale avaient renoncé à agir dans ce sens dès l'instant où elles avaient mis à disposition des internautes un logiciel de filtrage (*cyberpatrol*) qu'ils leur appartenaient d'installer pour empêcher l'accès à certains sites. Ce faisant, la maison mère et sa filiale estimaient avoir pris les mesures techniques que l'on pouvait raisonnablement exiger de leur part. Tel ne fut pas l'avis du parquet du Landgericht de Munich, qui ouvrit action à l'encontre de *Compuserve Deutschland*.

Le Landgericht de Munich a considéré que *Compuserve Deutschland* ne pouvait être tenue responsable des éventuels manquements de la maison mère, et qu'aucune intention ne pouvait être mise à sa charge dans la diffusion des images litigieuses, ce d'autant plus qu'elle était détenue à 100 % par la maison mère. L'application du § 184 *Strafgesetzbuch* était ainsi exclue. Quant au § 5 alinéa 3 TDG, la Cour a considéré, contrairement aux affirmations de la défenderesse, que cette disposition pouvait trouver application indépendamment de la question de savoir si le fournisseur de service avait une clientèle propre, mais que l'exonération devait s'appliquer en l'espèce, puisque l'on ne pouvait imputer à la défenderesse quelque négligence que ce fut. La Cour précise à cet égard que l'on ne pouvait attendre de la défenderesse qu'elle contrôlât quotidiennement le millier de pages diffusées. Faut-il en déduire qu'une méconnaissance coupable peut éventuellement entraîner une responsabilité du fournisseur de service lorsqu'elle est le fait de sa négligence? On pourrait le croire à lire l'arrêt, quand bien même la doctrine précitée va dans le sens contraire<sup>84</sup>, ce qui semble en effet préférable.

La deuxième affaire est l'arrêt *MIDI-Files*<sup>85</sup>, rendue par le Landgericht de Munich le 30 mars 2000. La demanderesse produisait et distribuait des fichiers sous le format appelé «MIDI-Files». La demanderesse, qui avait préalablement obtenu des titulaires des droits d'auteur l'autorisation de reproduire leurs œuvres sous la forme de ces fichiers, avait appris que la défenderesse AOL hébergeait des forums musicaux sur lesquels les internau-

84 Cf. *supra* note 72.

85 CR 2000 389, LG München, avec remarque critique de MICHAEL LEHMANNOTE Voir également SCHNEIDER, JÜRGEN, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des § 5 TDG, GRUR 2000 969.

tes pouvaient à la fois charger et télécharger des *MIDI-Sounds*. Les conditions générales d'utilisation du forum disposaient toutefois que l'utilisateur devait respecter les droits de tiers et s'engageait à décharger AOL de toute responsabilité qu'elle pouvait être amenée à se voir imputer à la suite de la violation de droits de tiers. Il était en outre précisé que, sauf indication spéciale, les programmes publiés dans des revues ou des services e-mails (*mailbox services*) n'étaient pas publics et ne pouvaient être reproduits. Les données diffusées sous la forme de «MIDI-Files» ne pouvaient être téléchargées qu'après avoir été vérifiées par des membres de la défenderesse. La demanderesse reprochait à la défenderesse d'avoir diffusé des copies pirates des fichiers qu'elle avait créés.

Après avoir retenu que le chargement des «MIDI-Files» sur le serveur de la défenderesse constituait une reproduction illicite au sens du § 16 UrhG des œuvres qu'ils contenaient<sup>86</sup>, la Cour a considéré que la responsabilité d'AOL devait être appréciée au regard du § 5 TDG qui, contrairement à l'opinion soutenue par certains, s'applique également en matière de violation des droits d'auteur<sup>87</sup>. Elle a ensuite précisé que la connaissance ne devait s'étendre qu'à l'existence du contenu du site, pas nécessairement à son caractère illicite<sup>88</sup>; or, en l'espèce, une telle connaissance pouvait lui être imputée, puisque certains de ses membres avaient justement pour tâche de vérifier le contenu de ces fichiers.<sup>89</sup>

Le 8 mars 2001, l'Oberlandesgericht de München a confirmé le jugement de première instance et rejeté le recours qui avait été déposé par AOL.<sup>90</sup> La motivation du jugement est toutefois fort intéressante, puisque, contrairement au Landgericht, l'Oberlandesgericht a écarté l'application du *Teledienstegesetz* en matière de droit d'auteur, en considérant sur la base d'une interprétation historique et téléologique de la loi que le § 5 TDG ne pouvait viser que des actes illicites au sens strict pour lesquels la connaissance du contenu est un critère constitutif de responsabilité, ce qui ne serait pas le cas en droit d'auteur; le Tribunal a en outre précisé qu'une révision de la loi sur le droit d'auteur était en cours pour améliorer la protection des titulaires dans l'univers du numérique. Le Tribunal a ensuite examiné l'affaire sous l'angle du droit d'auteur pour aboutir en définitive à la même solution que celle de première instance.<sup>91</sup>

---

86 CR 2000 389c.2a.

87 CR 2000 389c.4a.

88 CR 2000 389c.3d.

89 CR 2000 389c.3e.

90 Cette décision peut être consultée sur le site: <http://www.mhv-online.de>.

91 Pour une critique de cet arrêt, voir: SPINDLER, GERALD, Urheberrecht und Haftung der Provider – ein Drama ohne Ende, CR 2001 324.

On constate ainsi que les conditions posées au paragraphe 5 alinéa 2 TDG correspondent dans les grandes lignes à celles posées au paragraphe 512c DMCA, lequel reprenait lui-même les conditions posées par la *case law* pour que l'intermédiaire soit susceptible de se voir imputer un chef de responsabilité pour *contributory* ou *vicarious infringement*.

Il est fréquent que le fournisseur d'hébergement prévoit à titre de service complémentaire l'enregistrement de noms de domaine pour le compte de son client. Dans l'hypothèse où le nom de domaine choisi par ce dernier viole les droits d'un tiers, le fournisseur d'hébergement peut-il être tenu responsable de cette violation? C'est la question à laquelle le Landgericht de Brême a dû répondre le 13 janvier 2000.<sup>92</sup> Dans cette affaire, les coordonnées de l'abonné, titulaire du nom de domaine réservé *photo-dose.de*, ne permettaient pas de l'atteindre. La demanderesse, titulaire de la marque *photo dose* et du nom de domaine *photodose.de* avait alors agi à l'encontre du fournisseur d'hébergement en invoquant le fait que ce dernier avait violé ses droits au plus tard dès l'instant où il avait eu connaissance de l'attitude qualifiée de *cybersquatting* de son abonné. Après avoir rappelé que la simple existence d'un nom de domaine réservé suffisait à violer les droits à la marque du titulaire, le Landgericht a considéré que le fournisseur ne pouvait se prévaloir de l'exonération instaurée par le paragraphe 5 alinéa 3 TDG lorsque le client pour le compte duquel elle a agi ne peut être atteint ni recherché par le titulaire des droits lésés. La Cour a au surplus ajouté que, même si l'on admettait que le privilège instauré par le paragraphe 5 alinéa 2 TDG pouvait trouver application, il ne pouvait entrer en ligne de compte en l'espèce, dès l'instant où le fournisseur d'hébergement avait eu connaissance de la violation des droits de la partie demanderesse.

Par cette décision, la jurisprudence introduit une obligation pour le fournisseur de service d'identifier son cocontractant, de manière à pouvoir renseigner l'autorité judiciaire ou la partie qui s'estime lésée par le contenu du site hébergé ou auquel le fournisseur garantit l'accès. Avec cette interdiction de l'anonymat que nous rencontrerons également en droit français, la jurisprudence introduit – de manière critiquable – une condition supplémentaire à l'exonération du fournisseur, qui n'est pas posée par la loi.

### 3. La réglementation au niveau communautaire

Le 4 mai 2000, le Parlement européen a adopté la directive 2000/31 du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'in-

---

92 LG Bremen, 13 janvier 2000, CR 2000 543.

formation, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (plus communément désignée sous le nom de «directive sur le commerce électronique»)<sup>93</sup>, dont les articles 12 à 14, directement inspirés de la *Tele-dienstegesetz* allemande, réglementent la question de la responsabilité des intermédiaires pour le contenu diffusé par des tiers, en imposant des exigences maximales; il en résulte que les Etats membres peuvent être moins rigoureux dans les conditions posées à l'exonération des fournisseurs, mais jamais plus stricts.<sup>94</sup> Freytag souligne que la directive s'applique indépendamment de la question de savoir si le fournisseur est une entreprise exerçant une activité lucrative ou un simple particulier qui héberge gratuitement des sites<sup>95</sup>; son champ d'application est donc général. Ces dispositions distinguent suivant que l'activité visée se limite au simple transport des informations (article 12), à leur stockage temporaire (article 13) ou à l'activité d'hébergement (article 14). Contrairement aux droits américain et allemand, l'approche communautaire est horizontale puisqu'elle vise tous les domaines du droit.<sup>96</sup> Soulignons que le fournisseur qui ne peut être exonéré de sa responsabilité par l'une de ces dispositions n'est pas pour autant condamnable; il pourra en effet se prévaloir de tous les moyens de défense prévus par les dispositions d'autres lois, telles les exceptions existant en matière de droit d'auteur par exemple.<sup>97</sup> Rappelons enfin que la directive ne vise pas la responsabilité du fournisseur de service pour le contenu qu'il diffuse lui même; dans ce cas, les dispositions de droit commun s'appliquent bien entendu comme à n'importe quel autre fournisseur de contenu.<sup>98</sup> Nous allons reprendre les articles 12 à 14 l'un après l'autre.

a) L'article 12

Selon cet article:

*«1. Les Etats membres veillent à ce qu'en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service, ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire*

---

93 JOCE du 17.7.2000, L178/1.

94 JULIA-BARCELO, On-line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks, 2000 EIPR 109; VINJE, THOMAS C./PAEMEN DIETER, The European Union's electronic commerce Directive: new rules on on-line advertising, e-contracting, ISP liability, and dispute resolution, 2000 WIPR 251.

