



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

Présente :

La responsabilité des « fournisseurs d'hébergement »
- Etude de droit comparé entre la France et l'Italie

Maurizio De Arcangelis

Docteur en Droit Européen à l'Université de Rome « La Sapienza »

maudearc@yahoo.com

Date de mise en ligne : 7 novembre 2001

L'analyse approfondie de certaines solutions adoptées par les juristes en matière de responsabilité des fournisseurs d'hébergement nous permettra de faire quelques remarques sur les différences entre Italie et France mais, aussi, d'aborder la question d'un point de vue européen, dans une perspective de convergence tant des moyens techniques que de la législation.

Il faudra tout d'abord rappeler que les prestataires de services Internet sont généralement classés selon les différents services qu'ils offrent. Souvent, le législateur ne fait guère de différences entre eux.¹ On peut toutefois distinguer, au niveau technique, l'activité de fourniture d'accès de celle relative à la fourniture d'hébergement.

Le fournisseur d'accès établit la connexion des utilisateurs au réseau Internet. Il a donc pour mission de permettre l'accès aux informations et ne fournit pas en principe l'information. A ce titre, il n'a pas a priori une responsabilité sur le contenu informationnel.

Le fournisseur d'hébergement, par contre, est un prestataire technique stockant sur des serveurs les informations, les applications et les fichiers des clients. Plus concrètement, il héberge un site sur son serveur. A ce titre il peut être considéré responsable en cas d'aide à la diffusion d'informations illicites.

Il est en relation juridique avec l'auteur des informations dans la mesure où il s'agit de son propre client. En plus il peut techniquement bloquer l'accès aux sites litigieux².

Le fait que parmi les différents opérateurs techniques, l'opérateur de transport n'ait pas à connaître les contenus qu'il transporte et, pourtant, n'ait aucune responsabilité à cet égard, n'est plus sérieusement remis en cause aujourd'hui. C'est, semble-t-il, le seul fait acquis en la matière.³ En effet, la question de la responsabilité de l'opérateur d'hébergement fait en revanche l'objet de vives discussions. On étudiera d'abord la complexe situation italienne (§1) et ensuite l'intéressante expérience française (§2). Un troisième paragraphe,

¹ Tel est le cas du législateur communautaire lorsqu'il adopte toujours le mot *provider* dans la directive sur le commerce électronique (Directive 2000/31/CE, du 8 juin 2000). Voir P. Volo « Quels nouveaux principes de la directive européenne ? » *Expertises*, janvier 2001, n. 244, pp. 27-29.

² Voir la jurisprudence issue de l'affaire *Estelle H.*, CA Paris, 10 février 1999 et l'affaire *Lynda L.*, TGI Nanterre, 8 décembre 1999.

³ Cf. avec le *Rapport remis au Service Juridique et Technique de l'Information et de la Communication* auprès de Monsieur le Premier Ministre, par Sébastien Canevet.

enfin, sera dédié aux récentes innovations législatives au niveau communautaire comme nationale (§3).

§1. La démarche de l'Italie

La première différence qu'on peut remarquer entre l'Italie et la France est sur la définition des communications par l'Internet⁴.

En France « *toutes les communications mises à disposition du public ou de catégorie de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de son ou les messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* » sont considérées comme des communications audiovisuelles⁵. Cette définition générale, prévue par la loi, regarde aussi l'Internet. C'est à partir de là que s'expliquent les efforts du CSA pour faire rentrer sous son autorité les communications par Internet.

En Italie, par contre, le débat ne porte pas du tout sur la question de faire rentrer l'Internet dans le régime des communications audiovisuelles. Selon les juges italiens, qui ont les premiers abordé la question, les transmissions par Internet seront plus proches du régime de la presse écrite⁶.

⁴ En effet, en Italie comme en France il n'y a pas de véritable définition pour les communications par Internet. Il faut dériver la notion qui nous intéresse à partir des textes des lois existantes, qui ont été conçues bien avant l'apparition du réseau Internet. Il s'agit donc de fournir un effort interprétatif de relief pour le juriste qui veut découvrir la matière.

⁵ Art. 2 Loi n. 86/1067 du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication.

⁶ Du même avis, le Conseil National des Journalistes italiens demandait au Gouvernement, dans un document du 12 octobre 1995, des mesures pour assimiler les journaux télématiques aux journaux traditionnels. Voir le site du *Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti* : <<http://www.odg.i.it/intel.html>>.

C'est l'art. 1 de la loi 8 février 1948 n. 47 qui donne la définition de presse : « tout reproduction typographique ou par quelconque moyen mécanique ou physico-chimique destiné à la publication »⁷.

Toutefois, l'application de cette loi aux communications par l'Internet légitime les mesures de répression pénale prévues pour la presse périodique (en cas de diffamation elle prévoit des sanctions bien plus rigides⁸) et impose des obligations pour les *webmaster* (telle que l'enregistrement de la publication télématique auprès de la préfecture), que les mêmes juges ont eu du mal à accepter.

En effet, il y a longtemps eu une incertitude ayant donné lieu à des arrêts contradictoires.

