

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les responsabilités liées au web 2.0

Montero, Etienne

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2008, 'Les responsabilités liées au web 2.0', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 32, p. 363-388.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE

Les responsabilités liées au web 2.0

Etienne Montero¹

La directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique contient une série de dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Entre-temps, l'essor des services web 2.0 – qui placent résolument l'utilisateur au centre du processus de création et de diffusion des contenus – a largement modifié le paysage du réseau des réseaux. Les premiers litiges relatifs à des sites communautaires et participatifs (réseaux sociaux, wikis, plate-forme de ventes aux enchères ou de partage de contenus...) font apparaître l'évidence de risques accrus et de défis nouveaux. On peut dès lors se demander si le régime de responsabilité de la directive est adapté aux développements du web 2.0. La présente étude affronte cette question en deux temps. Un premier chapitre approfondit la notion d'hébergement afin de déterminer si le prestataire de services web 2.0 peut bénéficier de l'exemption de responsabilité accordée à cette activité. Le second chapitre cherche à dégager les obligations susceptibles de peser sur le titulaire de tels services.



The European directive of 8 June 2000 on electronic commerce contains a series of rules on the liability of Internet intermediaries. In the meantime, the development of Web 2.0 services – where the user is at the heart of the content creation and diffusion process – has largely modified the Network scene. The first cases on participative and web-based communities (social networks, wikis, auction platforms or content sharing...) obviously reveal increased risks and new challenges. Therefore, the question is whether the liability regime of the directive is suited to the development of Web 2.0. This paper answers this question in two stages. The first chapter explores the notion of hosting to determine whether the Web 2.0 service provider can benefit from the liability exemption for this activity. The second chapter tries to define the obligations likely to weigh such a service provider down.



¹ Professeur ordinaire aux F.U.N.D.P. et directeur de recherches au C.R.I.D.

INTRODUCTION

La question de la responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet a fait l'objet d'un *lobbying* particulièrement intense et d'après discussions au cours du processus d'élaboration de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique². Sans doute n'est-il pas exagéré d'affirmer qu'un des objectifs principaux de cette directive était précisément d'établir des cas d'exemption de responsabilité au profit de certains prestataires de services de la société de l'information jouant un rôle d'intermédiaire³. Une exonération de responsabilité a ainsi été instituée au profit des activités de transmission d'informations sur un réseau de communication, de fourniture d'accès à un tel réseau, de stockage sous forme de copie temporaire de données (« cache ») et d'hébergement⁴. Comme l'on sait, les autres activités

intermédiaires, tels les services de moteur de recherche et la fourniture de liens hypertextes, ne sont pas visées et demeurent dès lors exclusivement soumises au droit commun⁵. Il en est de même jusqu'à présent en ce qui concerne les activités de création et d'édition de contenus sur les réseaux de communication.

Le système de responsabilité de la directive a été conçu naturellement en fonction du contexte de l'époque. C'était en 2000. Il y a donc bien longtemps... car, dans l'environnement numérique, vu l'évolution galopante des techniques et des usages, huit années représentent une éternité! Entre-temps, le paysage de l'In-

vités intermédiaires (stockage sous forme de cache et hébergement), dont on préfère considérer qu'elles sont soumises à une responsabilité limitée. Comme nous l'écrivions en 2001, « (...) le législateur s'évertue fondamentalement à lever les hésitations – porteuses de distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne (cfr considérant n° 40) – concernant le rôle et la diligence due par les intermédiaires techniques de l'internet. À cette fin, le législateur européen ne fait, en définitive, que circonscrire le devoir général de prudence et de diligence [pesant sur eux], en fixant un critère *raisonnable* destiné à guider le juge dans son appréciation». Cfr E. MONTERO, «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», in E. MONTERO (sous la direction de), *Le commerce électronique européen sur les rails? – Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 278, n° 523. Rapp. M. VIVANT, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, sous la responsabilité de M. VIVANT, éd. Lamy, 2008, spéc. pp. 1613-1614, n° 2731, b).

² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.* n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

³ M. PEGUERA POCH, «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», in F. MORALES PRATS et Ó. MORALES GARCÍA (coord.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, 2002, p. 25.

⁴ Articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique. On ne revient pas ici sur le domaine d'application de ces dispositions. Contentons-nous de rappeler qu'elles visent, de manière horizontale, tous les types de contenus illicites, et couvrent tant la responsabilité pénale que civile des prestataires intermédiaires concernés. On ne s'attarde guère davantage sur la nature exacte et la portée des « exonérations de responsabilité » ni sur la pertinence de la terminologie employée. En bref, l'effet des règles adoptées n'est pas d'exonérer d'une responsabilité établie (dérogation au devoir de répondre d'un contenu illicite), mais d'exclure, à certaines conditions, la possibilité d'être déclaré responsable pour un contenu illicite que l'intermédiaire a transmis, rendu accessible, stocké sous forme de cache ou hébergé. Encore convient-il de souligner la distinction fondamentale opérée entre les activités dites de « simple transport », bénéficiant d'une irresponsabilité de principe, et les autres acti-

⁵ Remarquons que la directive se borne à délimiter des zones de non-responsabilité dans des cas précis, sans affecter la substance des principes et règles gouvernant la responsabilité pénale et civile (cfr le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28). Autrement dit, le fait qu'un intermédiaire ne remplisse pas les conditions permettant de bénéficier d'une exonération de responsabilité n'implique pas qu'il doive nécessairement être déclaré responsable; encore faut-il que le juge apprécie si toutes les conditions du droit commun sont réunies.

ternet s'est modifié, notamment avec l'essor spectaculaire de ce qu'il est convenu d'appeler le web 2.0. Le concept fait actuellement débat⁶ et on n'épiloguer pas sur sa signification précise⁷. Au-delà d'un probable effet de mode, l'expression désigne une incontestable réalité nouvelle, à la fois technique, économique et sociale. Dans sa conception originelle, le web – rebaptisé *ex post* web 1.0 – offrait des pages relativement statiques, conçues, mises en ligne et modifiées par des initiés, généralement des professionnels de l'informatique. Au contraire, l'approche web 2.0 est résolument axée sur l'interaction entre utilisateurs et leur contribution dynamique aux contenus. Grâce au développement d'outils technologiques souples et d'utilisation aisée, l'internaute lambda se trouve plus que jamais placé au centre du processus de création et de diffusion des contenus sur le réseau des réseaux.

Ainsi assiste-t-on, depuis quelques années, à une efflorescence de sites communautaires et participatifs tels les réseaux sociaux (Myspace, Facebook, Netlog, Plaxo...), les mondes virtuels (Second Life...), les sites de partage de contenus (photos, fichiers audio ou vidéo...) (Dailymotion, YouTube...), les wikis (Wikipedia...), les plateformes de commerce électronique (eBay...), sans compter les blogs et les déjà plus traditionnels forums de discussions. Tous ces sites ont en commun qu'ils se présentent comme une structure destinée à accueillir des contenus apportés par les internautes eux-mêmes: on conviendra, pour les besoins de la présente

étude, que telle est la nouveauté essentielle du web 2.0. S'ensuit-il un changement de donne significatif sur le terrain juridique? Le fait que tout un chacun se voit désormais offrir des facilités sans précédent pour diffuser des contenus sur l'Internet constitue vraisemblablement un facteur d'aggravation des risques. À cet égard, le web 2.0 suscite des défis nouveaux concernant le respect de la vie privée, de l'honneur ou de la réputation des personnes, du droit à l'image, des droits de propriété intellectuelle, etc. Quoi qu'il en soit, des voix s'élèvent pour réclamer une réforme du régime actuel de responsabilité des intermédiaires «qui est à la fois irréaliste et désuet parce qu'il ne prend pas en compte les progrès techniques du web et l'apparition de nouveaux acteurs»⁸.

