

Responsabilité des prestataires techniques
Le droit français

Valérie SÉDALLIAN¹

Les lois de la société numérique : Responsables et responsabilités
Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique
(CRDP / CECOJI)
Montréal, 7 octobre 2004

Lex Electronica, vol. 10, n°1, Hiver 2005
<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/sedallian.htm>

INTRODUCTION.....	1
I LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES.....	2
1.1. LES FOURNISSEURS D'ACCÈS.....	2
1.1.1. Exonération de responsabilité.....	2
1.1.2. Le fournisseur d'accès est un fournisseur de services de communications électroniques.....	3
1.1.3. Absence d'obligation de surveillance des contenus	3
1.1.4. Le filtrage	3
1.2. LES FOURNISSEURS DE SERVICES DE STOCKAGE	4
1.2.1 L'obligation d'intervention est-elle contraire à la liberté de communication ?	5
1.2.2. Comment apprécier le caractère illicite ?	5
1.2.3. La loi crée-t-elle un régime de responsabilité spécifique ou est-ce que ce régime va s'articuler avec le droit commun ?.....	6
1.2.4 La création d'un nouveau délit est-elle opportune ?	6
1.2.5 La connaissance du caractère illicite.....	6
II. LES OBLIGATIONS LÉGALES D'IDENTIFICATION ET DE COOPÉRATION AVEC LES SERVICES JUDICIAIRES MISES À LA CHARGE DES PRESTATAIRES TECHNIQUES.....	7

Introduction

Le statut et les obligations des intermédiaires techniques et des commerçants en ligne sont définies par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Cette loi a notamment transposé la directive européenne n° 2000/31/CE dite « Commerce électronique » du 8 juin 2000.

Le législateur français ne s'est toutefois pas contenté d'une transposition littérale de la directive, il traite également des obligations d'identification qui ne sont pas visées par la directive. Cette loi a été également l'occasion pour le législateur français d'introduire de nouveaux instruments juridiques comme la notification ou le filtrage.

¹ Avocate à la Cour de Paris

Nous examinerons successivement le régime de la responsabilité des fournisseurs d'accès et des fournisseurs d'hébergement et les obligations d'identification.

I Le régime de la responsabilité des prestataires techniques

1.1. Les fournisseurs d'accès

L'article 9 de la loi a modifié le code des postes et communications électroniques comme suit :

« Art. L. 32-3-3. - Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.

Art. L. 32-3-4. - Toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants :

« 1° Elle a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ;

« 2° Elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible. »

On peut synthétiser la réglementation de l'activité des fournisseurs d'accès en quatre points clés :

- les fournisseurs d'accès bénéficient d'un régime d'exonération de responsabilité ;
- ils sont assimilés par la législation à des opérateurs de communications électroniques (qui est la nouvelle terminologie pour télécommunications) ;
- les fournisseurs d'accès n'ont aucune obligation de surveillance des contenus transitant par leurs services ;
- la législation va mettre à leur charge des obligations de filtrage.

1.1.1. Exonération de responsabilité

La législation consacre le rôle technique du fournisseur d'accès, qui bénéficie d'un régime d'exonération de responsabilité du fait des contenus qui transitent par son intermédiaire.

La législation prévoit un principe de non responsabilité, y compris pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire des informations transmises (cache). Cette fonction de stockage temporaire fait partie d'un point de vue technique du transport.

1.1.2. Le fournisseur d'accès est un fournisseur de services de communications électroniques

La réglementation des télécommunications est codifiée dans le Code des postes et communications électroniques.

On considère que le fournisseur d'accès fournit un service de transfert de données au sens de la législation sur les communications électroniques. Il est donc considéré comme un fournisseur de services de communications électroniques.

1.1.3. Absence d'obligation de surveillance des contenus

Le fournisseur d'accès n'a pas d'obligation de surveillance des contenus auxquels il donne accès (article 6 I 7 de la loi).

En conclusion, le fournisseur d'accès est assimilé à un simple transporteur de données sans possibilité de contrôle sur ce qui transite par son service : son statut se rapproche de celui de l'opérateur de communications électroniques.

Toutefois, la législation française a mis à la charge des fournisseurs d'accès certaines obligations spécifiques :

- en cas de publicité évoquant la possibilité de télécharger des fichiers, ils doivent faire figurer dans leur publicité une mention rappelant que le piratage nuit à la création artistique (art. 7) ;
- ils doivent mettre en place des dispositifs de signalement des contenus incitant à la haine raciale, et relatifs à la pornographie infantile, cette obligation incombant également aux hébergeurs (art. 6 I 7).