95 FREYTAG, STEFAN, Providerhaftung im Binnenmarkt, CR 2000 601.

96 JULIA-BARCELO (note 94), p. 108; FREYTAG (note 95), pp 601 et 604; SÉDAILLAN (note 55), p. 6.

97 JULIA-BARCELO (note 94), p. 109.

98 FREYTAG (note 95), p. 603.



*du service ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :*

- a) ne soit pas à l'origine de la transmission;*
- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et*
- c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.*

2. *Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.»*

Cette disposition, qui s'apparente au § 512a DMCA, vise avant tout les opérateurs de télécommunication et les fournisseurs d'accès, en les exonérant de toute responsabilité s'ils ne jouent aucun rôle actif dans la transmission de l'information et se cantonnent dans leur rôle de pur intermédiaire technique.<sup>99</sup> L'exigence selon laquelle le prestataire ne doit pas être à l'origine de la transmission signifie qu'il ne doit pas être la personne qui prend la décision d'effectuer cette transmission. L'exigence faite au prestataire de ne pas sélectionner les destinataires de cette transmission ne couvre pas la sélection des destinataires effectuée automatiquement en réponse à la demande de la personne à l'origine de la transmission (par exemple la demande d'un utilisateur qu'un courrier soit envoyé à tous les membres d'un *mailing list*).<sup>100</sup> La directive ne répond malheureusement pas à la question de savoir quand l'information transmise est modifiée; l'adjonction du nom du fournisseur suffit-elle à voir une modification?<sup>101</sup>

En édictant que les activités de transmission et de fourniture d'accès englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire, la directive per-

---

99 STROWEL/IDE (note 2), p. 23; FREYTAG (note 95), pp 606 et 607; JULIA-BARCELO (note 94), p. 107; LUBITZ (note 55), p. 289; LANDFERMANN, HANS-GEORG, *Der Richtlinienvorschlag «Elektronischer Geschäftsverkehr»*, ZUM 1999 801 Voir également le § 42 du préambule de la directive, qui dispose: «*Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées.*»

100 VERBIEST, THIBAUT/ THOUMYRE, LIONEL, *Le mannequin et l'hébergeur*, <http://www.juris-com.net/espace2/resp2.htm>, p. 4.

101 VINJE/PAEMEN (note 94), p. 251; JULIA-BARCELO (note 94), p. 109.

met d'exonérer les opérateurs de télécommunication et les fournisseurs d'accès du reproche qui pourrait leur être fait de violer en particulier les droits d'auteur sur les informations transmises en les reproduisant sans le consentement des titulaires des droits.

b) L'article 13

Selon cette disposition:

*«1. Les Etats membres veillent à ce qu'en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:*

- a) le prestataire ne modifie pas l'information;*
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;*
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;*
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et;*
- e) le prestataire agit promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.*

*2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.»*

L'article 13 de la directive vise en particulier l'hypothèse de la reproduction temporaire de l'information sur le serveur du fournisseur (*caching*). Rappelons que ce procédé permet au fournisseur de reproduire et sauvegarder de manière temporaire sur son serveur des sites fréquemment consultés par les internautes, de manière à en faciliter la consultation. L'internaute qui se connecte à un site ayant fait l'objet de ce procédé est amené directement sur le serveur de son fournisseur où le site a été temporairement reproduit, ce qui

diminue la distance et le temps de connection et laisse plus de place au reste de l'infrastructure du réseau. A défaut de disposition particulière, le procédé de *caching* risquerait toutefois de constituer une violation des droits d'auteur du titulaire puisqu'il implique une reproduction temporaire du site sur le serveur du fournisseur. Le § 512 (b) DMCA connaît lui aussi une telle exception, qui est également reconnue par la doctrine allemande comme tombant sous le coup du § 5 alinéa 3 TDG.<sup>102</sup>

A la différence de l'article 12, qui prévoit une exonération pure et simple pour le stockage rendu nécessaire pour transmettre l'information, l'article 13 prévoit plusieurs conditions devant être réalisées pour pouvoir se prévaloir avec succès de cette exonération prévue.<sup>103</sup> Quelle est la différence entre le stockage prévu par l'article 12 et celui de l'article 13? A notre avis, l'article 12 ne vise que le stockage rendu nécessaire par la transmission de l'information et qui disparaît aussi rapidement qu'il a eu lieu. Le stockage envisagé par l'article 13 ne nous semble pas viser la transmission de l'information, mais sa reproduction temporaire sur le serveur du fournisseur pour en faciliter l'accès. Or, cette reproduction, bien que temporaire, dure plus longtemps que ne le nécessite sa transmission. D'autres auteurs considèrent également que la distinction entre les articles 12 et 13 de la directive doit s'opérer selon la durée du stockage.<sup>104</sup>

Seule une reproduction temporaire permet toutefois d'entraîner l'application de l'article 13. Autrement dit, la création de sites miroirs (*mirror caching*), qui implique une reproduction et un stockage de plus longue durée dans le serveur du fournisseur, n'exonère pas ce dernier de sa responsabilité et peut conduire à reconnaître une violation des droits d'auteur du titulaire par le fournisseur.<sup>105</sup>

Comme le soulignent Strowel et Ide, on retrouve ici à l'image de l'article 12 un devoir d'abstention du fournisseur de service qui doit se cantonner dans son rôle d'intermédiaire technique sans altérer le contenu des données ni entraver l'utilisation du système technique. S'y ajoute toutefois à la différence de l'article 12 une obligation d'agir, définie à la lettre e, qui impose au fournisseur de service de retirer l'information ou bloquer l'accès au site visé dès qu'il a une connaissance effective du fait que cette information a été retirée ou bloquée du site.<sup>106</sup> Le texte est obscur; en réalité, l'article 13 traitant de la reproduction temporaire du site, il faut comprendre que le fournisseur doit retirer ou bloquer l'accès à la copie qu'il a effectuée et sauvegardée dès l'instant

---

102 Cf. *supra* note 78.

103 HUGENHOLTZ (note 56), p. 491.

104 VINJE/PAEMEN (note 94), p. 251; VERBIEST/THOUMYRE (note 100), p. 5.

105 JULIA-BARCELO (note 94), p. 110; VINJE/PAEMEN (note 94), p. 252.

106 STROWEL/IDE (note 2), p. 24; voir également LUBITZ (note 55), pp. 289 et suivante.

où il a une connaissance effective du retrait ou du blocage du site où l'information est diffusée à titre «original». Contrairement au § 512c DMCA, l'article 13 de la directive ne prévoit aucune procédure permettant de déterminer le moment à partir duquel le fournisseur de service a eu connaissance effective du retrait de l'information. Cette absence n'est toutefois pas aussi regrettable qu'à l'article 14, puisque la connaissance ne doit pas porter sur le contenu du site, mais sur le retrait, facilement décelable puisqu'il suffit au fournisseur de se connecter au site copié pour se rendre compte s'il a été bloqué ou non. En revanche, la question demeure de savoir si la dénonciation faite par n'importe quel internaute suffit ou si une injonction judiciaire est nécessaire. A lire la lettre e, on peut penser que l'avis donné par un tiers doit suffire, sans qu'une injonction judiciaire ne soit nécessaire, ce qui nous semble suffisant dans le cadre de l'article 13.

c) L'article 14

L'article 14, qui vise le cas des fournisseurs d'hébergement<sup>107</sup>, est rédigé comme suit:

- «1. Les Etats membres veillent à ce qu'en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:*
  - a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou l'information illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages-intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente; ou*
  - b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.*
- 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.*
- 3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation, et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant*

---

107 Comme le souligne JULIA-BARCELO (note 94), p. 108, les forums de discussions et autres BBC tombent également sous le coup de l'article 14.

*le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.»*

A la différence du paragraphe 5 alinéas 2 et 3 TDG, l'article 14 ne réserve pas le caractère raisonnable et techniquement exigible des mesures à prendre. Est-ce à dire que les fournisseurs d'accès et d'hébergement doivent prendre toutes les mesures possibles, même si elles sont disproportionnées, pour retirer l'information visée ou en rendre l'accès impossible? A notre avis, le respect du principe de proportionnalité s'impose en toute hypothèse comme principe général. La question de savoir à partir de quel moment le fournisseur d'hébergement est censé avoir une «*connaissance effective*» du contenu du site suscite les mêmes interrogations qu'à l'article 13.<sup>108</sup> Contrairement au paragraphe 5 alinéa 2 TDG, la connaissance de l'illicéité du site est ici nécessaire<sup>109</sup>; les exigences maximales posées par la directive sont donc plus strictes qu'en droit allemand. A la différence de l'article 13, l'appréciation effectuée par le fournisseur de service du caractère licite ou non du contenu du site peut en revanche être source de problèmes.<sup>110</sup> Cela implique-t-il que le fournisseur s'érige comme en Allemagne en juge et décide lui-même du caractère licite ou non du contenu du site dénoncé? Qu'advient-il s'il bloque l'accès à un site dont le contenu s'avère en définitive licite? Sera-t-il tenu de dédommager l'éditeur de ce site? A l'inverse, s'il refuse de bloquer l'accès à un site en invoquant tour à tour le fait qu'il n'a pas à se substituer à l'appréciation du juge et la liberté d'expression, pourra-t-il être tenu responsable si le site s'avère effectivement illicite? On se rend compte que sous réserve d'hypothèses ne souffrant aucune discussion tels des sites à caractère pédophile ou néonazi, la question de la connaissance «*effective*» pose de nombreux problèmes d'appréciation, ce d'autant plus que le § 46 du préambule de la directive exige expressément le respect de la liberté d'expression, en disposant: «*Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national*». Si l'injonction donnée par un tiers suffit à considérer que le fournisseur a une connaissance «*effective*» du contenu du site, sa décision pourrait être contraire à la directive s'il n'agit pas, mais violer la liberté d'expression s'il agit à mauvais escient. C'est dire que l'on ne saurait à notre avis

---

108 Cf. également STROWEL/IDE (note 2), p. 25; JULIA-BARCELO (note 94), pp. 110 et 111; VERBIEST, THIBAUT/WERY, ETIENNE, La responsabilité des fournisseurs des services Internet: derniers développements jurisprudentiels, J. T. 6000, février 2001.

