

L'ASBL



**DROIT
&
NOUVELLES
TECHNOLOGIES**

<http://www.droit-technologie.org>

présente :

**Commerce électronique et responsabilité des acteurs
de l'internet en Europe**

Cyril Rojinsky

Avocat à la Cour, Freshfields – Paris

CROJINSKY@freshfields.com

10/07/2000

1 - Internet est non seulement un espace juridique - chose connue, rappelée sans cesse, et d'ailleurs déjà plusieurs fois vécue par les acteurs du réseau - mais il est aussi un espace de régulation. Voici ce que l'exécutif de Bruxelles démontre chaque jour par ses nombreuses initiatives dans ce domaine. Qui pourrait prétendre, en effet, que le « *réseau des réseaux* » ne peut donner prise à l'intervention des Etats ? Les meilleurs spécialistes du commerce électronique soulignent eux-mêmes la nouvelle prééminence de la puissance publique dans un environnement qui pourrait pourtant lui paraître hostile¹. Ni territoire, ni frontière, mais chaque fois des critères de rattachement qui permettent à tel ou tel ordre juridique d'affirmer sa pleine compétence. Telle est la première leçon d'Internet. La Commission, donc, ne s'y est pas trompée. Depuis maintenant plus de trois ans, elle développe une activité intense en relation avec le réseau. Protection du consommateur², des données personnelles³, du droit d'auteur⁴. Les textes, à l'état de projets ou déjà aboutis, abondent. Plus encore que dans d'autres domaines, le droit de la société de l'information se construit à Bruxelles.

2 - Mais l'un des actes majeurs de l'exécutif européen, celui dont il est question depuis près de deux ans, est bien cette directive tout juste adoptée, « *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique* »⁵. Acte majeur, car ce texte a vocation à constituer un socle commun de règles pour l'ensemble des acteurs du réseau en Europe. Par un fâcheux abus de langage, dont nous tenterons plus loin d'identifier certains risques, il aurait donc pour seul objet le commerce électronique. Mais en son sein prennent pourtant place des principes de première importance qui débordent très largement la problématique des échanges commerciaux en ligne. Il s'agit notamment de la responsabilité des « *prestataires intermédiaires* », ceux qui justement n'interviennent pas de manière directe dans les échanges. Ainsi en est-il, schématiquement, des prestataires d'accès et d'hébergement.

1 Cf. Carl Shapiro et Hal R. Varian, « *Information Rules – A strategic guide to the network economy* », Harvard Business School Press, 1999, p. 297 et s.

2 Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L 144 du 4 juin 1997, p. 29.

3 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 28 novembre 1995, p. 31 ; Directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, JOCE L 24 du 30 janvier 1998, p. 1.

4 Proposition modifiée de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE C 180 du 25 juin 1999.

5 Dans le cadre de cet article, nous prenons pour base le texte de la position commune arrêtée par le Conseil le 28 février 2000 (JOCE C 128 du 8 mai 2000) dont le texte est identique à celui de la directive définitive adoptée le 4 mai 2000, non encore publié au JOCE à l'heure où ces lignes sont écrites.

3 - La Commission relève que « *les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des Etats membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence* »⁶. Offrir enfin une (relative) sécurité juridique aux acteurs de l'Internet : tel est l'objectif. Dans le domaine de la responsabilité, les divergences de jurisprudences entre les Etats membres - mais aussi comme nous le verrons entre les juridictions françaises - ne peuvent en effet faire de doute. La stricte exégèse de la directive ne présente alors que peu d'intérêt, car ce serait en faire l'horizon indépassable de la réflexion dans ce domaine, ce qu'elle n'est pas. Nous souhaiterions au contraire nous intéresser - avant de traiter du régime de responsabilité des intermédiaires techniques (III) - au contexte de la directive (I), et à l'espace considérable qu'elle laisse ouvert pour la régulation de l'Internet dans chacun des Etats membres, et plus particulièrement en France (II). Ce faisant, nous verrons que ce texte, comme tant d'autres, vaut au moins autant pour ce qu'il dit que pour les points qu'il n'aborde pas.

I. LE DOUBLE JEU DE L'HARMONISATION

4 - Nous savons que l'harmonisation est une tentative de rapprochement des législations des Etats membres dans un but d'intérêt commun qui est de la compétence de l'Union. Mais en matière de responsabilité des acteurs de l'Internet, cette vision des choses, bien que toujours valable, serait pour le moins réductrice. En raison de la nature même des nouveaux réseaux de communication, le rapprochement dont il s'agit dépasse en effet le cadre européen (A). Par ailleurs, à s'en tenir au rapprochement des législations, on mettrait de côté l'articulation pourtant difficile entre certaines exigences du commerce électronique et le cadre général de la liberté d'expression (B).