Surtout, la législation française a introduit une obligation de filtrage des contenus accessibles sur internet.

1.1.4. Le filtrage

Certains pensent que le filtrage est une solution aux difficultés pratiques posées par le contrôle de l'information qui circule sur l'internet.

Il existe deux types de filtrage des informations disponibles sur le réseau : le filtrage au niveau de l'utilisateur, et le filtrage au niveau des fournisseurs d'accès.

Le filtrage par l'utilisateur (individuel ou organisme)

La législation prévoit que le fournisseur d'accès est tenu d'informer ses abonnés de l'existence de moyens techniques qui permettent de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner : cette disposition fait référence aux logiciels de filtrage parental. Cette obligation n'est pas sanctionnée en cas de non respect. Le fournisseur d'accès doit également proposer à ses clients au moins un de ces moyens. Il ne s'agit pas une disposition nouvelle, elle avait été introduite en droit français par une loi du 26 juillet 1996 sur les télécommunications.

Le filtrage des sites par les fournisseurs d'accès : un mode de régulation de l'internet ?

La directive commerce électronique précise, dans son article 12 *in fine*, que le principe de non responsabilité n'affecte pas la possibilité pour une juridiction nationale ou une autorité administrative d'exiger du fournisseur d'accès qu'il prévienne une violation ou y mette un terme.

Concrètement, cela signifie que le juge ou le législateur peuvent mettre à la charge des fournisseurs d'accès des obligations de filtrage.

Il s'agit d'imposer aux fournisseurs d'accès un blocage à l'accès à des sites dont le contenu est illicite au regard de critères nationaux.

Deux dispositions de la loi sur l'économie numérique évoquent le filtrage :

- l'article 8 introduit une modification au Code de la propriété intellectuelle en accordant au juge le pouvoir d'ordonner de cesser de stocker un contenu contrefaisant ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès. Cette disposition a pour objectif de pouvoir faire bloquer par les prestataires techniques l'accès aux réseaux d'échanges *peer-to-peer*, lorsque ces derniers sont utilisés pour échanger des fichiers protégés par le droit d'auteur.

- l'article 6 I 8 de la loi, applicable à tout contenu, n'est pas aussi explicite :

« L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 (fournisseur d'hébergement, NDRL) ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 (fournisseur d'accès, NDRL), toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne. »

La possibilité expressément prévue par la loi de voir ordonner toute mesure en vue de faire cesser un dommage, non seulement aux fournisseurs d'hébergement mais aussi, aux fournisseurs d'accès, vise toutefois bien la possibilité d'ordonner des mesures de filtrage (voir en ce sens, les propos de M. Patrick Devedjian, Ministre délégué à l'industrie devant l'Assemblée Nationale, séance du jeudi 6 mai 2004 et devant le Sénat, séance du 13 mai 2004).

En pratique, la mise en place de telles mesures de filtrage soulève de nombreuses questions tant techniques que juridiques.

Nul doute que ces questions seront débattues largement à l'occasion d'une nouvelle procédure lancée par plusieurs associations antiracistes, en vue d'obtenir le filtrage du site révisionniste de l'Association des Anciens Amateurs de Récits de Guerre et d'Holocauste (AAARGH). Ces associations ont choisi d'agir en deux temps : elles ont assigné les fournisseurs d'hébergement de l'association et appelé dans le même temps une dizaine de fournisseurs d'accès à internet aux fins de déclaration d'ordonnance commune. Au cas où la mesure éventuellement prononcée contre les fournisseurs d'hébergement américains ne serait pas suivie d'effet, les associations sollicitent une réouverture des débats en vue d'obtenir des mesures de filtrage du site. La première audience est prévue le 14 mars 2005.

1.2. Les fournisseurs de services de stockage

La responsabilité du fournisseur d'hébergement est une question très controversée.

La jurisprudence, en l'absence de dispositions légales avait commencé à dégager les critères du comportement du bon professionnel et défini des critères de nature à l'exonérer de sa responsabilité en raison du contenu des sites hébergés.

La législation française et européenne est venue ensuite préciser le régime de responsabilité spécifique applicable au fournisseur d'hébergement, venant contredire les premières décisions

rendues par les tribunaux qui avaient condamné des fournisseurs d'hébergement (affaire Lacambre / Estelle H. Cour d'appel de Paris, 10 février 1999).