109 SPINDLER, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999 794; FREYTAG (note 95), p. 608.

110 Voir ROJINSKY, CYRIL, L'approche communautaire de la responsabilité des acteurs de l'internet, <http://www.juriscom.net/pro/2/resp20001011.htm>, p. 6 note 20.

exiger de la part du fournisseur de service qu'il agisse dans les cas limites, et qu'une injonction judiciaire se justifierait alors.

d) La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur

Le 22 juin 2001 est entrée en vigueur la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.<sup>111</sup>

Selon le § 33 du préambule de cette directive:

*«le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutées dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée dans l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi».*

C'est ainsi que l'article 5 chiffre 1 de la directive dispose que:

*«Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:*

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou*
- b) une utilisation licite*

*d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2».*

---

111 JOCE L 167/10 du 22 juin 2001.

Conformément aux paragraphes 47 et suivants du préambule, le chapitre III de la directive prévoit deux dispositions ayant trait aux obligations relatives aux mesures techniques (article 6) et aux obligations relatives à l'information sur le régime des droits (article 7).

On constate donc un parallélisme évident et logique entre ces dispositions et les articles 12 et 13 de la directive sur le commerce électronique.

Le paragraphe 59 du préambule retient ce qui suit:

*«Les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé. Cette possibilité doit être prévue même lorsque les actions de l'intermédiaire font l'objet d'une exception au titre de l'article 5. Les conditions et modalités concernant une telle ordonnance sur requête devraient relever du droit interne des Etats membres».*

En application de ce paragraphe, l'article 8 alinéa 3 de la directive prévoit que:

*«Les Etats membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin».*

Le problème demeure en revanche de savoir quel pourra être le contenu donné à cette ordonnance. A notre avis, elle ne devrait contenir qu'une injonction faite à l'intermédiaire de prendre les mesures techniquement et raisonnablement exigibles pour bloquer l'accès au site visé ou retirer l'information litigieuse.

#### 4. La France

##### a) Autorégulation

C'est à notre connaissance en 1996 qu'a eu lieu la première affaire ayant amené un Tribunal français à se prononcer sur la responsabilité d'un fournis-

seur d'accès et d'hébergement à la fois.<sup>112</sup> Dans cette affaire, *l'Union des Etudiants Juifs de France* (ci-après: UEJF) avait assigné en référé un certain nombre de fournisseurs de services en concluant à ce que le Tribunal de Grande Instance de Paris constate que la diffusion publique auprès d'un nombre indéterminé d'utilisateurs du réseau de messages ou d'informations à caractère raciste, antisémite ou négationniste, par l'intermédiaire direct ou indirect des défenderesses, constituait un trouble manifestement illicite autant qu'un dommage imminent, et ce quelle qu'ait été la provenance de ces messages ou informations. Une transaction est intervenue entre les parties, aux termes de laquelle: les fournisseurs d'hébergement CALVACOM, INTERNET WAY, IMAGINET & FRANCENET s'engageaient tout d'abord à mettre en œuvre tous les efforts en leurs pouvoirs pour informer leurs abonnés et les sensibiliser à la nécessité de se conformer aux dispositions de la loi du 29 juillet 1881<sup>113</sup>, sous peine de rupture de leur contrat; il était ensuite admis qu'ils ne pouvaient encourir de responsabilité que pour les pages web et forums dont ils étaient les concepteurs, les animateurs, et/ou qu'ils hébergeaient volontairement pour les diffuser, soit pour leur propre compte, soit pour le compte de tiers auxquels ils étaient contractuellement liés. D'autre part, il a été admis que le fournisseur d'accès AXONE, dans le cadre de la législation en vigueur, n'avait aucune obligation de censurer les informations disponibles sur le réseau, qu'il ne pouvait intervenir que dans les cas où de toute évidence et sans excuse possible les informations tombaient sous le coup de la loi précitée, étant précisé que son inaction ne pouvait engager sa responsabilité puisqu'il n'était pas en mesure de contrôler systématiquement les informations disponibles sur son réseau. AXONE ajoutait qu'aller au-delà reviendrait pour elle à se substituer au juge et à ne plus fournir à ses clients le service qu'ils étaient en droit d'attendre. Quant à la société OLEANE, acte lui a été donné qu'en sa qualité d'hébergeur et de «user group», elle ne se considérait pas tenue et ne s'engageait à aucune obligation de vérification systématique de l'ensemble des informations publiées sur le réseau, mais se réservait la possibilité de rompre ses rapports contractuels avec tout client diffusant des informations illicites si son attention était attirée sur ce fait.

On constate ainsi qu'en 1996 déjà se posaient aux fournisseurs de service les questions qui se posent encore aujourd'hui: le devoir d'information, la connaissance des informations prétendues illicites et, corollairement, l'étendue du pouvoir de contrôle qui peut leur être imposé, cas échéant de la censure qu'ils peuvent prendre en se substituant au pouvoir appréciateur du juge.

---

112 TGI Paris, Ordonnance de référé, 12 juin 1996, *UEJF/Calvacom et consorts*, <http://www.aui.fr/Affaires/UEJF/ordonnance.html>.

113 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.



Le 9 juin 1998, le Tribunal de Grande Instance de Paris a eu affaire au dénommé Valantin Lacambre.<sup>114</sup> Celui-ci, qui gère le site <http://www.altern.org>, avait été assigné en référé par Estelle Hallyday, qui avait remarqué la diffusion de photographies la représentant en tenue d'Eve sur un site hébergé par Lacambre. En dépit de l'argumentation développée par ce dernier, qui invoquait outre le fait que le site n'était plus accessible au jour de l'audience que la question de la responsabilité du fournisseur d'hébergement devait être tranchée au fond, le Tribunal a considéré que le fournisseur d'hébergement avait l'obligation de veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge, au respect par ceux-ci des règles déontologiques régissant le web ainsi que des lois, règlements et des droits des tiers. Le Tribunal a précisé ce qui suit :

*«[...] s'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse est publique et qui est donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur du réseau, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge et en conséquence de prendre le cas échéant les mesures de nature à faire cesser le trouble qui aurait pu être causé à un tiers.*

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

En définitive, la demanderesse a été renvoyée à saisir le juge du fond, mais vu l'urgence, Lacambre n'en a pas moins été contraint à mettre en œuvre les moyens de nature à rendre impossible toute diffusion des clichés photographiques en cause à partir de l'un des sites qu'il hébergeait.

Cet arrêt a fait l'objet d'un appel qui a été rendu le 10 février 1999 par la Cour d'appel de Paris.<sup>115</sup> Tout en soulignant une nouvelle fois que la question de la responsabilité de l'hébergeur ne pouvait être tranchée que dans le cadre de la procédure au fond, la Cour d'appel a considéré qu'en hébergeant de manière anonyme sur son site toute personne qui en faisait la demande pour lui permettre de diffuser auprès du public un contenu de n'importe quelle nature, Lacambre excédait manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur

114 TGI Paris, Ordonnance de référé, 9 juin 1998, Hallyday/Lacambre, [http://www.legalis.net/jnet/decisions/responsabilite/ord\\_0698.htm](http://www.legalis.net/jnet/decisions/responsabilite/ord_0698.htm).

115 Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, Hallyday/Lacambre, [http://www.legalis.net/jnet/decisions/illicite\\_divers/ca\\_100299.htm](http://www.legalis.net/jnet/decisions/illicite_divers/ca_100299.htm).

d'informations et devait assumer à l'égard des tiers dont les droits étaient lésés les conséquences d'une activité rémunératrice et revêtant l'ampleur que lui-même revendiquait. En conséquence, Valantin Lacambre a été condamné à payer à Estelle Hallyday la somme de FF 300 000 à valoir sur la réparation de son préjudice.

La Cour a donc insisté sur les circonstances particulières du cas d'espèce, en particulier sur le caractère délibérément anonyme voulu par l'hébergeur.<sup>116</sup> Elle n'en a pas moins retenu que le rôle de l'hébergeur ne se limitait pas à celui d'un intervenant technique, mais qu'il exerçait une activité rémunératrice qui justifiait de pouvoir entraîner sa responsabilité. A lire l'arrêt, on pouvait craindre que la jurisprudence assimile malencontreusement l'hébergeur à un éditeur. Fort heureusement, ce courant n'a pas été confirmé par la suite.

Le 28 septembre 1999, le Tribunal d'instance de Puteaux a tranché une affaire dans laquelle les sociétés demanderesse AXA reprochaient à la société défenderesse *Infonie* d'avoir hébergé un site de nature diffamatoire à l'encontre du Président de leur conseil d'administration.<sup>117</sup> Après avoir rappelé que le fournisseur d'hébergement se définissait comme un fournisseur de service de stockage et de gestion de contenus permettant à un créateur de pages personnelles de les rendre accessibles au public, le Tribunal en a déduit que l'hébergeur ne faisait que participer à l'acte de diffusion par les moyens techniques qu'il met à disposition du créateur de pages personnelles, seul fournisseur d'information. Partant, à la différence d'un directeur de service de communication audiovisuelle, le Tribunal a considéré que le fournisseur d'hébergement n'exerçait aucun contrôle avant la publication. En effet, le transfert de la page personnelle créée par l'abonné de son ordinateur vers le serveur de la défenderesse était effectué en quelques centièmes ou dixièmes de secondes, de sorte que le fichier transféré par l'abonné était accessible sur le réseau immédiatement, rendant ainsi tout contrôle par l'hébergeur impossible. Le Tribunal a au surplus retenu que la responsabilité du directeur de publication au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982<sup>118</sup> ne pouvait être

---

116 Voir à cet égard SCHWEBAG, MIKE, <http://www.juriscom.net/espace2/reactions/responsabilites/react1.htm>, pour qui l'arrêt ne fondait pas un principe de responsabilité des hébergeurs pour le contenu dont il permettait la diffusion, mais se contentait de mettre à leur charge une obligation d'identifier chaque titulaire de compte. Cette opinion a fait l'objet d'une note critique de THOUMYRE, LIONEL, <http://www.juriscom.net/espace2/reactions/responsabilites/reponse1.htm>, qui estime à notre avis avec raison que l'arrêt allait plus loin que cela.

