



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

présente :

**Responsabilité des intermédiaires: actualités
législatives et jurisprudentielles**

Alain Strowel

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'Université de Liège

Avocat au barreau de Bruxelles

alainstrowel@nautadutilh.com

Nicolas Ide

Avocat au barreau de Bruxelles

nicolaside@nautadutilh.com

10/10/2000

Plan

Chapitre Ier. Quelques préalables

§1er. Les différents services en ligne

- 1. Le Web**
- 2. Les babilleurs électroniques (ou Bulletin Board Systems - BBS)**
- 3. Le réseau Usenet**

§2. Typologie des acteurs en ligne

- 1. Un réseau de télécommunications**
- 2. Un réseau de câblo-distribution**

§3. Jalons pour un traitement juridique de la question

- 1. Doit-on appliquer à Internet une règle de responsabilité en cascade?**
- 2. Les droits en jeu face à la liberté d'expression**
- 3. Les approches horizontale et verticale de la responsabilité**

Chapitre II. Les dispositions légales en vigueur et en préparation

§1er. Précédents législatifs

- 1. La loi allemande de 1997 (approche horizontale)**
- 2. La législation américaine de 1998 (approche verticale - droit d'auteur)**
 - a) Objet des exonérations légales de responsabilité**
 - b) Conditions générales d'éligibilité**
 - c) Activités sujettes aux limitations de responsabilité: les quatre "safe harbours"**
 - c) Procédure de "notice and take down"**
 - d) Ordre de divulgation de l'identité de l'abonné**

§2. Les textes communautaires

- 1. Les exonérations de responsabilité dans la directive sur le commerce électronique**
 - a) Activités de "simple transport"**
 - b) Activité de "caching"**
 - c) Activité d'hébergement ("hosting")**
- 2. Les atteintes au droit d'auteur selon la proposition de directive droit d'auteur**

§3. Le projet de loi français

Chapitre III. L'état de la jurisprudence

§1^{er}. La responsabilité des fournisseurs d'accès

1. *Ministère public v. Mr Somm (Compuserve) (mai 1998 et déc. 1999)*
2. *B. Ezra v. AOL (mars 2000)*
3. *Groupe Revue Fiduciaire v. EDV & UUNet (oct.1999)*

§2. La responsabilité des fournisseurs d'hébergement

A. Service de BBS

1. *Sega v. Maphia (1994)*
2. *Playboy v. Frena (1993)*
3. *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co. (1995)*
4. *A. Lunney v. Prodigy Services Co. (déc. 1999)*

B. Usenet

1. *Religious Technology Center v. Netcom Inc. (1995 et 1997)*
2. *Laurence Godfrey v. Demon Internet (mars 1999 et avril 2000)*

C. Service Web

1. *Church of Spiritual Technology v. XS4all (1996 et juin 1999)*
2. *Estelle Hallyday c. Valentin Lacambre (1998 et février 1999)*
3. *Lacoste c. Multimania (déc. 1999)*
4. *Cyber press c. Skynet (mars 2000)*

D. En Belgique

* *

En 1999, l'affaire *Altern.org* (ou Estelle Hallyday; voir infra) avait, en France, donné lieu à un débat public relatif à la responsabilité des intermédiaires (hébergeurs) en ligne¹. Depuis l'année dernière, la jurisprudence française et étrangère s'est sensiblement étoffée, tout spécialement sur la question de la responsabilité en cas d'établissement d'hyperliens.

Après avoir fait le point, dans une perspective de droit comparé³, sur les développements jurisprudentiels et législatifs dans une première partie², nous aborderons la question spéciale des hyperliens dans une seconde partie.

¹Voir dans le journal *Le Monde* du 26 mars 1999 l'article titré "*La responsabilité des contenus publiés sur Internet crée un casse-tête juridique*".

²Voir la littérature déjà abondante en Europe sur ce sujet: C. BOURGEOS et A. LIVORY, *Éléments de réflexion sur la responsabilité du fournisseur d'hébergement, Droit de l'Informatique & des télécoms*, 1999/3, p. 116; N. BORTLOFF, *Die Verantwortlichkeit von online Diensten*, *GRUR Int.*, 1997-5, p. 387; P. DEPREZ et V. FAUCHOUX, *Lois, Contrats et Usages du Multimédia*, *Dixit*, 1997, p. 133 et s.; D. FESSLER, *Responsabilités en cascade ou la responsabilité aquilienne sur Internet*, in *Internet sous le regard du droit*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 67-111;

Position du problème

Alors que les médias traditionnels (presse écrite et communication audiovisuelle) nécessitent l'intervention de fournisseurs d'information professionnels, l'une des caractéristiques majeures d'Internet est de permettre à chaque personne connectée, donc à des particuliers, de se transformer en fournisseur potentiel de contenus³. Dans de nombreux cas,

M. HAFTKE, Net Liability: Is an Exemption from Liability for On-Line Service Providers Required?, *Ent.L.R.*, 1996, p. 47-49; R.L. HAILS, Liability of On-line Service Providers Resulting from Copyright Infringement Performed by their Subscribers, *E.I.P.R.*, 1996, p. 304-306; O. HANCE, Business et droit d'Internet, Best Of Publishing, 1996, p. 190-211; Th. HOEREN, Liability in the Internet and the new German multimedia law regulations, *A&M*, 1998.4, p. 309-318; P.B. HUGENHOLTZ, Het Internet: het auteursrecht voorbij?, in *Recht en Internet*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 223 et s.; R. JULIA-BARCELO, Liability For On-line Intermediaries: A European Perspective, *EIPR*, 1998, p. 453-463; R. JULIA-BARCELO, On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks, *EIPR*, 2000, p. 105-119 ; Q.R. KROES, Internet, aansprakelijkheid in het Amerikaanse recht, *Computerr.*, 1996, p. 5-9; H.W.K. KASPERSEN, Liability of providers of the electronic highway, texte distribué au meeting du LAB du 30 avril 1996; C. KÖHLER, Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the EU), paper submitted at the Seventh Annual Conference on International Intellectual Property Law and Policy, New York, avril 1999; K. KOELMAN et B. HUGENHOLTZ, Online Service Provider Liability for Copyright Infringement, Genève, étude pour l'OMPI, Workshop des 9 et 10 déc. 1999; A. LUCAS, Les questions épineuses: responsabilité, compétence, loi applicable, in M.-Chr. JANSSENS (ed.), *Intellectuele rechten in de informatiemaatschappij - Les droits intellectuels dans la société de l'information*, Bruylant, 1998, p. 249-254; E. MONTERO, Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexactes sur Internet, in E. MONTERO (ed.), *Internet face au droit*, Story-scientia, 1997, p. 111-137; du même, La responsabilité civile des médias, in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Larcier, 1998, p. 95-134; U. SIEBER, *Verantwortlichkeit im Internet*, Munich, C.H. Beck, 1999; du même, *Responsibility of Internet Providers – A Comparative Legal Study with Recommendations for Future Legal Policy*, Computer Law & Security Report, 1999, vol. 15, p. 291-310; A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia, Story-Scientia et Bruylant, 1997, p. 405-417; P. TRUDEL (sous la dir. de), *Droit du cyberspace*, éd. Thémis, 1997, chap. 5; M. VIVANT, La responsabilité des intermédiaires de l'Internet, *JCP*, éd. G 1999, I, p. 180 ; E. WERY, Internet hors-la-loi? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau, *J.T.*, 1997, p. 417-428.

³Pour la facilité de l'exposé, nous considérons comme synonymes les termes génériques "fournisseur d'information" et "fournisseur de contenu" qui renvoient au terme anglais souvent utilisé dans la pratique et la littérature: "content provider". La question des fournisseurs professionnels d'information a, quant à elle, été notamment analysée par: Fr. PROAL, La responsabilité du fournisseur d'information

celui qui place sans autorisation un contenu illicite sur Internet afin d'élargir sa distribution pourra être attaqué pour contrefaçon ou atteinte à d'autres droits subjectifs, tel que le droit à l'image ou le droit à l'honneur (voir infra sur les droits en jeu). Mais cette personne sera parfois difficile à identifier⁴; elle peut en outre être insolvable, ce qui diminue en conséquence l'intérêt qu'il y aurait de l'assigner en paiement de dommages-intérêts; enfin, vu le caractère par essence transnational d'Internet, cette personne, quand bien même serait-elle identifiable et solvable, sera souvent domiciliée à l'étranger, parfois dans des pays où le système judiciaire est largement déficient, ce qui peut constituer un frein supplémentaire à l'introduction d'une action en justice à son encontre. Autrement dit, dans une série d'hypothèses, le recours à l'encontre du fournisseur de contenu risque de ne pas aboutir aux résultats escomptés⁵.

Du point de vue des personnes subissant le dommage lié à une communication en ligne, il apparaît donc tentant et payant de mettre en cause un intermédiaire intervenant en aval dans la chaîne de communication⁶. Les juges pourraient eux-mêmes se laisser convaincre de porter avant tout remède aux victimes, selon une tendance déjà éprouvée en matière de responsabilité pénale, avec tous les risques et dérives qu'elle comporte. En matière civile, la probabilité est grande que, prenant acte de l'intérêt pour les personnes préjudiciées de trouver un (intermédiaire) responsable, les juges en viennent à se préoccuper moins de découvrir qui est fautif qu'à identifier un responsable au sens de personne qui doit répondre d'un fait déterminé⁷. Certains intermédiaires (plus exactement les fournisseurs d'hébergement; voir infra) risquent donc d'être désignés comme responsables, même en l'absence de faute dans leur chef. Le principe de la *culpa in causa* plaiderait en faveur d'un système de responsabilité basé sur le risque et, à l'inverse, la liberté d'information garantie par l'article 10 C.E.D.H. (voir infra pour une brève discussion de cette disposition) s'oppose à l'adoption d'un tel régime de responsabilité, puisqu'il inciterait les intermédiaires à prendre des mesures préventives qui pourraient "freiner" (avoir un "*chilling effect*" sur) la liberté d'expression. A notre sens, un

en réseau, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1997; pour l'exemple du fournisseur de bases de données en ligne, voir E. MONTERO, La responsabilité civile du fait des bases de données, Presses universitaires de Namur, 1998.

⁴Cela dit, Internet ne garantit pas l'anonymat absolu. La plupart du temps (sauf usage de logiciels "anonymisants"), il est possible de retrouver l'identité de la personne qui a pu être à l'origine d'un message illicite (soit en la contactant directement par le biais de l'adresse e-mail indiquée par exemple sur le site, soit par l'entremise du fournisseur d'accès qui peut être identifié en utilisant les bases de données en ligne du RIPE, l'organisme chargé d'attribuer les blocs d'adresses IP en Europe).

⁵Outre les trois obstacles récurrents précités, d'autres difficultés peuvent se présenter, par exemple l'impossibilité de prouver les actes illicites commis par ces fournisseurs.

⁶On considère ici comme synonymes les termes "intermédiaire", "fournisseur de service" et "ISP" (abréviation du mot *Internet Service Provider*, couramment utilisée en français).

⁷En ce sens: M. VIVANT, Lamy droit de l'informatique: informatique, télématique et réseaux, Lamy, 1996, p. 460, n° 719.

système fondé sur le risque et non sur la faute⁸ ne se justifie pas en l'occurrence; la communication sur Internet doit demeurer régie par le droit commun (reposant sur la faute), elle ne peut être basée sur une forme de responsabilité quasi-objective pour les intermédiaires en ligne.

Certes, l'absence de sécurité juridique est un argument (supplémentaire) qui joue en faveur de l'introduction d'un système de responsabilité pour risques. Mais, sans aller jusqu'à instaurer un système de responsabilité objective, on peut limiter l'insécurité sans doute inhérente à l'application du droit commun (et notamment du critère de connaissance de l'atteinte): il suffit de délimiter soigneusement les hypothèses dans lesquelles les intermédiaires seront exonérés de leur responsabilité, à l'instar de ce que certaines législations ont prévu ou envisagent de faire (voir infra).

⁸P. JOURDAIN, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 1994, 2ème éd., p. 28: en ce cas, "le fondement du droit à la réparation n'est plus une faute à l'origine du dommage mais la survenance même du dommage dans des circonstances telles qu'il semble injuste d'en laisser supporter le poids à la victime. C'est alors l'idée de risque, dont le dommage est la réalisation, qui apparaît à la source de la responsabilité".

Première Partie. La responsabilité des intermédiaires: actualités législatives et jurisprudentielles

Avant de faire le point sur les développements législatifs (chap. II) et de présenter la jurisprudence (chap. III), il faut revenir sur le volet technique (identifier les intermédiaires dans la chaîne de transmission, etc.) et baliser le terrain juridique (application de la responsabilité en cascade, etc.), ce que nous ferons dans le premier chapitre.

Chapitre Ier. Quelques préalables

§1er. Les différents services en ligne

Internet, on l'oublie parfois, ne se réduit pas au Web et couvre d'autres services bien distincts. Il convient de définir quelques-uns de ces services et de bien comprendre leur fonctionnement, si l'on veut éviter les travers d'une jurisprudence aveugle aux spécificités de chaque forme de communication en ligne.

Les services accessibles (on parle parfois de services télématiques) sont variés, ils vont de l'utilisation d'outils offrant une forme d'interactivité (par ex. le e-mail ou courrier électronique⁹) à la simple consultation ou transfert de documents (F.T.P., Gopher, World Wide Web, etc.). On se limitera aux services principaux que sont le web, les babillards et Usenet, d'autant que les décisions rendues (voir infra) concernent ces services.

1. Le Web

Parmi les applications d'Internet, la "toile d'araignée mondiale" (le "World Wide Web" ou "www") est bien connu. Ce service permet tout d'abord la consultation en ligne d'informations très diverses (textes, images, sons, etc.) placées sur un site et stockées sur un serveur. Il permet de même la création aisée de sites (le gestionnaire ou créateur du site va le composer lui-même et l'envoyer à son fournisseur de services pour l'héberger). Un site se compose habituellement d'une "homepage" (la première page, la page d'accueil) et d'autres pages, appelées des "pages web". Chaque site a une adresse IP (voir infra) à laquelle correspond un code URL (ou Uniform Resource Locator) comprenant un nom de domaine (voir infra). Le web peut également être caractérisé comme une interface qui permet de rendre l'information stockée sur le site accessible à n'importe quel usager d'Internet (on parle parfois d'internaute). La caractéristique principale de cette interface est d'utiliser la technique des liens

⁹Ce type de service est l'un des plus connus et utilisés d'Internet, mais il ne pose pas avec acuité la question de la responsabilité des intermédiaires. Le responsable, par exemple de l'envoi d'un courrier diffamant ou d'un virus, sera en principe l'émetteur du message et il sera difficile de mettre en cause la responsabilité d'autres intervenants vu que la communicationn demeurera privée. Dans *Lunney v. Prodigy Services Co.* (voir infra), la cour a déclaré qu'un ISP ne pouvait être tenu responsable pour le dommage moral subi par une personne, suite à l'envoi par un imposteur de mails diffamatoires en son nom. Dans le cas du service de "chat" (*Internet Relay Chat*), qui s'apparente à la téléconférence, sauf que les propos sont écrits et lus sur un écran au lieu d'être dits et écoutés, l'échange a lieu en temps réel.