A. L'harmonisation en Europe et au-delà

5 - Les dispositions de la directive commerce électronique relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques s'inspirent directement de la loi allemande relative aux « *Téléservices* »⁷, entrée en vigueur le 1^{er} août 1997. Le législateur allemand a en effet été le premier en Europe à s'intéresser à ces questions. L'originalité de la démarche, reprise par la Commission, se décompose en trois temps : l'identification aussi précise que possible de certaines fonctions d'intermédiaires techniques sur le réseau ; l'édiction d'un principe d'irresponsabilité de ces mêmes intermédiaires sauf dans certaines hypothèses précisément définies ; et enfin le renvoi aux règles du droit commun dans l'hypothèse où leur responsabilité serait engagée. Cette manière d'appréhender les problèmes n'allait pas de soi. Il aurait pu lui être préféré une responsabilité de principe associée à des exclusions de responsabilité. Ou encore la création d'un régime spécifique tel que nous pouvons en connaître dans certains domaines, tel que le droit de la presse. Bien au contraire, il n'y a pas ici de régime spécifique de responsabilité.

⁶ Directive sur le commerce électronique, considérant n° 40.

⁷ Cette loi, traduite en anglais, est accessible à partir de l'adresse <http://www.iid.de>

Comme le soulignent des auteurs : « *l'objectif du législateur allemand était de soumettre les acteurs de l'Internet au droit commun, civil, pénal, et administratif, tout en instaurant, sous certaines conditions, un régime allégé par l'utilisation d'un "filtre préalable" à son application* »⁸. Outre le retard pris par les autres Etats membres, et notamment la France dans ce domaine, la loi allemande de 1997 démontre donc que les futures règles de responsabilité sur Internet présentées par la directive restent dans l'orbite du droit commun.

6 – En prenant notamment cette loi pour base de réflexion, il était alors nécessaire d'éviter les distorsions de concurrence en adoptant un cadre commun de responsabilité des intermédiaires techniques en Europe. Mais ce besoin s'est fait encore plus prégnant avec le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) américain du 28 octobre 1998. Ayant principalement pour objet la transposition du traité sur le droit d'auteur adopté dans le cadre de l'OMPI en 1996, cette loi comporte une section spécifique relative aux limitations de responsabilité dont bénéficient les intermédiaires présents sur les réseaux. Le débat entre les Etats membres s'est donc en quelque sorte dédoublé par un dialogue dépassant les frontières de l'Union. La proposition de directive fut d'ailleurs postérieure à l'adoption du DMCA⁹. Il n'est donc pas surprenant de retrouver « *dans le projet de directive la distinction opérée par la loi américaine en fonction de l'activité exercée par le prestataire technique : les limitations de responsabilité ne sont pas fondées sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercée* »¹⁰ (transport, cache, et hébergement). Nous sommes ainsi en présence de deux textes dont la logique est similaire, mais dont les champs d'application sont nettement distincts. Le DMCA ne s'intéresse qu'au droit d'auteur, tout en envisageant des activités essentielles au regard du fonctionnement d'Internet, tels que les hyperliens et les moteurs de recherche ; tandis que la directive européenne a une approche plus restrictive en termes d'activités en ligne, mais juridiquement plus large, en ce qu'elle s'applique à tout type de responsabilité. Telle est d'ailleurs la seconde question posée par cette directive : l'impact d'un texte relatif au commerce électronique sur les principes applicables en matière de liberté d'expression.

B. La délicate harmonisation des concepts

7 - Pour traiter de la responsabilité des intermédiaires techniques, la directive sur le commerce électronique fait référence aux « *services de la société de l'information* »¹¹.

⁸ Perrine de Coëtlogon et Philippe Koch, « *Le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement sur Internet en droit allemand* », Légipresse, décembre 1999, 167-II-155.

⁹ Sa première version date du 23 décembre 1998, et fut publiée au JOCE du 5 février 1999.

¹⁰ Valérie Sédallian, « *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique* », Cahiers Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux, n°110, janvier 1999.

¹¹ Cf. Art. 1^{er} de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles

A ce titre, elle souligne que ces derniers « *ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales* »¹². Fournir gratuitement des informations en ligne : n'est-ce pas là un « *service* » qui va bien au-delà du commerce électronique au sens strict ? La directive dépasse manifestement le seul cadre des ventes ou des prestations de services, et c'est en réalité tout le champ de la communication qui est ainsi visé.