A) L'incertitude des juges

En l'absence de normes spécifiques, les juges ont tout d'abord cherché à rattacher aux intermédiaires techniques des communications par Internet une responsabilité pénale éditoriale.

En Italie il existe deux régimes spécifiques de responsabilité éditoriale : celui de la presse, régi par la loi 48/1948 déjà citée, et celui des transmissions hertziennes, loi 233/90⁹. Ces deux régimes permettent de faciliter la mise en jeu de la responsabilité pénale, en cas d'infraction commise par voie de presse ou par des moyens audiovisuels, en désignant « en cascade » les responsables « potentiels » de l'infraction. Ce sont successivement le directeur

⁷ La doctrine a, à plusieurs reprises, critiqué l'applicabilité du régime de la presse écrite aux communications par l'Internet. Voir l'article de Vincenzo Zeno-Zencovich « La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa » in *Il Diritto nel Cyberspazio*, Napoli, ed. Simone, 1999, p. 61.

⁸ L'art. 595, alinéa 3, sanctionne la diffamation commise par un moyen de presse avec une réclusion de 6 mois à 3 ans.

⁹ En France, la loi 29 juillet 1881 (presse) et la loi du 30 septembre 1986 (audiovisuelle).

de publication qui est poursuivi comme auteur de l'infraction, à défaut l'auteur du message ou de l'article, puis l'imprimeur dans le cas de la presse¹⁰.

Pour soumettre les hébergeurs au régime prévu par la loi sur la presse écrite, il fallait nécessairement reconnaître le statut d'éditeurs aux prestataires à travers une interprétation extensive de la loi (a. La protection pénale).

Par contre, l'alternative d'une responsabilité civile objective, tout à fait envisageable sur la base du droit existant comme l'expérience juridique française l'avait déjà montré, n'a pas été prise en compte (b. L'alternative d'une responsabilité civile objective).

a. La protection pénale

Le premier arrêt qu'il convient d'étudier date du 8 août 1996 et provient du Tribunale di Napoli¹¹. Dans cette affaire de concurrence déloyale, le juge a affirmé pour la première fois la responsabilité d'un prestataire « pour avoir autorisé, permis ou aidé un comportement contraire à la loi ».

En particulier le tribunal a soutenu que le *provider* aurait dû agir comme un responsable éditoriale, car il est « ...le propriétaire d'un canal de communication qui s'adresse au public – public similaire à celui de la presse – et il a donc une obligation de vigilance sur la concurrence déloyale éventuellement pratiquée par un de ses clients. Il doit vérifier la claire, véritable et correcte nature des messages publicitaires publiés, autrement il en est responsable »¹².

¹⁰ La responsabilité en cascade suppose une fixation préalable du message incriminé. Mais la particularité du « réseaux des réseaux » tient aussi au fait que la mise en ligne de l'information peut être instantanée, immédiate, ce qui rend complexe la prise de connaissance. D'ailleurs le régime des communications hertziennes prévoit des dérogations de responsabilité en cas d'émission en directe.

¹¹ Ordonnance Trib. Napoli, 8 agosto 1996, in *Dir. Inf.*, 1997, p. 970. En particulier voir l'article du prof. Costanzo P. "Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo – Aspetti giuridici dell'Internet service provider", *Diritto della radiodiffusione e della telecomunicazione*, 1999, p. 88.

¹² Voir Leonardo Bugliacchi "Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato", *Dir. Inf.* 2000, n. 6, p. 855.

Le Tribunale di Napoli a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence l'année suivante par une ordonnance du 18 mars 1997¹³. Dans cette affaire, concernant un autre cas de concurrence déloyale pratiquée grâce à de la publicité sur le *web*, ce que nous intéresse est la définition donnée des publications sur le Net : « ...le réseau Internet- dit le juge - peut être assimilé à la presse ». Le prestataire, comme tout autre opérateur éditoriale, doit être vigilant sur le contenu du message diffusé¹⁴. En effet, dans cette affaire le tribunal a reconnu aux publications sur Internet le statut de la presse, seulement, car il s'agissait d'une autre voie de diffusion d'un périodique traditionnel, d'une reproduction d'un journal qui existait déjà.

Cette solution a été confirmée par le Tribunale di Teramo en 1997¹⁵ et, ensuite, par le Tribunale di Cuneo, 23 juin 1997¹⁶. Elle a fini par faire réellement jurisprudence.

Toutefois, pour longtemps les tribunaux italiens se sont refusés à accorder¹⁷ aux organes d'information qui étaient présent seulement sur le web la qualification de journal et, bien évidemment, à ses collaborateurs le statut de journalistes¹⁸.

Voilà le paradoxe : d'une part, un prestataire endossait la même responsabilité qu'un directeur de journal sur le contenu des sites Internet qu'il hébergeait, quand, en pratique, il n'était qu'un prestataire de service technique et il n'avait aucun pouvoir éditorial, mais, d'autre part, le même prestataire ne pouvait pas obtenir l'enregistrement d'un site Internet comme publication périodique.

Le problème c'était que certains juges, plus sensibles aux développements des nouvelles technologies, et qui devaient trancher sur des questions de responsabilité liées au

¹³ Tribunale di Napoli (ordonnance), 18 mars 1997, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1997, p. 187, commentaire par R. Catalano.