Le fournisseur d'hébergement n'est pas en principe responsable *a priori* du contenu des services qu'il héberge et n'est pas tenu à une obligation de surveillance. La législation lui impose d'intervenir *a posteriori* pour faire cesser la diffusion d'un contenu illicite ou préjudiciable.

La loi sur l'économie numérique prévoit que les fournisseurs d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait de la diffusion d'informations ou d'activités que si, dès le moment où ils ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite, ou de faits ou de circonstances mettant en évidence ce caractère illicite, ils n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Les fournisseurs d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée que si, en connaissance de cause, ils n'ont pas agi avec promptitude pour faire cesser la diffusion d'une information ou d'une activité dont ils ne pouvaient ignorer le caractère illicite.

Ce régime de responsabilité soulève un certain nombre d'interrogations, que nous allons examiner ci-après.

1.2.1 L'obligation d'intervention est-elle contraire à la liberté de communication ?

Cette obligation d'intervention est controversée et critiquée par certains dans la mesure où elle fait naître un risque de censure privée de la part des hébergeurs : on risque d'aller vers une fermeture systématique de tout site suspect ou signalé. Certains soutiennent que seul le juge a compétence pour ordonner la fermeture d'un site, dès lors que la liberté de communication est un principe fondamental, dont les juridictions sont gardiennes. Le Conseil constitutionnel français, dans une décision en date du 10 juin 2004 (décision n° 2004-496 DC), a refusé de contrôler la constitutionnalité de ces dispositions de la loi qui étaient critiquées au motif qu'elles portaient atteinte à la liberté de communication et au droit à un procès équitable. Il a considéré qu'elles se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive européenne sur lesquelles il ne lui appartenait pas de se prononcer. En d'autres termes, le législateur français est lié par la directive et c'est au juge communautaire que revient le contrôle de la conformité de la directive aux droits fondamentaux.

1.2.2. Comment apprécier le caractère illicite ?

Il existe une incertitude sur l'appréciation du caractère illicite du contenu : est ce que cela relève d'une connaissance type « bon père de famille » ou d'une connaissance spécialisée ?

Ainsi, dans l'affaire UEJF / Multmania, le TGI de Nanterre, dans une décision en date du 24 mai 2000², a considéré que les connaissances de l'hébergeur devaient s'apprécier selon ses compétences propres et non selon des compétences spécialisées (jugement confirmé par décision de la Cour d'appel de Versailles du 16 mai 2002).

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision susvisée, a émis une réserve d'interprétation qui tranche en faveur d'une interprétation restrictive des cas de mise en oeuvre.

Il a précisé que les articles concernés de la loi sur l'économie numérique ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée

² Voir : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tginanterre20000524.htm>>.

comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge.

Selon Lionel Thoumyre, ces dispositions visent « *les contenus d'une gravité avérée et dont le caractère illicite ne semble pas être discutable* », par exemple, les contenus à caractère pédopornographique, des écrits qui font l'apologie des crimes de guerre ou provoquent directement aux actes de terrorisme³.

On relèvera toutefois que la notion de « manifestement illicite » est utilisée à l'article 809 du code de procédure civile français : « *Le président peut toujours même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

Or, la notion de manifestement illicite au sens de l'article 809 du NCPC est une notion très large et fourre-tout...

1.2.3. La loi crée-t-elle un régime de responsabilité spécifique ou est-ce que ce régime va s'articuler avec le droit commun ?

Selon certains éminents auteurs français, ce régime de responsabilité écarte toute référence au régime de droit commun.

A notre avis, la loi sur l'économie numérique instaure plutôt une responsabilité de droit commun sous condition. Les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité de l'hébergeur sont la connaissance et l'absence d'intervention, à savoir la passivité, notions que l'on retrouve dans l'article 1383 du code civil :

*« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa **négligence** ou par son imprudence. ».*

Si cette condition préalable est remplie, la responsabilité de l'hébergeur s'apprécie ensuite par rapport au droit commun. Sinon, il faudrait imaginer que la responsabilité de l'hébergeur soit engagée pour avoir refusé de fermer un site, alors que celle de l'éditeur serait écartée pour le contenu en cause... Pour nous, l'examen de la responsabilité de l'hébergeur dépend de la question préalable de savoir si la responsabilité de l'éditeur est retenue, elle est subsidiaire.