8 - Cette approche globale n'est pas sans conséquences, car elle a ainsi un impact considérable sur la liberté d'expression. La directive demande en effet aux Etats membres de veiller à ce que tout « *prestataire* », c'est-à-dire toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information, rende possible « *un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service* » à des informations permettant de l'identifier¹³. Il s'agit notamment de son nom, de l'adresse où il est établi, et de ses coordonnées. Du fait de l'acception extrêmement large donnée à la notion de « *service de la société de l'information* », cette obligation d'identification s'accommode mal - comme nous le verrons au titre de la question de l'anonymat (§ III. A) - avec le cadre général des libertés. C'est donc d'une toute autre forme d'harmonisation qu'il s'agit ici : celle du droit commercial avec le droit de la communication. Prise à la lettre, la directive semble en effet envisager l'ensemble des contenus présents sur Internet à l'aune des seules règles de la communication commerciale. Ceci ne manquera pas de poser des difficultés aux législateurs nationaux, et ce d'autant plus, en France notamment, que la qualification juridique des services en ligne n'a pas encore été réellement débattue.

II. LA NECESSAIRE QUALIFICATION JURIDIQUE DES SERVICES EN LIGNE

9 - La directive sur le commerce électronique ne se prononce bien évidemment pas sur la qualification des services de la société de l'information au regard de tel ou tel ordre juridique interne. En raison des enjeux, il s'agit néanmoins de l'un des points de passage obligés pour traiter de la responsabilité des acteurs du réseau (A). A ce titre, le droit français offre de nombreuses perspectives, au prix d'un retour aux sources de la régulation de l'audiovisuel (B).

A. Les enjeux de la qualification

10 - Le premier enjeu de la qualification juridique des services en ligne est celui de la régulation d'Internet. En France, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) estime disposer de la légitimité suffisante pour intervenir dans ce domaine, ne serait-ce que

relatives aux services de la société de l'information, JOCE L 204 du 21 juillet 1998, p. 37 (directive modifiée par la directive 98/48/CE, JOCE L 217 du 5 août 1998, p.18).

12 Directive sur le commerce électronique, considérant n° 18.

13 Directive sur le commerce électronique, art. 5.

sous la forme d'une compétence partielle attachée aux services de radio et de télévision en ligne¹⁴. Ce faisant, le Conseil prend appui sur la notion de « *convergence* », qui est elle-même d'inspiration communautaire¹⁵. Il en ressort que la régulation des nouveaux moyens de communication, et notamment des réseaux, doit être fonction de chacun des services en cause, et non des supports qu'ils empruntent¹⁶. La convergence justifierait donc, au moins partiellement, le rôle du CSA à l'égard de certaines catégories de services. Nous verrons que cette voie n'est pas, ici, pleinement satisfaisante.

11 - Le second enjeu a trait plus directement aux régimes de responsabilité en vigueur sur Internet. Tel est prioritairement le cas des délits de presse. Ces derniers font en effet appel à une « *cascade* » de responsabilités qui est envisagée différemment pour l'audiovisuel¹⁷ et pour les autres supports¹⁸. Se pose alors une nouvelle fois la question de la nature juridique des contenus mis en ligne sur Internet, et plus précisément sur le Web. A ce sujet, la jurisprudence française a pu, jusqu'à présent, donner l'impression d'un ensemble hétérogène. Un Tribunal de grande instance, par une formule pour le moins ambiguë, a ainsi qualifié le réseau dans son entier de « *service de communication audiovisuelle* »¹⁹. Plus récemment, un Tribunal d'instance est venu énoncer qu'un site Web constitué d'un guide de la presse informatique pouvait être qualifié de « *publication de presse* » au sens de la loi du 1^{er} août 1986²⁰. Enfin, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) s'est reconnue compétente - compétence d'ailleurs confirmée par la Cour de Paris - s'agissant des systèmes d'accès à Internet, qualifiés à cette occasion de « *services de télécommunications* »²¹.

12 - Il est donc aujourd'hui difficile de définir les services en ligne de manière stable. Or, s'en remettre systématiquement à la nature du service ne suffit pas toujours. Ainsi,

14 Voir notamment : « *La régulation des services audiovisuels sur Internet : enjeux et problématique* », La lettre du CSA, n° 114, mars 1999.

15 « *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation* », COM (97) 623, 3 décembre 1997, consultable à l'adresse <http://www.ispo.cec.be/convergencegp>

16 Cf. Xavier Buffet Delmas et Cyril Rojinsky, « *Internet et l'apparition d'un droit de la convergence* », Les Echos, 13 octobre 1999.

17 Loi du 29 juillet 1982, art. 93-2.

18 Loi du 29 juillet 1881, art. 42.

19 TGI Privas, 3 septembre 1997, Expertises, mars 1998, p. 79. Il faut souligner que cette décision masquait par ailleurs les différentes dimensions d'Internet, dont la fonction initiale est la messagerie électronique, dont le régime relève de la correspondance privée.