Le régime de responsabilité de la directive sur le commerce électronique est-il adapté aux développements du web 2.0⁹? La question mérite assurément d'être posée. Elle agite la doctrine, en pleine effervescence sur le sujet, et tourmente les juges, particulièrement en France¹⁰. Ces derniers semblent déboussolés:

⁶ D'après l'encyclopédie en ligne Wikipedia (v° «Web 2.0»), le terme a été lancé par Tim O'Reilly en 2004 et s'est imposé à partir de 2007. Le phénomène est en tout cas très récent.

⁷ À d'autres a été confiée la tâche de présenter la notion. Nous renvoyons aux exposés de B. LE BLEVENNEC et de P. TRUDEL. Cfr aussi l'article de Tim O'REILLY, «What is Web 2.0 – Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software», 9 mars 2005, www.oreillynet.com, également disponible en français (www.eutech-ssii.com).

⁸ E. BARBRY et O. PROUST, «Le Web 2.0 passe la barre des prétoires», *Gaz. Pal.*, 17-18 octobre 2007, p. 12.

⁹ Nous raisonnerons fondamentalement au départ de la directive sur le commerce électronique (désignée aussi comme «la directive» dans la suite de l'exposé), dont les lois nationales sont censées être la fidèle transposition.

¹⁰ Ce constat explique que, dans la suite de l'exposé, on fasse la part belle à la jurisprudence française. Quelques autres décisions étrangères seront également évoquées. À vrai dire, celles qui intéressent notre propos ne sont pas légion. En Espagne, par exemple, plusieurs juridictions ont été saisies d'affaires relatives à la responsabilité de titulaires de services web 2.0, mais les décisions rendues ne font pas la moindre allusion aux exemptions de responsabilité de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique, ni même à l'existence de celle-ci (ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, B.O.E., n° 166, 12-7-2002). Cfr sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 de Arganda del Rey, 30-6-2006, aff. *Mafius Blog*, qui condamne le titulaire d'un blog pour des injures et menaces dans un commentaire

DOCTRINE

le caractère contrasté des nombreuses décisions – d'inégale valeur – qu'ils ont déjà été amenés à prononcer, souvent en référé, traduit leur embarras manifeste.

Il est vrai qu'on peut s'interroger sur la manière d'apprécier la part de responsabilité incombant, respectivement, aux internautes, dont proviennent les contenus, et au titulaire/gestionnaire du site destiné à accueillir, en sa structure et suivant une présentation déterminée, les contenus en question¹¹.

En amont, se pose une question cruciale qui guidera plus précisément notre propos. Elle concerne la portée de la notion d'hébergement, dont on peut se demander si elle couvre seulement le stockage matériel de sites web ou également d'autres formes de stockage de contenus fournis par des tiers tels les messages postés dans un forum de discussions, les commentaires glissés dans un blog, les contributions apportées à un wiki, les annonces publiées sur une plate-forme de commerce électronique, les vidéos téléchargées sur un site de partage...

Dans ces différentes situations, le titulaire ou l'administrateur du blog, du wiki, du forum... n'est pas nécessairement celui qui héberge techniquement le site web. Dans la mesure où il stocke des données fournies par des tiers, réalise-t-il néanmoins une fonction ressortis-

sant à l'hypothèse générale visée par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique ?

Pour répondre à cette question, il faut se tourner vers le texte de la directive (I), avant de livrer une appréciation critique de l'interprétation que l'on se croit autorisé à en donner (II).

I. L'EXEMPTION DE RESPONSABILITÉ POUR L'ACTIVITÉ D'HÉBERGEMENT PROFITE-T-ELLE AU PRESTATAIRE DE SERVICE WEB 2.0 ?

Pour prendre la mesure exacte du problème envisagé, il convient au préalable d'apporter deux précisions importantes (A). On s'attachera ensuite à cerner la notion d'hébergement (B).

A. Hébergeur ou pas hébergeur, telle n'est pas la question

1. La notion d'intermédiaire

À notre connaissance, il n'existe aucune jurisprudence belge (publiée) relative à la responsabilité d'un prestataire de service web 2.0. Toutefois, dans une affaire, qui nous a valu un arrêt de la Cour de cassation, l'occasion était donnée de fournir quelque précieuse indication sur la notion d'hébergement et d'éclairer indirectement le débat qui nous occupe¹².

Malheureusement, il s'agit là d'une occasion manquée tant l'arrêt en question est confus.

Résumons brièvement les faits. Un particulier exploitait un site web qui permettait à ses utilisateurs d'installer des hyperliens renvoyant vers d'autres sites, de pédopornographie en l'occurrence¹³. Le titulaire du site faisait valoir

posté par un tiers non identifié (décision confirmée en appel: sentencia n° 96 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 3ª, 26-2-2007); sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 52 de Madrid, 19-12-2006, aff. SGAE c. Frikipedia, qui déclare responsable l'administrateur d'un wiki pour avoir hébergé une contribution diffamatoire à l'égard de la SGAE; sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 42 de Madrid, 15 juin 2005, aff. SGAE c. Asociación de Internautas, qui condamne l'association en qualité d'hébergeur d'un site web dont le contenu est jugé diffamatoire.

¹¹ Rapp. M. VIVANT, *op. cit.*, p. 1616, n° 2735; A. SAINT MARTIN, « Proposition d'une "responsabilité raisonnable" pour le Web 2.0 », *R.L.D.I.*, 2007/32, p. 33, n° 1.

¹² Cass., 2^e ch., 3 février 2004, *R.V. c. ministère public*, *R.D.T.I.*, n° 19/2004, p. 51, note F. DE PATOUL et I. VERECKEN. Cfr aussi, récemment, Comm. Bruxelles, 7^e ch., 31 juillet 2008, *Lancôme Parfums et Beauté c. eBay*, R.G. n° A/07/06032, inédit, évoqué *infra*, II, B.

¹³ L'exploitant du site a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans en première instance. Cfr

qu'il n'avait placé lui-même directement aucun lien, se bornant à accueillir les liens apportés par des tiers; il entendait dès lors bénéficier des exonérations de responsabilité énoncées aux articles 18 et 20 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (L.S.S.I.)¹⁴.

Le raisonnement tenu par les hauts magistrats est, de bout en bout, biaisé par leur conception erronée de la notion d'intermédiaire. Il ne nous apparaît dès lors pas inutile de cerner précisément cette notion. En effet, comme le remarque à juste titre la Cour de cassation, les exemptions de responsabilité prévues par la L.S.S.I. – et, avant elle, par la directive sur le commerce électronique – concernent uniquement des prestataires de service qui interviennent en tant qu'intermédiaires. Vu que ni la directive ni la loi ne définissent la notion, notre Cour suprême croit pouvoir considérer que l'intermédiaire est celui dont « l'activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique qu'il ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise et stockée ». Dès lors, poursuit la Cour, que les juges d'appel ont estimé que « l'installation d'hyperliens par des tiers sur le site web s'effectuait sous le contrôle et à la connaissance » du titulaire dudit site, celui-ci ne peut prétendre à la qualité d'intermédiaire; elle en conclut qu'il ne peut bénéficier des exemptions de responsabilité prévues aux articles 18 et 20 de la loi précitée.