"hypertexte" (voir infra deuxième partie). Insérés par l'auteur (sous forme d'un mot souligné ou encadré par exemple), ces signes relais, une fois activés par l'utilisateur, peuvent "transporter" ce dernier vers une autre portion du site hébergé sur le même serveur, voire vers un site logé sur un autre serveur (éventuellement situé à l'étranger). En réalité, c'est un logiciel de navigation (appelé en anglais le "browser", tel que Explorer de Microsoft ou Navigator de Netscape) qui permet d'accéder à d'autres pages Web.

2. Les babillards électroniques (ou Bulletin Board Systems - BBS)

Un babillard ou BBS peut être défini comme "une banque de données gérée par un opérateur (System Operator ou Sysop) consultable via le réseau téléphonique et dont la nature et l'importance varient: BBS accessible par une personne à la fois ou par plusieurs simultanément, accès libre ou moyennant mot de passe et/ou paiement, contenu d'ordre général ou centré sur un thème précis..."¹⁰. On a comparé les babillards à des valves d'affichage d'établissements scolaires. L'opérateur de ce service est bien entendu responsable des contenus qu'il place lui-même, mais la question est de savoir s'il encourt une condamnation lorsqu'un participant poste des contenus illicites dans cette banque de données (voir infra l'affaire *Sega v. Maphia*). En outre, la plupart des BBS sont dotés d'un forum de discussion, lieu de débat virtuel. Ces forums peuvent être modérés ou libres. Si l'opérateur préfère ne pas intervenir dans le forum, il se trouve dans la même situation que le fournisseur d'accès Internet qui stocke sur son disque dur les fichiers du réseau Usenet.

Dans l'affaire *Lunney v. Prodigy Services Co.*¹¹ (voir infra), la cour d'appel de New York nous éclaire sur les différents degrés de contrôle que l'ISP peut exercer sur son BBS :

« In some instances, an electronic bulletin board could be made to resemble a newspaper's editorial page ; in others it may function more like a 'chat room'. In many respects, an ISP bulletin board may serve much the same purpose as its ancestral version, but uses electronics in place of plywood and thumbtacks. Some electronic bulletin boards post messages instantly and automatically, others briefly delay posting so as not to become 'chat rooms', while still others significantly delay posting to allow their operators an opportunity to edit the message or refuse posting altogether ».

3. Le réseau Usenet

On retrouve sur le réseau Usenet des forums de discussion, sous le vocable de "news" ou de "newsgroups". Par opposition aux babillards, auxquels ils s'apparentent par ailleurs, les newsgroups sont complètement publics, ils ne sont soumis à aucune procédure d'abonnement et ils véhiculent une quantité beaucoup plus importante d'informations¹². A la différence du

¹⁰E. WERY, op. cit., p. 418 (qui cite E-law 3.01: Computer information systems law and system operator liability in 1995, autrefois disponible à l'adresse: <<http://www.leepfrog.com/E-law>>).

¹¹ New York Court of Appeals, *A. Lunney v. Prodigy Services Co.*, 2 décembre 1999, disponible à l'adresse <http://www.nycourts.com/scripts/csearch.exe/singledecision?&FILE=cpny3369.002&CRT=5>, consultée le 8 mai 2000.

¹²E. WERY, op. cit., p. 420.

système standard des babillards, "il n'y pas un serveur central de News, mais bien plusieurs milliers d'ordinateurs qui maintiennent chacun une copie des news et utilisent un processus très élaboré pour s'échanger les contributions respectives. Ces serveurs se synchronisent" régulièrement¹³. Dans l'affaire *Demon* (voir infra), un juge anglais, Mr. Justice Morland, a défini comme suit le service Usenet¹⁴: dans ce système de publication en ligne,

"un article (connu sous le nom de "message" ("posting")) est soumis par son auteur au serveur de news Usenet situé auprès de son ISP local (l'ISP originaire) qui dissémine le message à travers Internet. En fin de compte, le message est distribué et stocké sur les serveurs news de chaque (ou de presque chaque) ISP dans le monde qui offre un service Usenet à ses clients. Les internautes du monde entier peuvent lire et "télécharger" ("download") le message en se connectant au serveur de news de leur ISP local".

§2. Typologie des acteurs en ligne

Habituellement, on distingue quatre acteurs principaux: le fournisseur de contenu (*content provider*), le fournisseur d'accès (*access provider*), le fournisseur de services (*hosting service provider*) et le fournisseur d'infrastructure (*network provider*).

En réalité, d'autres acteurs peuvent intervenir. De plus, compte tenu du phénomène dit de la convergence des services entre le secteur des télécommunications et de la radiodiffusion, il nous paraît utile de décrire (sous le point 2) le fonctionnement d'un réseau de distribution de signaux télévisés, réseau qui est également susceptible d'offrir un accès Internet.

1. Un réseau de télécommunications

Le *fournisseur de contenu* est celui qui met à la disposition d'autrui des informations, que celles-ci soient constituées de textes, d'images, de fichiers musicaux ou de marqueurs (metatags) inscrits dans le code source d'un site web. Ce fournisseur de contenu est donc par exemple l'émetteur d'un courrier électronique, le responsable (webmaster) d'un site web, le participant à un babillard ou un newsgroup. Il est clair que sa responsabilité directe peut être engagée si le contenu qu'il fournit est illicite ou dommageable.

Le *fournisseur d'infrastructure* ou opérateur de télécommunications s'occupe de mettre en place et d'administrer le réseau et les facilités de transmission, tels que les câbles, les routeurs (voir supra), les commutations, etc. Il paraît très difficile de pouvoir mettre en cause la responsabilité de l'opérateur, sauf pour défaillance technique¹⁵.

¹³O. HANCE, op. cit., p. 43.

¹⁴*Laurence Godfrey v. Demon Internet*, 26 mars 1999, Queen's Bench Division of the High Court of Justice, § 8 (disponible à partir de l'adresse: <http://www.courtservice.gov.uk>, consultée le 17 juin 2000).

¹⁵O. HANCE, op. cit., p. 211. Cf. *mutadis mutandis* pour une affaire de Minitel en France: TGI Draguignan, 15 mai 1992, *D.I.T.*, 1992/4, p. 39-42 (cas de messagerie rose dans lequel le responsable de France Télécom a été acquitté au motif qu'il n'était pas établi que l'opérateur France Télécom avait connaissance des atteintes aux bonnes moeurs, même si, en l'espèce, un contrat le liait au fournisseur de services).

Le *fournisseur d'accès* est celui qui offre l'accès au réseau Internet. Très souvent, son service comprend aussi la fourniture d'un compte e-mail. S'agissant du fournisseur d'accès, la situation est également claire en ce sens qu'il ne peut être tenu responsable pour les contenus postés par des tiers¹⁶. On notera toutefois qu'en pratique, beaucoup de fournisseurs d'accès offrent d'autres services, par exemple de l'hébergement, ce qui est susceptible d'affecter leur responsabilité.

La situation du *fournisseur de services* est plus complexe, d'autant que les services que ce dernier peut offrir sont multiples. Le service le plus courant est celui d'hébergement: autrement dit, le fournisseur dispose d'un espace (mesuré en Megabites) sur son serveur, qu'il loue à un usager afin que ce dernier y place un site web par exemple. On reviendra sur la responsabilité de ces intermédiaires à travers l'analyse de la jurisprudence (voir chap. III infra).

Il existe d'autres intermédiaires fournissant par exemple des services de recherche de l'information en ligne. Il s'agit des moteurs de recherche, tel que Lycos, Yahoo!, Alta Vista, Hotbot, etc. qui offrent des systèmes de localisation de l'information, ce qui s'avère indispensable pour aider les utilisateurs à trouver l'information pertinente, compte tenu de l'énorme dispersion de l'information disponible sur Internet. On peut s'attendre à ce que les affaires mettant en cause la responsabilité de ces intermédiaires se multiplient à l'avenir¹⁷.

2. Un réseau de câblo-distribution

Sur un réseau moins ouvert ou moins interactif qu'Internet, les risques de présence d'un contenu préjudiciable sont moins élevés, mais l'imputation correcte de la responsabilité exige également de bien saisir les rôles de chaque intermédiaire. S'agissant par exemple d'un service de distribution de film à la demande (*video on demand*) qui est susceptible d'être transporté sur le réseau de câble TV, on peut distinguer huit rôles pouvant être pris en charge par des personnes distinctes¹⁸:

— le *détenteur de droits* (ou fournisseur de contenu): celui qui détient les droits sur un élément faisant partie du service (par ex. une société de gestion collective comme l'AGICOA qui gère les droits sur les films; le fait qu'il s'agisse d'un fournisseur de contenu professionnel diminue en pratique les risques, alors que sur le réseau Internet, n'importe qui peut devenir fournisseur de contenu);

— le *producteur de services*: celui qui assemble les divers éléments de manière à élaborer un service (par ex. le producteur qui choisit les films à mettre sur le serveur dans le cas d'un service de "vidéo à la demande"; ou encore, un radiodiffuseur qui sélectionne les films, émissions d'actualité, etc. et assure la programmation);

¹⁶En ce sens: Th. HOEREN, op. cit., p. 309.

¹⁷Voir: T. VERBIEST, Entre bonnes et mauvaises références. A propos des outils de recherche sur Internet, *A&M*, 1999, p. 34-49; V. SEDALLIAN, A propos de la responsabilité des outils de recherche, *Chronique de France*, 19 février 2000, disponible à partir de l'adresse <www.juriscom.net>, consultée le 17 juin 2000.

¹⁸Cette présentation suit fidèlement la présentation des nouveaux services de programmes de radiodiffusion contenue dans Les avis du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Ministère de la Communauté française de Belgique, Service général de l'audiovisuel et des multimédias, 1997, p. 38 et s.

— le *fournisseur de services*: celui qui assume un rôle d'interface entre les producteurs de services et les usagers en commercialisant le service pour compte des producteurs auprès des utilisateurs;

— l'*intégreur de services*: celui qui remplit une fonction d'interface entre les producteurs de services et les opérateurs de réseau en assurant l'intégration technique de plusieurs services dans un multiplex¹⁹;

— l'*opérateur de réseau*: celui qui assure le rôle consistant à transporter les multiplex via les infrastructures en vue de les acheminer jusqu'aux terminaux des utilisateurs;

— le *fournisseur d'infrastructure*: celui qui détient les infrastructures (câble, etc.) et fournit donc la capacité de transport;

— le *fournisseur du système d'accès* aux services: celui qui procure au prestataire de services les moyens techniques (tel qu'un système d'accès conditionnel) lui permettant d'assurer le routage des utilisations commandées par les usagers (le système d'accès est géré par ce fournisseur, alors que la base de données utilisateurs l'est par le prestataire de services);

— le *détenteur des terminaux*: celui qui possède les terminaux (dans une perspective ouverte, c'est éventuellement l'utilisateur; dans une perspective d'accès conditionnel, le détenteur des terminaux sera généralement, mais pas nécessairement, le fournisseur du système).

Qui, dans cette chaîne différente de celle connue sur le réseau télécom, peut être tenu pour responsable?

La responsabilité de l'intégreur de services ou du détenteur de terminaux est *a priori* exclue, alors que celle du fournisseur de service (parfois lui-même producteur de service) ou de l'opérateur de réseau (souvent fournisseur d'infrastructure) peut être engagée. On peut imaginer que si le fournisseur de services est assigné, par exemple pour atteinte au droit d'auteur, il se retournera contre le producteur de service et les fournisseurs de contenu, en faisant jouer les clauses de garanties et de porte-fort des contrats conclus en amont (ainsi, pour donner une illustration, en cas d'atteinte à un droit d'auteur lié à la diffusion d'un programme sur le bouquet de Canal+, ce fournisseur de services, éventuellement assigné conjointement aux câblo-distributeurs concernés, pourrait se retourner contre les assembleurs de programmes qui eux-mêmes pourront, le cas échéant, invoquer les clauses de garanties que des ayants droit leur auraient octroyées).

Comme on le voit, la question de la responsabilité en ligne se pose pour un service de vidéo à la demande accessible sur le réseau de câblo-distribution autrement que pour les services Internet usuels offerts par l'intermédiaire des réseaux de téléphonie. Dans la mesure où nous nous penchons avant tout sur les services Internet standards présentés ci-dessus (Web, babillards, etc.), nous raisonnerons dans la suite à partir du modèle du réseau de télécommunications.

§3. Jalons pour un traitement juridique de la question

¹⁹Grâce au multiplexage, plusieurs signaux sont assemblés en un seul, appelé signal composite ou multiplex; cet assemblage facilite la transmission des signaux et est réversible, en ce sens que les signaux composants peuvent être à nouveau séparés lors de la réception du multiplex.

Plusieurs questions préalables doivent être abordées avant de passer à l'analyse des textes législatifs (chap. II infra) et de la jurisprudence (chap. III infra).

1. Doit-on appliquer à Internet une règle de responsabilité en cascade?

Il y a tout d'abord la question de savoir si les règles établissant une cascade de responsabilité pour les médias traditionnels s'appliquent à l'Internet.

En France, on ne doit pas rappeler que la loi sur la réglementation de la presse de 1881 (art. 42 et s.) prévoit un système de responsabilité en cascade, valable pour le domaine pénal. En principe, les directeurs de publication ou éditeurs sont responsables en première ligne, et "à leur défaut", c'est-à-dire s'ils ne sont pas identifiés ou s'ils ne peuvent pas ou ne peuvent plus être poursuivis²⁰, "les auteurs; 3° à défaut des auteurs, les imprimeurs; 4° à défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs et afficheurs". De même, la loi de septembre 1986 sur la communication audiovisuelle a retenu le principe de la responsabilité en cascade pour l'audiovisuel²¹ et certains estiment qu'elle est applicable à l'Internet²².

Aux Pays-Bas, les articles 53 et 54 du Code pénal créent une forme de responsabilité en cascade pour le domaine de l'écrit qui exonère l'éditeur ou l'imprimeur, entendus comme de simples opérateurs économiques qui ne participent pas à la rédaction des propos ou à la décision de publier, et ce à la condition que, premièrement, ceux-ci identifient l'auteur des propos par son nom et son adresse et que, deuxièmement, l'auteur réside aux Pays-Bas et puisse donc être poursuivi²³.

En Belgique, la règle de la responsabilité en cascade, consacrée à l'article 25, al. 2 de la Constitution²⁴, vaut uniquement pour le domaine de l'écrit²⁵. Cette disposition ne se substitue pas aux principes de la responsabilité civile, mais règle la question préalable de

²⁰E. DERIEUX, *Droit de la communication*, Paris, LGDJ, 1999, 3^{ème} éd., p. 367.

²¹ Dans ce système, c'est le directeur de la publication (tout service de communication audiovisuelle étant tenu d'avoir un directeur de publication) ou le codirecteur de la publication, et, "à défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal" (art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982).