20 TI Paris 11^{ème} arr., 3 août 1999, Expertises, décembre 1999, p. 399 ; Légipresse, janv.-fév. 2000, 168-III-22.

21 Paris, 28 avril 1998, Expertises, octobre 1998, p. 311.

en matière de droit de réponse, quelles sont les règles applicables ? Faut-il s'en tenir aux dispositions de la loi de 1881 - pour lesquelles il suffit d'être nommé ou désigné dans un « *journal ou écrit périodique* » pour avoir droit à l'insertion d'une réponse²² - ou est-il nécessaire de respecter les conditions nettement plus contraignantes de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle²³, sachant que ces dernières se rapprochent de celles requises en matière de diffamation ? A cette question, et à d'autres de même nature, deux réponses sont possibles, sachant que raisonner par analogie et au cas par cas ne serait pas juridiquement satisfaisant, et n'apporterait pas la sécurité requise par les acteurs du domaine²⁴. Il est tout d'abord envisageable de gommer les spécificités des différents régimes. Ainsi, une proposition de loi belge a été déposée en vue de l'unification du régime du droit de réponse dans les différents médias, et notamment sur Internet²⁵. La seconde réponse possible est de considérer les réseaux comme constituant un mode spécifique de communication, ce qui n'a d'ailleurs nullement pour conséquence la création d'un droit entièrement spécifique à Internet. Il s'agirait alors seulement de considérer Internet comme l'a été en son temps la communication audiovisuelle : un nouveau média à part entière²⁶.

B. Les axes de qualification en droit français

13 - Ce n'est pas la première fois qu'Internet nous incite à réévaluer des choix parfois anciens, à reposer les problématiques qui sous-tendent des solutions dont nous avons parfois oublié les fondements²⁷. Ce retour aux sources, le réseau nous y contraint plus particulièrement lorsqu'il s'agit de qualifier les contenus qu'il propose aux utilisateurs. Services en lignes, interactifs, multimédia, peu importent les termes. La question est la suivante : peuvent-ils, en tout ou en partie, être assimilés à de la communication

22 Loi du 29 juillet 1881, art. 13.

23 Loi du 29 juillet 1982, art. 6 : « *Toute personne physique ou morale dispose d'un droit de réponse dans le cas où des imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation auraient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle* ».

24 Cf. Michel Vivant, « *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet* », JCP 1999, éd. G, I, 180 : « *Ce n'est pas la ressemblance qui importe. Importe ce qui peut légitimement fonder une responsabilité* ».

25 Proposition de loi relative au droit de réponse et au droit d'information et modifiant l'article 587 du Code judiciaire, déposée le 17 décembre 1999 à la Chambre des représentants de Belgique, dont le texte est téléchargeable à l'adresse <http://www.lachambre.be/documents/325/1.pdf>

26 Rappelons que la loi du 29 juillet 1982 avait notamment pour objet d'adapter à la communication audiovisuelle les règles applicables en matière de délits de presse, à savoir la désignation du directeur de la publication, la responsabilité en cascade, et le droit de réponse.

27 Ainsi notamment en matière de droit d'auteur et de création salariée, cf. Xavier Buffet Delmas et Cyril Rojinsky, « *Droits d'auteur des journalistes sur Internet : bilan et perspectives* », Expertises, mars 2000, p. 57.

audiovisuelle ? Or, peu importe ici la nature du service. Car la justification du régime de l'audiovisuel - et notamment de sa régulation par une autorité administrative indépendante - n'est pas liée aux contenus à proprement parler, qu'ils soient radiophoniques ou télévisuels. La régulation de l'audiovisuel découle en réalité d'un contexte technologique et économique particulier. Le Conseil constitutionnel l'a clairement souligné en énonçant, à l'occasion de la loi de 1982, qu'il « *appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle, et d'autre part les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte* »²⁸.

14 - Deux critères se dégagent de cette décision, et justifient la régulation spécifique de l'audiovisuel. En premier lieu, « *l'état actuel des techniques et de leur maîtrise* » renvoie à la notion de ressource rare. La rareté des fréquences, car c'est d'elles qu'il s'agit, rend nécessaire la mise en place d'un cadre juridique particulier, notamment par l'octroi d'autorisations. L'utilisation des fréquences est d'ailleurs qualifiée par la loi de 1986 de « *mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat* »²⁹. Rien de tel, bien évidemment, s'agissant d'Internet. En second lieu, la décision du Conseil constitutionnel fait référence à la nécessaire « *préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte* ». Ici encore, on serait bien en peine de trouver dans la nature même du « *réseau des réseaux* » un obstacle au pluralisme. S'il s'avérait que de tels obstacles se font jour, le moyen le plus efficace d'y remédier serait d'ailleurs le droit de la concurrence, comme on l'a vu dans la fameuse affaire Microsoft.