¹⁴ Voir l'article de Sanso A. "Attività di concorrenza sleale posta in essere mediante comunicazioni pubblicitarie via Internet: qualificazione degli atti, corresponsabilità del titolare del domain name e problematiche connesse", in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 175.

¹⁵ Tribunale di Teramo, 11 dicembre 1997, in *Dir. Inf.* 1998, p. 370. Voir aussi l'article de Albertini M. "Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa" in *Giustizia civile*, 1998, I, p. 261.

¹⁶ Trib. Cuneo, 23 giugno 1997, in *Giustizia piemontese*, 1997, p.493. Voir aussi Tosi E. "I problemi giuridici di Internet", Milano, Giuffrè, 1999, p. 452.

¹⁷ L'article 5 de la Loi n. 47/1948 sur la presse écrite prévoit une obligation d'enregistrement pour toute publication périodique. C'est le tribunal du lieu de diffusion qu'exerce un contrôle sur les conditions à accomplir.

¹⁸ Le premier journal télématique fut <<http://www.interlex.it>> enregistré par ordonnance du Tribunal de Rome, du 6 novembre 1997. Avant les tribunaux se sont toujours refusés d'enregistrer les journaux télématiques. Voir les articles sur <<http://www.cibernet.it>>.

web, cherchaient à encadrer les communications par l'Internet dans le régime de la presse écrite, grâce à une interprétation extensive de la norme existante.

En même temps, par contre, tous les autres tribunaux, qui étaient toujours très peu familiarisés avec les nouveaux moyens de communications, se limitaient à une lecture stricte de la norme sur la presse et se refusaient à reconnaître comme presse périodique l'information télématique¹⁹.

b. L'alternative d'une responsabilité civile objective

D'ailleurs, le seul autre critère offert par le système de protection civile italien, pour sanctionner des activités illicites éventuellement commises par un prestataire, aurait été celui du régime de la responsabilité définie par les articles 2043 et suivants du Code civil²⁰.

La discipline ainsi délinée, qui trouve ses origines dans l'ancien Code Napoléonien (notamment dans les articles de 1382 à 1384), envisage la réparation des dommages causés par une personne. La mise en œuvre de cette responsabilité extra-contractuelle suppose l'existence d'une faute, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

Appliqué en matière de communications par Internet cette norme imposerait aux prestataires une obligation de contrôle dans la mesure d'une diligence raisonnable. Voie, déjà pratiquée en France et qui avait donné quelques résultats intéressants²¹.

L'arrêt rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre, le 8 décembre 1999, dans l'affaire L., illustre parfaitement cette tendance²². Ce litige opposait l'ex-mannequin Lynda L.

¹⁹ Une partie de la doctrine s'est déclarée au début favorable à une interprétation extensive de la loi n. 47/1948 sur la presse écrite pour y faire rentrer l'Internet. Voir Bergonzi Parrone A. "La registrazione dei periodici online. Una questione di interpretazione estensiva di atto dovuto", <<http://www.interlex.com>>.

²⁰ Article 2043 du Code civil italien prévoit que : « *Qui a causé à autrui un dommage est obligé à le réparer* ».

²¹ La première affaire en ce sens fut celle de Valentin Lacambre, propriétaire du site <<http://www.altern.org>> condamné par le TGI de Paris pour avoir « excéd[é] manifestement le rôle d'un simple transmetteur d'information » en offrant des services d'hébergement de façon anonyme. Cette décision représente « une pierre fondatrice de l'arsenal jurisprudentiel afférent à la responsabilité des fournisseurs d'accès et des fournisseurs d'hébergement d'Internet » selon M. H. Tonnellier, voir l'article « Responsabilité de l'hébergeur », *Expertises*, octobre 1998, p. 308.

²² TGI Nanterre, 8 décembre 1999, avec le commentaire de G. M. Riccio, *Dir. Inf.* 2000, p. 307.

à trois sociétés qui hébergeaient des sites *web* où il était possible de consulter des photos la représentant nue. Selon le juge de Nanterre, les hébergeurs sont tenus d'une obligation générale de prudence et diligence et ils doivent veiller au bon droit des tiers en mettant en œuvre « des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action ». Mais, surtout, le juge a reproché aux prestataires de services techniques de n'avoir pas su prendre des mesures raisonnables pour détecter les contenus illicites et les supprimer de leurs serveurs. Résultat : les prestataires ont été condamnés pour la diffusion illicite desdites photographies²³.

Selon l'esprit de l'article 1383 du Code civil français, en effet, la responsabilité de l'intermédiaire ne serait engagée que : « s'il n'a pas accompli de diligence raisonnable, compte tenu des moyens techniques à sa disposition »²⁴.

Cette jurisprudence aurait pu être suivie en Italie. Ou bien, en appliquant la protection offerte par l'article 2051 du Code civil, on aurait pu interpréter le contrat d'hébergement comme un contrat de dépôt, qui obligerait le prestataire à garder l'information logée et à y être responsable envers les tiers²⁵.