²²Voir P. AUVRET, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, J.C.P., éd. G, 3 février 1999, doct. I 108, p. 257-263. Contra, mais nuancé: E. DERIEUX, op. cit., p. 368 ("En l'absence de mesure spécifique, c'est sans doute ce régime qui s'applique à Internet ... sauf à qualifier ce moyen de "communication audiovisuelle").

²³ K. KOELMAN et B. HUGENHOLTZ, *Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, Genève, étude pour l'OMPI, Workshop des 9 et 10 déc. 1999, texte accompagnant la note 88.

²⁴"Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi".

²⁵Voir: Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482: "L'article 25 de la Constitution est étranger aux émissions de télévision ou de télédistribution, celles-ci n'étant pas des modes d'expression de la pensée par des écrits imprimés". La doctrine demeure partagée à cet égard (voir E. MONTERO, *La responsabilité civile des médias*, op. cit., p. 101).

l'imputabilité de la responsabilité, tant pénale que civile²⁶. Cette règle oblige, sous peine d'irrecevabilité, d'assigner d'abord l'auteur s'il est connu et domicilié en Belgique; ce n'est qu'à défaut de pouvoir identifier l'auteur que la victime du dommage peut se retourner contre l'éditeur, puis l'imprimeur, et enfin le distributeur. La jurisprudence belge ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité de ce mécanisme à Internet et la doctrine demeure partagée sur l'opportunité d'étendre une règle de cascade, éventuellement adaptée, au monde de l'Internet²⁷.

Ensuite, des législateurs envisagent de subordonner la responsabilité des intermédiaires au respect de certaines conditions et l'on peut aussi parler de cascade de responsabilité dans cette hypothèse.

Ainsi, aux Pays-Bas, un projet d'adaptation du Code pénal en matière de criminalité informatique envisage d'étendre la règle de la cascade des articles 53 et 54 Code pénal (voir supra) aux ISP et autres intermédiaires. D'après ce projet, le fournisseur pourrait échapper à la responsabilité en se faisant connaître, en indiquant qui a commis l'acte répréhensible et en communiquant toute information pertinente afin de retrouver l'auteur²⁸. Ce système envisagé pour la responsabilité pénale pourrait, selon certains²⁹, s'avérer intéressant en matière civile, en ce qu'il inciterait les fournisseurs de services à intégrer dans les contrats avec les fournisseurs de contenu (abonnés) des clauses prévoyant la levée de l'anonymat et la possibilité de supprimer les matériaux illicites.

En France, le texte adopté en seconde lecture (en mars 2000) à l'Assemblée nationale concernant le projet de loi sur la communication audiovisuelle (voir infra)³⁰ oblige les professionnels à identifier les auteurs d'un site. A défaut, l'hébergement d'un contenu illicite pourrait leur coûter 60 000 francs d'amende et 6 mois de prison par site.

2. Les droits en jeu face à la liberté d'expression

²⁶L'application du mécanisme de cascade à la responsabilité civile ne fait plus de doute depuis que la Cour de cassation a tranché le problème (Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597, avec les concl. conf. de M. Leclercq (avocat général)).

²⁷Voir pour la Belgique: D. FESSLER, Responsabilités en cascade ou la responsabilité aquilienne sur Internet, op. cit., p. 67-111; E. MONTERO, La responsabilité civile des médias, op. cit., p. 96; D. VOORHOOF, De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?, *Recente Arresten van het Hof van Cassatie*, p. 385-390. De manière générale, il faut éviter d'appliquer de manière analogique à Internet les concepts développés dans le cadre d'autres formes de communication (notion d'éditeur, de diffuseur, transmetteur, etc.). Cf. en droit canadien, P. TRUDEL, op. cit., p. 5-3 et s.

²⁸P.B. HUGENHOLTZ, Het Internet : het auteursrecht voorbij ?, op. cit., p. 233 (le projet auquel il est fait référence est le "Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie, concept-wetsvoorstel 10 november 1997).

²⁹Ibidem.

³⁰Disponible sur le site de l'Assemblée nationale, à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/2/pdf/ta0473.htm>, consultée le 10 mai 2000.

Internet est, on l'a montré, avant tout une immense "place publique" où la liberté d'expression peut se manifester. En Europe, c'est avant tout l'article 10, §1er de la Convention européenne sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales³¹ qui garantit le droit à la liberté d'expression.

"Toute personne, énoncé cet article, a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérences d'autorités publiques et sans considérations de frontière".

On sait par ailleurs que l'article 10, §2 de la Convention européenne sur les droits de l'homme autorise certaines restrictions à la liberté d'expression³². Trois conditions bien connues, qui ont été interprétées restrictivement par la jurisprudence de Strasbourg, doivent être réunies pour qu'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression ne viole pas l'article 10 de la Convention européenne: outre qu'elle doit être "prévue par la loi" et être "nécessaire dans une société démocratique", l'ingérence doit être inspirée par l'un des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne³³.

La plupart des contrepoids à la liberté d'expression cités à l'article 10, §2 de la Convention reposent directement sur *l'intérêt général*:

- la sécurité nationale;
- l'intégrité territoriale;
- la sécurité publique;
- la défense de l'ordre;
- la prévention du crime;
- la protection de la santé;
- la protection de la morale;
- la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

³¹Cette disposition trouve son origine dans l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme; elle doit être rapprochée, sur le plan national des articles 19 et 25 de la Constitution (l'article 25 de la Constitution a néanmoins un champ d'application différent de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque ce dernier protège à la fois la liberté de la presse et la liberté d'information, qui implique la liberté de recevoir l'information (en ce sens, Fr. JONGEN, Y a-t-il un droit de savoir?, *Juger*, 1995, n° spécial, p. 18-19)), et, sur le plan international, de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

³²Le présent passage s'inspire largement de l'introduction commune d'A. STROWEL et F. TULKENS à l'ouvrage publié sous leur direction: *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Larcier, 1998, p. 14-15.

³³Selon ce texte, seules les mesures nécessaires "à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire" seront autorisées.

Certaines de ces valeurs, justifiant une limite à la liberté d'expression, peuvent être mises en cause sur Internet (ainsi par exemple, la sécurité nationale ou la prévention du crime sont en jeu en cas d'instructions sur la confection de bombes ou de promotion d'activités terroristes ou criminelles)³⁴.

Conformément au libellé de l'article 10, §2 C.E.D.H., les demandes poursuivant un *intérêt particulier* invoqueront en principe:

- la protection d'informations confidentielles;
- la protection de la réputation;
- ou les droits d'autrui.

Tous ces droits privés sont susceptibles d'être mis en cause sur Internet (communication de secrets de fabrique par un employé indélicat, message diffamatoire posté dans un forum de discussion, atteinte à la vie privée, etc.).

La catégorie "droits d'autrui" au sens de l'article 10 §2 C.E.D.H. est large; elle recouvre en tout cas les droits de la personnalité, c'est-à-dire entre autres le droit à l'intégrité morale ou droit à l'honneur, le droit au secret et au respect de la vie privée, y compris le droit à l'oubli, le droit au nom, le droit à l'image et à la voix, le droit à la dignité (publique), le droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence. Ce seront très souvent ces droits de la personnalité, et tout particulièrement les droits à la réputation et à la vie privée, qui seront invoqués par les particuliers à l'encontre de certaines diffusions d'information sur Internet.

A ces droits de la personnalité, il faut ajouter comme limitations légitimes à la liberté d'expression les droits de propriété intellectuelle, à commencer par le droit d'auteur qui protège par exemple les textes, images, logos, compositions musicales, logiciels, etc. qui peuvent bien entendu être communiqués par Internet.

L'invocation de ces divers droits justifie une limitation (par les juges) de la liberté d'expression à condition de respecter le test de proportionnalité établi par la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg.

3. Les approches horizontale et verticale de la responsabilité

Compte tenu de la multiplicité des droits en cause, deux possibilités s'offrent aux législateurs désireux de créer un cadre générateur de sécurité juridique: soit adopter une législation spécifique ou verticale, qui s'attache à régler les problèmes en cas d'atteinte à tel ou tel droit (par exemple au droit d'auteur, à l'instar de ce qu'a réalisé le législateur américain en 1998; voir infra), soit prendre des mesures à effet général ou horizontal qui s'appliquent à toutes les formes d'atteintes en ligne à des droits subjectifs (telle est l'optique choisie par la loi allemande de 1997 et par l'Union européenne dans la directive sur le commerce électronique; voir infra).

Chapitre II. Les dispositions légales en vigueur et en préparation

Avant d'analyser les textes communautaires (§2), il convient de présenter le contenu des quelques législations adoptées en la matière (§1er).

³⁴Voir en outre la Communication de la Commission, Contenu illégal et préjudiciable sur Internet, COM(96) 487 final du 16. 10. 1996.

§1er. Précédents législatifs

1. La loi allemande de 1997 (approche horizontale)

Les hésitations de la jurisprudence en ce qui concerne la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ont conduit le législateur allemand à adopter une législation (le "Teledienstgesetz" ou TDG, intégré à la "Informations- und Kommunikationsdienstegesetz ou IuKDG³⁵) qui inspire le volet responsabilité de la directive communautaire sur le commerce électronique (voir infra). Cette législation qui s'applique à tous les services d'information et de communication électroniques a priorité sur les dispositions pénales ou civiles générales et sert donc de filtre préalable à la mise en oeuvre des principes de responsabilité³⁶. Ce filtre a pour seul objectif de créer des exonérations de responsabilité. Ces exonérations valent pour toute mise en cause de la responsabilité délictuelle, y compris pour atteinte au droit d'auteur, mais elles ne valent pas pour le cas où l'ISP lui-même rend accessible un contenu (voir art. 5(1) TDG)³⁷.

Il faut d'abord préciser que les exonérations de responsabilité ne sont pas d'application si le fournisseur d'accès ou d'hébergement s'approprie d'une quelconque façon le contenu mis à la disposition du public (en ce cas, on retombe dans l'hypothèse de l'article 5(1) TDG).

Le législateur allemand a tout d'abord prévu une exonération de responsabilité en ce qui concerne les fournisseurs d'accès (art. 5(3) TDG³⁸), dans la mesure où le contrôle des contenus circulant sur le réseau ne peut raisonnablement être mis à leur charge. Le rôle du fournisseur d'accès est assimilé à celui d'un opérateur de télécommunications qui réalise une connexion téléphonique et transmet la voix ou les données. Il ne lui appartient pas de superviser le contenu ou de donner suite à une éventuelle mise en demeure qui lui serait adressée par un particulier³⁹. Bénéficie également de cette exonération celui qui réalise, sur la requête d'un tiers (un utilisateur), un stockage automatique et temporaire du contenu d'un tiers (art. 5(3) TDG⁴⁰). La notion de "stockage automatique et temporaire" n'est toutefois pas précisée. On doit considérer que le "(proxy-)caching" en principe temporaire⁴¹ et le "routage" des matériaux illicites tombent sous le coup de cette exemption.

³⁵Le texte de cette "loi sur les services d'information et de communication", entrée en vigueur le 1er août 1997, est accessible sur Internet en anglais à l'adresse suivante: <<http://www.iid.de/rahmen/iukdgeb.html>>, consultée le 17 juin 2000.

³⁶Cf. Cl. KÖHLER, op. cit.

³⁷En anglais: "Providers shall be responsible in accordance with general laws for their own content, which they make available for use".

³⁸Selon le texte anglais: "Providers shall not be responsible for any third-party content to which they only provide access".

³⁹En ce sens: T. HOEREN, op. cit., p. 310.

⁴⁰En anglais: "The automatic and temporary storage of third-party content due to user request shall be considered as providing access".

⁴¹Rappelons que cette forme de reproduction (réalisée automatiquement, à l'insu des internautes) sur un serveur vise à limiter la congestion du réseau, puisque le visiteur ne devra pas consulter le site web hébergé au loin, mais sa copie temporaire réalisée sur un serveur proche de son terminal.

Le cas du fournisseur d'hébergement est traité différemment. Son exonération de responsabilité en cas de mise à disposition du contenu appartenant à un tiers est soumise à deux conditions (art. 5(2) TDG): qu'il n'ait pas connaissance de l'existence de contenu et qu'il n'ait pas la capacité technique d'empêcher l'usage d'un tel contenu (ni que l'on puisse raisonnablement attendre de lui qu'il bloque l'usage d'un tel contenu).

Comment concevoir l'exigence de connaissance? Il faut apparemment considérer que la connaissance requise est basée sur l'intention⁴². Reste à savoir si la connaissance doit porter simplement sur l'existence du contenu ou si elle doit également inclure la conscience que le contenu en cause est illicite. Apparemment, seule la connaissance effective du caractère illicite du contenu aurait pour effet d'exclure le bénéfice de l'exonération⁴³. Mais certains prétendent que la simple négligence s'agissant (de la vérification) du caractère illicite du contenu suffirait à écarter l'application de l'exonération légale de responsabilité⁴⁴.

Quoiqu'il en soit, même si l'exonération de responsabilité joue (en cas d'interprétation stricte de la condition de connaissance), la possibilité d'obtenir un ordre de cessation n'en demeure pas moins conformément à ce qui est prévu à l'article 5(4) TDG⁴⁵. De même, dans la directive communautaire et la loi américaine (voir infra), les exonérations de responsabilité n'affectent pas la possibilité de requérir une injonction sur base d'un mécanisme de responsabilité n'exigeant pas la preuve d'un élément intentionnel (comme en matière de propriété intellectuelle, où la bonne foi n'est jamais élisive de contrefaçon sur le plan civil). La voie de la cessation reste également ouverte lorsque le fournisseur d'accès bénéficie de l'exemption de responsabilité selon l'article 5(3) TDG.

Autrement dit, les règles légales exonératoires de responsabilité n'empêchent jamais d'assigner en cessation si le test de l'article 5(4) est rempli, c'est-à-dire si, tout d'abord, l'ISP a pris connaissance de la présence d'un contenu illicite (tout en respectant l'obligation de confidentialité applicable), et que, en outre, bloquer l'accès demeure possible d'un point de vue technique et que l'on peut raisonnablement attendre de l'ISP qu'il procède à ce filtrage (take down). S'agissant de la seconde condition (capacité technique de bloquer l'accès au contenu et attente raisonnable que l'ISP procède au "take down"), il apparaît qu'elle ne sera pas remplie dans les cas extrêmes uniquement, lorsque le contenu illicite est très limité et que le blocage de l'accès ou la suppression du contenu oblige d'interrompre l'ensemble du service.

2. La législation américaine de 1998 (approche verticale - droit d'auteur)

Le *Communications Decency Act* de 1996, qui fait partie du *Telecommunications Act*, a prévu de très larges exemptions pour toutes formes d'atteintes sauf en ce qui concerne les atteintes au copyright. Ce dernier point a été réglé deux ans plus tard dans le *Digital Millennium Copyright Act* (ci-après DMCA⁴⁶), qui a reçu la signature du Président Clinton le

⁴²En ce sens: Th. HOEREN, op. cit., p. 311 ("liability can only be based on intent"); Cl. KÖHLER, op. cit. ("knowledge is defined as intent").

⁴³Cl. KÖHLER, op. cit. et les sources officielles citées à la note 100.