15 - Il apparaît donc bien que « *la régulation de l'audiovisuel s'appuie sur des fondements manifestement inadaptés à la communication sur réseau* »³⁰. Ainsi, la définition donnée par la loi française à la communication audiovisuelle apparaît actuellement trop extensive, en ce qu'elle vise « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* »³¹. Sur la base de cette définition, une partie de la doctrine considère que les contenus de toute nature présents sur Internet sont des

28 Décision 82-141 DC du 27 juillet 1982 ; Recueil, p. 48 ; JO du 30 juillet 1987, p. 2431.

29 Loi modifiée du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 22, al. 1.

30 Philippe Chantepie et Cyril Rojinsky, « *Le Net, nouvelle frontière des libertés, défi de la régulation* », La Tribune, 1^{er} juillet 1999.

31 Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 2, al. 2.

« *contenus de communication audiovisuelle* »³². A suivre ce raisonnement, un contenu qui ne relève pas de la correspondance privée devrait donc être qualifié d'audiovisuel en raison de la seule présence d'un « *procédé de télécommunication* ». Ce faisant, les fondements spécifiques de la régulation de l'audiovisuel, rappelés ci-dessus, sont manifestement oubliés. Il est donc souhaitable que l'audiovisuel et les services en lignes soient dissociés, tout en étant placés sous un principe commun, qui est celui de la liberté de communication. Un premier pas a déjà été fait dans ce sens avec la suppression par l'Assemblée nationale de la déclaration préalable des « *services de communication audiovisuelle* » auprès du procureur de la République, déclaration qui s'appliquait initialement aux services télématiques, et dont la doctrine estimait qu'elle devait inclure les sites Web³³. Au-delà ou en deçà de la directive sur le commerce électronique, il reste donc à opérer un travail de qualification, qui est de la seule compétence des législateurs nationaux.

III. LES REGIMES DE RESPONSABILITE

16 - L'affaire, désormais bien connue, est la suivante : un célèbre mannequin français constate que des photographies la représentant nue, prises plusieurs années auparavant dans le cadre de sa vie privée, sont mises en ligne sur Internet, au sein de pages personnelles dont l'auteur reste inconnu. Ce dernier apparaît sous le pseudonyme de « *Silversurfer* ». Le prestataire d'hébergement des pages en question est, quant à lui, parfaitement identifié. Même si nul ne conteste qu'il n'est pas l'auteur de ce contenu, dont il n'a d'ailleurs matériellement pu prendre connaissance avant sa mise en ligne, il est l'objet d'une action en responsabilité civile de la part du mannequin. Précisons que, dès qu'il a été destinataire de l'assignation, l'hébergeur a de lui-même supprimé l'accès aux pages litigieuses. Mais le voici pourtant condamné en référé 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 héberge* », sous astreinte de 100 000 francs par jour³⁴. En appel, la Cour de Paris réforme cette ordonnance, et le condamne notamment à payer au mannequin représenté sur les photographies « *la somme provisionnelle de 300 000 francs à valoir sur la réparation de son préjudice* »³⁵. Il semble bien que, sur la base des principes posés par la directive commerce électronique, le prestataire aurait pu

32 Eric Barbry et Frédérique Olivier, note sous Paris, 10 février 1999, JCP 1999, éd. G, II, 10101.

33 Cf. notamment Alain Bensoussan, « *Internet, aspects juridiques* », Hermès, 1996, p. 26 : « *On peut considérer qu'un service en ligne a le caractère d'un service de communication audiovisuelle lorsqu'il permet la diffusion de messages à destination du public en général, sans que le contenu du message soit fonction du destinataire. La création d'un service de communication audiovisuelle entraîne l'obligation pour le fournisseur de services de faire une déclaration préalable auprès du procureur de la République du domicile ou du siège social du déclarant* ».

34 TGI Paris, ord. réf., 9 juin 1998, Expertises, octobre 1998, p. 319.

35 CA Paris, 10 février 1999, D. 1999, jur., 389, note Nathalie Mallet-Poujol ; JCP 1999, éd. G, II, 10101, note Eric Barbry et Frédérique Olivier ; Gaz. Pal., 5-6 avril 2000, jur., p. 19, note Christophe Caron.

échapper à de telles condamnations³⁶. Mais au-delà de cette affaire emblématique, qui a légitimement retenu l'attention de la presse, deux questions restent ouvertes, et ne sont pas réglées par la directive : celle de l'anonymat (A), et celle relative à la notion de contenu illicite (B).