La pertinence du raisonnement s'est trouvée compromise par le caractère erroné de la prémisse. La définition forgée par la Cour de

cassation est manifestement inspirée par la dernière phrase du considérant n° 42 de la directive sur le commerce électronique. Or, ce considérant est uniquement destiné à expliciter l'article 12 de la directive (article 18 de la L.S.S.I.) qui concerne la responsabilité applicable aux activités de « simple transport » (transmission de données sur un réseau de communication et fourniture d'accès à un tel réseau). En réalité, la Cour de cassation confond le concept d'intermédiaire et les conditions auxquelles un prestataire bénéficie d'une exonération de responsabilité pour certaines activités intermédiaires¹⁵. Les critères relatifs à la connaissance et au contrôle de l'information jouent un rôle dans l'appréciation des conditions d'exonération de responsabilité des prestataires exerçant une activité d'hébergement¹⁶. Par contre, le test de connaissance n'est pas retenu en cas de « simple transport »; en principe, les fournisseurs d'infrastructure ou d'accès peuvent bénéficier de l'exonération couvrant leurs activités¹⁷, même s'ils ont connaissance du caractère illicite des informations qu'ils transmettent ou auxquelles ils permettent d'accéder¹⁸. Par ailleurs, s'il est vrai que l'exonération de responsabilité couvrant l'hébergement « ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire »¹⁹, on remarquera qu'il est question d'un contrôle exercé par le prestataire d'hébergement sur le

Corr. Hasselt, 18^e ch., 1^{er} mars 2002, R.G. n° 00392, inédit. Cette condamnation a été confirmée en appel. Cfr Anvers, 10^e ch., 7 octobre 2003, *Computerr.*, 2004/2, p. 85, note C. DE PRETER.

¹⁴ M.B., 17 mars 2003, p. 12963. Il s'agit d'une des deux lois réalisant la transposition en droit belge de la directive sur le commerce électronique.

¹⁵ En ce sens, F. DE PATOUL et I. VEREECKEN, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet: première application de la loi belge », note sous Cass., 2^e ch., 3 février 2004, *R.V. c. ministère public, R.D.T.I.*, n° 19/2004, spéc. p. 56.

¹⁶ Article 14 de la directive (article 20 de la L.S.S.I.).

¹⁷ Article 12 de la directive (article 18 de la L.S.S.I.).

¹⁸ Cfr E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité – Revue interdisciplinaire des technologies de l'information et de la communication*, 2000/5, p. 105; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, 2001, p. 143, n° 39.

¹⁹ Article 14, 2, de la directive (article 20, § 2, de la L.S.S.I.).

DOCTRINE

destinataire du service et non sur les informations elles-mêmes²⁰.

En définitive, l'absence de connaissance et de contrôle de l'information ne sont en aucun cas des critères de la qualité d'intermédiaire.

Suivant l'exposé des motifs de la proposition de directive sur le commerce électronique, «les prestataires de services de la société de l'information jouent un rôle d'intermédiaires lorsqu'ils transmettent ou hébergent des informations émanant de tiers (fournies par les utilisateurs du service)»²¹. En d'autres termes, «les activités des intermédiaires en ligne se caractérisent», ni plus ni moins, «par le fait que les informations sont fournies par les destinataires du service et qu'elles sont transmises ou stockées à la demande des destinataires du service»²².

Cette conception large de l'activité d'intermédiation porte à considérer que le prestataire de services web 2.0 est un candidat idéal à la qualité d'intermédiaire. Le rôle central des destinataires du service qui caractérise, avon-nous dit, le web 2.0 est également au cœur de la définition de la notion d'intermédiaire. La route n'est donc point barrée: cette précieuse donnée engrangée, nous pouvons poursuivre notre quête d'un statut pour le prestataire de services web 2.0. Encore faut-il déterminer, en effet, si ses activités ressortissent à l'une des

hypothèses d'intermédiation couvertes par une exonération de responsabilité.

Avant d'entrer dans le vif de la discussion, il importe de clarifier un autre point critique.

2. Une approche fonctionnelle

D'aucuns affirment que «le droit de la responsabilité des acteurs de l'Internet, fondé sur l'adoption de la directive du 8 juin 2000, repose sur un axiome de base selon lequel le monde de l'Internet serait composé de trois acteurs: l'éditeur, l'hébergeur et le fournisseur d'accès (...). Or, comme en témoigne la jurisprudence récente, le web 2.0 fait exploser cette segmentation en rendant floues les frontières entre hébergeurs, éditeurs et même fournisseurs d'accès et en faisant émerger de nouveaux acteurs qui ne peuvent être appréhendés à travers l'une de ces trois catégories susvisées»²³. Aussi en appellent-ils à une réforme de la directive sur le commerce électronique «afin de prendre en compte l'évolution du web et de se détacher du régime actuel de la responsabilité sur Internet qui se fonde sur la notion d'acteur»²⁴.

Cette opinion repose, à notre sens, sur un malentendu, qui se retrouve au demeurant sous d'autres plumes²⁵ et ne manque pas d'empoisonner la réflexion.

Il importe, en effet, de souligner que les régimes de responsabilité institués par la directive ne sont précisément pas fondés sur la notion d'acteur: «la distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercé.

²⁰ Cfr Commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 31; F. DE PATOUL et I. VEREECKEN, note précitée, p. 56.

²¹ Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 11.

²² Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28.

²³ E. BARBRY et O. PROUST, «Le Web 2.0 passe la barre des prétoriaires», *op. cit.*, p. 11.

²⁴ *Ididem*.

²⁵ Voy., par exemple, certains développements ambigus de B. TABAKA, «Commerce électronique: les plateformes sont-elles des hébergeurs?», *R.L.D.I.*, 2007/3, pp. 10-15.

Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités»²⁶.

Cette précision est capitale; elle constitue une clé d'interprétation décisive du régime de responsabilité. Elle a été clairement confirmée par les auteurs de la directive: les exemptions de responsabilité des articles 12 à 14 de la directive 2000/31 «s'appliquent à certaines activités clairement délimitées de prestataires intermédiaires, plutôt qu'à des catégories de prestataires de services ou à des types d'information»²⁷. On retiendra non seulement qu'un acteur peut exercer plusieurs activités, mais aussi qu'une activité de nature apparemment technique, ou présentée comme telle, peut être disqualifiée en activité de production ou d'édition de contenu, en fonction du comportement du prestataire concerné ou d'engagements contractuels souscrits par lui²⁸.

Il n'est dès lors pas judicieux de réduire le débat à la question de savoir si le prestataire de services Web 2.0 est, oui ou non, un hébergeur²⁹.

L'esprit et la lettre de la directive sur le commerce électronique invitent à raisonner en termes fonctionnels, étant entendu qu'un même acteur peut assurer plusieurs fonc-

tions³⁰. Par conséquent, on n'est pas obligé *a priori* de cantonner le prestataire dans un statut (celui d'hébergeur ou d'éditeur, par exemple), à l'exclusion des autres. Il n'est pas incongru d'estimer que le prestataire web 2.0 puisse exercer une fonction d'hébergement, eu égard aux contenus fournis par les utilisateurs, aux côtés d'autres fonctions (conception et gestion de la plate-forme ou de la structure destinée à accueillir lesdits contenus).

Ces considérations auront à être nuancées et développées (*infra*, B, 2) mais, auparavant, il convient de cerner plus précisément la notion d'hébergement.

Une chose est d'admettre la nécessité de raisonner en termes de fonctions, autre chose de considérer que la fonction d'hébergement ne saurait être comprise comme une prestation purement technique³¹.

B. L'hébergement, une fonction technique ?

La question qui retient à présent notre attention peut être formulée comme suit: l'hébergement s'entend-il d'une prestation purement technique ou peut-on estimer que la notion couvre toutes formes de stockage des informations fournies par les tiers ?

Nos conceptions sont forcément tributaires du contexte dans lequel elles voient le jour et se déploient. On n'est donc pas étonné de constater qu'autour de l'an 2000, l'hébergement est majoritairement conçu comme une prestation technique (1). L'émergence des services web 2.0 a favorisé, semble-t-il, une évolution des esprits à cet égard, laquelle s'est trouvée facilitée par l'heureuse rédaction du

²⁶ Commentaire article par article de la Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28.

²⁷ Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, p. 13.

²⁸ E. MONTERO, «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», *op. cit.*, p. 276, n° 520.

²⁹ En ce sens, M. VIVANT, *op. cit.*, p. 1616, n° 2735, a); A. SAINT MARTIN, *op. cit.*, n° 21.

³⁰ La rédaction – inévitablement compliquée – des articles 12 à 14 de la directive ne laisse planer aucun doute à cet égard.