117 TI Puteaux, 28 septembre 1999, <http://www.afa-France.com/html/action/jugement.html>.

118 L'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle est ainsi rédigé: «Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication audiovisuelle, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. A

retenue à défaut de fixation préalable, le téléchargement sur le serveur de l'hébergeur ne faisant que permettre le transfert automatique et instantané vers le réseau. Les demanderessees ont ainsi été déboutées de leur action à l'encontre de la défenderesse.

On relèvera que la remarque finale du Tribunal considérant que la reproduction temporaire visant à assurer le transfert de l'information diffusée, soit à des fins purement techniques, n'est pas constitutive d'une reproduction permettant d'entraîner la responsabilité du fournisseur de services, est conforme aux § 512b DMCA et à l'interprétation donnée au § 5 alinéa 3 TDG.

Dans une affaire du 8 décembre 1999, *Madame Lynda H.* avait assigné en justice plusieurs défendeurs, dont la société d'hébergement *Multimania Production* pour avoir diffusé diverses photographies la représentant dans le plus simple appareil.<sup>119</sup> A l'image de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Hallyday*, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a tout d'abord reproché à la défenderesse de ne pas avoir demandé à ses cocontractants les éléments essentiels de leur identité lors de l'ouverture de leur compte, ce qui leur permettait d'agir dans un anonymat qui pouvait leur paraître garant de leur irresponsabilité. Le Tribunal a ici rappelé que l'appréciation de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement était indépendante de la présence au procès de l'éditeur du site, soit de l'auteur principal qu'est le fournisseur de contenu. Il est intéressant de relever que le Tribunal a ensuite considéré que:

*«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. Son activité excède donc la simple prestation technique d'un transmetteur d'informations. Il est le cocontractant de l'éditeur du Site dont le contenu peut se révéler préjudiciable. Il a la capacité d'y accéder et d'en vérifier la teneur. [. . .]. Par sa nature, comme par les conditions dans lesquelles elle s'accomplit, cette activité est génératrice de responsabilité. En l'état actuel des choses, caractérisé par une absence de régulation étatique et une autorégulation balbutiante, le ré-*

---

défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice. Pourra également être poursuivi comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable.»

119 TGI Nanterre, 8 décembre 1999, *Lynda*, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/img/tginanterre19991208.htm>.

*gime de cette responsabilité doit de rechercher[sic] par référence au droit commun défini par l'article 1383 du code civil. Le fournisseur d'hébergement est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence. Il lui appartient de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser les droits des tiers et il doit mettre en œuvre à cette fin des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action».*

Le Tribunal a ensuite examiné tour à tour quelles étaient les obligations d'information, de vigilance et d'action du fournisseur d'hébergement. S'agissant de la première, le Tribunal a considéré que cette obligation avait été remplie par Multimania qui avait attiré l'attention de ses cocontractants sur le respect des droits des tiers. En ce qui concerne la deuxième, il a rappelé que s'il n'appartenait pas au fournisseur d'hébergement d'exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites, ce dernier devait prendre les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite était apparent, cette apparence devant s'apprécier au regard des compétences propres du fournisseur d'hébergement. Selon une approche réductrice et critiquable, le Tribunal a considéré que les sites présumés illicites étaient aisément détectables par le moyen d'un moteur de recherche basé sur des mots clés évoquant l'univers de la nudité, la beauté, la célébrité et la féminité. Partant, Multimania avait selon la Cour violé son obligation de vigilance en n'ayant pas mis en place une procédure qui lui aurait permis, après avoir détecté la présence de contenu apparemment illicite, de mettre en demeure les auteurs du site, soit de se conformer à leurs obligations conventionnelles ou légales de respecter les droits des tiers, soit de justifier le caractère licite de données apparemment contrevenantes de leur site, avant de procéder à sa fermeture. Quant à l'obligation de diligence, le Tribunal a considéré qu'elle avait en partie uniquement été respectée par Multimania, qui avait certes procédé à la fermeture du site immédiatement après avoir été avisé de l'assignation par la demanderesse, mais qui avait reconnu que le site fermé avait été réouvert dans les minutes ayant suivi sa fermeture. En définitive, le Tribunal a déclaré Multimania responsable des atteintes portées au droit à l'image de la demanderesse, l'a condamnée à lui payer la somme de FF 20 000.– à titre de dommages-intérêts et lui a ordonné de mettre en œuvre un processus de recherche approprié permettant de retrouver et supprimer des sites qu'elle hébergeait toutes les photographies représentant la demanderesse à l'aide de critères reprenant son nom sous sa forme complète ou abrégée.<sup>120</sup>

---

120 On peut sérieusement douter qu'en ordonnant une telle injonction, le Tribunal se soit interrogé sur les moyens techniques permettant de mettre en œuvre un tel contrôle.

Cet arrêt revenait donc en arrière par rapport à la jurisprudence rendue le 28 septembre 1999 par le Tribunal d'instance de Puteaux en consacrant une obligation d'information, de vigilance et d'action à la charge des fournisseurs d'hébergement, dont la violation entraînait leur responsabilité. Si l'obligation d'information et d'action ne prêtaient guère à discussion, il en allait différemment de l'obligation de vigilance, qui faisait peser sur les fournisseurs d'hébergement une véritable obligation de surveillance et de censure préventive sur le seul fondement des articles 1382 et 1383 du code civil. Les critiques suscitées par cet arrêt<sup>121</sup> étaient d'autant plus justifiées que la solution retenue par le Tribunal consistait à dire qu'un moteur de recherche permettait de vérifier le contenu des sites hébergés et de prendre les mesures nécessaires ne résistait à l'évidence pas un instant à l'examen.<sup>122</sup>

Cette affaire a fait l'objet d'un appel déposé auprès de la Cour d'appel de Versailles. Le 8 juin 2000, ce Tribunal a admis l'appel interjeté par Multimania au bénéfice des considérations suivantes:

*«Considérant qu'à l'occasion de l'exercice de son activité, une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence quant au contenu des sites qu'elle accueille et dont elle assure la connexion au réseau Internet aux fins de diffusion, par l'intermédiaire de fournisseurs d'accès, de messages écrits, visuels ou sonores, qui s'analyse en une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés; que cette obligation de moyens, 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 de site, par des mesures préventives tels la prohibition de l'anonymat ou de la non-identification, l'adhésion à une charte de comportement ou tout autre procédé incitatif au respect des textes et des droits des personnes, et, au stade de l'exécution du contrat, par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation; qu'indépendamment des cas où elle en est requise par l'autorité publique ou sur une décision judiciaire, de telles diligences doivent être spontanément envisagées par la société prestataire d'hébergement lorsqu'elle a connaissance ou est informée de l'illégalité, de*

---

121 Voir THOUMYRE, LIONEL, Le procès civil des hébergeurs, <http://www.juriscom.net/espace/chrojur16.htm>.

122 Cf. critique parue le 18 décembre 1999 sur le site <http://www.zdnet.fr/actu/socila0011976.html>.

*l'illicéité ou du caractère dommageable du contenu du site ou lorsque les circonstances ou modalités de la réalisation, de l'évolution ou de la consultation d'un site, auxquelles elle doit veiller par des outils, méthodes ou procédures techniques d'analyse, d'observation et de recherche, la mettent en mesure d'en suspecter le contenu; que, dans ces hypothèses, ces diligences ne trouvent, sous le contrôle du juge, d'autres limites que l'incompétence ou l'abus de droit de l'hébergeur à apprécier l'illégalité, l'illicéité ou le caractère dommageable du contenu litigieux; qu'en dehors de ces hypothèses, il ne peut être fait grief à cet hébergeur de ne pas avoir contrôlé le contenu d'un site qu'il a pu légitimement ignorer.»*

En l'espèce, la Cour d'appel a considéré que la preuve de la négligence de Multimania n'avait pas été rapportée: la défenderesse et recourante soumettait l'acceptation de son client à l'obligation de respecter les droits d'autrui; au surplus, il n'était pas prouvé ni même allégué qu'elle avait été informée du contenu du site hébergé, et a fortiori qu'elle ait eu connaissance du contenu illicite du site visé. Le jugement entrepris a dès lors été infirmé et Multimania libérée.<sup>123</sup> Cette jurisprudence a été confirmée par la suite.<sup>124</sup>

Si la jurisprudence restait quelque peu fluctuante quant à l'appréciation des critères établis pour juger de l'éventuelle responsabilité des fournisseurs de services, d'hébergement en particulier, ces critères étaient – et sont – en revanche bien établis: le fournisseur a une obligation d'information (informer les créateurs de sites sur le respect des droits du tiers), de vigilance (mise en œuvre de mesures raisonnables pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent) et d'action (envoi d'une mise en demeure au

---

123 Pour une analyse de cet arrêt, plus particulièrement de l'obligation de vigilance, voir: THOUMYRE, LIONEL, Responsabilité des hébergeurs: détours et contours de l'obligation de vigilance, Cahiers Lamy – droit de l'informatique et des réseaux, n° 127, juillet 2000, pp. 5–9, <http://www.juriscom.net>.