A. La question de l'anonymat

17 - Il existe une contradiction manifeste dans l'appréhension d'Internet par le grand public, et parfois même chez les praticiens : dans un sens, la crainte légitime de voir le réseau utilisé à des fins de traçage et de surveillance des individus, et dans un autre le sentiment que ce même réseau pourrait offrir une relative impunité à toutes sortes de délinquants. Transparence oublieuse des libertés individuelles et de la vie privée, ou nouvelle école du crime ? « *Les gens pensent qu'on peut faire ce qu'on veut sur l'Internet et rester anonyme. C'est absolument faux. On laisse toujours des traces qui permettent aux enquêteurs de remonter jusqu'au fournisseur d'accès ou jusqu'au coupable. Je n'ai jamais mené des enquêtes aussi faciles qu'aujourd'hui* ». Voici l'opinion exprimée récemment par le chef du « *Secteur du crime sur l'Internet* » de São Paulo³⁷. Bien entendu, il faut mettre cette déclaration en perspective³⁸. Elle a trait, tout d'abord, aux infractions pénales, et donc aux enquêtes préliminaires ou aux mesures d'instruction dont elles peuvent faire l'objet. Dans de telles hypothèses, effectivement, des services spécialisés disposent de la compétence et des moyens nécessaires pour retrouver de nombreux auteurs d'infractions en ligne³⁹. Ces services ont notamment fait, en France, la preuve de leur efficacité en identifiant des pirates informatiques⁴⁰, ou

36 L'article 14 de la directive prévoit en effet que « *les Etats membres veillent à ce que, 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 services à condition que :*

a) *le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages-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. »*

37 Laurent Mauriac, « *Mauro Silva, le Shérif du Web brésilien* », Libération, 24 avril 2000.

38 Se pose par ailleurs la question de la loi applicable, sujet qui n'est pas abordé par la directive sur le commerce électronique, et qui pose un grand nombre de difficultés, notamment techniques, mises en lumière par l'affaire Licra et a. c/ Yahoo France et Yahoo Inc. (TGI Paris, ord. réf., 22 mai 2000).

39 Il s'agit, en France, de la Brigade centrale de répression de la criminalité informatique (BCRCI), qui dépend de la Direction centrale de la police judiciaire ; et du Service d'enquête sur les fraudes aux technologies de l'information (SEFTI), qui relève pour sa part de la Préfecture de Police de Paris.

40 Cf. notamment TGI Paris, 16 décembre 1997, Gaz. Pal., somm. annot., 29-30 juillet 1998, p. 34, obs. Cyril Rojinsky.

encore l'auteur d'une menace de mort qui avait été adressée au député-maire André Santini par le biais d'un message électronique anonyme⁴¹. Certains délinquants informatiques resteront bien entendu hors de portée de la police, et donc de la justice, mais n'est-ce pas là une limite inhérente à toute politique pénale ?

18 - En matière civile, les problématiques sont quelque peu différentes. On l'a bien vu avec une récente affaire dans laquelle, une nouvelle fois, les photographies d'un mannequin dénudé avaient été mises en ligne sur le réseau sans son consentement⁴². Ici encore, l'assignation a été dirigée en direction des seuls prestataires techniques, et notamment du prestataire d'hébergement. A ce dernier, qui sollicitait un sursis à statuer lui permettant d'identifier l'auteur du site litigieux, le tribunal a répondu que « *l'appréciation de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement est indépendante de la présence au procès de l'éditeur du site* ». Peu importe donc que ce dernier soit, ou non, identifié. Il est pourtant permis de douter de cette affirmation. Ainsi, dans une affaire moins médiatisée où l'auteur des pages litigieuses était connu, un autre tribunal a pu juger « *qu'aucune disposition n'impose à l'hébergeur de vérifier le contenu des informations dont il permet la circulation* »⁴³. Mêmes faits, à la différence près que l'auteur des pages est, dans le premier cas, anonyme, et dans le second, connu. Après avoir constaté que l'hébergeur avait « *agi promptement en fermant le site* », ce même tribunal l'a mis entièrement hors de cause. Il semble donc bien que l'anonymat soit l'un des facteurs déclenchant de la responsabilité des prestataires d'hébergement. Rien d'étonnant à cela. Comme le relève un auteur, l'hébergeur n'est ici responsable que « *subsidièrement* ». La fourniture par ce dernier de moyens techniques « *sert, en quelque sorte, de prétexte pour désigner un responsable a priori solvable et aisément déterminable...* »⁴⁴. Or, s'il n'est pas un droit en tant que tel, l'anonymat est une garantie essentielle dans la société de l'information, et devra être préservé, tout au moins sous la forme du pseudonyme⁴⁵.