B) Vers l'irresponsabilité du prestataire

Pour résoudre la question de la responsabilité des prestataires, la doctrine comme la jurisprudence, ont d'abord raisonné par analogie. Le problème en l'espèce c'est que le recours à un procédé analogique n'est pas tout à fait applicable en matière pénale et que la solution adoptée ne tient pas compte des situations réelles, des spécificités de l'Internet²⁶. Bientôt les

²³ L'affaire a connu un second degré devant la Cour d'appel de Versailles le 8 juin 2000. Avec cette nouvelle décision, le juge a eu l'occasion de préciser les limites, tant techniques que juridiques, dans lesquelles la responsabilité des prestataires peut légitimement être mise en œuvre sur fondement de l'obligation de vigilance et de prudence. Texte intégral des jugements sur *Juriscom.net* <<http://www.juriscom.net>>.

²⁴ En ce sens, Vivant M., « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », *Jurisclasseur périodique (semaine juridique)*, 1999, I, p. 2021.

²⁵ C'est encore à l'excellente analyse de Leonardo Bugliacchi, *op. cit.*, qu'ici nous faisons référence.

²⁶ La doctrine italienne a porté contre la responsabilité des prestataires des arguments en faveur d'une interprétation littérale de la norme (voir Zeno Zencovich V. « Alla telematica non si applica le legge sulla stampa » *Dir. Inf.* 1998, p. 15) mais aussi sur le contenu de la politique de droit qui devrait régir la réglementation des communications sur le *Net* (voir Costanzo P. « Libertà di manifestazione del pensiero e pubblicazione in Internet » *Dir. Inf.* 1998, p. 377).

contradictions entre le vrai rôle joué par les intermédiaires techniques et leur responsabilité éditoriale devait éclater.

a. L'interprétation stricte de la loi sur la presse

La jurisprudence italienne a changé d'avis à partir d'une affaire de diffamation dans un forum de discussion sur l'Internet porté devant le Tribunal de Rome en 1998²⁷. Le Tribunal civil de Rome a soutenu le principe d'irresponsabilité du prestataire sur le contenu des messages publiés dans les *newsgroups*. Mais, avant d'exposer cette affaire, il convient d'expliquer en quoi consiste un *newgroup*.

Les forums de discussion, plus communément appelés *newsgroups*, sont des sortes de lieux publics virtuels consacrés à la discussion d'un thème spécifique. Chaque *newsgroup* sur Internet est voué à un sujet où tout individu intéressé a la possibilité de s'inscrire au groupe. Dès lors, il pourra lire les contributions des autres inscrits ou faire parvenir ses propres apports sous forme de textes ou graphiques... Les informations ainsi récoltées sont disponibles pendant un certain temps au terme duquel elles sont détruites²⁸.

Le News-server est l'intermédiaire qui permet la connexion au *newsgroup*. En l'espèce, la société Panthon S.R.L., qui héberge les *newsgroups* pour Agorà Telematica de Rome, avait été attiré en justice par la Banca del Salento pour diffamation. Un client de l'agence de crédit avait utilisé le forum de discussion en question pour critiquer la banque. Le Tribunal civil de Rome a jugé que : « *Le news-server n'est pas responsable pour le contenu des messages qui transitent par ses ordinateurs. Car – comme spécifie le juge – il se limite à*

²⁷ Tribunale di Roma, 4 juillet 1998, commentaire par Costanzo P. dans *Dir. Inf.*, 1998, p. 807

²⁸ Voir Brugaletta F. « *Internet per i giuristi* », Napoli, Ed. Simone, 1997, p. 271. Quant aux forums de discussion il faut vraiment s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit d'une correspondance privée ou bien d'une communication destinée au public. A titre préliminaire il faut remarquer que la contribution à ces espaces de discussion virtuels est volontaire et a pour objet le plus souvent des thèmes bien définis. Parfois on peut y laisser des messages anonymes. D'autres fois, le modérateur peut opérer une sorte de censure sur les messages peu appropriés. Enfin, toutes ces considérations n'empêchent pas le fait que les *newsgroups* soient un mode répandu de dissémination d'information collective.

mettre à disposition des utilisateurs de l'espace virtuel dans le forum de discussion et il n'a pas un pouvoir de contrôle et de vigilance sur les interventions qui y sont introduites »²⁹.

Le requérant demandait que le prestataire fût reconnu comme co-responsable pour la diffamation commise par Internet, en application par analogie des dispositions sur la presse. Par contre, le juge de l'instruction s'est accordé avec les thèses de la défense, représentée par l'avocat Zeno Zencovich qui soutenait que le message provenait d'un simple « particulier » auquel on ne pouvait pas appliquer les limites et les responsabilités des journalistes. Ces critiques sont une manifestation légitime d'une opinion, protégé par l'art. 21 de la Constitution italienne³⁰.

Il conviendra d'analyser davantage les théories de Vincenzo Zeno Zencovich.³¹ Selon ce juriste, on ne peut pas appliquer les normes civiles, pénales et administratives de la presse écrite aux communications par Internet, ou à la télématique en général, pour des raisons pragmatiques.

La définition que l'article 1 de la loi du 8 février 1948 n.47 donne de la presse est :
« Toute reproduction typographique ou par des moyens mécaniques ou chimiques destinées à la publication ».

Les conditions à accomplir sont deux :

- 1.- La reproduction typographique ;
- 2.- La publication.