124 TGI Nanterre, 31 janvier 2000, *Les Trois Suisses*, [http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/ord\\_tgi\\_nanterre\\_310100.htm](http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/ord_tgi_nanterre_310100.htm); TGI Paris, 24 mars 2000, *Calimero*, <http://altern.org/defense/calimero/texte.html>, plus accessible aujourd'hui; TGI Nanterre, 24 mai 2000, *Multimania Production*, <http://www.juriscom.net/jurisfr/multimania.htm>, où la Cour a retenu s'agissant de l'obligation d'information qu'il n'existait aucune obligation légale à la charge du fournisseur de s'assurer de l'identité exacte de l'éditeur du site. La Cour a en outre relevé à propos de l'obligation de vigilance ce qui suit: «En effet, il n'est pas exigé du fournisseur d'hébergement qu'il exerce une surveillance minutieuse et approfondie des sites qu'il abrite et pour les raisons techniques qu'il avance, ce contrôle qui ne peut être effectué a priori, avant la mise en ligne du site dont l'initiative revient à l'internaute, est nécessairement aléatoire et faillible du fait des manœuvres de contournement entreprises pour le déjouer. L'obligation qui lui est faite n'est pas une obligation de résultat. Cependant, l'hébergeur doit 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.».

créateur d'un site dont le contenu illicite aurait été détecté, voire suppression de l'accès au site en question).<sup>125</sup>

b) La loi 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 sur la communication audiovisuelle. Le 28 juin 2000, l'Assemblée nationale a adopté en lecture définitive une loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2000, dont les dispositions sont les suivantes:<sup>126</sup>

*Article 43-7: Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens.*

*Article 43-8: Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que:*

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

*Article 43-9: Les prestataires mentionnés aux articles 43-7- et 43-8 sont tenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires. Ils sont également tenus de fournir aux personnes qui éditent un service de communication en ligne autre que de correspondance privée des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues à l'article 43-10. Les autorités judiciaires peuvent requérir la communication auprès des prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 des données mentionnées au premier alinéa. Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du code pénal sont applicables au traitement de ces données. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission nationale de l'informati-*

125 Cf. THOUMYRE (note 123), p. 6; CAPLAIN (note 3), p. 46.

126 Disponible sur: <http://www.legalis.net/jnet/2000/loi-audio/projetloi-fin.htm>.

*que et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation.*

*Article 43-10-1: I – Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne autre que de correspondance privée tiennent à la disposition du public:*

- *s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénom et domicile;*
- *s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social;*
- *le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.*
- *le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8.*

*II – Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication en ligne autre que de correspondance privée peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnels prévus au I.*

Le 27 juillet 2000, le Conseil constitutionnel a déclaré par décision n° 2000-433 DC la dernière phrase de l'article 43-8, soit la saisine par un tiers, anti-constitutionnelle, en reprochant au législateur d'avoir méconnu le principe de la légalité des délits et des peines «en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés». <sup>127</sup> C'est dire qu'en l'état actuel de la législation française, l'internaute qui constate la présence d'un site illicite ne peut saisir directement le fournisseur d'hébergement de manière contraignante, mais devra préalablement saisir l'autorité judiciaire qui, elle, saisira le fournisseur en lui enjoignant de prendre les mesures nécessaires.

L'article 43-7 vise les fournisseurs d'accès. Contrairement à l'article 43-8, qui vise les fournisseurs d'hébergement, l'article 43-7 ne prévoit aucun régime d'exonération pour le fournisseur d'accès. Faut-il en déduire qu'il ne peut bénéficier d'un tel régime, ce qui serait totalement illogique puisque son pouvoir d'intervention sur les informations qu'il véhicule est moindre que celui du fournisseur d'hébergement qui, lui, bénéficie du régime d'exonération prévu par l'article 43-8? A l'inverse, faut-il en déduire qu'ils sont exonérés

---

127 JO 2 août 2000.



dans n'importe quelle hypothèse, ce qui serait tout aussi injustifié en l'absence de toute base légale? Faut-il enfin considérer que cette question n'est tout simplement pas réglée et que les dispositions du droit commun doivent ici trouver application, ce qui serait sans doute le plus logique? Le texte n'est en tous les cas pas clair et laisse place à des interrogations.

L'article 43-8<sup>128</sup> concrétise pour les fournisseurs d'hébergement l'obligation d'action posée par la jurisprudence dès 1998 dans l'affaire Hallyday et consacrée définitivement depuis l'arrêt *Multimania* en 1999. Contrairement à la directive européenne, la loi n'énumère pas les hypothèses dans lesquelles le comportement des fournisseurs peut être considéré comme fautif; en effet, à la suite de la suppression de la dernière phrase de cette disposition, soit la saisine par un tiers, la disposition ne mentionne plus les «diligences appropriées» développées dans l'arrêt *Multimania* et propres à apprécier la faute du fournisseur<sup>129</sup>; faut-il en déduire que l'exonération du fournisseur d'hébergement subsiste même s'il a manqué aux diligences raisonnablement exigibles? Si tel est le cas, son exonération est très étendue pour ne pas dire trop. A l'image du paragraphe 5 alinéa 2 TDG, on peut se demander ce qu'il faut entendre par le terme «saisi» qui figure à cette disposition. Le fournisseur d'hébergement doit-il être considéré comme étant saisi en présence de n'importe quelle injonction délivrée par l'autorité judiciaire?

L'article 43-9 met à la charge des prestataires mentionnés aux dispositions précitées le devoir de conserver les données permettant d'identifier toute personne recourant à leurs services. Ce faisant, l'article 43-9 consacre l'illicéité de l'anonymat et concrétise la jurisprudence rendue dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 février 1999 dans l'affaire Hallyday, ainsi que dans les arrêts rendus par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre le 8 décembre 1999 et par la Cour d'appel de Versailles le 10 juin 2000 dans l'affaire *La-coste*, selon lesquels le fait de cacher l'identité de son cocontractant contrevient à l'obligation de vigilance mise à la charge du fournisseur.<sup>130</sup>

Signalons qu'un projet de loi sur la société de l'information a été adopté dans sa version officielle le 13 juin 2001.<sup>131</sup> Selon l'exposé des motifs<sup>132</sup>, ses articles 11 à 13 constituent la transposition des articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. L'applicabilité de ces dispositions est fonction de la nature de l'activité technique qu'exerce

---

128 Pour une critique de l'article 43-8 sous l'angle de la communication audiovisuelle dont nous ne traiterons pas, voir: ROJINSKY (note 110).

129 Voir à ce propos LUCAS (note 23), p. 7.

130 Cf. ROJINSKY (note 110), p. 5 note 17 ss; THOUMYRE (note 123), p. 7; CAPLAIN (n. 3), p. 40. *Contra* cependant l'arrêt précité rendu le 24 mai 2000 par ce même Tribunal de Grande Instance de Nanterre dans l'affaire *UEJF – Multimania Production*.

131 [http://www.droit-technologie.org/legislations/Projet\\_LSI\\_130601.pdf](http://www.droit-technologie.org/legislations/Projet_LSI_130601.pdf).

132 [http://www.droit-technologie.org/legislations/Projet\\_LSI\\_expose\\_des\\_motifs130601.pdf](http://www.droit-technologie.org/legislations/Projet_LSI_expose_des_motifs130601.pdf).

l'opérateur. Si celui-ci exerce des activités multiples, les conditions limitatives posées par ces articles ne trouveront à s'appliquer que dans le cadre propre à chacune de ces activités. Enfin, toujours selon l'exposé, toute intervention de la part de l'intermédiaire sur les contenus mis à la disposition du public l'exposerait, en revanche, à une responsabilité de nature éditoriale.

L'article 11 du projet prévoit ce qui suit:

*Article 43-8-1: Les prestataires techniques mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.*

*Article 43-8-2: 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.*

*Article 43-8-3: Le président du tribunal de grande instance peut prescrire en référé, à tout prestataire technique mentionné aux articles 43-7 et 43-8, toutes mesures propres à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne, telles que celles visant à cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, à cesser d'en permettre l'accès.*

*Il peut être saisi par le ministère public en cas d'atteinte à l'ordre public.*

L'introduction envisagée de l'article 43-8-2 en particulier peut être saluée, et confirme que l'on ne saurait imputer de manière générale la connaissance du contenu au fournisseur qui l'héberge ou en permet l'accès. Son obligation de diligence doit bien plutôt être appréciée au regard de l'ensemble des circonstances.

L'article 12 de ce projet est ainsi rédigé:

*I. Il est inséré, après le cinquième alinéa de l'article L. 332-1 du code de la propriété intellectuelle, deux alinéas ainsi rédigés:*

*4. La suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication publique 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.*

*Le président du Tribunal de grande instance peut, dans les mêmes formes, ordonner les mesures prévues au 1° à 4° à la demande des titulaires de droits voisins définis au livre II.*

*II. Au deuxième alinéa de l'article L. 335-6 du code de la propriété intellectuelle, après les mots: «ainsi que la publication intégrale ou par extrait*

*dans les journaux» sont insérés les mots: «ou sur les services de communication publique en ligne».*

Enfin, l'article 13 du projet dispose:

*Après l'article L. 32-3 du code des postes et télécommunications, sont insérés les articles L. 32-3-1 et L. 32-3-2 ainsi rédigés:*

*Art. L. 32-3-1: La responsabilité civile d'un opérateur de télécommunications, et notamment d'un prestataire technique exerçant l'activité mentionnée à l'article 43-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, ne peut être engagée à raison des contenus qu'il se borne à transmettre.*

*Art. L. 32-3-2: La responsabilité civile d'un opérateur de télécommunications ne peut être engagée à raison du stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'il transmet, effectué dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de ces contenus, à condition que cet opérateur agisse promptement pour retirer les contenus qu'il a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'il a effectivement connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible.*

L'article L. 32-3-1 tel qu'envisagé correspond, en moins élaboré, à l'article 12 de la directive communautaire, et exonère le fournisseur d'accès de toute responsabilité à raison des contenus qu'il se borne à transmettre.

Le projet d'article L. 32-3-2 équivaut quant à lui à l'article 13 de la directive. Selon l'exposé des motifs, il consacre une absence de responsabilité civile pour les contenus stockés, pour autant que les intermédiaires concernés aient respecté leur obligation de neutralité à l'égard de ces contenus et qu'ils agissent promptement dès qu'ils ont connaissance du fait que ceux-ci doivent être retirés du réseau.

Signalons pour terminer qu'à notre connaissance, seuls deux arrêts ont été rendus en application de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000: dans le premier, rendu le 24 septembre 2000, le Tribunal de Grande Instance de Paris a considéré que la défenderesse Multimania avait satisfait à ses obligations découlant de l'article 43-9 précité en informant ses abonnés du caractère illicite des sites visés et en bloquant provisoirement ces derniers. Dans le second, rendu le 15 janvier 2002 par ce même tribunal, Multimania a également été exonérée de toute responsabilité pour l'hébergement d'une page de nature diffamatoire à l'encontre du demandeur, dès lors qu'elle avait suspendu le site litigieux dès la connaissance de son contenu et avait communiqué les logs de connexion.

## 5. Synthèse

Après avoir été réglée par le droit commun, la question de la responsabilité des intermédiaires tend à faire l'objet de dispositions spécifiques dans la législation des divers pays. Si ce phénomène est certes encore restreint à quelques Etats – et non des moindres –, l'entrée en vigueur de la directive communautaire sur le commerce électronique devrait entraîner l'adoption de réglementations spécifiques par la quasi totalité des Etats membres de l'Union.