⁴⁴Th. HOEREN, op. cit., p. 311 (et les sources citées).

⁴⁵Selon le texte anglais: "The obligations in accordance with the general laws to block the use of illegal content shall remain unaffected if the provider obtains knowledge of such content while complying with telecommunications secrecy [...] and if blocking is technically feasible and can reasonably be expected".

⁴⁶Il s'agit du Public Law N°. 105-304, 112 Stat. 2860 (28 oct. 1998).

28 octobre 1998 (et dont les principales dispositions⁴⁷ sont entrées en vigueur à cette date)⁴⁷. Cette loi comporte un titre II, intitulé "Online Copyright Infringement Liability Limitation Act" ("Loi sur la limitation de responsabilité en cas d'atteinte au droit d'auteur en ligne")⁴⁸. Ce titre II, qui ajoute un nouvel article 512 au *Copyright Act* de 1976 (ci-après CA), limite la responsabilité des fournisseurs de services en ligne en cas de violation du droit d'auteur. Cet article 512 codifie en réalité le contenu d'un accord (dit de Washington) négocié entre les détenteurs de droits et les intermédiaires en ligne et conclu avant l'été 1998.

a) Objet des exonérations légales de responsabilité

Pour quatre formes de services en ligne distingués ci-après (et sous réserve pour l'intermédiaire de respecter des conditions strictes qui varient en partie d'une hypothèse à l'autre), le système légal prévoit une exonération complète de responsabilité des ISP en ce qui concerne l'octroi des dommages-intérêts et limite la possibilité des ayants droit d'obtenir des ordres de cessation ("injunctive reliefs") à leur encontre. En revanche, les moyens d'agir contre les fournisseurs de contenu ne sont pas affectés par cette législation.

Le fournisseur de service qui ne se trouve pas dans les conditions d'exonération légale n'est pas nécessairement responsable et tenu de payer des dommages-intérêts: dans ce cas, ce sont les dispositions générales en matière de tierce complicité (*contributory infringement*; voir infra l'énoncé des principes par la jurisprudence) qui s'appliqueront et le fournisseur de services aura la possibilité de soulever tous les moyens de défense dont disposent les défendeurs, par exemple les exceptions légales ("fair use" de l'article 107 du *Copyright Act*).

S'agissant de l'autre forme de sanction, à savoir la cessation qui peut être ordonnée par un juge dans le cadre d'une procédure de type référé, il demeure possible pour un juge saisi de l'ordonner, mais uniquement dans les conditions établies par l'article 512 j DMCA.

b) Conditions générales d'éligibilité

Seul l'ISP au sens de la définition légale (voir art. 512(k)(1)(A) et (B) DMCA⁴⁹) peut bénéficier de ces limitations de responsabilité. En outre, cet ISP doit:

⁴⁷On peut donc soutenir que le législateur américain a adopté une approche verticale, même si elle se combine pour partie avec l'approche horizontale du *Communications Decency Act*. Il est significatif de constater qu'aux Etats-Unis, l'aspect droit d'auteur a été réglé postérieurement.

⁴⁸Pour un commentaire, voir: U.S. Copyright Office Summary, *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, déc. 1998, 18 p.; J. BAND, *The Digital Millennium Copyright Act: A Balanced Result*, *E.I.P.R.*, 1999, p. 92-94; J. GINSBURG, *News from the U.S. (I)*, *RIDA*, 1999, n° 179, p. 143 et s. et plus exactement p. 225 et s. pour l'aspect responsabilité en ligne.

⁴⁹Voici les deux définitions:

"(A) As used in subsection (a), the term "service provider" means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

- 1) adopter et mettre en oeuvre une politique consistant à mettre fin aux abonnements de clients qui commettent des infractions répétées au droit d'auteur et
- 2) tenir compte de et ne pas compromettre l'utilisation de mesures techniques que les titulaires de droit d'auteur utilisent pour identifier ou protéger les oeuvres (à condition que ces mesures aient été adoptées par toutes les parties intéressées et ne créent pas des coûts substantiels pour les ISP).

c) Activités sujettes aux limitations de responsabilité: les quatre "safe harbours"

Quatre formes d'activités des fournisseurs de services sont sujettes aux limitations légales de responsabilité:

1. les communications transitoires;
2. les cas de "system caching";
3. le stockage d'informations sur des systèmes ou des réseaux à l'attention des usagers;
4. l'usage d'instruments de localisation de l'information ("information location tools").

1. Activité de « simple transport »

Dans le premier cas, le fournisseur de service offre un canal de transmission pour l'information digitale et la limitation de sa responsabilité couvre les actes de transmission, de routage et de fourniture de connexions, de même que les copies transitoires qui sont réalisées automatiquement sur le réseau.

2. Activité de « caching »

La seconde hypothèse d'exemption vise les copies temporaires réalisées par l'ISP sur un serveur proche de l'utilisateur afin de faciliter la consultation de ce contenu par ce dernier.

En tant que la nouvelle disposition exempte l'intermédiaire qui transmet ou reproduit sur un serveur-cache des contenus émis par des tiers (hypothèses 1 et 2), l'article 512 codifie la solution développée par la jurisprudence *Religious Technology Center v. Netcom* (voir infra) en cas de "simple transport" ("mere conduit").

3. Activité d'hébergement

La troisième hypothèse est relative à l'hébergement de contenus sur des sites web (ou d'autres réceptacles de contenus). Afin d'être exempté de toute responsabilité directe (*direct liability*) ou indirecte (*vicarious liability*), l'hébergeur doit respecter plusieurs conditions cumulatives:

- a) il ne peut pas avoir connaissance de ce que le contenu hébergé est illicite ou avoir connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illicite est apparente;
- b) si l'hébergeur a le droit et la faculté de contrôler l'activité illicite, il ne peut recevoir de bénéfice directement lié à l'activité contrefaisante;
- c) s'il reçoit une notification quant à l'existence d'une atteinte, l'hébergeur doit prendre "promptement" des mesures "pour supprimer le contenu ou bloquer l'accès". Les mesures à prendre sont décrites dans la procédure dite de "notice and take down" ("notification et suppression du matériel contrefaisant").

(B) As used in this section, other than subsection (a), the term "service provider" means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A)."

4. *Activité de localisation de l'information*

La dernière hypothèse vise les fournisseurs de services de localisation de l'information, tels que Yahoo! (annuaire), Altavista (moteur de recherche), etc. mais aussi l'usage d'hyperliens ou d'autres outils d'identification de l'information en ligne. Nous y reviendrons dans la seconde partie du présent article (voir infra).

c) Procédure de "notice and take down"

Pour bénéficier de l'exemption de responsabilité, les ISP doivent tout d'abord désigner un agent chargé de recevoir les notifications des plaignants. Les plaignants doivent adresser à l'agent désigné un document écrit et signé identifiant l'oeuvre contrefaite, le contenu contrefaisant et sa localisation (adresse URL), accompagné d'une déclaration que l'usage du défendeur est illicite et d'une déclaration sous serment que l'information contenue dans la notification est correcte. Si, après avoir reçu cette notification respectant les exigences légales, l'ISP ne réagit pas rapidement, il peut se voir condamner à des dommages-intérêts dans une procédure au fond.

A la notification peut faire suite une contre-notification⁵⁰ de la part de l'abonné qui conteste la validité de la mise en demeure. L'ISP va transmettre cette contre-notification au plaignant et l'avertir qu'il va replacer le contenu litigieux sur le site dans un délai de 10 jours ouvrables. Endéans ce délai, le plaignant peut introduire une action en référé pour obtenir une mesure d'interdiction, à défaut de quoi l'ISP doit replacer le contenu sur le site (dans un délai de 10 à 14 jours à compter de la contre-notification).

Ce système incite l'ISP à prendre rapidement une mesure d'enlèvement du contenu prétendument contrefaisant, puisque s'il agit promptement en ce sens, il se voit exonéré de toute responsabilité tant à l'égard de l'ayant droit qui envoie la mise en demeure qu'à l'égard de son abonné (qui pourrait agir en responsabilité contractuelle pour violation du contrat d'hébergement).

d) Ordre de divulgation de l'identité de l'abonné

Le système mis en place prévoit encore la possibilité pour le titulaire du droit d'auteur de demander à un tribunal de district une mesure (*subpoena*) obligeant l'ISP à divulguer l'identité de l'abonné (voir art. 512 h). Cette mesure a par exemple été utilisée en juin 1999 par l'Eglise de Scientologie à l'encontre de AT&T, qui a ainsi révélé l'identité d'un abonné ayant posté des textes apparemment protégés de l'Eglise.

Il est sans doute encore trop tôt pour juger de l'adéquation de ce système relativement complexe. Ce régime ne règle en tout cas pas la question de fond (de l'imputabilité) de la responsabilité, il incite plutôt les parties à suivre une forme de procédure (procédure de "notice and take down" initiée et suivie par les parties) susceptible de résoudre sur un plan pratique les problèmes.

Cette législation américaine est aussi intéressante en ce qu'elle sert de modèle à la directive sur le commerce électronique à envergure horizontale adoptée au sein de l'Union européenne.

§2. Les textes communautaires (approche horizontale et verticale - droit d'auteur)

⁵⁰Cette contre-notification est aussi soumise à des exigences légales strictes.

C'est dans la *directive communautaire relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*⁵¹ (dans cette contribution : "la directive sur le commerce électronique") que l'on trouve une section 4 (art. 12 à 15) consacrée à la responsabilité des fournisseurs de services (le texte communautaire préfère parler de "prestataires intermédiaires"). Ces dispositions valent indépendamment du type de droits auxquels la communication en ligne est susceptible de porter atteinte; l'approche préconisée par l'Union est donc horizontale (voir supra).

La lecture de ce texte doit être complétée par l'analyse de la *proposition de directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*⁵² (dans cette contribution : "proposition de directive droit d'auteur") qui règle les problèmes spécifiques relatifs aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins.

Autrement dit, sur le plan communautaire, se combinent une approche horizontale (directive e-commerce) et verticale (proposition de directive droit d'auteur). L'importance de voir les deux textes entrer en vigueur en même temps est soulignée tant par la directive sur le commerce électronique (dont le considérant 50 parle de « même moment »), que par la proposition de celle sur le droit d'auteur (dont le considérant 12 parle de « délai analogue »).

1. Les exonérations de responsabilité dans la directive sur le commerce électronique

Il importe de souligner tout d'abord que la directive reconnaît l'absence d'obligation positive pour les intermédiaires de contrôler et de rechercher l'information illicite⁵³, tout en

⁵¹Adoptée en mai 2000 par le Parlement européen, cette directive (la position commune a été arrêtée par le Conseil le 28 février 2000 et ce texte a fait l'objet d'une décision du Parlement européen à la date du 4 mai 2000 (non encore paru au J.O.C.E.)), entend régler les cinq questions suivantes posées par le commerce électronique: régime d'établissement de l'ISP; réglementation de la communication commerciale; conclusion en ligne de contrats; responsabilité des intermédiaires; mise en oeuvre (adoption de codes de conduite, règlement des différends, etc.).

⁵²COM(97) 628 final du 10.12.1997. En février 1999, le Parlement européen a approuvé la proposition moyennant une série d'amendements (voir COM(97)0628 - C4-0079/98 - 97/0359(COD), ce qui a donné lieu à la présentation par la Commission d'une Proposition modifiée de directive (voir COM(1999) 250 final, J.O.C.E., 26.6.1999, C 180/6).

⁵³Voir l'article 15 (*Absence d'obligation générale en matière de surveillance*):

1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visés aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances indiquant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

reconnaissant que "les prestataires de services ont, *dans certains cas*, un devoir d'agir pour éviter les activités illégales ou pour y mettre fin" (voir considérant n° 40).

La directive ne vise pas à harmoniser les droits nationaux en ce qui concerne les conditions de la responsabilité, elle entend avant tout créer au profit des intermédiaires des "havres de responsabilité", autrement dit des cas d'exonérations de responsabilité, valables à la fois sur le plan civil et sur le plan pénal⁵⁴. Sur le plan civil, le texte communautaire limite, à l'instar de la loi américaine, la responsabilité en matière de dommages-intérêts, tout en laissant ouverte la possibilité d'agir en cessation (en référé). Ces exonérations couvrent à la fois les cas où le prestataire pourrait être directement responsable et les cas où il n'est responsable qu'à titre accessoire (par ex. en tant que complice). Les exonérations ne sont pas accordées en fonction du type d'opérateur (par ex. entreprise de télécommunications, fournisseur d'accès, etc.), mais en considération du type d'activité exercé. Le fait qu'un opérateur soit exonéré pour un type d'activité ne l'exonère pas pour ses autres activités.

a) Activités de "simple transport"

L'hypothèse du "simple transport", couvrant à la fois la transmission (*infrastructure provider*) et la fourniture d'accès (*access provider*), est envisagée à l'article 12:

Article 12 Simple transport (« mere conduit »)

1. *Les États 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 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.*

⁵⁴On pouvait lire dans une version non officielle de la proposition originale de directive ceci: "les dispositions de cette section [sur la responsabilité des intermédiaires] n'affectent pas le droit matériel qui régit les différentes infractions qui peuvent être concernées. Elles ne couvrent pas la question de savoir quelles activités constituent une infraction ni quels types d'infractions entraînent une responsabilité civile ou une responsabilité pénale en droit national [...] Cette section se borne à limiter la responsabilité. Si un prestataire de services ne remplit pas les conditions pour bénéficier de cette limitation, la nature et l'étendue de sa responsabilité devront être établies sur la base de la législation nationale" [le terme "infraction" utilisé est malheureux car la responsabilité civile est elle aussi visée].

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.*

La condition pour bénéficier de cette exonération est que l'intermédiaire ne joue aucun rôle actif dans la transmission de l'information⁵⁵ ni quant à l'origine (il n'a pas pris la décision d'effectuer la transmission), ni quant à la destination (il ne sélectionne pas les destinataires auxquels la transmission est adressée, par ex. les destinataires d'un courrier électronique), ni quant au contenu de celle-ci (il n'opère aucune sélection, mais intervient comme simple vecteur).

b) Activité de "caching"

La directive communautaire définit les conditions d'exonération en cas de "stockage automatique, intermédiaire et temporaire" (en vue de fluidifier les communications en ligne) comme suit:

Article 13 Forme de stockage dite « caching »

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 agisse 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*

⁵⁵Le considérant n° 20 d'une première version (non officielle) de la proposition de directive précisait que le terme "information" utilisé notamment dans cet article 12 est "un terme générique à interpréter au sens large et englobant les données, les textes, les images et les sons". Il était encore précisé que "tous les contenus transmis par le biais de réseaux de communication constituent des informations, qu'il s'agisse de conseils dans le domaine juridique, du contenu d'un contrat ou d'un programme informatique".