Voici posé le champ d'application de cette norme ainsi que ses limites. Si l'une des deux conditions vient à manquer, il n'y a pas de presse, comme dans le cas des cartes de visite, qui ne sont pas destinées au public (pas de publication), et des affiches à la main, qui ne sont pas des reproductions mécaniques (ils n'ont pas subi un processus typographique).

²⁹ Toujours la décision du Tribunal civil de Rome, 4 juillet 1998, affaire *Banca Salento c. Pantheon*. Il faut souligner que les traitements des informations concernant les *newsgroups* (inscription, lecture, contribution) sont souvent assurés par des logiciels spécialisés.

³⁰ Bien évidemment, on pourrait faire référence à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³¹ De cet auteur voir : Zeno Zencovich V. « Alla telematica non si applica le legge sulla stampa » *Dir. Inf.* 1998, p. 15 et «Rapporti fra responsabilità civile e penale nelle comunicazioni su Internet», *Dir. Inf.*, 1999, p. 1049

Selon cette proposition doctrinale, bien évidemment, une information qu'on n'imprime pas, qu'on regarde simplement à l'écran, ne relève pas du régime de la presse.

On pourrait soutenir que la loi sur la presse est bien antérieure à l'apparition du phénomène de l'Internet. Mais justement il faut noter que quand le législateur a décidé d'élargir le régime de la presse écrite aux autres moyens de communications, il l'a fait expressément avec une loi spécifique, comme dans le cas des journaux télévisés, régis par l'art. 10 de la loi, du 6 août 1990, n. 223.

b. Critiques à l'encontre de la responsabilité éditoriale

Au-delà des lectures strictes de la norme il faut constater des limites techniques. Retenir la responsabilité éditoriale du fournisseur d'accès ou du fournisseur d'hébergement, suppose qu'un reproche propre puisse lui être adressé. Or, en tant que prestataire technique il n'est pas tenu de connaître le contenu de toutes les informations véhiculées et encore moins de savoir si la diffusion de ces informations comporte des atteintes aux droits des tiers...³²

En outre, rappelons que l'éditeur classique contrôle des pages fixes et non modifiables. Quant à l'hébergeur des sites, il lui serait pratiquement impossible de procéder à un contrôle systématique³³ de milliers de pages web, susceptibles d'être modifiées à chaque minute par ses abonnés.

La doctrine française a abandonné cette voie car, pour envisager la responsabilité éditoriale d'un prestataire, il faut au moins le mettre dans les mêmes conditions qu'un éditeur classique, en démontrant « qu'il savait, qu'il avait le pouvoir d'intervenir et qu'il n'a rien fait » (pouvoir-savoir-intervenir). M. Vivant confirme cette position en écrivant que : « l'on

³² La question demeure en tout cas : comment identifier le contenu illicite des informations diffusées par l'Internet? Il n'y a que l'autorité judiciaire qui puisse interdire la diffusion d'une information et ordonner la résolution du contrat d'hébergement. Autrement le prestataire sera responsable de l'interruption de la prestation du service d'hébergement vis à vis de son client.

³³ Il existe un moyen technique de filtrage basé sur un système de reconnaissance des mots-clés destiné à contrôler certains contenus illicites susceptibles d'apparaître sur les pages *web* des internautes. Ce système n'est toutefois pas fiable à 100%.

peut discuter à l'infini de la transposition de la responsabilité en cascade de notre droit de la presse à l'Internet. Mais la démarche est techniquement peu convaincante (...) ».³⁴

Il faut se demander, alors, quel peut être le fondement de l'éventuelle responsabilité d'un hébergeur de sites³⁵.

§2. La solution français

En France c'est le droit de la presse et de l'audiovisuel qui organise la responsabilité des différents acteurs en matière de communication publique.³⁶ Mais cet ensemble de textes, qui constitue un tout cohérent en matière de presse et de communication audiovisuelle, se révèle aujourd'hui insuffisant vis à vis des spécificités du réseau. C'est pourquoi, au-delà des distinctions classiques, il convient de faire appel à une distinction nouvelle en droit de la presse, mais bien connu en droit commun : la responsabilité *a priori*, lorsque l'opérateur d'hébergement ignore l'existence des informations litigieuses et la responsabilité *a posteriori*, lorsqu'il a été informé de leur existence.

A) La responsabilité *a priori*

Le mécanisme de la responsabilité éditoriale tel qu'il est organisé par les lois 1881, 1982, 1986 ne peut pas être transposé à la situation dans laquelle se trouve le fournisseur d'hébergement en vertu du principe dit de l'interprétation stricte du droit pénal.³⁷

Il convient de rappeler que sur la base de la chaîne de responsabilité, telle qu'elle est établie dans la loi de 1881 modifiée, ce sont successivement le directeur de la publication, qui

³⁴ Vivant M., « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », *op. cit.*

³⁵ Les juges italiens ont répondu à cette question dans l'arrêt de 25 mai 2000, rendu par le *Tribunale di Oristano (Giudice Udienza Preliminare)*, mais dans le limites d'un cas de diffamation par Internet. En effet, comme le remarque cette jurisprudence, l'art. 595, alinéa 3, du Code pénal italien, prévoit que la diffamation est punie "quelque soit le moyen de publication". Il n'est pas nécessaire de se rattacher à la responsabilité éditoriale. Toutefois, suivant cette analyse, le *provider* ne sera pas forcément touché par la sanction.

