

(c) José Luis Pascual

ÉDITORIAL LA RESPONSABILITÉ DES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

LA DERNIÈRE DÉCENNIE A ÉTÉ MARQUÉE PAR UNE CROISSANCE, UNE DIVERSIFICATION ET UNE NOMADISATION EXPONENTIELLES DES MODES DE DIFFUSION DE CONTENUS : QU'IL S'AGISSE DE MÉDIAS TRADITIONNELS (TÉLÉVISION, RADIO, PRESSE) OU DES « NOUVEAUX MÉDIAS », (INTERNET, TÉLÉPHONIE MOBILE).

LE LÉGISLATEUR FRANÇAIS A VOULU RÉPONDRE AUX DÉFIS POSÉS PAR CES ÉVOLUTIONS ET FAVORISER LA PROTECTION DES CONTENUS DIFFUSÉS EN RÉORGANISANT LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES ET ÉDITORIAUX, VIA NOTAMMENT LA LOI DU 21 JUIN 2004 POUR LA CONFIANCE DANS L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE (DITE LCEN).

C'EST AUJOURD'HUI LA RESPONSABILITÉ DES CONSOMMATEURS, QUI EST APPRÉHENDÉE À TRAVERS LE PROJET DE LOI PRÉSENTÉ LE 18 JUIN 2008 PAR LA MINISTRE DE LA CULTURE CHRISTINE ALBANEL, SOUS L'ANGLE DE LA « RIPOSTE GRADUÉE ».

La RÉPARTITION LÉGALE DE LA RESPONSABILITÉ ENTRE PRESTATAIRES TECHNIQUES ET ÉDITEUR

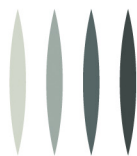
Avant l'entrée en vigueur de la LCEN, l'évolution technologique semblait permettre à la législation une évolution relativement cohérente et progressive. Les tribunaux avaient mis en place un système dualiste qui distinguait les fournisseurs d'accès et hébergeurs d'une part des éditeurs de contenus d'autre part. Les fournisseurs d'accès voyaient, dans certaines décisions (TGI Paris 22 mai et 11 août 2000), leur responsabilité engagée si un contenu illicite restait accessible par manque de diligence, alors même qu'ils avaient été avertis de cette illicéité. Les hébergeurs engageaient leur responsabilité sur le fondement du droit commun, dans la mesure où, saisis par une autorité judiciaire, ils ne répondaient pas suffisamment de leurs obligations de prudence et de vigilance. Quant aux éditeurs, ils étaient soumis au régime de droit commun de l'édition, notamment issu de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse et de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

La loi du 21 juin 2004 envisage cette construction prétorienne sous un nouvel angle. Là où la directive n°2000/31/CE du 8 juin 2000 distinguait entre trois types de prestations techniques (transport de données, stockage intermédiaire - *caching* - et hé-

bergement), la loi de transposition maintient un raisonnement dualiste qui oppose deux types de prestataires techniques (fournisseur d'accès et hébergeur) et évoque l'« éditeur de service de communication au public en ligne », auquel elle impose de nouvelles obligations qui vont de pair avec la nouvelle dimension de l'édition sur Internet.

Si l'on s'en tient aux dispositions légales, le fournisseur d'accès (article 9 de la LCEN) n'est en principe pas responsable de la diffusion de contenus illicites. Sa responsabilité ne peut être engagée que s'il est à l'origine de la transmission ou qu'il a sélectionné ou modifié un contenu objectivement illicite et qu'il ne s'est pas conformé à l'ordonnance d'un juge. Par conséquent, pour faire cesser la diffusion d'un tel contenu, les titulaires de droits doivent d'abord obtenir une ordonnance de cessation, puis, le cas échéant, pourront espérer une condamnation d'un fournisseur récalcitrant. Les délais d'une telle procédure renforcent les difficultés techniques inhérentes auxquelles les titulaires font face.

Les hébergeurs, au sens de la LCEN, sont quant à eux les prestataires qui « assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature four-



(c) José Luis Pascual

nis par des destinataires de ces services (...) ». La loi les soumet à un régime de responsabilité limitée : ils ne voient leur responsabilité civile engagée que s'ils avaient connaissance du caractère illicite du contenu stocké et n'ont pas promptement agi pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

Les prestataires techniques ne sont donc pas soumis à une obligation générale de surveillance des informations et contenus, sauf dans des domaines sensibles (apologie des crimes contre l'humanité, incitation à la haine raciale, pornographie enfantine (article 6 I 7 de la LCEN) pour laquelle ils doivent mettre en place et promouvoir auprès des utilisateurs un dispositif d'alerte.

Il s'agit d'une simple limitation de responsabilité des prestataires techniques. Elle s'oppose au régime auquel sont soumis les éditeurs de service de communication au public en ligne, mentionnés mais non définis par la LCEN (article 6 III. 1). Les titulaires de droits recherchent souvent leur responsabilité civile et pénale sur le fondement de ce droit commun plus stricte, et renforcé par la LCEN, qui s'efforce également de tenir compte des spécificités du Web 2.0, où l'abonné contribue toujours d'avantage aux contenus qui circulent sur Internet.