³¹ Comp. M. VIVANT, *op. cit.*, p. 1616, n° 2735, a).

DOCTRINE

texte de l'article 14 de la directive relatif à l'hébergement (2).

1. L'hébergement 1.0

Dans les années qui entourent l'adoption de la directive sur le commerce électronique, la notion d'hébergement semble renvoyer à la prestation consistant à stocker un site web sur un serveur de manière à le rendre accessible par le biais de l'Internet.

Ainsi, un tribunal français considère, en 1999, que «l'hébergement consiste à conserver en mémoire des informations et à connecter un site à l'Internet. Le fournisseur d'hébergement est donc généralement défini comme un fournisseur de service de stockage et de gestion de contenus permettant à un créateur de pages personnelles de rendre ces pages accessibles au public»³².

Cette décision est à rapprocher d'un autre jugement, rendu à la même époque, suivant lequel «le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter»³³.

Dans les deux cas, la formulation utilisée donne à penser que seuls sont visés les prestataires qui stockent directement des contenus sur leurs propres machines et non les titulaires de sites qui font appel à un prestataire pour assurer cette fonction³⁴.

Le 8 juin 2000 est adoptée la directive sur le commerce électronique. Celle-ci semble

retenir une conception large de l'hébergement. Suivant son article 14, cette notion s'entend, en effet, du «service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service». Pour autant, ses auteurs ont-ils entendu viser l'hébergement type 2.0, c'est-à-dire le service consistant à accueillir des contenus apportés par des tiers sur un site qui, lui-même, est stocké (techniquement) chez un autre prestataire ?

Telle n'est manifestement pas l'interprétation unanime de la doctrine de l'époque. Certains auteurs la rejettent sans ambiguïté. Pour s'en convaincre, il n'est pas inutile de retranscrire leur propos: «toute personne souhaitant mettre un site web, un B.B.S., un forum, etc. à disposition du public via Internet doit faire appel aux services d'un fournisseur d'hébergement (en anglais, *hosting provider*). C'est en effet ce dernier qui se chargera de placer les informations sur un de ses serveurs connectés au réseau Internet»³⁵. Ainsi excluent-ils, par exemple, que le titulaire d'un service de petites annonces en ligne puisse bénéficier de l'exonération de l'article 14 puisqu'il «n'héberge pas lui-même l'annonce illicite sur son propre serveur (...). Ce n'est que si le titulaire de ce site héberge lui-même sur un serveur privé qu'il pourra revendiquer l'application de l'article 14 de la directive»³⁶. On ne saurait exprimer plus clairement une conception strictement matérielle ou technique de l'hébergement.

Dans le même ordre d'idées, il est intéressant de relever que, dans sa première tentative de réglementer la matière (sans attendre la trans-

³² T.I. Puteaux, 28 septembre 1999, *Axa c. Infonie*, www.legalis.net.

³³ T.G.I. Nanterre, 8 décembre 1999, www.legalis.net.

³⁴ Pour une analyse comparée de ces deux définitions, voy. L. THOUMYRE, «La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet», *Lamy droit des médias et de la communication*, éd. Lamy, 2007, 464.18.

³⁵ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, «La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet», *op. cit.*, 2001, p. 143, n° 43.

³⁶ *Ibidem*, p. 141, n° 29. Comp. E. MONTERO, *op. cit.*, *Ubiquité*, 2000/5, p. 107 (sans prendre aussi explicitement parti, il faut admettre que les termes utilisés dans cette étude traduisent aussi une conception technique de l'hébergement).

position complète de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique), la loi française n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication retient pareillement une approche technique de la notion d'hébergement. Aux termes de l'article 43-8 (nouveau), les hébergeurs sont définis comme « les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services ».

Au cours des débats parlementaires relatifs à la transposition complète de la directive sur le commerce électronique, il a été souligné combien l'expression « stockage direct » suggérerait une conception technique de l'hébergement³⁷. L'intention a été exprimée de privilégier désormais une définition qui mette l'accent sur l'activité consistant à stocker des contenus à la demande de tiers. Ce souci s'est traduit par l'omission des termes « direct et permanent » dans la nouvelle définition de l'hébergement figurant à l'article 6.I.2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (L.C.E.N.). L'hébergement y est défini comme l'activité consistant à assurer, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de contenus fournis par les destinataires de ces services.

Cette formulation fait écho à la position exprimée en 2003 par le Forum des droits sur l'Internet, suivant laquelle « il convient de s'assurer que cette définition puisse englober l'ensemble des activités d'intermédiation des

personnes exerçant une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple certains fournisseurs et exploitants de forums de discussion ou certaines activités de courtoise en ligne »³⁸.

Depuis trois ou quatre ans seulement, semblable conception commence à poindre dans la doctrine. Commentant l'arrêt de la Cour de cassation évoqué plus haut, F. de Patoul et I. Vereecken remarquent avec pertinence que la définition légale de l'hébergement « n'impose pas le stockage sur un matériel appartenant au prestataire d'hébergement ». Encore cette observation se rattache-t-elle à la réflexion selon laquelle la notion d'hébergement n'est pas liée à la propriété du serveur et est dès lors susceptible de couvrir aussi le cas où « l'hébergeur technique » délocalise ses activités vers des serveurs loués auprès de tiers. Les annotateurs en déduisent que le titulaire d'un site web peut être considéré comme hébergeur, même si son site n'est pas stocké sur son propre serveur. Toutefois, selon eux, l'hypothèse d'un titulaire de site web pouvant prétendre à la qualité d'hébergeur « demeurera ainsi marginale »³⁹.

Entre-temps, les services web 2.0 ont explosé et la doctrine semble plus nettement acquise à l'idée que l'article 14 ne vise pas seulement l'hébergement de sites web, mais *toutes formes de stockage de contenus fournis par des tiers*. Autrement dit, la limitation de responsabilité prévue par cette disposition peut bénéficier au titulaire d'un blog, d'un forum de discussion, d'un site de partage de contenus... dès lors qu'il

³⁷ Pour un exposé plus détaillé des débats parlementaires, voy. surtout L. THOUMYRE, « Les hébergeurs en ombres chinoises. Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la L.C.E.N. », *R.L.D.I.*, 2005/5, n° 153.

³⁸ Forum des droits sur l'Internet, « Recommandation sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique », rendue publique le 6 février 2003, point II, A, www.foruminternet.org.

³⁹ F. DE PATOUL et I. VERECKEN, note sous Cass., 3 février 2004, précitée, spéc. p. 58.

DOCTRINE

fournit un service intermédiaire de stockage de données⁴⁰.

Cette interprétation peut sembler opportune, mais comment la justifier ? À notre avis, même si l'opinion contraire a été soutenue, on peut difficilement tirer argument du commentaire des articles qui accompagne la proposition de directive sur le commerce électronique. En voici le passage pertinent : « L'article 14 institue une limite de responsabilité en ce qui concerne l'activité de stockage des informations fournies par des destinataires du service, stockage effectué à leur demande (par exemple, la fourniture d'un espace serveur pour le site web d'une entreprise ou d'un particulier, pour un BBS, un forum, etc.) »⁴¹. Ce texte – quelque peu ambigu – ne nous paraît pas attester de façon indubitable l'intention du législateur européen de retenir une conception large, et non seulement technique, de l'hébergement. Apparemment plus décisif est, en revanche, le premier rapport d'évaluation de la directive, dans lequel on peut lire que « [L]a limitation de responsabilité en matière d'hébergement prévue à l'article 14 couvre, outre l'hébergement de sites web, différents cas dans lesquels il y a stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les *bulletin boards* (systèmes privés de transfert) ou les chat-rooms » (forums

de discussion) »⁴². Il n'y a pas mystère. Les sites de partage de contenus, les blogs, les *wikis* et autres services dits web 2.0 n'étaient tout simplement pas encore d'actualité au moment de l'adoption de la directive.