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.*

A nouveau, c'est avant tout une obligation d'abstention qui est requise dans le chef du prestataire (absence d'influence sur le contenu transmis et d'interférence avec les systèmes techniques), doublée d'une obligation de respect des règles et standards quant à l'accès à l'information et à la mise à jour de celle-ci. En outre, l'ISP est tenu d'une obligation positive, il doit promptement retirer l'information litigieuse ou bloquer l'accès à celle-ci dès qu'il a connaissance effective (suite à une notification) de la présence de cette information là où elle est accessible de manière permanente (par ex. sur le site qui l'héberge). Sans définir, à l'instar de la loi américaine, les étapes d'une procédure de "notice and take down", le texte communautaire définit un cadre général, tout en invitant les parties concernées à se mettre d'accord sur une telle procédure. On peut ainsi lire dans le considérant n° 40 que les exonérations de responsabilité doivent constituer "la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible; il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les Etats membres; il est dans l'intérêt de toutes les parties qui participent à la fourniture de services de la société de l'information d'adopter et d'appliquer de tels mécanismes". Le droit communautaire qui se met en place vise donc à définir le cadre dans lequel un droit négocié pourra prendre place (ce qui illustre le phénomène dit de "procéduralisation" du droit).

c) Activité d'hébergement ("hosting")

On retrouve la même logique dans l'hypothèse de l'hébergement:

Article 14 Hébergement

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.*
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, et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.

L'exonération ne vaut qu'en cas d'hébergement à la demande d'un client (totalement indépendant du fournisseur de service) et à condition que le fournisseur n'ait pas connaissance de la présence de l'information illicite sur son site. Toute la question est de savoir comment définir ce seuil de connaissance à partir duquel la responsabilité joue pleinement. L'envoi d'une notification ne constitue pas la seule hypothèse de connaissance, cette dernière pouvant résulter aussi de "faits ou circonstances" donnant l'apparence que le contenu est illicite. Une fois la connaissance établie, l'exonération ne jouera que si le fournisseur de services agit prestement pour enlever (ou bloquer l'accès à) l'information illicite.

2. Les atteintes au droit d'auteur selon la proposition de directive droit d'auteur

La directive sur le commerce électronique qui a une visée horizontale et générale doit être lue en combinaison avec la proposition de directive qui est spécifique au droit d'auteur.

D'un côté, le principe de base de la directive sur le commerce électronique, selon lequel les services en ligne sont exclusivement soumis au droit du pays dans lequel le prestataire est établi et qu'une fois ce droit respecté, les autres Etats membres ne peuvent restreindre la liberté de circulation (art. 3: règle du pays d'origine et de la reconnaissance mutuelle), ne s'applique pas au droit d'auteur et aux droits voisins (voir art. 3, §3 de la directive sur le commerce électronique et annexe). Ce qui laisse entendre qu'une application cumulative des droits de plusieurs pays est ici autorisée. La possibilité que le droit national (et non le droit du pays d'origine) s'applique en matière de propriété intellectuelle s'explique par un manque d'harmonisation (par exemple en ce qui concerne le régime de la copie privée).

D'un autre côté, le considérant n° 12 de la proposition modifiée de directive droit d'auteur résume les liens que les instances européennes établissent entre les deux directives comme suit:

"considérant que la question de la responsabilité relative aux activités réalisées dans un environnement de réseau concerne non seulement le droit d'auteur et les droits voisins mais également d'autres domaines, tels que la diffamation, la publicité mensongère ou le non-respect des marques déposées, et est traitée de manière horizontale dans la Directive .../.../CE du Parlement Européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur qui clarifie et harmonise différentes questions réglementaires relatives aux services de la Société de l'Information, y compris celles visant le commerce électronique, que les règles relatives à la responsabilité dans le cadre du commerce électronique doivent entrer en vigueur dans un délai analogue à celui fixé pour la présente directive, du fait qu'elles sont destinées à fournir un cadre harmonisé de principes et de règles qui concernent entre autres certaines parties importantes du présent texte".

Autrement dit, la directive droit d'auteur ne pouvait entrer en vigueur avant la directive commerce électronique qui prévoit, on l'a vu, des cas d'exonérations de responsabilité. Le risque existait sinon que les prestataires puissent être tenus responsables pour les nouvelles formes d'atteintes au droit d'auteur consacrées dans la directive droit d'auteur. En effet, l'article

2 de cette dernière proposition de directive consacre le "droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie", soit un droit de reproduction extrêmement large susceptible de s'appliquer aux nombreuses reproductions temporaires réalisées sur les installations (routeur, serveur proxy, etc.) des intermédiaires. Il est vrai que l'article 5, 1 de la proposition de directive droit d'auteur prévoit une exception pour les reproductions transitoires et accessoires⁵⁶ qui, selon le considérant n° 23 "couvre également certains actes de prélecture dans un support rapide (caching) ou de survol (browsing)". Il n'empêche que l'étendue de cette exception est encore loin d'être précisément circonscrite, ce qui créait un risque pour les intermédiaires si le système des exonérations horizontales de responsabilité n'était pas en vigueur.

S'agissant du droit de communication au public (art. 3 de la directive transposant l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur), le texte de la proposition modifiée de directive droit d'auteur écarte partiellement son application aux activités des intermédiaires, en ce qu'il prévoit que "la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas un acte de communication au public aux termes du présent article" (art. 3, 4 qui reprend la déclaration commune de la Conférence diplomatique de 1996 ayant débouché sur l'adoption du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur).

§3. Le projet de loi français

Le tour d'horizon des législations en train de se mettre en place ne peut omettre de mentionner le projet français diligenté suite à l'affaire "Estelle Hallyday" (voir infra), qui a suscité, on l'a déjà noté en introduction, un tollé de réactions dans l'hexagone.

A l'occasion de la révision de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, un amendement du député Bloche avait été discuté et adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 27 mai 1999. L'objectif déclaré de cet amendement était d'anticiper l'adoption de la directive communautaire sur le commerce électronique et d'intégrer d'ores et déjà le contenu de la proposition dans le droit français. Comme la directive sur le commerce électronique (voir supra), le texte français entendait introduire un principe d'exonération de responsabilité des prestataires.

Dans le cadre de la deuxième lecture de ce projet de loi par l'Assemblée nationale, l'examen des amendements et la discussion en séance publique qui ont eu lieu les 21, 22 et 23

⁵⁶Cette disposition qui a fait l'objet d'interminables débats est libellée comme suit: "Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, tels que les actes de reproduction transitoires et accessoires, qui constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique, y compris ceux qui facilitent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit prévu à l'article 2".

mars 2000 ont abouti à une nouvelle version de l'amendement. Les grandes lignes du projet de loi, tel qu'adopté le 23 mars 2000⁵⁷, peuvent être résumées comme suit.

En ce qui concerne les fournisseurs d'accès, ceux-ci sont, assez vaguement à notre sens, tenus de « proposer un moyen technique permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner » (voir nouvel art. 43-6-1 de la loi du 30 septembre 1986).

En matière de responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement (tant à titre gratuit que payant), les personnes physiques ou morales assurant ces services pourront être condamnées dans les trois cas suivants :

*“- si elles ont elles-mêmes contribué à la création ou à la production de ce contenu ou si elles n'ont pas respecté les conditions d'accès à ce contenu ou à ses mises à jour telles que déterminées par les titulaires de droits ;
- ou si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu, sous réserve qu'elles en assurent le stockage de manière directe et permanente ;
- ou si, ayant été destinataires d'une mise en demeure d'un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent de manière directe et permanente est illicite et lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées, l'autorité judiciaire demeurant seule juge du caractère illicite du contenu en cause.”* (nouvel article 43-6-2).

Notons que dans le premier cas d'exonération, la proposition de remplacer la formulation « ont contribué » par celle « sont à l'origine » a été rejetée, imposant donc une plus grande responsabilité à charge des ISP's. Qu'un ISP qui est « à l'origine » de contenu, à savoir en cas de contenu propre, doive en assumer la responsabilité, est évident. Qu'il doive également le faire quand il n'a que « contribué » à la création ou la production du contenu d'un abonné pose de délicates questions d'interprétation de cette notion de contribution. Par exemple, le fait de proposer un logiciel, un frame ou un autre outil informatique pour permettre à son abonné de présenter du contenu (comme c'est par exemple le cas des services dits de « communautés » en ligne), ou le fait de supprimer une partie d'un tel contenu⁵⁸, peuvent-ils être qualifiés de « contribution » au sens de la loi ?

Dans le troisième cas d'exonération, la notion de “diligences appropriées” s'avère également assez imprécise. Suffit-il de communiquer la mise en demeure à l'abonné pour être exonéré, ou faut-il en outre supprimer le contenu si l'abonné ne réserve pas de suites à la mise en demeure? La question demeure ouverte, même si des éléments nous incitent à penser que la première solution a été retenue⁵⁹.

⁵⁷ Disponible sur le site de l'Assemblée nationale, à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/2/pdf/ta0473.htm>, consultée le 10 mai 2000.

⁵⁸ Comme ce fût le cas d'AOL dans l'affaire *Ezra v. AOL*, commentée ci-dessous.

⁵⁹ Voir l'intervention de M. Patrice Martin-Lalande lors de l'examen en première séance publique du 22 mars 2000: “Avec l'idée de “diligences appropriées”, il est clair pour moi que les hébergeurs et les fournisseurs d'accès n'auront choix que de saisir le juge ou de faire part des observations du tiers au responsable du contenu afin qu'il le modifie. Il ne

Le projet innove en prévoyant d'imposer à l'éditeur d'un site une obligation d'identification. L'éditeur d'un service en ligne autre que de correspondance privée doit ainsi, sous peine de sanctions pénales, tenir à la disposition du public (article 43-6-4, alinéa 1 à 5):

- I. le nom du directeur de publication et, le cas échéant, du responsable de la rédaction; et
- II. 1° pour les personnes éditant à titre professionnel : nom, prénom et domicile (en cas de personne physique), ou raison et siège social (en cas de personne morale) des personnes propriétaires ou copropriétaires,
2° pour les personnes éditant à titre personnel : possibilité d'utiliser un pseudonyme, à condition de mentionner le nom de l'hébergeur. Dans ce cas, l'éditeur doit bien entendu communiquer ses éléments d'identification et son pseudonyme à l'ISP.

L'hébergeur doit, sous peine de sanctions pénales, garantir le respect de cette obligation par ses abonnés (nouvel article 43-6-4, alinéa 6 et 7). On se demandera si l'hébergeur manque à cette obligation dans le cas où son abonné lui fournit des éléments d'identification erronés.

Chapitre III. L'état de la jurisprudence

On distinguera la jurisprudence sur la responsabilité des fournisseurs d'accès (§1^{er}) des décisions relatives aux fournisseurs d'hébergement (§2).

§1^{er}. La responsabilité des fournisseurs d'accès

Les affaires en matière d'accès sont plutôt rares, mais l'une d'entre elles avait retenu l'attention de tous les médias.

Allemagne

1. Ministère public v. Mr Somm (Compuserve) (mai 1998 et déc. 1999)

Il s'agit de l'affaire Compuserve⁶⁰. Les faits étaient les suivants. La société américaine Compuserve Inc. hébergeait, sur son serveur news, des news groups à caractère pédophile (par exemple du type « alt.sex.pedophilia »). La société allemande Compuserve GmbH permettait aux abonnés allemands d'accéder à ces news groups à des coûts de connexion réduits. Compuserve Inc. était la seule société à avoir des liens contractuels avec les abonnés allemands. A la suite d'une perquisition, le ministère public allemand avait communiqué une première liste de 5 news groups illicites à Mr Somm, directeur de Compuserve GmbH. Compuserve GmbH n'ayant pas les moyens techniques de couper l'accès aux news groups, Mr

s'agit nullement de donner aux hébergeurs une possibilité de censure", disponible à l'adresse http://www.assemblee-nationale.fr/2/cra/2000032215.htm#P203_50318, consultée le 10 mai 2000.

⁶⁰ Pour ceux qui souhaitent consulter les jugements ou avoir plus d'informations à propos de l'affaire Compuserve, le site « The Somm Case », disponible à l'adresse <http://www.digital-law.net/somm/> (consultée le 8 mai 2000) est entièrement dédié à l'affaire et mérite une recommandation toute particulière.

Somm avait immédiatement transmis la première liste à Compuserve Inc., demandant de supprimer les news groups litigieux. Une fois ceux-ci supprimés, le ministère public avait communiqué une seconde liste de 282 news groups illicites à Mr Somm qui, cette fois également, avait répercuté la demande à Compuserve Inc. A ce stade, Compuserve Inc. avait déclaré, par voie de presse, qu'elle estimait ne plus devoir intervenir, puisque tant Compuserve Inc. que Compuserve Gmbh mettaient maintenant à disposition de leurs clients (en particulier les parents) un outil de contrôle appelé "Cyber Patrol - Parental Control", également disponible en langue allemande, qui permettait à l'abonné de censurer lui-même l'accès aux news groups de son choix.

Suite à ce changement d'attitude, le ministère public avait accusé Mr Somm de faciliter la consultation de news groups à caractère pédophile. L'Amtgericht de Munich l'avait condamné, par jugement du 28 mai 1998⁶¹, à une peine d'emprisonnement de deux ans avec sursis. Entre autres, l'Amtgericht n'avait pas pris sérieusement en considération le fait que *CompuServe Inc.* offre ses services à plus de 5 millions d'utilisateurs et qu'il lui était techniquement impossible, au cours de la période pertinente, de bloquer l'accès aux newsgroups uniquement pour les utilisateurs allemands. Par son arrêt du 8 décembre 1999, le Landgericht de Munich a réformé ce jugement, et acquitté Mr Somm.

En ce qui concerne l'épineuse question de la tierce complicité, le Landgericht a rappelé que celle-ci nécessite la preuve d'une faute dans le chef de Mr Somm. En l'espèce, une telle faute ne pouvait résulter que de deux abstentions coupables. D'une part, Mr Somm n'avait pas bloqué tout trafic avec le serveur news de Compuserve Inc. (donc également avec du contenu licite). A ce sujet, le Landgericht a considéré qu'une telle obligation de faire n'avait pas de fondement (la motivation sur ce point n'est pas très claire, mais le caractère disproportionné de la mesure paraît manifeste). D'autre part, Mr Somm n'avait pas réitéré les demandes de couper l'accès auprès de Compuserve Inc. A ce sujet, le Landgericht a considéré que les chances de succès d'une telle démarche étaient à ce point faibles, vu la prise de position officielle (par voie de presse) opposée de Compuserve Inc., que Mr Somm n'avait donc pas commis pas de faute en s'abstenant d'insister auprès de la société mère.

Au surplus, le Landgericht a estimé que de toutes façons, Mr Somm devait, en sa qualité de fournisseur d'accès, être acquitté en vertu de l'article 5 (3) TDG (voir supra).

Etats-Unis

2. *B. Ezra v. AOL (mars 2000)*

Cette affaire⁶² illustre bien la difficulté à établir une distinction claire entre un fournisseur d'accès (access provider) et un fournisseur de contenu (information content provider). AOL offre un service d'information boursière en ligne (la décision ne précise pas s'il s'agit d'un

⁶¹AG München, 28 mai 1998, *Computer und Recht*, 1998, p. 500 et s.; *Multimedia und Recht*, 1998/8, p. 429; voir *A&M*, 1998, p. 359 (où une erreur de date s'est glissée) pour une synthèse en français.