³⁶ Loi sur la presse 1881 et Loi sur la liberté de communication de 1986.

³⁷ On retrouve le même problème en droit italien.

est poursuivi comme auteur de l'infraction, puis l'auteur matériel du fait litigieux, qui est poursuivi comme complice, puis l'imprimeur, le distributeur et le vendeur peuvent être tenus responsables.³⁸ C'est pourquoi la loi de 1982 impose à tout service de communication audiovisuel la désignation d'un directeur de publication et prévoit un système d'identification par défaut.³⁹ En absence de désignation, c'est alors le juge qui détermine le directeur de la publication.

Si cette détermination ne pose guère de problèmes en matière de presse écrite et communications audiovisuelles, il en va autrement en ce qui concerne l'Internet. Certains auteurs ont voulu voir un responsable éditorial en la personne du fournisseur d'hébergement, sur lequel pèserait une présomption de surveillance.⁴⁰

Une récente décision est cependant revenue sur cette interprétation. Il s'agit de la décision du Tribunal d'Instance de Puteaux dans l'affaire Axa contre Infonie.⁴¹ Selon ce jugement : « le directeur d'un service de communication audiovisuelle est celui qui peut exercer son contrôle avant la publication, celui qui a la maîtrise du contenu du service ».⁴² Cette opinion semble s'imposer en France, en raison de son adéquation avec la matérialité des faits.

B) La responsabilité *a posteriori*

L'obligation de surveillance imposerait à l'hébergeur non seulement de supprimer les contenus illégaux, mais aussi ceux qui sont présumés être illicites. Deux intérêts juridiquement protégés peuvent s'affronter : celui de la victime des informations litigieuses, qui a intérêt à ce que ces informations soient rendues inaccessibles le plus rapidement possible, et celui de l'auteur des informations en questions, qui a intérêt à ce que sa situation

³⁸ Article 43 de la loi.

³⁹ Article 92-2, alinéa 6.

⁴⁰ Cf. M.H. Tonnelier « Responsabilité de l'hébergeur », *Expertises*, octobre 1998, p.308.

⁴¹ Dans la décision rendue le 28 septembre 1999, affaire *AXA c/ Soc. Infonie*, le Tribunal de grand instance de Puteaux, est venu refuser la condamnation d'un hébergeur sur le fondement de la responsabilité éditoriale définie par la loi du 29 juillet 1881. En l'espèce, les assurances *AXA*, s'estimant victimes de propos diffamatoires avaient demandé des dommages et intérêts à l'hébergeur des pages litigieuses, à savoir la société *Infonie*. Les juges ont, sur la base d'un rapport d'expertises, remarqué qu'*Infonie* n'avait aucun contrôle sur le transfert de données effectué par l'abonné vers son site personnel. Le TGI de Puteaux a donc estimé que seule la personne ayant mise en ligne du contenu pouvait être responsable des pages litigieuses.

⁴² Tribunal d'Instance de Puteaux, du 28 septembre 1999, affaire *Axa contre Infonie*

soit examinée par un juge impartial au terme d'un procès équitable. Seulement une décision judiciaire a le titre pour interdire la publication de certaines informations, tout en préservant les droits de l'auteur.⁴³

Lorsqu'une décision judiciaire a été prise au sujet de la légalité des informations litigieuses, l'hébergeur doit alors s'y conformer. Si, par contre, il refuse de s'y soumettre, normalement il sera poursuivi et condamné pénalement. Toutefois, aujourd'hui l'arsenal répressif existant ne semble contenir aucune disposition permettant une telle condamnation. Il s'agit d'une vraie lacune juridique. Au moins jusqu'à quand le législateur interviendra pour intégrer cette incrimination dans le *corpus* de normes pénales.

§3. Les récentes innovations législatives

Devant la montée en charge des affaires relatives à l'Internet, les autorités ont décidé de réglementer certains aspects des communications par Internet. C'est l'Union européenne qui a pris l'initiative la première et ensuite les Etats membres s'y sont conformés, mais avec quelque spécificité. L'Italie, en particulier ne s'est pas limitée à transposer la directive, mais a choisi une voie législative supplémentaire pour réaffirmer que les communications par l'Internet rentrent dans le régime de la presse écrite.

A. La Directive européenne

L'apparition des technologies nouvelles dans la société industrielle avait déjà conduit les instances communautaires à légiférer⁴⁴. Le développement des transactions commerciales

⁴³ Voir Canevet S. *Op.Cit.*

⁴⁴ Notamment du Conseil : Décision 84/567/CEE, 27 nov. 1984 (programme communautaire pour le développement du marché de l'information spécialisée en Europe) ; Décision 98/253/CE, du 30 mars 1998 (programme communautaire pluriannuel pour stimuler la mise en place de la société de l'information en Europe) ; Résolution du 19 janvier. 1999 (les aspects de la société de l'information concernant les consommateurs).

dans le cadre du réseau Internet et de la société de l'information a également conduit à l'adoption d'une nouvelle directive : la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certaines aspects juridiques des services de la société de l'information, dite « sur le commerce électronique ». ⁴⁵ La lecture de cette directive permet de répondre à la question de la responsabilité des prestataires, notamment dans le sens de l'irresponsabilité des hébergeurs.