Cela étant, plusieurs arguments militent en faveur d'une conception large de la notion d'hébergement, dont on admettrait le caractère polymorphe. Ainsi comprise, elle couvrirait à la fois le stockage direct de données sur un serveur et le stockage entendu comme activité consistant à offrir une structure d'accueil des données mises en ligne sur le site par les utilisateurs.

Tout d'abord, il importe de remarquer que la lettre de l'article 14 autorise une telle interprétation. Par ailleurs, aucun autre passage de la directive ne semble s'y opposer. Au contraire, argument peut être tiré du rapprochement des considérants 42 et 46 de la directive sur le commerce électronique⁴³. L'activité du prestataire est décrite comme un processus purement technique par le considérant n° 42 qui, toutefois, concerne uniquement le régime de responsabilité relatif à la fourniture d'infrastructure ou d'accès à un réseau de communication. Au contraire, dans le considérant n° 46, qui explicite l'article 14 de la directive relatif à l'hébergement, il n'est plus fait la moindre référence à une prestation purement technique !

Ensuite, la logique du dispositif permet de penser que le législateur européen a entendu viser l'ensemble des fonctions d'intermédiation⁴⁴. On comprendrait mal qu'il ait *délibéré-*

⁴⁰ Parmi d'autres, M. PEGUERA POCH, « Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la L.S.S.I. », in *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2007/5, pp. 2-17, spéc. p. 6, www.uoc.edu ; F. DE PATOUL, « La responsabilité des intermédiaires sur internet: les plates-formes de mise en relation, les forums et les blogs », *R.D.T.I.*, 2007/27, pp. 91 et 103. *Cfr* également les études françaises mentionnées dans les autres notes.

⁴¹ Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final.

⁴² Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, p. 13, note 64.

⁴³ B. TABAKA, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ S'il est vrai que certaines fonctions d'intermédiation ne sont pas visées par les articles 12 à 14 de la directive (la fourniture de liens hypertextes et de services

ment retenu une conception étroite, purement technique, du service consistant à « stocker des informations fournies par un destinataire du service », en omettant de faire un sort aux autres formes de ce service. On doute que les auteurs de la directive aient pu ainsi passer *sciemment* sous silence une importante fonction d'intermédiation sans fournir la moindre explication à cet égard. Il nous paraît plus sensé d'admettre soit qu'elle ressortit bel et bien à l'hypothèse générale visée par l'article 14, soit, plus vraisemblablement, qu'ils ne l'ont pas sérieusement envisagée, à défaut d'avoir anticipé les développements du web 2.0.

Au total, à ce stade de la réflexion, nous sommes enclin à admettre que le prestataire de services web 2.0 peut bénéficier de la limitation de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive en ce qui concerne les informations qu'il stocke à la demande d'un destinataire du service.

Quelles sont les conditions et modalités de mise en œuvre de ce principe ? Comment est-il reçu en jurisprudence ? C'est ce qu'il nous faut à présent examiner.

2. L'hébergement 2.0

Récapitulons brièvement. Notre hypothèse est qu'autour de l'an 2000, forcément tributaires de la physionomie des services web de première génération, le législateur européen (et français, on l'a vu), la doctrine et les juges ont conçu l'activité d'hébergement comme une fonction essentiellement, sinon exclusivement, technique.

de moteur de recherche), elles ne sont pas oubliées pour autant. Les auteurs de la directive s'y réfèrent explicitement, invitant à présenter d'éventuelles propositions relatives aux responsabilités liées à ces activités à l'occasion du premier rapport d'évaluation de la directive (article 21, § 2).

Il est vrai qu'à partir des années 2002-2003, quelques juridictions ont accordé le bénéfice du régime de responsabilité limitée prévu pour l'activité d'hébergement à certains prestataires assumant une fonction plus large d'intermédiation, tels que des sites de mise aux enchères et des forums de discussion⁴⁵. Néanmoins, l'idée que des titulaires de sites exercent une activité ressortissant à l'hypothèse générale du « stockage de données » visée par l'article 14 de la directive n'a réellement percé que récemment, depuis les décisions *Wikipédia*, *Dailymotion*, *Groupe Mace c/ Gilbert D.*, *Google vidéo*...

Cette percée ne s'est pas faite sans mal comme en attestent les ombres et lumières de la jurisprudence. Toujours est-il qu'à travers ses errements, mais aussi ses parts de vérité, cette jurisprudence tâtonnante fournit de précieuses indications sur les divers éléments du débat, contribuant ainsi à un affinement progressif de l'analyse.

Il importe, tout d'abord, que l'activité pour laquelle le prestataire de service web 2.0 revendique le bénéfice de la limitation de responsabilité de l'article 14 de la directive consiste effectivement en une prestation de stockage de contenus apportés par des destinataires du service. À cet égard, la discussion tourne autour du critère de distinction entre l'activité d'hébergement et l'activité d'édition. Autre-

⁴⁵ Cfr S. PROUST, « Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du Web 2.0 », *R.L.D.I.*, 2007/30, p. 29. Voy., par exemple, T.G.I. Paris, 11 février 2003, *ministère public et Association amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute-Silésie c. Timothy Koogole et Yahoo Inc.*, D., p. 603 (inf. rap.), disponible également sur www.legalis.net (site d'enchères); T.G.I. Paris, 26 octobre 2004, *s.a. Poiray France et Mme Nathalie C. c. s.à r.l. CJSF, Ophélie, ibazar et s.a. eBay France*, www.foruminternet.org (site d'enchères); T.G.I. Paris (réf.), 18 février 2002, *Finance Net c. Boursorama*, www.foruminternet.org (forum de discussions); T.G.I. Lyon, 21 juillet 2005, www.foruminternet.org (forum de discussions).

DOCTRINE

ment dit, la diffusion par le biais du service web 2.0 (plate-forme de mise en relation, site de partage de fichiers, blog, forum de discussions...) des contenus apportés par les internautes relève-t-elle, en pratique, de l'hébergement ou de l'édition ?

Deux décisions méritent d'être signalées en ce qu'elles fournissent une excellente entrée en matière.

Dans une affaire impliquant le site de partage Dailymotion, il a été jugé que « la société [...] ne peut être qualifiée d'éditeur de contenus dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion »⁴⁶. En l'espèce, il était reproché au site d'avoir diffusé en streaming un film sans l'autorisation des ayants droit.

La seconde décision concerne le site de la société Myspace offrant un « service de réseau social » qui permet à ses membres de créer des profils personnels uniques en ligne afin de communiquer avec des amis. Le site communautaire s'est vu condamner au paiement de dommages et intérêts élevés pour avoir mis en ligne des sketches de l'humoriste Jean-Yves Lafesse. En cette affaire, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que « s'il est incontestable que la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement, elle ne se limite pas à cette fonction ; qu'en effet, imposant une structure de présentation par cadres qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'oc-

casion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités »⁴⁷.

Ces deux décisions, sur lesquelles on aura l'occasion de revenir, appellent à ce stade plusieurs commentaires. La première d'entre elles suggère un intéressant critère de partage entre l'hébergement et l'édition (a). On retrouve dans la seconde deux arguments souvent invoqués pour dénier aux prestataires de service web 2.0 la qualité d'hébergeur (b).

a. Hébergement versus édition

Qu'est-ce qu'un éditeur ? Sauf erreur, la notion d'éditeur (ou d'édition) n'est pas définie en droit belge. L'éditeur de service de communication mentionné dans la L.C.E.N., à l'article 6-III-1) n'est pas davantage défini par cette loi. Selon le *Petit Robert*, « l'éditeur est la personne (ou société) qui assure la publication et la mise en vente des ouvrages d'un auteur, d'un musicien, etc. » et « l'éditeur responsable, celui qui fait paraître sous sa responsabilité un journal, une revue, un périodique ». Voilà qui ne nous avance guère beaucoup. Plus intéressante est la définition, en droit français, du « contrat d'édition » comme « le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion »⁴⁸. Dans l'univers traditionnel, l'éditeur est celui qui assure la mise en forme et l'impression en

⁴⁶ T.G.I. Paris, 3^e ch., 13 juillet 2007, *Nord-Ouest Production c. s.a. Dailymotion*, www.legalis.net. En ce sens, dans les mêmes termes, T.G.I. Paris, 3^e ch., 19 octobre 2007, *Zadig Production c. Google*, www.legalis.net, également disponible sur www.juriscom.net (cette décision concerne aussi un site de partage, « Google vidéo »).