Si la ligne de partage entre hébergeur et éditeur peut sem-

bler claire, les hésitations des tribunaux montrent qu'il n'en est pourtant rien. En réalité, et c'est là où réside le problème, la répartition des rôles est floue et ce d'autant plus qu'avec l'évolution des secteurs audiovisuels et informatiques, une même « entité » peut avoir à la fois une activité d'hébergeur et une activité d'éditeur.

LA DÉFINITION DU RÉGIME JURIDIQUE PAR LES JURIDICTIONS

Suite à l'adoption de la LCEN, les tribunaux français se sont livrés, non sans hésitations, à l'interprétation des notions d'hébergeur/fournisseur et d'éditeur.

On ne compte plus le nombre de décisions rendues (ou d'affaires pendantes) visant les plateformes d'échange communautaires, les sites d'enchères en ligne et les fournisseurs d'accès. Conçues à l'origine pour permettre aux internautes d'échanger leurs vidéos personnelles, lesdites plateformes se sont rapidement révélées être un lieu privilégié de partage de contenus protégés.

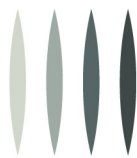
Pris au dépourvu par la rapidité de ce développement, les titulaires de droits ont recherché la responsabilité de ces plateformes et / ou des fournisseurs d'accès en les faisant qualifier d'éditeurs par les tribunaux.

Dans un premier temps, et ju-

geant que le régime juridique applicable aux hébergeurs offraient à ces derniers une situation trop confortable, certaines juridictions ont suivi ce raisonnement et accepté de requalifier les hébergeurs en éditeurs, voire à faire cohabiter les deux notions.

La Cour d'appel de Paris a par exemple jugé, dans un arrêt en date du 7 juin 2006 (Tiscali Media c/ Dargaud Lombard), que la société Tiscali devait être regardée à la fois comme hébergeur, et comme éditeur, « *puisque elle propose aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles* » (mise en ligne de BD par un hébergé). De la même manière, le Tribunal de grande instance de Paris, par décision en date du 22 juin 2007, a considéré que MySpace devait être qualifiée d'éditeur, dans la mesure où elle organisait une « *structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés* ». Pendant un temps, les juges semblaient donc orienter leurs décisions à des critères tels que le financement, la technique d'encodage, la limite de stockage, l'architecture, la structuration,...

Cependant, ces critères ont rapidement soulevé difficultés et critiques. C'est pourquoi, dans un jugement du 13 juillet 2007, le Tribunal de grande instance de Paris a refusé de qualifier DailyMotion d'éditeur au seul motif qu'elle commercialisait des es-



paces publicitaires (diffusion illégale par un utilisateurs du film « Joyeux Noël »). Dans un jugement du même tribunal en date du 19 octobre 2007, le service Google se verra également attribuer la qualité d'hébergeur, au motif que le fait « *d'offrir aux utilisateurs (...) une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus (...) ne permet de la qualifier d'éditeur de contenu* ». Les juges en profitent pour rappeler que le critère fondamental de distinction est celui de l'origine de la diffusion, c'est-à-dire de détermination du contenu.

Cette décision est à mettre en perspective avec le jugement du TGI de Troyes en date du 4 Juin 2008 (Hermès International c/ eBay). Les juges retiennent la qualité d'hébergeur du site d'enchères, en ce que les moyens techniques mis à disposition, la classification des contenus et les profits réalisés ne suffisent pas à voir en eBay un éditeur. Ils retiennent en revanche sa responsabilité en tant qu'éditeur au motif qu'il met à disposition des vendeurs « *des outils de mise en valeur du bien vendu* », organise « *des cadres de présentation des objets (...) en contrepartie d'une rémunération* » et crée « *les règles de fonctionnement et l'architecture de ses services* ».

La tendance qui semble se dessiner répond donc à une double logique : conserver une interprétation restrictive et une ligne de

séparation nette entre hébergeur et éditeur (ce qui n'empêche pas un cumul des deux qualités selon l'activité envisagée), mais élargir la responsabilité de chacun d'eux.

Illustrant la ligne d'interprétation restrictive adoptée par les juges, le jugement précité du 19 octobre 2007 refuse de voir en Google un éditeur de contenus et ne retient sa responsabilité qu'en tant qu'hébergeur, pour ne pas avoir empêché la réapparition d'un même contenu.

L'élargissement de la responsabilité des hébergeurs se manifeste plus remarquablement encore dans la décision précitée du 13 juillet 2007, où les juges ont engagé la responsabilité de DailyMotion en tant que simple hébergeur au motif qu' « *ayant connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant à penser que des vidéos illicites sont mises en lignes (...) elle leur (les utilisateurs) a fourni délibérément les moyens de la commettre* ».