⁶² US 10th Circuit Court of Appeals, *Ben Ezra v. AOL*, 14 mars 2000, disponible à l'adresse <http://laws.findlaw.com/10th/992068.html>, consultée le 8 mai 2000.

site web, d'un BBS ou d'une autre forme de communication). Le contenu de ce service est alimenté par deux sociétés tierces spécialisées dans la recherche de ce type d'information. Dans son contrat avec ces sociétés, AOL s'engage à ne pas modifier le contenu compilé par ces sociétés. En pratique, AOL avait à quelques reprises effacé des informations boursières erronées. Le demandeur prétendait qu'une information boursière erronée lui avait causé un dommage et cherchait réparation à l'encontre d'AOL uniquement.

Comme nous l'avons remarqué ci-dessus (voir supra), aux Etats-Unis, la responsabilité des fournisseurs de services (sauf en ce qui concerne les droits d'auteur) est réglementée par le *Communications Decency Act* de 1996. La section 230(f)(2) de cette loi exonère les fournisseurs d'accès de toute responsabilité éditoriale pour le contenu auquel ils donnent accès, en ces termes : « *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* ». Cette loi distingue « l'information content provider » du « interactive computer service provider », tel un fournisseur d'accès, en ce que le premier participe à la création du contenu offert en ligne.

La Cour d'appel, confirmant la décision de la District court, a accordé à AOL le bénéfice de cette exonération de responsabilité. En considérant que la suppression des quelques données erronées à laquelle avait procédé AOL ne relevait pas d'un souci de création de contenu, mais uniquement de son devoir d'auto-régulation du contenu illicite (ce qui était précisément l'objectif poursuivi par le Communication Decency Act), la cour a jugé qu'AOL n'assumait pas de fonction de « information content provider ».

France

3. *Groupe Revue Fiduciaire v. EDV & UUNet (oct. 1999)*

Dans cette affaire⁶³, la qualité de fournisseur d'accès des défendeurs UUNet France et UUNet Technologie Inc. ne faisait aucun doute. La société EDV avait diffusé sur son site un article intitulé « Micro-entreprises – choisir le bon régime fiscal », sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, en l'occurrence la société Groupe Revue Fiduciaire. Cette dernière avait cité la société EDV et deux fournisseurs d'accès, mais pas l'hébergeur du site d'EDV, afin d'obtenir, en référé, la suppression de l'article du site Internet d'EDV ainsi que de tous autres sites français et étrangers. Les deux sociétés fournisseurs d'accès invoquaient bien entendu « l'impossibilité matérielle dans laquelle elles se trouvent de mettre en oeuvre les mesures techniques sollicitées » par la demanderesse. Même si une transaction est intervenue entre la demanderesse et EDV, il est intéressant de noter que le président a mis les deux fournisseurs d'accès hors cause, au motif que « *leurs seules prestations dans le cas d'espèce consistaient à fournir un accès à leur réseau Internet, et que de ce fait elles ne sauraient être tenues pour responsables de la nature et de la licéité des informations dont elles assuraient la transmission.* »

§2. La responsabilité des fournisseurs d'hébergement

⁶³ Président du tribunal de commerce de Paris (référé), 1 octobre 1999, disponible à l'adresse <http://www.afa-france.com/html/action/jugement2.htm>, consultée le 8 mai 2000.

Il s'avère intéressant de regrouper les cas de jurisprudence relatifs aux ISP (autres que les fournisseurs d'accès) en fonction du type de service en cause, étant entendu que l'on ne dispose pas de jurisprudence pour tous les rôles que peuvent assumer les intermédiaires (voir supra). Les décisions rendues concernent en réalité trois des principaux types de services en ligne (voir supra): les Bulletin Board Systems (BBS), l'hébergement de sites Web et le service Usenet. Il convient en outre de les regrouper par pays car le poids accordé dans chaque ordre juridique aux intérêts divergents varie⁶⁴, en dépit de la similarité technique et pratique des affaires soumises aux tribunaux.

A. Service de BBS

Etats-Unis (contrefaçon du droit d'auteur et diffamation)

1. *Sega v. Maphia (1994)*

L'affaire concerne des jeux vidéo, c'est-à-dire des produits multimédia⁶⁵, dont des copies illicites se trouvaient disponibles sur un babilleur électronique baptisé *Maphia*. Les quatre cents usagers de ce BBS, qui communiquaient entre eux à l'aide de pseudonymes, téléchargeaient ("*upload*" et "*download*") des jeux de *Sega* vers un serveur ou à partir de celui-ci, et ce avec l'accord d'un dénommé M. Scherman qui gérait ce service. Même si M. Scherman ne pouvait pas savoir exactement à quel moment les usagers chargeaient ou déchargeaient les jeux, il a été jugé co-responsable des atteintes au droit d'auteur de *Sega*, en ce qu'il incitait les usagers à réaliser ces contrefaçons, qu'il leur fournissait une infrastructure et qu'il ne pouvait donc ignorer ces infractions. C'est donc sur base d'une responsabilité indirecte (*contributory infringement*) et non directe (*direct liability*) que la Cour a condamné le défendeur⁶⁶.

2. *Playboy v. Frena (1993)*

Le défendeur, *Frena*, exploitait un "bulletin board service" qui donnait accès, moyennant paiement, à des informations relatives au marché informatique. L'éditeur de *Playboy* découvrit un jour que ce serveur contenait également 170 photos digitalisées sur lesquelles il avait les droits. Le juge⁶⁷ condamna *Frena* pour publication et distribution

⁶⁴Un juge anglais a ainsi mis en évidence le fait que les décisions américaines ne sont pas transposables, car l'impact du *First Amendment* américain sur la liberté d'expression a entraîné d'importantes différences entre le droit américain et anglais en matière de diffamation (voir *Laurence Godfrey v. Demon Internet*, 26 mars 1999, Queen's Bench Division of the High Court of Justice, § 1 (disponible à partir de l'adresse: <<http://www.courtservice.gov.uk>>, consultée le 17 juin 2000).

⁶⁵A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, op. cit., n° 470 et s.

⁶⁶*Sega Enters. Ltd v. Maphia*, 857 F.Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).

⁶⁷*Playboy Enters., Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1553 (M.D. Fla. 1993). Dans une décision similaire (*United States v. LaMacchia* (871 F.Supp. 535 (D. Mass. 1994))), une Cour du Massachusetts a jugé que la mise sur réseau de logiciels par un "hacker" (David LaMacchia), même si ce dernier ne poursuit aucun but lucratif, est constitutive de contrefaçon pénale.

illicites, en dépit du fait que le défendeur n'avait pas personnellement réalisé ces reproductions et qu'il prétendait d'ailleurs ne pas avoir connaissance de leur présence sur le babilleur. Le juge rappelle dans sa décision que ni la connaissance, ni l'intention méchante ne sont requises pour une condamnation en contrefaçon.

L'un des problèmes posés par cette décision est qu'elle semble suggérer qu'il y a une forme d'atteinte directe au droit d'auteur, ce qui ne nécessite pas la preuve de l'intention ou de la connaissance, la bonne foi n'étant pas élisive de la contrefaçon sur le plan civil. Cette décision a toutefois été infirmée par la jurisprudence *Netcom* (voir ci-après) qui demeure le "leading case" américain, notamment en ce qu'elle exclut la responsabilité directe de l'ISP⁶⁸.

3. *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co (1995)*

L'opérateur qui se réserve le droit de contrôler les contenus des BBS en tirera sans doute un argument commercial, mais, en contrepartie, il supportera probablement une responsabilité plus lourde. Ainsi, dans l'affaire *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*⁶⁹, la firme de courtage *Stratton Oakmont* avait introduit une action en justice contre le fournisseur de services *Prodigy*, spécialiste de l'information financière "on line", et un usager anonyme, au motif qu'un message posté sur le BBS de *Prodigy* prétendait que la demanderesse était impliquée dans "une importante affaire de fraude". Dans une décision du 23 mai 1995, un juge de New York a considéré que le rôle de *Prodigy* était comparable à celui d'un éditeur (*publisher*) et non à celui d'un libraire ou distributeur (*distributor*), ce qui avait pour conséquence que *Prodigy* pouvait être tenu pour responsable, alors qu'un distributeur ne peut l'être que s'il connaît ou a toutes les raisons de connaître la présence du message diffamant. Plusieurs facteurs semblent avoir guidé la décision: *Prodigy* avait publié un guide à l'attention des usagers avec quelques règles de conduite s'agissant du contenu mis sur réseau (afin d'éviter par ex. toute atteinte aux bonnes moeurs); la société utilisait un programme qui faisait automatiquement le tri des messages en éliminant ceux contenant des termes "incorrects"; un groupe d'experts avait été engagé de façon à assurer la mise en oeuvre des directives pour usagers; ceux-ci disposaient d'un système permettant de détruire rapidement les messages suspects. La responsabilité de *Prodigy* a été mise en cause, d'autant que ce dernier se présentait dans sa publicité comme un fournisseur de services pour les familles puisqu'un certain contrôle de contenu était opéré. Comme on le voit, l'adoption de mesures de

⁶⁸Cf. présentation du *On-Line Copyright Infringement Liability Limitation Act* (HR 3209; voir supra le résumé du DMCA américain) par le parlementaire Mr. Coble:

"As to direct infringement, liability is ruled out for passive, automatic acts engaged in through a technological process initiated by another. Thus, the bill essentially codifies the result in the leading and most thoughtful judicial decision to date: Religious Technology Center v. Netcom On Line Communication Services Inc. In doing so, it overrules those aspects of the Playboy v. Frena case, inasmuch as that case might apply to service providers, suggesting that such acts could constitute direct infringement, and provides certainty that Netcom and its progeny, so far only a few district court cases, will be the law of the land." (in *Patent, Trademark & Copyright Journal (BNA)*, 19.2.1998, vol. 55, p. 339-340).

⁶⁹*Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995), *The Computer Law Association Bull.*, 1995, vol. 10, n° 4, p. 18-19.

sauvegarde, en soi un bon argument commercial, peut se retourner contre le fournisseur sur le plan de sa responsabilité. Toutefois, ce litige s'est apparemment achevé par un arrangement à l'amiable⁷⁰, sans reconnaissance aucune par *Prodigy* de sa responsabilité.

4. A. *Lunney v. Prodigy Services Co.* (déc. 1999)

Dans cette affaire⁷¹, et bien qu'il s'agisse du même ISP défendeur, la cour d'appel de New York a rendu une décision diamétralement opposée à la précédente. Le demandeur n'était pas ici la personne visée par le contenu diffamant placé sur le BBS, mais bien la personne dont le nom avait été utilisé par un imposteur anonyme pour signer un tel contenu. Les messages avaient un caractère vulgaire, violent et sexuellement explicite à l'égard d'un chef scout de la localité du demandeur. Le demandeur demandait réparation pour le dommage moral que l'association entre sa personne et ces messages lui avait causé. La Cour a simplement considéré que, même si dans les contrats avec ses abonnés, Prodigy se réservait un droit de regard sur les messages postés sur son BBS, cela n'affectait en rien son rôle passif pour les millions d'autres messages à la transmission desquels Prodigy ne participait pas. Par conséquent, Prodigy ne pouvait être assimilé à un éditeur, et n'encourait aucune responsabilité pour le dommage subi par le demandeur. Il n'est pas sans importance de relever que les faits indiquaient que Prodigy avait rapidement mis fin aux différents abonnements ouverts par l'imposteur anonyme sous le nom du demandeur.

Relevons qu'un deuxième grief concernait le même genre de dommage causé cette fois-ci par l'envoi d'un e-mail, faussement attribué au demandeur, adressé au même chef scout, intitulé « How I'm gonna' kill U », et au contenu explicitant ce titre. La cour a également exonéré Prodigy dans ce cas, considérant que son rôle devait être assimilé à celui d'un opérateur téléphonique, puisque Prodigy n'avait « d'aucune manière participé à la préparation du message, ni exercé quelque discrétion ou contrôle que ce soit, ni assumé quelque responsabilité que ce soit ».

B. Usenet

Etats-Unis (contrefaçon du droit d'auteur)

1. *Religious Technology Center v. Netcom Inc.* (1995 et 1997)

Dans cette affaire mettant en cause les oeuvres de L. Ron Hubbard, fondateur de l'Eglise de Scientologie, le *Religious Technology Center*, détenteur des droits sur ces écrits, était opposé à un ancien adepte, devenu critique de la Scientologie, du nom de Dennis Erlich, qui, en tant qu'utilisateur d'Internet, avait posté, auprès d'un groupe de discussion sur le réseau Usenet, des extraits des textes de Hubbard. Les autres défendeurs étaient Klemesrud, qui avait la

⁷⁰Cf. *The Computer Law Association Bull.*, 1996, vol. 11, n° 1, p. 20-21.

⁷¹ New York Court of Appeals, *A. Lunney v. Prodigy Services Company*, 2 décembre 1999, disponible à l'adresse <http://www.nycourts.com/scripts/csearch.exe/singledecision?&FILE=cpny3369.002&CRT=5>, consultée le 8 mai 2000.

charge de la maintenance du serveur utilisé par Erlich pour envoyer ses messages, et *Netcom*, qui fournissait l'accès à Internet⁷².

a) Absence de responsabilité directe

La District Court de Californie du nord⁷³ a exclu toute responsabilité directe de ces deux derniers défendeurs, étant donné que leur système informatique avait accidentellement réalisé des copies illicites, mais qu'il n'y avait pas volonté de contrefaire. Selon la Cour,

"[t]here should still be some element of volition or causation which is lacking where a defendant's system is merely used to create a copy by a third party [Erlich en l'espèce]").

Le juge considère à cet égard qu'une analogie existe entre la situation de *Netcom* et le responsable d'une officine de photocopie (copyshop) qui met des photocopieurs à disposition du public: la responsabilité est exclue aussi longtemps qu'il n'y a pas connaissance de ce que les machines sont utilisées pour réaliser des contrefaçons.

b) Tierce complicité

Quant à la tierce complicité ou à la co-responsabilité (*contributory infringement*), les juges américains ont tout d'abord rappelé la condition imposée par la Cour suprême pour qu'un individu soit tenu responsable d'actes (violant un droit d'auteur) réalisés par un autre: la tierce complicité (*liability in participation*) est établie si le défendeur "*avec connaissance de l'activité illicite, induit, cause ou contribue matériellement au comportement illégal d'autrui*". Sur cette base, la Cour suprême des Etats-Unis avait considéré que les fabricants d'appareils d'enregistrement vidéo ne pouvaient être tenus co-responsables des atteintes réalisées par les utilisateurs de ces appareils qui réalisaient des copies illicites de films diffusés à la TV⁷⁴.

Deux conditions doivent donc être vérifiées pour qu'il y ait complicité: la connaissance de l'activité illicite et l'assistance apportée à la diffusion en ligne du matériel illicite.