S'il existe certaines différences entre les législations précitées, notamment en ce qui concerne la procédure de notification qui n'existe qu'aux Etats-Unis, elles se recourent néanmoins dans les grandes lignes, en particulier quant aux critères décisifs pour apprécier l'éventuelle responsabilité des fournisseurs, qui doivent intervenir dès qu'ils ont une connaissance effective du contenu du site. En définitive, la question de savoir si le fournisseur d'accès ou le fournisseur d'hébergement encourt une responsabilité pour le contenu diffusé par des tiers doit être tranchée en fonction des trois critères suivants: savoir, pouvoir et faire.

Qu'en est-il en droit suisse?

## IV. La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement en droit privé suisse

Le droit suisse ne connaît pas de dispositions spécifiques concernant la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement. Le projet de loi fédérale sur le commerce électronique n'en contient pas non plus.<sup>133</sup> L'éventuelle responsabilité de ces intermédiaires doit donc être tranchée en application des dispositions de droit commun.

Le problème d'application du droit international privé ne sera pas examiné ici. Nous partirons donc de l'idée que les tribunaux suisses sont compétents et que le droit suisse s'applique.

Les bases légales susceptibles d'entraîner la responsabilité de ces fournisseurs sont multiples: le droit des marques, le droit d'auteur, le droit de la concurrence et les droits de la personnalité sont les plus importantes. Nous les reprendrons l'une après l'autre, avant d'examiner de quelle manière le droit suisse apparaît compatible avec les critères qui tendent à se dégager dans les jurisprudences et réglementations des pays étudiés précédemment.

---

133 Voir SPINDLER, GERALD, Bemerkungen zum geplanten Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, sic! 2001 259; JACCARD, MICHEL, Deux nouveaux projets législatifs suisses sur la signature et le commerce électronique, <http://www.juriscom.net>.

## 1. Le droit des marques

Imaginons qu'un site reproduise la marque d'un tiers sans que l'éditeur de ce site y ait été autorisé. La responsabilité du fournisseur de services peut-elle être engagée de ce chef pour violation du droit à la marque?

Selon l'article 13 alinéa 2 LPM: «*le titulaire peut interdire à des tiers l'usage des signes dont la protection est exclue en vertu de l'article 3, 1<sup>er</sup> alinéa. [ . . . ]*». <sup>134</sup> Autrement dit, l'atteinte aux droits à la marque du titulaire suppose l'utilisation de ce signe par la partie adverse. Or, le fournisseur qui se contente de garantir l'accès ou d'héberger le site qui contient une violation du droit à la marque d'un tiers n'utilise pas ce signe. Seul le fournisseur de contenu peut ainsi répondre de la violation du droit des marques.

Il en résulte que les fournisseurs d'accès ou d'hébergement ne peuvent encourir de responsabilité pour violation des droits des marques que pour le contenu qu'ils diffusent eux-même. Par analogie avec l'article 12 de la directive européenne, on peut considérer que le fournisseur répond directement de violation du droit des marques s'il est à l'origine de la transmission ou s'il a modifié les informations faisant l'objet de la transmission, puisque le fournisseur de services agit alors comme un fournisseur de contenu. Autrement dit, la responsabilité du fournisseur d'accès ou d'hébergement peut à notre avis être engagée pour violation du droit des marques lorsqu'il intervient directement sur le contenu de l'information transmise.

Dans la décision *Sega Enterprises Ltd contre Maphia*<sup>135</sup>, la District Court for the Northern District of California avait condamné le fournisseur d'hébergement pour violation des droits à la marque de la demanderesse, dès lors que les jeux vidéos téléchargés par les abonnés sur leur poste personnel à partir du serveur de la défenderesse reproduisaient la marque de la demanderesse sans son autorisation. Il n'est pas inutile de rappeler que la demanderesse invitait ses abonnés à charger et télécharger ces jeux.

En droit suisse, un tel comportement ne serait pas constitutif de violation du droit des marques faute d'utilisation directe de la marque par le fournisseur. En revanche, l'application de l'article 50 CO pourrait entrer en ligne de compte, puisque le fournisseur savait que des jeux vidéos violant les droits à la marque de la demanderesse étaient chargés et téléchargés sur et à partir de son serveur, et qu'elle invitait même ses abonnés à le faire.

---

134 L'article 3 alinéa 1 LPM dispose: «Sont en outre exclus de la protection: (a) les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques; (b) les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion; (c) les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion.»

135 Cf. *supra* III.1.c).

Autrement dit, lorsque le fournisseur de services, qu'il soit d'accès, d'hébergement ou autre, sait que l'information dont il permet la diffusion lèse les droits à la marque d'un tiers, il doit à notre avis intervenir, sauf à devoir répondre du comportement de son abonné en application de l'article 50 CO, puisque, dans une certaine mesure, il fait alors siennes les informations diffusées par celui-ci. Signalons qu'il en ira notamment ainsi lorsque le fournisseur autorise l'enregistrement d'un nom de domaine lésant manifestement les droits d'un tiers, comme l'ont fort justement admis les décisions allemande et française photodose et calimero.<sup>136</sup>

## 2. *Le droit d'auteur*

La responsabilité d'un fournisseur de service peut-elle être mise en cause lorsque l'information dont il permet la diffusion d'une manière ou d'une autre viole les droits d'auteur d'un tiers?

La situation est similaire à celle que nous venons d'exposer en droit des marques. Le fournisseur de services qui ne fait que permettre la transmission des informations ne saurait être tenu responsable de leur contenu. Comme nous venons de le voir pour le droit des marques, et à l'image de ce que retient l'article 12 de la directive européenne, lui-même inspiré par le § 512a DMCA, il en va différemment lorsque le fournisseur intervient de manière active sur le contenu de l'information diffusée, puisqu'il ne peut alors ignorer les informations diffusées et les fait siennes à l'image d'un fournisseur de contenu.<sup>137</sup>

De même, le fait que le fournisseur exerce un certain contrôle sur l'information diffusée, comme dans la décision américaine *Hardenburgh*<sup>138</sup> ou par un modérateur sur un forum de discussion, est susceptible d'entraîner sa responsabilité. A l'évidence, un tel contrôle n'est toutefois possible que pour le fournisseur d'hébergement, à l'exclusion du fournisseur d'accès qui n'est pas à même de vérifier la licéité des centaines de milliers de pages auxquelles il permet l'accès. On ne saurait toutefois considérer de manière générale que le principe d'un contrôle suffit à entraîner la responsabilité du fournisseur d'hébergement: encore faut-il examiner la manière dont le contrôle est exercé, no-

---

136 A notre avis, ces décisions sont un argument de plus pour reconnaître la responsabilité des registres dans le cadre de l'enregistrement de noms de domaine lésant manifestement les droits de tiers, puisque rien ne justifie sur un plan juridique une différence de traitement entre le registre et le fournisseur de service (voir à cet égard notre contribution: SWITCH, Immunity or liability, RSDA 2000 214).

137 Voir à cet égard la décision américaine précitée *Playboy/Webbworld*, *supra* III a) 4.

138 Cf. *supra* III.1.d).

tamment au regard des clauses contractuelles, de son caractère régulier ou irrégulier, et enfin de la quantité des informations diffusées. A l'évidence, la diligence que l'on peut attendre de la part d'un fournisseur qui héberge une centaine de sites n'est pas la même que celle de celui qui en héberge des dizaines de milliers. Seule la réponse à ces questions permet d'apprécier le degré de connaissance du fournisseur sur la teneur des informations diffusées. Si l'examen de ces différents points permet d'aboutir à la conclusion que le fournisseur avait effectivement connaissance du contenu diffusé, on pourra à notre avis retenir à son encontre une violation du droit exclusif de mise en circulation auprès du public au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre b LDA<sup>139</sup>, voire de la lettre c ou d de la même disposition s'il s'agit d'un fichier audio ou vidéo.<sup>140</sup> Cas échéant, une complicité pour violation du droit de reproduction au sens des articles 50 CO et 10 alinéa 2 lettre a LDA peut également être envisagée.

D'une manière ou d'une autre, la connaissance du contenu de l'information diffusée doit ainsi pouvoir être imputée au fournisseur de service pour engager sa responsabilité. Peu importe en revanche qu'il ignore son illicéité, puisqu'aucune intention n'est requise. Tout comme en droit des marques, tant le fournisseur d'accès que celui d'hébergement se rendent complices de violation des droits d'auteur s'ils sont avisés du contenu du site visé et ne prennent pas les mesures raisonnablement exigibles.

### 3. *La concurrence déloyale*

Ce qui vient d'être dit à propos du droit des marques et du droit d'auteur vaut également en matière de concurrence déloyale. Si le comportement de l'auteur de l'acte doit être apprécié de manière objective, indépendamment de son intention, on ne saurait cependant considérer que le fournisseur de ser-

---

139 Voir à ce propos, DESSEMONTET, FRANÇOIS, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, publication CEDIDAC n° 39, note 217 p. 165 (ci-après: *Le droit d'auteur*), qui rappelle en citant un arrêt canadien que le téléchargement d'une œuvre protégée stockée sur un site constitue une mise en circulation.

140 Voir à ce propos, DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, note 238 pp. 187 ss; le même, *La propriété intellectuelle*, Lausanne 2000, publication CEDIDAC n° 42, note 123 p. 79, qui se demande si l'article 10 alinéa 2 lettre d LDA recouvre la distribution au travers d'un réseau électronique comme Internet, ce qu'il ne faisait pas dans le premier des ouvrages cités. BARRELET et EGLOFF dénie à notre avis de manière convaincante l'application de l'article 10 alinéa 2 lettre d LDA sur Internet, au motif que «la transmission n'a pas lieu virtuellement à destination d'un nombre de personnes indéterminé, qui n'ont qu'à enclencher leur appareil récepteur; mais on est en présence d'un transfert de données dirigé et individuel vers la personne uniquement qui fait appel activement à l'offre» (*Le nouveau droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2000, ad art. 10 note 22 p. 59 et note 26 a p. 61).

vice agit de manière déloyale s'il n'a aucune connaissance du contenu qu'il diffuse. Là encore, seule la connaissance du contenu diffusé peut engager sa responsabilité de ce chef, que ce soit sous l'angle de la clause générale ou 3 LCD combinés avec l'article 50 CO. Nous renvoyons à ce sujet à ce qui a été dit précédemment.