Donc, ce sera surtout sur cette directive qu'il faudra focaliser l'attention. Il conviendra d'abord étudier le champ d'application de la directive communautaire (a. Le champ d'application de la Directive 2000/31/CE) et ensuite les règles spécifiques que les Etats membres sont obligés à respecter (b. L'irresponsabilité des prestataires des services). ⁴⁶

a. Le champ d'application de la Directive 2000/31/CE

Avant d'aborder les principales règles édictées par la directive, il convient de rappeler son champ d'application. L'objectif de la directive est : « *de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres* » (ainsi l'article 1^{er} alinéa 1). ⁴⁷

L'article 1^{er}, alinéa 2, précise qu'elle s'applique « *aux services de la société de l'information* » et renvoie à la directive 98/48/CE pour une définition de ces services. Sont considérés comme services de la société de l'information, conformément à l'article 1^{er} de la directive 98/48/CE : « *Tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service*

Du Conseil et du Parlement : Directive 95/46/CE, du 24 oct. 1995 (relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) ; Directive 97/66/CE, du 15 déc. 1997 (concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications).

⁴⁵ Si la directive européenne du 8 juin 2000, sur certains aspects du commerce électronique, marque une étape significative dans la voie de la régulation, ce sont surtout les Etats-Unis qui ont initié le mouvement et inspiré le texte, avec le *Digital Millennium Copyright Act*, loi adopté le 28 octobre 1998.

⁴⁶ Pour une analyse plus détaillée voir l'article de Volo P. « Quels nouveaux principes de la directive européenne ? », *Expertises*, janvier 2001, p. 27.

⁴⁷ Le processus de libéralisation dans les télécommunications est en réalité à dimension mondiale. Sur la base de l'*Accord général sur l'échange de services*, annexe à l'Accord d'institution de l'Organisation Mondiale du Commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 (ratifié par le Conseil européen le 22 déc. 1994). Mais aussi sur la base des règles imposées par l'Union Internationale des Télécommunications. Voir Costanzo P. « Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet » contenu dans *Il Diritto nel Cyberspazio*, Napoli, ed. Simone, 1999, à p. 91.

presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »⁴⁸.

Il faut interpréter l'esprit de la norme dans la volonté de créer un cadre juridique pour assurer la libre circulation des services de la société de l'information. Dans le respect des principes communautaires existants et notamment du principe de la libre circulation des services au sein de la Communauté.

Le prestataire d'une société de services de la société de l'information qui désire s'installer dans l'un des Etats membres de la Communauté européenne n'est pas soumis à une autorisation préalable.

Toutefois, le prestataire de services ou la société qu'il représente doit être identifiable. L'identification est obligatoire et constitue un devoir d'information qui permet de connaître son nom, son adresse physique et électronique, son numéro d'immatriculation s'il se trouve inscrit sur un registre public, tel que le registre de la Chambre du commerce du pays d'origine.

b. L'irresponsabilité des prestataires des services

Le prestataire de services de la société de l'information visé par la directive soit fournit des informations (transmission d'information ou simple transport), soit stocke ces informations (forme de stockage dit de « caching ») et enfin fournit un accès au réseau de communication. Les formes de responsabilité concernent donc sa responsabilité dans la transmission des informations, dans le stockage des informations et dans l'accès au réseau de communication.

⁴⁸ La directive apporte certaines précisions concernant la promotion des prestations, notamment les communications commerciales, qui sont définies comme : « *Toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale, ou exerçant une profession réglementée* ». La directive semble opérer une distinction entre deux types de communications commerciales : les non sollicitées et les autres. Dans les deux hypothèses, la communication « *doit être clairement identifiable comme telle* » et « *les conditions pour en bénéficier doivent être accessibles et présentées de manière précise et non équivoque* ».

La directive a défini la responsabilité de façon négative. Elle considère à l'article 12.1 que le prestataire n'est pas responsable des informations transmises, à condition qu'il :

- Ne soit pas à l'origine de la transmission ;
- Ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ;
- Ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission ;

Quant au stockage, la directive précise qu'il peut prendre trois formes : automatique, intermédiaire et temporaire⁴⁹. Le stockage peut également être une source de responsabilité pour le prestataire, dès lors qu'il intervient « *dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service* ».

La responsabilité du prestataire qui héberge des informations illicites ou une activité illicite est réglée par l'article 14 de la directive. Le nouveau principe introduit par cet article est que l'hébergeur n'est responsable que lorsqu'il est en connaissance de l'activité ou de l'information illicite⁵⁰.

L'article 15 prévoit ensuite que : « *les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».