⁴⁷ T.G.I. Paris, réf., 22 juin 2007, *Lafesse c. Myspace*, www.legalis.net.

⁴⁸ Code (français) de la propriété intellectuelle, article L 132-1. La loi (belge) du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins consacre plusieurs dispositions au contrat d'édition, mais n'en donne pas de définition.

plusieurs exemplaires d'une œuvre de manière à permettre sa diffusion publique. Fondamentalement, «l'acte de publication doit être compris comme un acte intellectuel, la volonté de la mise en contact avec le public et non un acte matériel, sinon la notion renverrait vers les opérateurs techniques»⁴⁹.

Les activités d'hébergement et d'édition ont en commun d'assurer la diffusion d'une œuvre auprès du public; elles se distinguent en ce que l'hébergement renvoie à une simple prestation technique, tandis que l'édition suppose un *jugement* sur la valeur ou l'intérêt d'un contenu et une *volonté affirmée de diffuser* celui-ci auprès du public. Où l'on pressent que les services web 2.0 brouillent quelque peu la frontière entre les deux notions.

Dans certains cas, les prestataires de tels services se contentent de stocker matériellement, sans choix ni sélection, des contenus apportés par les utilisateurs et de les rendre accessibles via l'Internet. Autrement dit, ils ne sont nullement à l'origine des contenus, ils ne participent pas à leur création, se bornant à procurer les outils techniques permettant leur diffusion. On peut donc aisément considérer qu'en principe, ils ont la qualité d'hébergeur à l'égard des contenus qui proviennent des internautes. La jurisprudence a adopté cette analyse à propos de différentes catégories de services web 2.0: plates-formes de ventes aux

enchères⁵⁰, wikis⁵¹, forums de discussion non modérés ou modérés *a posteriori*⁵², etc.

Dans d'autres cas, les choses semblent plus complexes. Suivant l'analyse d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence, s'il est avéré que des prestataires contrôlent, sélectionnent ou «déterminent»⁵³ les contenus mis en ligne,

⁵⁰ Voy., par exemple, T.G.I. Paris, 14^e ch., 9 novembre 2007, *eBay Europe c. DWC*, www.legalis.com; Comm. Paris (réf.), 17 octobre 2006, *Konamo Digital Entertainment Paris Branch c. s.a. Babelstore*, www.foruminternet.org; T.I. Grenoble, 1^{er} février 2007, *C. c. eBay International*, www.foruminternet.org. Comp. Comm. Paris, 1^{re} ch., 30 juin 2008, trois jugements, www.legalis.net. Dans ces trois décisions, le tribunal a dénié à eBay la qualité d'hébergeur; considéré comme un courtier, dont la responsabilité doit s'apprécier au regard du droit commun, le célèbre site de ventes aux enchères a été condamné à verser près de 40 millions d'euros à différentes marques du groupe LVMH pour s'être abstenu de mettre en place des mesures efficaces de lutte contre les fraudes (en particulier, les ventes de produits contrefaits et les ventes hors réseaux de distribution sélective).

⁵¹ T.G.I. Paris (réf.), 29 octobre 2007, *M. B., P. T. et F. D. c. Wikimedia Foundation*, www.juricom.net. Cette décision est toutefois d'un intérêt relatif sur la question qui nous occupe dès lors que les parties avaient convenu entre elles d'assigner la fondation Wikimedia en tant qu'hébergeur et qu'il s'agit d'une ordonnance de référé (qui se prononce sur l'apparence des droits).

⁵² En jurisprudence française, voy. T.G.I. Lyon, 14^e ch., corr., 21 juillet 2005, *Groupe Mace c. Gilbert D.*, www.legalis.net. Dans la jurisprudence espagnole, voy. *sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 44 de Madrid, 13-IX-2007, aff. Ramoncin* (un utilisateur anonyme a ouvert un forum sur le site web "alabaricadas.org" et y a posté des messages diffamatoires à l'égard du chanteur espagnol Ramoncin; en l'espèce, les deux parties ont admis qu'il est question de contenus apportés par des tiers et que l'article 16 de la L.S.S.I.C.E. trouve à s'appliquer; néanmoins constatant que le titulaire du site n'a pas parfaitement exécuté les obligations d'identification de l'article 10 de la L.S.S.I.C.E. et qu'il a donc manqué à son devoir de diligence, le tribunal considère, à tort selon nous, qu'il ne peut bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue par l'article 16; jugé que le titulaire du site est responsable des contenus litigieux postés dans le forum par le tiers).

⁵³ T.G.I. Paris, 3^e ch., 15 avril 2008, *Jean-Yves Lafesse c. Dailymotion*, www.juricom.net, www.legalis.net; T.G.I. Paris, 3^e ch., 15 avril 2008, *Omar et Fred et autres*

⁴⁹ J.-P. AUVRET, *J.-Cl. Communication*, fasc. n° 4856, Application de la loi de 1881 à la communication en ligne, 2006, n°s 42 et s., cité par A. SAINT MARTIN, *op. cit.*, p. 35. Pour d'autres commentaires sur la notion d'éditeur, voy. L. THOUYRE, «Approche contractuelle de l'édition d'œuvres littéraires sur Internet», in E. MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du C.R.I.D., n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 65 et s.

DOCTRINE

« ont une capacité d'action sur les contenus »⁵⁴, voire suscitent ou « influencent »⁵⁵ certains types de contenus, ou encore participent de quelque manière à leur « façonnage »⁵⁶, leur activité dite de simple hébergement de contenus doit être disqualifiée en activité d'édition, soumise, elle, aux principes de la responsabilité éditoriale.

Selon une autre opinion, pour faire le départ entre l'hébergement et l'édition, il faut s'en tenir à un critère plus précis⁵⁷. Ce dernier est fixé au paragraphe 2 de l'article 14 de la directive, dont il résulte que « le paragraphe 1^{er} ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire ». Autrement dit, le fait qu'un prestataire assure un contrôle de la qualité générale des contenus dans le but d'empêcher la diffusion d'un certain type de contenus ne suffit pas à faire de lui un éditeur ; seul un contrôle fort sur les destinataires du service, qui implique forcément un contrôle intellectuel des contenus, permet de disqualifier une activité d'hébergement en une activité éditoriale de manière à faire perdre au prestataire le bénéfice de l'exonération prévue par l'article 14 de la directive⁵⁸. Ce critère permet-il, par exemple, de faire une différence entre la célèbre encyclopédie colla-

borative en ligne Wikipédia, à laquelle les internautes peuvent contribuer librement et généralement de façon anonyme, et son homologue « Knol »⁵⁹, lancée récemment par Google, qui est réservée à des auteurs identifiés dont les contributions sont signées et préalablement validées par un comité de lecture ?

Reconnaissons que le critère de distinction issu de la directive n'est pas des plus clairs. Il s'accorde avec le fondement de l'exonération de responsabilité qui gît dans le fait que le prestataire réalise une fonction d'intermédiation, purement technique et passive, à l'égard de contenus provenant de tiers⁶⁰. S'il s'agit de contenus propres du prestataire, celui-ci ne peut être considéré comme un simple intermédiaire technique. À cette situation est assimilé le cas où celui qui fournit les contenus n'est pas vraiment indépendant eu égard au prestataire dans la mesure où il agit sous l'autorité ou le contrôle de ce dernier. La directive n'indique nulle part en quoi doit consister le « contrôle » ou l'« autorité »⁶¹. Quoi qu'il en soit, le critère retenu ne semble pas correspondre au concept traditionnel d'éditeur et, manifestement, les cours et tribunaux ne s'en accommodent guère, lui préférant divers autres critères.