41 TGI Nanterre, 28 avril 1998, Gaz. Pal., somm. annot., 18-20 avril 1999, obs. Myriam Manseur-Rivet.

42 TGI Nanterre, 8 décembre 1999, Gaz. Pal., jur., 11-12 février 2000, p. 2, note Hubert Bitan ; Légipresse, mars 2000, 169-III-40, note Basile Ader ; JCP 2000, éd. G, II, 10279, note Eric Barbry et Frédérique Olivier ; Expertises, avril 2000, p. 114 ; Comm. – Comm. Elect., mars 2000, p. 29, note Agathe Lepage ; JCP 2000, éd. E, jur., p. 657, note Marie-Anne Gallot-Le Lorier et Vincent Varet. Décision réformée en appel par un arrêt de la Cour de Versailles en date du 8 juin 2000.

43 T. Com. Paris, 7 mai 1999, disponible à l'adresse <http://www.legalis.net/jnet>

44 Note Christophe Caron sous CA Paris, 10 février 1999, Gaz. Pal., 5-6 avril 2000, jur., p. 19, qui fait par ailleurs référence à la théorie du risque-profit développée par Saleilles et Josserand à la fin du dix-neuvième siècle, théorie qui constituerait ici le fondement doctrinal de la condamnation de l'hébergeur, l'article 1383 du Code civil étant son fondement textuel, c'est-à-dire la faute quasi-délictuelle.

45 Voir notamment François Themens, « *Internet et la responsabilité civile* », Les éditions Yvon Blais Inc. (Québec), 1998, p. 77 : « *Ne conviendrait-il pas plutôt d'abolir tout simplement les serveurs anonymes en raison des torts qu'ils peuvent causer ? Rien n'est moins sûr. D'ailleurs, il ne faut pas croire que l'anonymat dans les*

19 - Cette question est manifestement au cœur de la responsabilité des acteurs de l'Internet, ce qui permet d'expliquer l'amendement gouvernemental adopté par l'Assemblée nationale le 22 mars 2000 en matière d'identification des éditeurs de « *services en ligne* ». L'objectif de ce texte est de contraindre les auteurs de contenus (curieusement qualifiés d'éditeurs) à s'identifier aux yeux des utilisateurs du réseau, soit directement en ligne, soit de manière indirecte en fournissant ces éléments d'identification à leur prestataire d'hébergement. Le non-respect de ces dispositions donnerait lieu à des sanctions pénales⁴⁶. Au-delà de leur impact possible sur la liberté d'expression, dans des environnements tel que l'entreprise, ces dispositions sont-elles nécessaires ? Il est permis d'en douter car, même en matière civile, des mesures d'instruction sont susceptibles d'être menées avant tout procès, en référé ou sur requête⁴⁷. Ces mesures peuvent permettre, dans un grand nombre d'hypothèses, d'identifier l'auteur véritable du contenu en cause. Mais surtout, cette identification se fait alors sous le contrôle du juge, seul gardien des libertés.

B. La notion de contenu illicite et le rôle du juge

20 - La justice doit rester au cœur du dispositif. Or, il n'est pas certain que la directive européenne sur le commerce électronique apporte cette garantie. Rappelons que le texte prévoit que la prestataire d'hébergement doit agir « *promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible* », dès qu'il a connaissance « *de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente* »⁴⁸. Fait exceptionnel : une atteinte à la liberté d'expression – la suppression d'un contenu – est donc imposée par un texte communautaire, sans intervention préalable du juge, dans des hypothèses multiples où un simple prestataire technique est en quelque sorte requis d'apprécier lui-même le caractère licite ou non des contenus dont il assure le stockage et la mise en ligne. Car, par la généralité des termes employés, cette obligation ne jouera pas seulement dans les cas limites de contenus manifestement illicites, dont le champ est d'ailleurs on ne peut plus flou. On pense ici à des images représentant des activités pédophiles, ou encore à des propos prônant ouvertement la haine raciale. A cet égard, une première position pourrait être de défendre l'idée selon laquelle un contenu, même apparemment illicite, doit donner lieu à un débat contradictoire devant une juridiction compétente, et que ce serait là sortir un peu vite Internet du droit commun de la liberté d'expression. Une autre réponse, plus pragmatique, peut être de rappeler – chose pourtant évidente – que l'illicite ne s'évalue pas dans l'absolu, mais sur la base d'éléments de preuve qui doivent, ici encore, faire l'objet d'un débat contradictoire. Ainsi en est-il de la propriété intellectuelle. Une personne se plaint de la reproduction de sa marque sans son autorisation ? Fort bien.

communications électroniques n'a que des effets néfastes. En fait, plusieurs facteurs militent en faveur de la conservation de cette faculté dans les réseaux décentralisés. En effet, il existe des situations dans lesquelles les utilisateurs ont des raisons légitimes de vouloir dissimuler leur identité lors de leurs communications ».