#### 4. Les droits de la personnalité

L'une des questions essentielles qu'il convient de trancher en ce domaine est de savoir si le fournisseur de service peut être assimilé à un éditeur. Est décisif à cet égard le degré de contrôle exercé par le fournisseur considéré sur les informations diffusées.

A l'évidence, le fournisseur d'accès ne peut être assimilé à un éditeur, puisque son rôle se limite à garantir l'accès aux informations transmises, sans exercer aucun contrôle sur leur teneur.

La réponse ne peut être aussi univoque pour les autres fournisseurs de service; tout dépend alors de la question de savoir à quel moment la connaissance du contenu du site peut être imputée au fournisseur, puisque ce moment détermine celui où le fournisseur aurait dû prendre les mesures nécessaires.

Lorsque le fournisseur est avisé par un tiers ou une autorité judiciaire du contenu illicite d'un site qu'il héberge, sans exercer lui-même de contrôle préalable sur ce site, il ne saurait être considéré comme fautif s'il prend immédiatement les mesures nécessaires. A l'évidence, seul l'éditeur du site peut dans ce cas exercer un contrôle préalable sur le contenu de son site; même s'il est avisé de l'illicéité, le fournisseur d'hébergement ressemble beaucoup plus à l'imprimeur qui serait informé juste avant la diffusion du journal que les informations dont il va permettre la diffusion sont illicites et qu'il est tenu d'en empêcher la diffusion. A cet égard, nous nous référons à un arrêt rendu le 23 décembre 1999 par la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal fédéral en matière d'atteinte aux droits de la personnalité<sup>141</sup>, qui a considéré ce qui suit à propos de la responsabilité de l'imprimeur:

*«Cela signifie avant tout que la diligence requise de l'imprimeur n'est pas la même que celle que l'on exige de l'auteur ou du rédacteur responsable d'une publication. Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières propres à éveiller son attention que l'imprimeur doit procéder à un contrôle minutieux. [. . .]. Les juges cantonaux n'ont en effet pas prétendu que la défenderesse aurait dû procéder, depuis le début, à des contrôles*

---

141 ATF 126 III 161, JdT 2000 I292c.5b bb et cc, spéc. pp. 300 et 301.



*particuliers, mais ils ont considéré qu'elle devait, après la parution des premiers articles diffamatoires, être consciente de participer à la diffusion de déclarations manifestement propres à porter atteinte à la personnalité du demandeur. A partir de ce moment, la défenderesse aurait dû intervenir auprès de la société éditrice et s'accorder éventuellement avec elle pour retenir les articles durant un laps de temps qui en aurait permis le contrôle ou refuser de continuer à imprimer des articles concernant le demandeur. La défenderesse est au contraire demeurée passive et elle a accepté ainsi que chaque article ultérieur de la série porte à nouveau atteinte à la personnalité du demandeur. [...]. Il s'ensuit qu'en reconnaissant à la défenderesse la qualité pour défendre à l'action en réparation, respectivement en condamnant la défenderesse au paiement d'une indemnité en réparation du tort moral, la Cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral».*

Inutile de souligner l'importance de cet arrêt pour la présente étude. Sa motivation rejoint les critères développés par la jurisprudence des pays avoisinants en matière de responsabilité de fournisseurs d'hébergement, critères aujourd'hui consacrés dans les législations que nous avons étudiées. Autrement dit, au regard de cette jurisprudence, on ne saurait attendre de la part des fournisseurs d'hébergement qu'ils exercent un contrôle systématique et minutieux sur les informations hébergées. En revanche, dès l'instant où ils ont connaissance du contenu du site hébergé, ils doivent prendre les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de leur part pour empêcher l'accès au site visé, sauf à agir de manière fautive.

Lorsque le fournisseur d'hébergement exerce lui-même un tel contrôle, ou que l'on peut attendre de sa part en raison des circonstances qu'il exerce ce contrôle, la présence d'un site à caractère illicite engage sa responsabilité, puisqu'on peut alors l'assimiler à un éditeur. Il en va de même en ce qui concerne le modérateur d'un forum de discussion, puisqu'il a le devoir et la possibilité d'intervenir immédiatement en contrôlant et censurant les propos tenus au sein de son forum.

### 5. La connaissance comme nœud du problème

Sans surprise, les critères dégagés par les pays avoisinants peuvent être repris en droit suisse pour apprécier la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement.

La possibilité de rendre le fournisseur de services responsable du contenu diffusé dépend avant tout de la connaissance qu'il a de ces informations. Comme nous l'avons vu à propos des législations américaine, allemande, européenne et française, la question de savoir à partir de quel moment le four-

nisseur de services est censé avoir une telle connaissance est difficile à trancher. Si le droit américain a opté pour une procédure devant répondre à certaines exigences pour que le fournisseur soit réputé avoir connaissance de ce contenu, les législations européennes actuelles n'ont pas repris une telle procédure. L'avis donné par un internaute suffit-il ou une injonction judiciaire est-elle nécessaire? Difficile de répondre. Cette question n'est pourtant pas sans intérêt puisque, comme déjà dit, le problème de la réparation du dommage pourra se poser s'il s'avère ultérieurement que le site a été fermé à tort: peut-on attendre du fournisseur qu'il s'acquitte du dommage subi par le titulaire du site alors qu'il est intervenu en toute bonne foi? Pourrait-on réclamer au dénonciateur la réparation du dommage subi? Répondre à ces questions est délicat, non seulement sur un plan juridique – quel serait l'acte illicite commis par le dénonciateur par exemple, mais également sur un plan politique, puisque l'on doit pouvoir compter sur les internautes pour dénoncer les contenus illicites et sur le fournisseur pour prendre les mesures qui s'imposent. Or, si l'on peut attendre du fournisseur de service qu'il prenne connaissance du contenu du site à lui dénoncé et qu'il en empêche l'accès lorsque l'illicéité du contenu ne prête pas à discussion – ce qui sera le plus souvent le cas pour des sites à caractère pédophile ou raciste, qui relèvent du droit pénal –, l'appréciation ne sera pas aussi aisée en droit civil.

Il est donc important pour les fournisseurs de services de régler contractuellement de façon détaillée la manière dont ils sont réputés avoir connaissance du contenu diffusé. A notre avis, à l'image de la procédure instituée en droit américain, il faudrait exiger de l'internaute qu'il identifie le site et précise de manière facilement identifiable pour le fournisseur quelle est l'information illicite sur ce site. Il serait également opportun d'exiger de l'internaute qu'il explique la raison pour laquelle le contenu diffusé viole à son avis ses droits ou ceux d'un tiers. Il n'est en revanche guère souhaitable d'exiger des dénonciateurs qu'ils s'identifient de manière claire et précise si l'on souhaite que les internautes se responsabilisent et jouent le rôle de «gendarmes» du réseau.

Si les conditions précitées ont été respectées, le contrat devrait alors prévoir la remise au titulaire du site visé d'une copie de la dénonciation. Le fournisseur devrait pouvoir suspendre provisoirement l'accès au site et impartir un délai déterminé au titulaire du site pour ouvrir action en constatation de la licéité de son site. A notre avis, il devrait incomber au titulaire du site de conclure à la réouverture de son site, et à l'autorité judiciaire saisie de décider du maintien du blocage ou, à l'inverse, de la réouverture de l'accès au site. On éviterait ainsi que le fournisseur n'ait à se substituer au pouvoir appréciateur réservé à l'autorité judiciaire en ce qui concerne la licéité ou l'illicéité du site visé.

Pour que la responsabilité du fournisseur puisse être engagée, encore faut-il qu'il puisse intervenir et ne le fasse pas. A cet égard, et sans développer plus

avant cette question puisque les connaissances techniques pour y répondre nous font défaut, on relèvera simplement qu'une mesure est a priori toujours possible et exigible pour le fournisseur d'accès qui peut bloquer l'accès au site visé, de même que pour le fournisseur d'hébergement qui devrait également pouvoir fermer le site dénoncé. La question est en revanche plus délicate il est vrai pour le modérateur d'un forum de discussion qui ne pourra guère qu'«éjecter» son abonné ou résilier son contrat, mesure qui n'a toutefois rien de provisoire. Peut-il provisoirement suspendre son contrat et empêcher techniquement l'accès provisoire de l'intéressé au forum?<sup>142</sup>

En définitive, les clauses contractuelles concernant l'avis donné au tiers et la procédure qui s'ensuit pourraient être rédigées dans les grandes lignes comme suit:

- a) *Le fournisseur de services est tenu dans un délai de 2 jours dès réception de l'avis de dénonciation de bloquer provisoirement l'accès au site dénoncé ou de prendre toute mesure raisonnablement exigible si l'avis de dénonciation respecte les conditions suivantes:*
  1. *Le site dénoncé est clairement identifié;*
  2. *l'information illicite sur le site mentionné au chiffre 1 ci-dessus est clairement identifiée;*
  3. *l'avis mentionne la raison pour laquelle l'information mentionnée au chiffre 2 ci-dessus apparaît illicite.*
- b) *Le fournisseur de services s'engage à remettre à son cocontractant une copie de l'avis de dénonciation mentionné à la lettre a et répondant aux exigences mentionnées aux chiffres 1 à 3.*
- c) *Le cocontractant mentionné à la lettre b précitée s'engage à ouvrir action en constatation de la licéité du site dénoncé à la lettre a chiffre 1 dans un délai de 10 jours dès réception de l'avis de dénonciation.*  
*Il incombe à la partie demanderesse de requérir de l'autorité judiciaire saisie qu'elle ordonne la réouverture du site fermé provisoirement en application de la lettre a.*  
*Le cocontractant accepte que le site reste fermé aussi longtemps qu'une décision judiciaire ordonnant sa réouverture n'a pas été rendue de manière définitive et exécutoire.*
- d) *Si la preuve de l'ouverture d'une action n'a pas été apportée dans le délai mentionné à la lettre c, le cocontractant accepte la fermeture définitive de son site et la résiliation de son contrat.*

---

142 Netcom avait essayé de faire valoir qu'un tel blocage limité à un abonné déterminé était impossible (cf. *supra* III.1.d).