Dans l'état actuel des textes, ces autres critères de qualification, imaginables et imaginés, prêtent néanmoins le flanc à la critique dès lors qu'ils ne sont pas retenus par la directive.

c. *Dailymotion*, www.legalis.net. Dans ces décisions, l'éditeur est défini comme étant « la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge ». Souligné par nous.

⁵⁴ Rapport d'information n° 627 sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, présenté le 16 avril 2008 par les députés M. Jean DIONIS DU SEJOUR et Mme Corinne ERHEL, p. 16, www.assemblee-nationale.fr.

⁵⁵ M. LECARDONNEL, « Quand le Web 2.0 rencontre le droit au respect de la vie privée – Au sujet des affaires Fuzz, Dicodunet et Lespipoles », *Expertises*, 2008, p. 182.

⁵⁶ M. VIVANT, *op. cit.*, p. 1617, n° 2735, b).

⁵⁷ En ce sens, L. THOUMYRE, « Responsabilité 2.0... », *op. cit.*, p. 17 ; J. TAIEB, « Prestataires techniques de l'Internet : le sens des responsabilités », www.juriscom.net.

⁵⁸ Lire J. TAIEB, *ibidem*, spéc. point 1.2.

⁵⁹ Cfr <http://knol.google.com>.

⁶⁰ M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 283.

⁶¹ Pour rappel, l'unique éclairage (?) apporté vient du commentaire des articles, où il est précisé que le contrôle en question est celui exercé par le prestataire d'hébergement sur le destinataire du service et non sur les informations elles-mêmes.

b. *Deux critères de disqualification :
appréciation critique*

À cet égard, deux arguments ont été fréquemment invoqués en justice. *Primo*, le modèle économique adopté par le prestataire de service web 2.0 a parfois été pris en considération pour dénier à celui-ci la qualité d'hébergeur et lui faire endosser une responsabilité éditoriale. *Secundo*, le prestataire de service web 2.0 perdrait sa qualité d'hébergeur dès l'instant où il impose une structure de présentation ou intervient dans la mise en forme des contenus.

L'argument tiré du modèle économique choisi est étonnant. Il arrive que des titulaires de services web 2.0 se rémunèrent en offrant à des annonceurs des espaces publicitaires; ainsi engrangent-ils des bénéfices d'autant plus importants que la fréquentation du site est élevée, laquelle est directement liée aux contenus apportés; comment admettre dès lors qu'ils se retranchent derrière leur qualité d'hébergeur afin de bénéficier de l'exemption de responsabilité? Ce critère économique a été mobilisé dans la décision *Myspace*, dont un extrait a été reproduit plus haut. Auparavant, il avait été utilisé par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Tiscali*⁶². Dans les deux cas, il a valu la condamnation des sites sur la base d'une responsabilité éditoriale. Par contre, il n'a pas été retenu dans l'affaire *Dailymotion* précédemment mentionnée.

En doctrine, l'argument a été diversement apprécié⁶³. Un auteur n'hésite pas à écrire:

«Le contenu rapporte de l'argent au responsable du site, il est donc normal que ce dernier en soit responsable»⁶⁴. On n'est pas obligé d'adhérer à cette opinion. Les exemptions de responsabilité de la directive sont prévues pour certaines activités d'intermédiation qui répondent à la notion de «services de la société de l'information», entendus comme «des services fournis, *normalement contre rémunération*, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services»⁶⁵. Par définition, de tels services «englobent un large éventail d'*activités économiques* qui ont lieu en ligne»⁶⁶. La directive n'a donc nullement réservé le bénéfice de l'exemption de responsabilité à des prestataires qui agissent à titre bénévole⁶⁷. Faire droit à cet argument revient à retenir un critère d'exclusion du bénéfice de l'exonération qui ne figure pas dans la directive.

Dans deux décisions récentes, l'argument économique a été écarté en des termes particulièrement nets qui méritent d'être reproduits: «La commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas davantage de qualifier la

les députés M. Jean Dionis du Séjour et Mme Corinne Erhel, www.assemblee-nationale.fr. Comp. M. VIVANT, *op. cit.*, p. 1617, n° 2735, b).

⁶⁴ M. LECARDONNEL, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁵ Cette définition, reproduite dans le considérant n° 17 de la directive sur le commerce électronique figurait déjà dans d'autres directives antérieures (*cf* références complètes dans le considérant n° 17).

⁶⁶ Considérant n° 18 de la directive. Souligné par nous.

⁶⁷ Cela étant, il serait regrettable d'accorder le bénéfice de l'exonération de responsabilité aux seules activités d'intermédiation à caractère économique, à l'exclusion des activités non lucratives (ainsi, de nombreux blogs ne constituent pas une source de revenus). En effet, le caractère économique ou non de l'activité d'intermédiation est sans rapport avec le fondement de l'exonération de responsabilité. À la faveur d'une application analogique de la règle, le bénéfice de l'exonération devrait être reconnu dans les cas où l'activité ne revêt pas un caractère économique. En ce sens, M. PEGUERA POCH, «Sólo sé que no sé nada...», *op. cit.*, p. 6.

⁶² Paris, 4^e ch., A, 7 juin 2006, *Tiscali Media c. Dargaud Lombard, Lucky Comics*, www.legalis.net.

⁶³ Pour un rejet de l'argument, voy., parmi d'autres, L. THOUMYRE, «Responsabilité 2.0 ou l'éternel recommencement», *R.L.D.I.*, 2007/33, pp. 16 et s., spéc. p. 17; A. SAINT MARTIN, *op. cit.*, p. 36, n° 18; rapport d'information n° 627 sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, présenté le 16 avril 2008 par

DOCTRINE

société Dailymotion d'éditeur de contenu dès lors que rien dans le texte de loi n'interdit à un hébergeur de tirer profit de son site en vendant des espaces publicitaires tant que les partenariats auxquels il consent ne déterminent pas le contenu des fichiers postés par les internautes. La L.C.E.N. n'a pas interdit aux hébergeurs de gagner de l'argent en vendant des espaces publicitaires et a volontairement limité au seul critère du choix du contenu effectué par la société créatrice du site, la condition à remplir pour être éditeur. En refusant aux hébergeurs de vivre de la publicité, et en ajoutant ce critère à celui fixé par la loi, les demandeurs détournent le texte et tendent à dire qu'un hébergeur devrait refuser les revenus publicitaires alors que leur statut est défini dans une loi qui traite du commerce électronique»⁶⁸.

L'argument tiré de la circonstance qu'une structure de présentation est imposée aux internautes fait également débat.

Déjà retenu dans l'affaire *Myspace*, cet argument a joué récemment dans les affaires *Fuzz*⁶⁹, *Lespipoles*⁷⁰ et *Dicodunet*⁷¹. En substance, il s'agit là de sites communautaires qui affichent, par le biais de flux RSS, les titres et premières phrases d'articles sur divers sujets, suivis d'un lien hypertexte renvoyant vers le site sur lequel les articles complets sont publiés. Les sites ont été condamnés pour atteinte à la vie privée de célébrités visées par les flux et articles de référence. Jugé qu'«en s'abonnant audit flux et en l'agençant selon une disposition précise et préétablie, la partie défenderesse a donc

bien la qualité d'éditeur et doit en assumer les responsabilités, à raison des informations qui figurent sur son propre site». En référence à ces décisions, il a été noté qu'«un fournisseur d'hébergement est nécessairement conduit à structurer l'information qu'il stocke sur son ou ses serveurs (...) La loi ne fait d'ailleurs pas dépendre la qualité d'hébergeur de la manière dont le service d'hébergement est organisé»⁷².