L'élément de connaissance

Dans *Netcom*, la Cour va estimer que l'ISP, même après avoir reçu la lettre de mise en demeure de l'appelant, n'avait pas une connaissance suffisante lui permettant d'établir l'existence d'une protection par le droit d'auteur et d'être sûr que la reproduction qu'avait fait un utilisateur d'un ouvrage de l'appelant était illicite du point de vue du droit d'auteur. Autrement dit, cette mise en demeure ne suffisait donc pas pour établir l'élément de connaissance. Lorsqu'un ISP ne "peut raisonnablement vérifier une allégation de violation",

⁷²En fait, chaque message envoyé par Erlich pour Usenet était automatiquement reproduit de l'ordinateur-serveur de Klemesrud sur l'ordinateur de Netcom et sur d'autres ordinateurs du réseau Usenet. Une fois placé sur l'ordinateur de Netcom, le message était accessible aux clients de Netcom et de Usenet, qui pouvaient le télécharger sur leur propre disque dur.

⁷³*Religious Technology Center v. Netcom On-Line Comm. Services, Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (ND Cal. 1995); confirmé en appel (voir 1997 U.S. App. LEXIS 15542).

⁷⁴*Sony Corp. v. Universal City Studios Inc.*, 464 U.S. 417, 435, 78 L. Ed. 2d 574, 04 S. Ct. 774 (1984).

soit parce qu'une exception peut être soulevée par celui qui a posté le matériel prétendument contrefaisant (par exemple l'exception de "fair use" en droit américain ou l'exception pour citation en droit belge), soit parce qu'aucune mention indiquant l'existence d'un copyright ne se trouve apposée sur le document, "*soit parce que le titulaire du droit d'auteur est en défaut de produire la documentation nécessaire pour montrer la vraisemblance de l'atteinte, le défaut de connaissance de l'opérateur sera jugé raisonnable et il n'y aura pas de tierce complicité (contributory infringement)*".

Même après réception de la mise de demeure de l'Eglise, l'incapacité de cette dernière à produire une preuve crédible de l'atteinte⁷⁵ signifie donc que le prestataire de services ne commet pas une infraction en connaissance de cause.

En revanche, la connaissance de l'infraction eût-elle été établie, *Netcom* aurait pu être poursuivi car il avait suffisamment contribué à la distribution illicite par Erlich des messages.

L'élément de participation substantielle

En effet, selon la jurisprudence américaine, ce second élément indispensable pour établir la tierce complicité peut être réuni lorsque le comportement du tiers contribue de manière substantielle à perpétrer les actes illicites. Le fait d'héberger des fichiers illicites pourrait, le cas échéant, être considéré comme contribuant substantiellement à la commission des actes illicites.

c) Absence de responsabilité partagée

Une troisième forme de responsabilité est distinguée aux Etats-Unis, la "responsabilité partagée" (*vicarious liability*), qui requiert deux conditions: le défendeur a le droit et la capacité de contrôler les actes illicites et il retire un bénéfice financier direct de la commission de l'atteinte⁷⁶. Cette seconde condition n'était pas remplie en l'espèce. Dans le cas du bail (analogie invoquée par *Netcom*), le bénéfice direct n'est pas présent lorsque le bailleur d'un immeuble utilisé pour une activité illicite touche un loyer fixe, sans rapport avec les actes illicites. Ici également, le prix pour l'accès aux services était un taux fixe non progressif ("flat rate") et il n'était pas établi que l'activité d'Erlich contribuait à rendre les services de *Netcom* attractifs pour la clientèle.

Bien motivée, la décision *Netcom* constitue sans doute le précédent le plus intéressant en matière de responsabilité des intermédiaires.

Royaume-Uni (diffamation)

2. Laurence Godfrey v. Demon Internet (mars 1999 et avril 2000)

Dans cette affaire⁷⁷ qui a donné lieu à une décision de la Queen's Bench Division de la High Court of Justice le 26 mars 1999, le défendeur, *Demon Internet* gérait un serveur de

⁷⁵Le problème résulte de ce que l'Eglise de Scientologie ne veut pas divulguer les écrits de Hubbard, et demeure donc dans l'incapacité de produire un exemplaire publié de l'ouvrage prétendument contrefait.

⁷⁶Nous nous basons ici sur R.L. HAILS, op. cit., p. 305 et Q.R. KROES, op. cit., p. 5-6.

⁷⁷Voir à ce propos: E. WERY, Responsabilité des fournisseurs d'accès: la liste noire continue, Droit et nouvelles technologies - Actualité -12 avril 1999 disponible à partir

news Usenet sur lequel il était possible d'accéder au forum "soc.culture.thai"⁷⁸. Les messages parvenant à ce niveau de la hiérarchie sont stockés par l'ISP défendeur pendant une quinzaine de jours et sont donc disponibles tout au long de cette période. Le 13 janvier 1997, une personne demeurant inconnue poste aux Etats-Unis un message obscène et diffamant à l'égard du demandeur, message qui suit son chemin de l'ISP américain vers le serveur du défendeur localisé au Royaume-Uni. Le 17 janvier 1997, le demandeur envoie une lettre de mise en demeure au directeur de *Demon Internet*, exigeant que ce dernier enlève le message de son serveur. Ce dernier ne donne aucune suite et le message demeure accessible jusqu'au 27 janvier 1997, date à laquelle il est automatiquement effacé du système. La demande qui invoque l'existence du délit de "libel"⁷⁹ se fonde sur le fait que le message illicite est resté sur le serveur après la réception de la mise en demeure. Le juge Morland donne gain de cause au demandeur, mais estime probable que les dommages-intérêts à attribuer dans le cadre de la procédure au fond soient minimes.

Le défendeur invoquait à son profit l'exception pour "dissémination innocente", modifiée par le *Defamation Act* de 1996, exception qui, par le passé, avait été invoquée avec succès par les libraires ou bibliothécaires par exemple, afin de repousser une action civile pour diffamation⁸⁰.

Selon la loi de 1996, l'exception de "dissémination innocente" (art. 1er du *Defamation Act*) peut être invoquée avec succès si le défendeur établit de manière cumulative que:

- a) il n'est ni l'auteur (author), ni le directeur de publication (editor), ni l'éditeur (publisher) du message incriminé;
- b) il a fait preuve d'un soin raisonnable en rapport avec la publication;
- c) il ne savait pas, et n'avait aucune raison de croire, qu'il publiait (ou contribuait à publier) un message diffamant.

Reconnaissant que le défendeur n'est pas un éditeur (publisher) au sens du point a), le juge estime cependant qu'en tant que distributeur du message ayant connaissance de son caractère litigieux, le défendeur ne peut remplir les conditions b) et c).

L'un des intérêts de la décision est qu'elle précise que l'hébergement d'un forum de discussion et donc des messages postés est un acte de publication au sens de la loi anglaise:

"the Defendants, whenever they transmit and whenever there is transmitted from the storage of their news server a defamatory posting, publish that posting to any subscriber to their ISP

de l'adresse: <<http://www.droit-technologie.org>>, consultée le 17 juin 2000 (le site contient un lien vers le texte de la décision).

⁷⁸Dans l'organisation des groupes de discussion, la hiérarchie "soc" renvoie à des groupes qui débattent de problèmes sociaux, par exemple "soc.culture.thai" ou "soc.culture.british".

⁷⁹Le type de message diffamatoire appelé "libel" se présente sous la forme d'un support qui revêt la même efficacité qu'un écrit, alors que l'atteinte qualifiée de "slander" est plus immatérielle et peut par exemple résulter d'une insulte verbale. Il est significatif de constater que la diffamation sur Internet a été assimilée au "libel", ce qui suggère une forme d'analogie entre le monde de l'écrit et celui d'Internet (voir supra).

⁸⁰Cf. M. TURNER, "Libel On-line: the UK Perspective", *The Computer Law Association Bull.*, 1995, vol. 10, n° 4, p. 12-14.

*who accesses the newsgroup containing that posting. Thus everytime one of the Defendants' customers accesses "soc.culture.thai" and sees that posting defamatory of the Plaintiff there is a publication to that customer".*⁸¹

Autrement dit, selon ce juge anglais, le fournisseur d'accès n'est pas simplement le propriétaire (passif) d'un dispositif électronique permettant la transmission de messages, il choisit de stocker les messages (en l'espèce du forum "soc.culture.thai") et il a la capacité de les oblitérer; sa situation s'apparente à celle d'un libraire, d'un bibliothécaire ou d'un distributeur.

Cette décision va assez loin dans la mesure où elle met en cause la responsabilité de l'ISP dans le cas d'un groupe de discussion libre (sans modérateur)⁸², alors que le défendeur ne peut en principe pas s'attendre à trouver du contenu illicite dans cette hiérarchie "soc"⁸³. Mais l'on pouvait plaider la faute dès lors que la connaissance était acquise et que le défendeur n'avait pas réagi à la mise en demeure.

La question demeure toutefois de savoir si les ISP peuvent, de manière raisonnable, être tenus de "nettoyer" tous les groupes de discussions en cas de plaintes de tiers. Cette décision, et plus particulièrement la transaction intervenue en mars 2000 quant aux dommages-intérêts (accord pour un montant de plus de 200.000 £), ont pour conséquence que de nombreux ISP censurent désormais les forums de discussion dès réception d'une plainte et sans vérifier le bien-fondé de celle-ci⁸⁴.

C. Service Web

Pays-Bas (contrefaçon du droit d'auteur)

1. Church of Spiritual Technology v. XS4all (1996 et juin 1999)

Cette affaire mettant en cause l'Eglise de Scientologie a donné lieu à une décision au fond de l'Arrondissementsrechtbank de La Haye⁸⁵ du 9 juin 1999, qui fait suite à une décision en référé⁸⁶ du 12 mars 1996.

⁸¹*Laurence Godfrey v. Demon Internet*, 26 mars 1999, Queen's Bench Division of the High Court of Justice, § 33 (disponible à partir de l'adresse: <<http://www.courtservice.gov.uk>>, consultée le 17 juin 2000).

⁸²En ce sens: E. WERY, Responsabilité des fournisseurs d'accès : la liste noire continue, loc. cit.

⁸³Dans l'affaire *CompuServe* en Allemagne (voir supra), l'ISP prenait un risque supplémentaire en choisissant de rendre accessibles des forums clairement illicites (hiérarchie "alt.sex.pedo" par exemple).

⁸⁴Voir par ex. Financial Times, 31.03.00, p. 8.

⁸⁵Arrondissementsrechtbank's – Gravenhage, 9 juin 1999, *Computerrecht*, 1999/4, p.200 note P.B. Hugenheltz, *I.E.R.*, 1999, p.237; *Mediatorum*, 1999, p.205, note D.Visser; *B.I.E.*, 1999, p.458, note A.Quaedulieg.

⁸⁶Président Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage, 12 mars 1996, *Computerr.*, 1996/2, p. 73, note D.W.F. VERKADE.

Les faits étaient assez similaires au cas américain impliquant l'Eglise de Scientologie (l'affaire *Netcom*; voir supra): une internautes, Mme K. Spaink, avait créé une homepage, sur laquelle des textes publiés et inédits de L. Ron Hubbard, fondateur de l'Eglise de Scientologie, étaient à l'origine accessibles dans leur intégralité. Après avoir reçu une mise en demeure de l'Eglise, Mme Spaink avait enlevé ces documents protégés, mais les avait remplacés par un ensemble d'extraits des oeuvres de Hubbard. Les scientologues, qui entendaient faire interdire cette atteinte au droit d'auteur, avaient assigné l'utilisateur à l'origine du litige, ainsi que 22 fournisseurs de services (parmi lesquels *Dataweb* et *XS4all*).

S'agissant de Mme Spaink, les deux décisions ont estimé qu'elle avait, suite à la plainte de la demanderesse, retravaillé les documents disponibles sur sa homepage, et qu'il s'agissait en réalité essentiellement de citations légalement autorisées. Le tribunal a toutefois jugé au fond qu'elle avait commis une atteinte au droit d'auteur en publiant d'abord l'intégralité des textes, mais que, vu l'absence de risque de récidive, la demanderesse n'avait pas intérêt à exiger une interdiction sous astreinte pour l'avenir.

S'agissant de la responsabilité des intermédiaires, les deux décisions rendues divergent en partie. Reconnaisant qu'il y a reproduction de l'oeuvre sur le réseau, le juge en référé avait exonéré les fournisseurs de services au motif qu'ils "ne font pas davantage qu'offrir la possibilité d'une publication" et qu'"en principe, ils ne peuvent exercer aucune influence" sur le contenu rendu accessible⁸⁷.

Au fond, le tribunal raisonne en deux temps. Il souligne d'abord que:

"les service providers ne sélectionnent pas l'information et la retravaillent encore moins. Ils ne font que fournir les facilités techniques en vue de rendre possible une publication réalisée par d'autres. Comme le président du tribunal dans la procédure en référé [...] le tribunal estime que, dans les circonstances du cas d'espèce, les service providers ne réalisent eux-mêmes aucune publication mais se bornent à offrir la possibilité d'une publication".

La constatation est vraie et, dans cette mesure, les "service providers" jouent un rôle plus proche de celui d'un opérateur télécom que d'un éditeur.

La décision écarte en outre la responsabilité du service provider pour complicité dans l'atteinte au droit de reproduction de l'auteur. En effet, s'il existe effectivement des reproductions sur les machines des ISP,

"il s'agit ici de reproductions dictées par la technologie qui ne résultent pas tant d'une activité du service provider que d'un comportement du titulaire d'une homepage ou du consommateur qui demande à domicile une information".

A l'appui de son raisonnement, le tribunal invoque l'article 5, 1 de la proposition modifiée de directive communautaire sur le droit d'auteur (voir supra), qui crée une exception

⁸⁷Quant au pouvoir de contrôle des prestataires de services sur le contenu, la formulation du juge est, comme l'avait remarqué D.W.F. VERKADE (note sous la décision, *Computerr.*, 1996, p. 76), exagérée, car ils peuvent à tout le moins avertir leurs abonnés qu'ils s'opposent à la diffusion de documents illicites et qu'ils entendent tenir les fournisseurs d'information responsables en cas de diffusion illégale.

pour cette forme de reproductions temporaires. La décision est à cet égard intéressante⁸⁸ et semble ramener un peu de bon sens dans le débat autour de la formulation de cet article 5, 1.

Dans un deuxième temps, la décision met à charge de l'intermédiaire une obligation de prudence (*zorgvuldigheid*) qui l'oblige à

"prêter sa collaboration et à prendre les mesures adéquates lorsqu'il est mis au courant qu'un des usagers de son système informatique commet à l'aide de sa homepage une atteinte au droit d'auteur ou un autre acte illicite".

"Etant donné que les service providers agissent en tant que professionnels, qu'il leur est possible de bloquer l'accès à la homepage et de limiter le dommage qui pourrait résulter d'atteintes complémentaires, il faut juger que le service provider mis au courant qu'un usager de ses services a commis par l'entremise de sa homepage une atteinte au droit d'auteur ou d'autres actes illicites, alors même que l'on ne peut raisonnablement douter de la justesse de la mise en demeure, commet lui-même un acte illicite s'il n'intervient pas".