⁴⁶ En troisième lecture, le 15 juin 2000, l'Assemblée a supprimé ces sanctions.

⁴⁷ Nouveau Code de procédure civile, art. 145.

⁴⁸ Directive sur le commerce électronique, art. 14 précité.

Qu'elle prouve alors qu'elle en détient les droits. Et surtout qu'il soit possible de lui répondre en invoquant l'ensemble des défenses envisageables en la matière, qui peuvent aller du principe de spécialité au défaut de caractère distinctif, du défaut de renouvellement à la forclusion par tolérance. La difficulté est encore plus éclatante en matière de droit d'auteur. Un prestataire technique est-il en mesure de juger de la titularité des droits invoqués, de leur antériorité, ou mieux encore de l'originalité de l'élément en cause ? Manifestement non.

21 – Dans son texte, la Commission européenne a par ailleurs omis un élément essentiel : comment éviter les démarches abusives auprès des prestataires techniques ? Les Américains ont su, quant à eux, anticiper cette question dans le DMCA mentionné plus haut, en prévoyant la condamnation de l'auteur d'une notification abusive à des « *punitive damages* ». Cette notion est étrangère au droit français. Mais il serait possible de mettre en place un régime s'inspirant de celui de la dénonciation calomnieuse⁴⁹. Seules des sanctions pénales pourraient en effet avoir un effet réellement dissuasif à l'égard de ceux qui sont tentés de s'adresser à un hébergeur pour obtenir le retrait d'un contenu qui n'est pas à leur goût, mais dont ils seraient bien en peine de démontrer le caractère illicite face à un juge⁵⁰. Par ailleurs, aucune procédure de notification n'est prévue par la directive, contrairement au DMCA. On assiste pourtant à une dérive assez notable des juridictions françaises dans le maniement de la notion de contenu illicite. L'une des dernières décisions en date est même allée jusqu'à évoquer « *ces sites présumés illicites* » qui seraient « *aisément détectables par le moyen d'un moteur de recherche basé sur des mots-clés* »⁵¹. Outre les critiques techniques dont une telle appréciation peut faire l'objet⁵², il est pour le moins surprenant de prétendre qu'un contenu, ou un comportement, peut être « *préssumé illicite* » avant tout procès.

CONCLUSION

22 – Les objectifs de la directive seront-ils tenus ? La sécurité juridique des acteurs du commerce électronique sera t-elle assurée ? Sur cette question bien spécifique de leur responsabilité, et en particulier de celle des prestataires d'hébergement, il est tout d'abord possible de regretter - dans un domaine qui touche directement aux libertés fondamentales - que les critères posés par le texte de la directive tendent à diminuer le rôle du juge. Ceci étant dit, la directive est par ailleurs incomplète, en ce qu'elle

49 En l'état, l'article 226-10 du Code pénal apparaît relativement restrictif, et donc difficilement applicable à de telles hypothèses, s'agissant notamment du point de savoir si un prestataire d'hébergement peut, ou non, être qualifié d'« *autorité ayant le pouvoir* » de « *donner suite* » à une dénonciation, « *ou de saisir l'autorité compétente* ».

50 Cf. Rosa Julià-Barcelo, « *On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks* », [2000] E.I.P.R. Issue 3, 105, qui relève notamment que « *the lack of regulation of misrepresentation is likely to encourage parties to give notices and demand takedowns for improper purposes, such as to eliminate competition* ».

51 TGI Nanterre, 8 décembre 1999, précité.

52 Cf. Note Hubert Bitan précitée.

n'évoque pas certaines questions juridiques essentielles, telle que la responsabilité du fait des liens hypertextes, qui structurent pourtant l'ensemble du Web⁵³. Incomplète, aussi, car elle n'envisage pas les procédures de notification aux prestataires, ainsi que le sort qui devrait être réservé aux demandes abusives qu'ils reçoivent. Reste donc aux Etats à compléter et à préciser les principes posés, ce qui ne manquera pas de donner lieu à des distorsions entre les membres de l'Union, distorsions justement préjudiciables au commerce électronique. Si le droit de l'Internet se construit à Bruxelles, l'Internet ne s'intégrera donc pas de la même manière dans le droit de chacun des Etats membres.

⁵³ Cyril Rojinsky, « *Un clic de trop – Le droit menace t-il les hyperliens ?* », Expertises, janvier 2000, p. 430.