Finalement, dans un jugement en date du 15 avril 2008 (Lambert dit Lafesse c/ DailyMotion), le Tribunal de grande instance de Paris rappelle les termes du débat et les critères qui permettent de retenir la responsabilité de l'éditeur et/ ou de l'hébergeur : le contrôle sur le contenu, la connaissance d'une infraction à la législation et les diligences de l'hébergeur à faire cesser toute

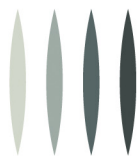
atteinte à des actes vraisemblablement qualifiables de contrefaçon.

Aucun arrêt de cassation n'étant venu sanctionner ce débat, l'incertitude des solutions dans la matière demeure cependant. Et ce d'autant plus d'ailleurs que la porosité de la distinction grandit avec la multiplication des modes de diffusion et notamment la possibilité pour les prestataires de revêtir la double casquette d'hébergeur et d'éditeur.

VERS UN RENFORCEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DES UTILISATEURS

Le législateur et les juges ne s'y sont pas trompés, le bénéficiaire des services, c'est-à-dire l'utilisateur de la connexion Internet, le consommateur qui met à disposition le contenu, joue un rôle actif dans l'atteinte portée aux droits des titulaires.

Dans la continuité de la LCEN et de la loi « DADVSI » du 1er août 2006, un nouveau projet de loi a été présenté en Conseil des Ministres le 18 juin 2008. Rédigé dans le prolongement du « Rapport Olivennes », le projet de « loi Création et Internet », plus connue sous le nom de « loi HADOPI », vise à faire modifier, une nouvelle fois, le Code de la propriété intellectuelle pour y insérer une obligation de surveillance à la charge de l'abonné et le principe de la « *riposte graduée* ».



(c) José Luis Pascual

Ce projet prévoit la création d'une Haute autorité de la diffusion des œuvres et de la protection des droits sur Internet (HADOPI), autorité administrative indépendante, à laquelle il attribue d'importants pouvoirs qui relevaient auparavant du juge judiciaire et de la CNIL. Présentée comme héritière de l'Autorité de régulation des mesures techniques, instaurée par la DADVSI mais jamais réunie, sa mission revêt trois volets : la protection des œuvres, l'observation de l'offre légale et la régulation des mesures techniques.

En vertu de l'article 2 du projet, le titulaire de la ligne (l'abonné à Internet) se verrait imposer une obligation de surveillance de sa connexion. Mais il n'y a là rien de bien nouveau par rapport à la loi DADVSI. L'innovation réside dans la logique de répression graduée, qui associe à ladite obligation trois niveaux de sanctions. Sur saisine d'agents assermentés, la commission de protection pourra envoyer à l'abonné par courrier électronique une « recommandation » lui enjoignant de respecter son obligation. En cas de « récidive », la commission procédera à l'envoi d'un second avertissement par courrier électronique, qu'elle assortirait d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Ces deux mesures ne seraient susceptibles d'aucun recours, s'agissant de mesures qui ne font pas grief au justiciable.

Enfin, et c'est certainement la

mesure qui suscite les plus vives réactions, lorsqu'il est établi que l'abonné n'aura pas, malgré deux avertissements, respecté l'obligation à sa charge, la commission pour ordonner la suspension de l'accès pour une durée allant de 3 mois à 1 an ou enjoindre certaines mesures de nature à prévenir un renouvellement. Le projet maintient la possibilité d'une transaction avec l'abonné.

Ce nouveau délit imposera par ailleurs la collaboration active des prestataires techniques, qui seront également chargés d'établir un « répertoire national » des titulaires de lignes ayant fait l'objet d'une telle mesure. Ces nouvelles obligations à la charge des prestataires s'accompagnent de lourdes sanctions pécuniaires. En contrepartie, les acteurs du secteur culturel auxquels la loi devrait bénéficier s'engagent à améliorer l'offre légale et retirer les dispositifs techniques de protection.

Le projet de loi suscite déjà une vive opposition, notamment de la part des parlementaires européens. Ceux-ci ont adopté le 10 avril dernier un amendement aux termes duquel les Etats membres sont invités à « éviter de prendre des mesures qui entrent en contradiction avec les libertés civiques et les droits de l'homme et avec les principes de proportionnalité, d'efficacité et de dissuasion, telles que l'interruption de l'accès à l'Internet ». En dépit de cette résolution, au

caractère juridique non contraignant, le gouvernement souhaite faire adopter cette loi avant le 1er janvier 2009.

La multiplication des lois au gré de l'évolution de la technique pose le problème du recours systématique au législateur comme instrument de régulation face aux questions que suscite l'apparition de nouvelles techniques.

*Lettre réalisée par
Florence Grand, sous la direction
Guillaume-Denis Faure,
Avocat associé.*

BFPL AVOCATS



5, rue de Téhéran 75008 PARIS

Tél. : 33 (0)1 58 36 18 70

Fax : 33 (0)1 58 36 02 10

Web : <http://www.bfpl-law.com>