De cette manière, l'intervention directe du fournisseur est des plus restreintes et lui permet de ne pas avoir à prendre position sur le caractère licite ou non du site, décision qu'il incombe à la seule autorité judiciaire de trancher.

Autre est la question de savoir quelle est l'étendue de l'obligation de diligence du fournisseur de services. Alors que la doctrine allemande semble considérer qu'une négligence grave ne suffit pas à fonder la responsabilité du fournisseur d'hébergement en particulier, la jurisprudence française lui a imposé à ce titre un certain nombre de mesures qui ont trouvé leur concrétisation dans la loi du 1<sup>er</sup> août 2000.

L'étendue de l'obligation de diligence n'est pas dénuée d'intérêt, puisqu'elle permettra de déterminer si le fournisseur a commis une faute dans l'exercice de son activité, question décisive pour l'octroi de dommages-intérêts. Si l'on ne saurait à notre avis voir dans la mise en place d'un moteur de recherche un critère déterminant comme semblaient le croire le Tribunal de Grande Instance de Nanterre et la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Lynda H., le fournisseur d'hébergement serait en revanche bien inspiré de prévoir les clauses contractuelles suivantes, de manière à se prémunir contre tout reproche:

- identifier son cocontractant (nom, prénom, adresse, numéros de téléphones, fax et e-mail);
- engagement de sa part de respecter les droits des tiers (charte de comportement) et d'accepter la fermeture de son site sur injonction judiciaire ou de se soumettre à la procédure définie plus haut en cas de dénonciation donnée par un tiers;
- présentation schématique du contenu du site hébergé.

## V. Conclusion

Cette contribution avait pour but d'examiner quel est à ce jour le risque encouru par les fournisseurs d'accès et d'hébergement pour le contenu diffusé par leur intermédiaire.

Si la question soulève certaines interrogations juridiques, on ne saurait oublier pour autant les considérations politico-économiques. De manière générale, force est d'admettre que faire du fournisseur de services un responsable tout désigné pour les informations diffusées en violation des droits de tiers risquerait de tuer la poule aux œufs d'or que beaucoup croient voir en Internet. Au niveau du fournisseur de services, force est d'admettre qu'il est économiquement plus facile pour lui de bloquer l'accès à un site à caractère pédophile que celui d'un site où l'internaute peut gratuitement télécharger des fichiers musicaux violant les droits de tiers. Dans le premier, le fournisseur est assuré du soutien des internautes, dans le second, non seulement de

leur désapprobation, mais du fait qu'ils iront «se servir» ailleurs. Pourtant, son obligation de diligence est la même dans un cas comme dans l'autre.

Au terme de cette étude, nous constatons que la question de la responsabilité de ces intermédiaires dépend de la réponse apportée aux trois critères que sont les mots: savoir, pouvoir et faire.

Au regard de ces critères, les fournisseurs d'accès ne peuvent en principe voir leur responsabilité engagée. Tant la doctrine que les tribunaux, qui ont en définitive peu été confrontés à des actions dirigées contre des fournisseurs d'accès, semblent admettre que celui-ci ne peut être tenu responsable du contenu diffusé par des tiers, puisqu'il n'a pas la possibilité de contrôler ce contenu en raison de la masse d'informations à laquelle il permet l'accès. Qu'en est-il cependant lorsque le fournisseur d'accès sait que le contenu auquel il permet l'accès est illicite (ce qui suppose que la question du degré de connaissance ait été tranchée)? Il faudra alors répondre à la question de savoir s'il peut prendre des mesures pour empêcher l'accès à ce contenu, mesures qui devront être proportionnées. S'il existe de telles mesures, alors rien ne devrait selon nous empêcher de reconnaître une éventuelle responsabilité du fournisseur d'accès lorsqu'il n'a pas agi.

Il est intéressant de signaler que certains fournisseurs d'accès se réunissent sur le plan national en organisations, au sein desquelles ils se soumettent volontairement à un code de conduite. Dans ces codes, les fournisseurs rappellent généralement leur impossibilité de contrôler l'ensemble des informations auxquelles ils permettent l'accès, mais s'engagent néanmoins pour la plupart à identifier leurs cocontractants, à mettre à disposition une adresse électronique permettant aux internautes de dénoncer les sites illégaux, et à prendre les mesures nécessaires s'ils sont avertis du contenu illicite d'un site, selon des procédures plus ou moins définies.<sup>143</sup>

---

143 Voir notamment pour l'Allemagne: <http://www.fsm.de>; pour l'Autriche: <http://www.ispa.at/Richtlinie/Richtlinie.htm>; pour la France, <http://www.afa-France.com/html/action/usages.htm>, qui prévoit notamment: «Les membres de l'AFA ont la possibilité de détecter d'éventuels contenus manifestement illégaux. A ce jour, trois moyens principaux sont utilisables: (1) critiques provenant des utilisateurs; (2) surveillance des pages les plus consultées (et des sites directement reliés); (3) détection automatique des mots suspects (utilisation de logiciels dits crawlers).» Dans son code de conduite, l'organisation belge prévoit ce qui suit à la clause 3 (<http://www.ispa.be/fr/c040201.html>): «Les ISP veilleront particulièrement à combattre la présence sur Internet de matériel illégal ou douteux. Ils apporteront une attention particulière à l'utilisation légale de l'Internet. Les ISP n'ont pas la capacité de contrôler tout ce qui se passe sur Internet. Leur tâche ne consiste pas non plus à réglementer la façon dont leurs clients ou des tiers utilisent ou instaurent les prestations Internet. Cependant ils assisteront sans délais les autorités dans toute la mesure du possible et en fonction des moyens dont ils disposent.

1. Les ISP s'engagent à identifier leurs clients.

On considère bien souvent de manière trop réductrice que les fournisseurs d'hébergement risquent beaucoup plus de voir leur responsabilité engagée que les fournisseurs d'accès. En réalité, leur responsabilité étant régie par les mêmes critères que pour les fournisseurs d'accès, la réponse est identique. De deux choses l'une, soit le fournisseur d'hébergement aurait pu d'une manière ou d'une autre exercer un contrôle sur les informations diffusées, soit il ne le pouvait pas. Ce n'est que dans la première hypothèse que sa responsabilité peut être engagée. S'il ne fait aucun doute que l'hébergeur se doit de réagir lorsqu'une autorité judiciaire lui en donne l'ordre, il ne peut non plus ignorer l'avis qui lui est donné par un tiers. La question de savoir s'il doit intervenir sur la base de n'importe quel avis qui lui est donné prête toutefois à discussion. A notre avis, tel ne devrait pas être le cas; faut-il toutefois laisser le fournisseur décider lui-même de l'opportunité de son intervention, au risque pour lui d'avoir à subir les conséquences d'une intervention ou passivité fautives? Seuls les Etats-Unis ont prévu dans le Digital Millenium Copyright Act une procédure formelle de notification, qui énonce les conditions devant être réalisées pour que le fournisseur doive intervenir. Ce choix est opportun et constitue à notre avis la seule manière d'éviter les aléas regrettables auxquels conduit l'absence de toute procédure. A l'évidence, le seul fait de déclarer comme le font les législations européennes étudiées que le fournisseur a un devoir d'intervention dès qu'il a «connaissance» du contenu du site est insuffisant et source d'insécurité. En l'état, seules des clauses contractuelles rigoureuses définissant tout d'abord les conditions devant être remplies pour que le fournisseur soit réputé avoir connaissance du contenu du site dénoncé, puis la procédure à suivre, qui devra autant que possible laisser à l'autorité judiciaire le soin de déterminer si le contenu du site dénoncé est licite ou non, est garante d'une sécurité juridique suffisante.

- 
2. *Les ISP ajouteront à leurs conditions générales une rubrique «Bonne utilisation». Elle comportera une mention de la conduite correcte sur Internet. Cette mention de «bonne utilisation» donnera à l'ISP la possibilité de prendre toute mesure utile (p. ex. l'interruption du service). Les ISP mettront aussi à la disposition de leurs clients une adresse E-mail destinée à recevoir les réclamations concernant les pratiques illégales sur le réseau.*
  3. *La police judiciaire prévoit un point de contact (1) afin de recevoir toute plainte concernant une activité illégale ou en contravention avec les bonnes mœurs [suit une liste non limitative, tels pédophilie, racisme . . .].*
  4. *Dénoncer aux autorités les agissements délictueux éventuels ou en contradiction avec le droit ou les bonnes mœurs.*
  5. *L'ISPA et l'ISP veilleront particulièrement à porter à la connaissance du public l'existence de ce point de contact, notamment en renseignant son adresse de site web sur ses sites et dans ses conditions contractuelles.*
  6. *Les communications entre le point de contact et l'ISP feront l'objet d'une note séparée qui sera élaborée entre les parties.*
  7. *Les membres suivent les injonctions de la police judiciaire.»*

La question de savoir si le fournisseur peut ensuite intervenir est beaucoup plus technique que juridique. Relevant des compétences de l'expert à l'exclusion du juriste, nous nous garderons de nous aventurer sur ce terrain. Signalons simplement que l'expert aura pour mission de définir les mesures raisonnables et proportionnées aux circonstances susceptibles d'être prises par le fournisseur: blocage du site dénoncé, filtrage par un moteur de recherche ou tout autre moyen technique . . .

En l'état, la Suisse n'a pas édicté de dispositions spécifiques concernant la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement. Certes, la responsabilité des fournisseurs de services est un sujet empreint de considérations politico-économiques; certes encore, l'application des dispositions de droit commun suffisent a priori à régler de manière satisfaisante les problèmes suscités par l'intervention des intermédiaires. Toutefois, s'il est faux de dire qu'Internet va révolutionner l'application du droit, il est tout aussi erroné et illusoire de soutenir que tous les problèmes peuvent être réglés par les normes existantes. Comme le disait Louis Armand de manière il est vrai caricaturale, «ce n'est pas la technique qui représente le vrai danger pour la civilisation, c'est l'inertie des structures». Nous espérons avoir démontré par la présente contribution que la complexité juridique des questions posées par la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement ne recommande pas une telle inertie et justifie l'intervention du législateur.