Cette directive met fin à la querelle sur la responsabilité des hébergeurs. Par ailleurs, elle ne manque pas de préciser que les Etats membres : « *peuvent instaurer, pour les*

⁴⁹ Le problème du stockage des informations regarde aussi le traitement des données personnelles et des *cookies*. Il s'agit d'un thème qui dépasse notre analyse et on fera référence, parmi une littérature riche sur le sujet, à une étude effectuée pour le compte de l'O.C.D.E. *Pratiques relatives à la mise en œuvre sur les réseaux mondiaux des lignes directrices de l'O.C.D.E. sur la vie privée* disponible sur le site de l'O.C.D.E. : <<http://www.ocde.org>> et à l'article de Mayer-Schonberger V., "The Internet and Privacy legislation: Cookies for a treat" publié in *Comput Law Security Report*, n. 23, 1998, p. 166.

⁵⁰ On observe ainsi que la responsabilité des fournisseurs réside dans l'obligation de prendre les mesures de nature à faire cesser un trouble, lorsque celui-ci a été porté à leur connaissance. Aussi, pourrait-on considérer qu'il y a là une obligation d'assister la victime dans l'identification de l'auteur de l'infraction. Ce qui pose le problème de trouver un équilibre entre respect de la vie privée et l'expression des « cyberdélinquants », entre l'anonymat et l'identification des internautes. L'adresse IP représente le nerf de la guerre pour l'identification des auteurs des contenus illicites, mais le traitement des données est protégé par la loi. En pratique, il convient d'abord de constater l'infraction et de demander, en référé, l'accès aux adresse IP, puis par un autre référé obtenir du fournisseur Internet qu'il communique les données d'identification.

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 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 ».

Enfin l'article 20 rappelle que : « *les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive* » sachant que « *les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ». Il reste donc une marge d'appréciation aux Etats quant au régime des sanctions applicables.

B) Les nouveautés introduites en Italie par la loi 62/2001

La nouvelle loi du 7 mars 2001 n.62 apporte des modifications à la loi du 5 août 1981, pour ce qui concerne la définition des produits éditoriaux, et impose l'obligation d'enregistrement des sites d'information en ligne, selon les modalités prévues par la loi 47/1948 sur la presse.⁵¹

Le législateur a adopté une définition très large du produit éditorial. C'est l'article 1^{er} de la loi 62/2001 qui nous explique de quoi il s'agit : « Par produit éditorial on entend le produit réalisé sur support en papier, dont le livre, ou sur un support informatique, destiné à la publication ou à la diffusion d'informations auprès d'un public, par tout moyen, même électronique, ou par radiodiffusion audio ou visuelle, excepté le produit cinématographique ou phonographique ».

La caractéristique principale du produit éditorial est qu'il est diffusé auprès d'un public, sur support papier, informatique ou par radiodiffusion. Pour bien comprendre l'esprit de la loi, il faut compléter la disposition par les normes existantes selon l'interprétation faite

⁵¹ Textes et commentaires sur www.diritto.it

par les juges. La deuxième caractéristique d'un produit éditorial est qu'il a une périodicité régulière et qu'il donne des nouvelles ou dépêches, ou, quoiqu'il en soit, des informations⁵².

L'art. 2 de la loi 62/2001 impose une obligation d'enregistrement des périodiques en ligne qui, entre autres, sont tenus à afficher sur leur site des éléments d'identification, tel que le lieu et la date de publication, le nom et domicile de l'imprimerie, le nom du propriétaire et du directeur responsable. L'imprimerie est le prestataire⁵³ qui donne accès au réseau ou bien l'hébergeur des sites qui stocke les informations.

On voit réapparaître des dispositions propres au régime de la presse et le système de « responsabilité en cascade ». On rappelle que ce système permet d'éviter que l'auteur ne soit soumis à la censure préalable des éditeurs, imprimeurs et distributeurs⁵⁴.

Les raisons de ce choix peuvent être retrouvées dans le risque de diffusion de désinformation, c'est-à-dire des informations fausses, non vérifiées et erronées. Il s'agit d'un véritable problème d'ordre public pour les Etats. Le législateur italien a voulu protéger les citoyens, en tant que « consommateurs » de l'information, imposant une responsabilité en « cascade » en guise de garantie. Si Internet multiplie les sources d'information, il ne garantit pas la véracité du contenu de l'information⁵⁵.

Il faudra bien se demander si cette responsabilité sera, lors de sa mise en œuvre, en harmonie avec le système d'irresponsabilité introduit par le législateur communautaire.

Maurizio DE ARCANGELIS⁵⁶

⁵² Selon l'interprétation constante de la Cour de cassation.

⁵³ Définition donnée par le *Tribunale di Cuneo*, 23 juin 1997.

⁵⁴ Il ne s'agit pas d'une responsabilité diluée, mais d'une responsabilité centrée sur la personne : auteur d'abord, s'il est connu et domicilié dans le pays, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ensuite.

⁵⁵ *Le Monde* a consacré l'édition du 23 mai 2001 de son supplément *Interactif* aux « Rumeurs sur la Toile ». En effet, il s'agit d'une pratique peu étudiée mais qui a des implications importantes sur le comportement et l'orientation des choix, même économiques, de la société de l'information.

⁵⁶ Docteur en Droit Européenne de l'Université de Rome « La Sapienza ». Du même auteur sur le sujet "La responsabilité des fournisseurs de services d'hébergement sur Internet en Italie", *Juriscom.net*, 21 juillet 2001.