Par conséquent, le service provider a dans ces circonstances l'obligation d'éliminer "aussi rapidement que possible" les informations contrefaisantes de son système informatique, ou du moins de rendre inaccessible cette information, et ce sous astreinte. En outre, il doit faire connaître à l'ayant droit qui le lui demande dans un délai de trois jours à compter de cette demande, le nom et l'adresse des usagers qui ont placé l'information illicite en ligne.

Cette décision met donc en évidence des obligations positives à charge des intermédiaires, obligations qui vont assez loin, mais elle ne résout pas les questions délicates de savoir dans quel délai ou de quelle manière l'élimination des documents contrefaisants doit être réalisée, comment il faut agir en cas de (ou en vue d'éviter la) récidive, etc.

France

Atteintes au droit à l'image et à la vie privée

2. Estelle Hallyday c. Valentin Lacambre (1998 et février 1999)

Les deux décisions rendues en référé dans cette affaire⁸⁹ ont déclenché de nombreuses réactions en sens divers en France. Les faits ont été résumés comme suit par la Cour d'appel: des photographies privées d'Estelle Hallyday, la représentant dénudée, sont diffusées sur le réseau Internet au moyen de serveurs fournis par les services d'un site dénommé *altern.org/silversurfer* et administré par le défendeur, M. Valentin Lacambre. Estimant qu'il y avait atteinte à son droit à l'image et à l'intimité de la vie privée (art. 8 C.E.D.H. et art. 9 du Code civil français), le mannequin professionnel saisit le juge des référés. Arguant de ce que la question de la responsabilité du fournisseur d'accès et d'hébergement relève du débat de fond, le juge renvoie la demanderesse devant le juge du fond en ce qui concerne sa demande

⁸⁸La décision est également intéressante en ce qu'elle se prononce sur la responsabilité de l'intermédiaire en rapport avec l'établissement d'hyperliens (voir infra).

⁸⁹Trib. Gde Inst. (réf.) Paris, 9 juin 1998 et Cour d'appel (14ème Ch.) Paris, 10 février 1999, *D.I.T.*, 1999/2, p. 49, note M.-E. Bichon-Lefevre.

de provision sur dommages et intérêts, mais, vu l'urgence et le risque de renouvellement du trouble subi, fait injonction à M. Valentin Lacambre *"de mettre en oeuvre les moyens de nature à rendre impossible toute diffusion des clichés photographiques à partir de l'un des sites qu'il héberge"*, et ce sous une astreinte de 100.000 FF par jour. Quelques attendus de la décision semblent préciser l'étendue de l'obligation pesant sur l'ISP:

"Attendu que sur la question de la responsabilité du fournisseur d'hébergement, il apparaît nécessaire de préciser que le fournisseur d'hébergement a l'obligation de veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge, au respect par ceux-ci des règles déontologiques régissant le web et au respect par eux des lois et des règlements et des droits de tiers; Que s'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse est publique et qui est donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur 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; Que 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 au droit des tiers pour faire cesser cette atteinte".

Ajoutant que le référé ne permet pas un débat complet sur ces points, le juge ne tranche pas la question, mais ordonne l'injonction ci-dessus rappelée.

En appel, la Cour infirme le jugement de première instance. S'agissant de l'injonction, la Cour constate que le trouble avait cessé (les photographies n'étaient plus accessibles) au moment de la saisine du juge et qu'en conséquence, le juge ne pouvait enjoindre à l'intéressé

"de prendre, sous la sanction d'une astreinte importante, des mesures au surplus non définies et, par voie de conséquence, difficiles d'exécution, pour éviter le renouvellement d'un trouble simplement éventuel".

La Cour pointe le doigt sur l'une des difficultés des décisions de justice et des ordres de cessation qui ne sont pas suffisamment précis et qui, en outre, risquent de ne pas pouvoir être mis en oeuvre.

En ce qui concerne la demande de dommages et intérêts à titre provisionnel, la Cour estime qu'elle est justifiée au motif que l'appelant doit *"assumer [...] les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer [...] et qui, contrairement à ce qu'il prétend est rémunératrice"*. En conséquence, elle condamne M. Valentin Lacambre à payer une provision de 300.000 francs français. La Cour semble ne pas tant considérer qu'il y a une faute à réparer, mais un simple risque à assumer. Une telle approche doit, à notre sens, être critiquée.

Cela dit, la Cour s'accorde avec le juge de première instance pour considérer que la question de la responsabilité doit être tranchée au fond.

On ne peut, à notre sens, tirer de ces décisions les conclusions hâtives qu'on a pu lire dans la presse notamment. Tout d'abord, loin d'être tranché, le débat sur la responsabilité des intermédiaires n'est pas envisagé de manière approfondie dans ces décisions en référé. Un autre élément, qui peut sembler accessoire, mais qui a certainement joué un rôle dans cette affaire, est que la publication des mêmes photographies dans la presse avait donné lieu à des

condamnations en justice. En rendant ces clichés disponibles sur Internet, le défendeur porte atteinte à l'autorité de ces décisions judiciaires, ce que dans d'autres pays, on pourrait peut-être considérer comme une forme de "contempt of court". En outre, le fournisseur d'hébergement en cause offre d'héberger de façon anonyme, ce qui est un choix (en quelque sorte éditorial) dépassant le rôle technique d'un simple intermédiaire dans la chaîne de diffusion.

3. Lacoste c. Multimania (déc. 1999)

Cette affaire met également en cause un mannequin dont des photos avaient été reproduites sur plusieurs sites hébergés par les défendeurs (dont la société Multimania). Le tribunal de grande instance de Nanterre⁹⁰ se déclare tout d'abord territorialement compétent dans la mesure où ces sites sont accessibles de tous les points du territoire français, et notamment du département des Hauts de Seine ; il estime que la question de la responsabilité de l'hébergeur est indépendante de celle des éditeurs des sites, que son rôle, contrairement à celui du fournisseur d'accès, n'est pas limité à une prestation technique de transmission de l'information, et qu'en tant que cocontractant de l'éditeur du site, 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* ». Et le tribunal de détailler ces trois plans :

- l'obligation d'information implique d'attirer l'attention des créateurs de sites sur le respect des droits de tiers ;
- la vigilance n'implique pas d'assurer une surveillance minutieuse du contenu des sites, mais de prendre les mesures de nature à permettre d'évincer les sites au contenu illicite, notamment par l'usage de moteurs de recherche et la mise en place d'une procédure ad hoc;
- l'action implique la fermeture du site après réception des notifications.

Cette décision qui condamne les hébergeurs au paiement de dommages-intérêts au motif qu'ils ne respectent pas ces diverses facettes de l'obligation de prudence, renforce donc les charges qui pèsent sur les intermédiaires que sont les hébergeurs. A suivre cette jurisprudence, les hébergeurs, s'ils ne sont tenus à aucune forme de surveillance préalable et continue du contenu, doivent toutefois prendre des mesures de nature à limiter et arrêter la diffusion de contenus illicites. Cette décision a été en partie confirmée dans l'affaire suivante même si, en l'espèce, l'hébergeur a été mis hors cause.

Atteinte au droit d'auteur

4. Cyber press c. Skynet (mars 2000)

L'intérêt de cette décision rendue en référé⁹¹ (devant M. le juge Gomez, comme dans l'affaire *Estelle Hallyday* : voir supra) qui avait trait à une contrefaçon liée à la reproduction de pages issues d'une revue consacrée aux jeux-vidéo, tient surtout à ce que l'hébergeur (*Skynet*), qui n'avait d'ailleurs pas reçu de mise en demeure, ni de réclamation par courrier électronique avant l'assignation, a été mis hors cause au motif qu'il avait

⁹⁰ TGI Nanterre, 8 déc. 1999, disponible à l'adresse <http://www.juriscom.net/jurisfr/lacoste.htm>, consultée le 17 juin 2000.

⁹¹ TGI Paris (réf.), 22 Mars 2000, non publiée (*Cyber press Publishing c. Skynet*). Cette décision illustre également la question de la responsabilité liée à la création de liens.

« mis en œuvre les moyens de nature à permettre la suspension de l'accès au site litigieux, remplissant ainsi son obligation de veiller au respect par ses hébergés des règles déontologiques régissant le web, des lois et règlements et surtout des droits des tiers et de mettre en œuvre des mesures de nature à faire cesser le trouble qui a été causé aux tiers ».

En effet, il ressortait des faits de l'espèce que cet hébergeur attire l'attention de ses clients sur le nécessaire respect des droits de tiers, notamment des droits de propriété intellectuelle, qu'il utilise des procédures de contrôle basé sur une modération humaine et des logiciels d'identification de mots clefs, et qu'il a mis en place une procédure performante et détaillée de « notice and take down » en cas de plainte émanant de tiers pouvant le conduire à suspendre l'accès au site ou à la désactivation du lien. Il apparaissait donc que, s'il avait eu connaissance de la présence de ces pages avant l'introduction de l'instance, l'hébergeur aurait pu agir et aurait sans doute donné suite à une notification. Cette décision incitera donc les intermédiaires à prendre des mesures préventives permettant de contrôler et de mettre fin aux atteintes en ligne.

D. En Belgique

Outre les affaires *IFPI c. Skynet* et *IFPI c. Beckers* qui concernent exclusivement l'établissement de liens, et dont nous traiterons dans la seconde partie de la présente étude (voir infra), d'autres litiges ont donné lieu à des décisions (affaires *Easy Computing*⁹² et, sur le plan pénal, *Novell*⁹³ ; voir aussi la décision plus ancienne: *IFPI/Innet*⁹⁴), mais il faut admettre que l'on ne peut tirer que de très maigres enseignements de décisions rendues la plupart du temps en référé et motivées de manière sommaire. Les affaires *Easy Computing* et *Novell* concernent l'offre en ligne de logiciels à travers les pages d'annonces d'*Ad Valvas* dans le premier cas, par le biais d'un BBS dans le second cas. *Ad Valvas* s'est vue interdire d'accepter des annonces en ligne pour les logiciels de *Easy Computing*, sous une astreinte de 250.000 FB par annonce. Il faut noter que la société *Ad Valvas* n'avait pas donné suite aux courriers de mise en demeure qu'elle avait reçus de l'ayant droit. Dans l'affaire *Novell*, le tribunal correctionnel a considéré que la personne physique gestionnaire du BBS "était responsable du contenu de son BBS et avait par conséquent l'obligation de contrôler les logiciels qui y étaient placés par les usagers".

Par ailleurs, sur le plan pénal, un protocole de collaboration entre les fournisseurs de services (ISPA Belgium) et les Ministres des Télécommunications et de la Justice a été conclu le 28 mai 1999 en vue de lutter efficacement contre les actes illicites sur Internet, et plus

⁹²Civ. (réf.) Kortrijk, 10 sept. 1998, *Computerrecht*, 1991/1, p. 30, note E. GYBELS; *A&M*, 1998, p. 361 (un appel a été introduit).

⁹³Corr. Hasselt, 16 février 1999, *A&M*, 1999, p.287; *R.W.*, 1998-99,p.1424; *I.R.D.I.*, 1999, p.34; *Computerrecht*, 1999, p.183.

⁹⁴Civ. (réf.) Namur, 11 février 1997, non publiée à notre connaissance. Voir à propos de cette affaire N. IDE, Actualité du 23 novembre 1997, disponible à partir de l'adresse <<http://www.droit-technologie.org>>, consultée le 17 juin 2000. Le juge des référés qui a déclaré la demande non fondée suite au défaut d'urgence, a pris soin de préciser "qu'il ne s'agit pas en l'espèce de se prononcer sur l'éventuelle responsabilité du fournisseur d'accès et de service, ce qui sera peut-être le rôle du juge du fond".

particulièrement de faciliter la recherche des infractions⁹⁵. Les fournisseurs de services se sont engagés à informer le point de contact central de la police judiciaire (<http://www.gpj.be> ou <contact@gpj.be>) au cas où ils constatent la présence d'un contenu illicite ou qu'un utilisateur les avertit de l'existence d'un tel contenu. Aucune obligation positive de recherche active des actes illicites n'est imposée aux ISP. La procédure de collaboration ne concerne que les communications publiques sur Internet (si bien que l'ISP ne peut s'informer d'une communication privée telle qu'un courrier électronique, un "chat" privé ou un site dont l'accès est limité⁹⁶). Dans certains cas (si le contenu visé est présumé constituer une infraction en matière de pornographie infantile), les ISP s'engagent à bloquer par tous les moyens dont ils peuvent disposer l'accès au contenu illicite ou à avertir l'association des ISP du pays étranger où le contenu illicite serait hébergé ou, directement, l'ISP étranger hébergeur de ce contenu.

* * *

Quelles sont les principes généraux qui se dégagent de l'état encore transitoire de ce droit de la responsabilité en ligne (dans les cas d'activités d'accès et surtout d'hébergement ; pour l'activité d'établissement de liens, voir la seconde partie de l'article)?

Il ressort de l'analyse des développements récents, tant jurisprudentiels que législatifs, que le régime de droit commun est appliqué (par les juges) et devrait continuer à s'appliquer (selon les textes législatifs) pour déterminer la responsabilité des intermédiaires en cas de communication en ligne.

En effet, même s'ils semblent parfois attirés par le modèle d'une responsabilité objective (voir l'affaire *Estelle Hallyday* en France), les juges, par exemple dans les précédents majeurs que sont les affaires *Netcom* aux Etats-Unis et *XS4all* aux Pays-Bas, s'efforcent de rechercher la faute génératrice de responsabilité civile. On peut cependant regretter que les juges n'aient pas encore défini de manière suffisamment précise l'une des conditions de la faute, tenant à la connaissance du caractère illicite du contenu, si bien qu'il demeure incertain de savoir si et à partir de quand un élément de fait, par exemple une notification d'un plaignant, vaut connaissance pour le fournisseur de services (en matière de contrefaçon notamment). De même, il faudra déterminer de manière plus exacte l'obligation qui pèse sur l'intermédiaire de réagir de "manière prompte" suite à la connaissance effective de la présence du contenu illicite.

Sur le plan législatif, il semble que l'on ne se dirige pas vers un système de responsabilité en cascade, réglant l'imputabilité de la faute, comme en matière de presse (ou d'audiovisuel en France). En outre, il est clair qu'aucune obligation de contrôle a priori n'est imposée aux fournisseurs de services qui conservent un rôle passif dans la diffusion de l'information (cela résulte par ex. de la directive communautaire sur le commerce électronique). La voie suivie par les législateurs consiste clairement à préserver l'application des règles du droit commun (en matière de *contributory infringement* ou de complicité par

⁹⁵Voir le site de l'ISPA: <<http://www.ispa.be/fr/c040202.html>> consultée le 17 juin 2000.

⁹⁶D. VOORHOOF, Belgique: protocole de collaboration pour lutter contre les actes illicites sur l'Internet, *IRIS Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, juillet 1999, vol. V, n° 7, p. 4.

ex.), tout en créant des zones de non-responsabilité pour certaines activités bien définies et à des conditions strictes qui peuvent varier selon le type d'activités. Par ailleurs, un autre trait commun des dispositions américaines et communautaires est de préserver l'application des mesures de cessation (*injunction* ou référé).