1.2.4 La création d'un nouveau délit est-elle opportune ?

Afin de limiter les dénonciations abusives de sites auprès des hébergeurs, la loi prévoit la création d'un nouveau délit de présentation d'un contenu comme étant illicite (article 6 I 4).

Si l'idée est bonne, cette incrimination est délicate à rédiger. Le temps nous dira si cette disposition a rempli son objectif de dissuasion.

1.2.5 La connaissance du caractère illicite

La loi a introduit une procédure facultative de notification (art. 6 I 5°).

L'hébergeur est présumé avoir connaissance des faits dès lors qu'un certain nombre d'information lui sont communiquées.

³ Voir : Lionel Thoumyre, « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite », *Juriscom.net*, 28 juillet 2004.

Cette procédure de notification a été proposée par le *Forum des droits de l'Internet*⁴.

Il s'agit d'une sorte de « *notice and take down* » adapté à la française.

La pratique montre l'utilité de cette mesure, qui aurait pu paraître inutile de prime abord :

- pour établir une mise en demeure motivée établissant avec le plus de certitude possible la présomption de connaissance ;
- pour l'hébergeur lui-même, qui dans le cas de plaintes vagues et insuffisamment étayées, sera fondé à considérer que sa connaissance des faits litigieux n'est pas acquise.

Parallèlement aux régimes de responsabilité dérogatoires par rapport au droit commun dont bénéficient les prestataires techniques, la législation met à leur charge des obligations d'identification et de coopération avec les services judiciaires.

II. Les obligations légales d'identification et de coopération avec les services judiciaires mises à la charge des prestataires techniques

Les obligations de conservation des données permettant l'identification de leurs clients concernent aussi bien les fournisseurs d'accès que d'hébergement.

Cette obligation a été instituée par l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 1^{er} août 2000. L'article 6 II de la loi sur l'économie numérique dispose désormais que :

« Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires. »

Ces dispositions visent sans les nommer les données de connexion (dits fichiers logs) qui font notamment apparaître l'adresse IP (adresse réseau de l'ordinateur à partir duquel l'utilisateur se connecte au réseau internet) du poste client et l'heure de connexion.

Le décret d'application qui doit définir les données mentionnées et déterminer la durée et les modalités de leur conservation n'a pas encore été publié (ce décret est attendu depuis 2000).

Le défaut de conservation des données ou le fait de ne pas déférer à une demande d'une autorité judiciaire d'obtenir communication desdits éléments est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende (art. 6 VI de la loi).

Par ailleurs, l'article L.32-3-1 du Code des postes et communications électroniques (modifié par l'article 29 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 dite loi sur la sécurité quotidienne et la loi du 9 juillet 2004) précise les obligations des opérateurs de communication électroniques, fournisseurs d'accès inclus, en matière d'effacement, de conservation, de traitement et/ou de transmission à des tiers des données de trafic en leur possession.

Les opérateurs de communications électroniques, et notamment les fournisseurs d'accès, sont tenus d'effacer ou de rendre anonyme toute donnée relative au trafic.

⁴ Le *Forum des droits sur l'Internet* est un organisme créé avec le soutien des pouvoirs publics, compétent sur les questions de droit et de société liées à l'internet. Il a pour mission d'informer le public et d'organiser la concertation entre les pouvoirs publics, les entreprises et les utilisateurs sur ces questions. Site web : www.foruminternet.org.

Ce principe est toutefois aussitôt assorti d'une exception :

Le paragraphe II instaure, pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations, la conservation de données techniques pendant une durée d'un an.

Les données portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices et non sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées. Toutefois, le texte n'exclut pas les données relatives à l'identité des personnes impliquées dans une communication, y compris privée (ex. adresse de courrier électronique).

Les catégories de données concernées, la durée de leur conservation, selon l'activité des opérateurs et la nature des communications, seront précisées par un décret en Conseil d'Etat, non encore adopté (depuis 2001).

En France, le *Forum des droits de l'Internet* a publié le 18 décembre 2001 une recommandation aux pouvoirs publics relative à la conservation des données relatives à une communication électronique⁵, aux termes de laquelle il recommande « *d'adopter une durée de conservation des données de conservation des données de communication différenciée en fonction des données : si les données relatives à la facturation doivent être conservées pendant une année par les opérateurs, la durée de conservation des données à des fins d'enquêtes peut être plus courte* ».

En pratique, même en l'absence de décret d'application de ces dispositions, les prestataires et opérateurs conservent les données de trafic pendant un an.

⁵ *Forum des droits de l'Internet*, <<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=230>>.