Dans une série de décisions, l'argument lié au pouvoir d'organisation des contenus a été rejeté. Ainsi a-t-il été jugé que le fait pour la société défenderesse d'offrir «aux utilisateurs de son service Google vidéo une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus, au demeurant nécessaire à leur accessibilité par le public, ne permet pas de la qualifier d'éditeur de contenu dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion et engage à ce titre sa responsabilité»⁷³. Il a été jugé également que «le fait pour les défenderesses d'organiser la présentation du site, d'offrir aux internautes les moyens de classer et de présenter leurs vidéos, de subordonner le stockage de vidéos à l'acceptation de conditions générales ne confère pas de contrôle des contenus et des internautes»⁷⁴. Une autre juridiction a pareillement considéré que «le fait de structurer les fichiers mis à la disposition du public selon un classement choisi par le seul créateur du site ne donne pas à ce dernier la qualité d'éditeur tant qu'il ne

⁶⁸ T.G.I. Paris, 3^e ch., 15 avril 2008, *Jean-Yves Lafesse c. Dailymotion*, www.juricom.net, www.legalis.net; T.G.I. Paris, 3^e ch., 15 avril 2008, *Omar et Fred et autres c. Dailymotion*, www.legalis.net.

⁶⁹ T.G.I. Paris, réf., 26 mars 2008, *Olivier Martinez c. Bloobox Net*, www.juricom.net.

⁷⁰ T.G.I. Nanterre, réf., 28 février 2008, *Olivier D. c. Éric D.*, www.legalis.net, www.juricom.net.

⁷¹ T.G.I. Nanterre, réf., 28 février 2008, *Olivier D. c. Aadsoft Com*, www.legalis.net.

⁷² Cfr le rapport parlementaire sur l'application de la L.C.E.N. déposé par Jean Dionis du Séjour et Corinne Erthel, précité.

⁷³ T.G.I. Paris, 3^e ch., 19 octobre 2007, *Zadig Production c. Google*, précité.

⁷⁴ Comm. Paris, 20 février 2008, *Flach Film c. Google*, www.legalis.net.

détermine pas les contenus des fichiers mis en ligne»⁷⁵.

En définitive, il est permis de considérer que les titulaires de sites web 2.0 ont la qualité d'hébergeur des contenus fournis par les internautes, et bénéficient, à ce titre, de l'exemption de responsabilité prévue par la directive, en son article 14, § 1^{er} (pourvu que les conditions soient remplies). Cette analyse permet d'opérer une distinction essentielle, sur le terrain de la responsabilité, entre les contenus édités par le prestataire lui-même et ceux publiés par les destinataires du service. Si le principe paraît clair, la réalité est plus nuancée. On pressent que s'ouvre ici une zone grise où il y a place pour de délicates discussions. Selon une opinion, il faut s'en tenir strictement au texte de la directive et considérer que le régime de faveur de l'article 14, § 1^{er}, ne trouve pas à s'appliquer dans les seuls cas où ils contrôlent les destinataires de leurs services. Selon une autre opinion, largement représentée en jurisprudence et en doctrine, les prestataires 2.0 doivent être disqualifiés en éditeurs dans tous les cas où ils «déterminent», «contrôlent», «suscitent», «influencent»... les contenus apportés par les internautes. Si cette seconde opinion s'accorde mieux avec la conception traditionnelle de l'édition, la première paraît plus conforme à la lettre de la directive. Quoi qu'il en soit, tout devient cas d'espèce, à apprécier soigneusement en fonction du service fourni et du rôle exact joué par le prestataire à l'égard des contenus stockés.

II. VERS UNE RESPONSABILISATION DES PRESTATAIRES DE SERVICE WEB 2.0 ?

Sous réserve de disqualification, le prestataire 2.0 peut être regardé comme un fournisseur d'hébergement des contenus mis en ligne par

les internautes. Est-ce à dire que sa responsabilité sera rarement engagée ? Point du tout.

Primo, pour que le prestataire dont il est estimé qu'il assume une prestation d'hébergement puisse bénéficier effectivement de la faveur accordée à ce type d'activité, encore faut-il que les conditions de l'exonération fixées par l'article 14 soient réunies (A).

Secundo, il est possible de considérer que le prestataire 2.0 exerce plusieurs activités, parmi lesquelles une prestation d'hébergement. Dans ce cas, tout en étant jugé irresponsable, au titre de l'article 14 de la directive, eu égard aux contenus hébergés, il pourrait avoir à assumer une responsabilité, fondée sur le droit commun, en ce qui concerne l'exercice des autres activités (B).

A. Les conditions de l'exonération de responsabilité pour l'hébergement

Pour bénéficier de l'exonération de responsabilité pour son activité de stockage des informations fournies par un internaute, le prestataire de service (web 2.0) doit satisfaire à l'une des deux conditions suivantes⁷⁶:

1° qu'il n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, qu'il n'ait pas connaissance de faits

⁷⁶ Cfr l'article 14, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. Il est à remarquer que cette disposition a été transposée de façon sensiblement différente dans les divers droits nationaux. Ainsi, en Belgique, l'article 20, § 3, de la loi du 11 mars 2003 impose au prestataire qui a une connaissance effective d'une information illicite d'en informer le procureur du Roi qui prend les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle (relatif à la "saisie" de données immatérielles). Pour un commentaire de cette disposition, E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, livre 26ter, vol. 3, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 24 et s., nos 204 à 206.

⁷⁵ T.G.I. Paris, 3^e ch., 15 avril 2008, deux décisions, précitées.

DOCTRINE

ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente; ou

2° qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

On pourrait disserter longuement sur le critère de la connaissance. De tels développements n'entrent toutefois pas dans l'objet de la présente contribution. Qu'il nous soit permis de renvoyer le lecteur aux nombreuses études déjà consacrées à cette question⁷⁷. On se contentera de quelques brèves réflexions. Tout d'abord, soulignons qu'en certains cas, le prestataire pourra plus difficilement convaincre qu'il n'avait pas connaissance d'un contenu manifestement illicite. On songe, par exemple, au titulaire d'un blog qui participe activement à une discussion, en suscitant des interventions et en réagissant, à son tour, aux commentaires postés. On peut en dire autant, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne certains forums de discussions. Ensuite, il faut reconnaître qu'il reste beaucoup à faire pour faciliter la dénonciation des contenus illicites et, partant, leur prise de connaissance par les prestataires: mise en place de systèmes de signalement de contenus illicites, instauration des procédures

de notification (et de retrait) recommandées avec insistance par le législateur européen⁷⁸. Une fois la connaissance démontrée dans le chef du prestataire, les cours et tribunaux peuvent aussi apprécier plus ou moins sévèrement la promptitude avec laquelle il a procédé au retrait du contenu illicite ou rendu impossible l'accès à celui-ci.

Enfin, on formulera une dernière observation en marge du jugement rendu dans la première affaire *Dailymotion*⁷⁹. Tout en admettant la qualité d'hébergeur de la société, le tribunal a néanmoins estimé qu'elle engageait sa responsabilité au motif « qu'elle doit être considérée comme ayant connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant à penser que les vidéos illicites sont mises en ligne; qu'il lui appartient donc d'en assumer la responsabilité, sans pouvoir rejeter la faute sur les seuls utilisateurs, dès lors qu'elle leur a fourni délibérément les moyens de la commettre ». Sans doute conscient de marcher sur des œufs, de poursuivre: « attendu que si la loi n'impose pas aux prestataires techniques une obligation générale de rechercher les faits ou

⁷⁷ Parmi une littérature abondante, voy., en particulier, M. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., spéc. pp. 277 et s.; *idem*, « Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la L.S.S.I. », op. cit., 2007, pp. 2-17; G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, spéc. pp. 205 et s.; O. FONDEVILLE et A.-S. JOUANNON, « Le "manifestement illicite", mystérieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur », www.juriscom.net; L. THOUMYRE, « Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs », *R.L.D.I.*, février 2008, n° 35, février 2008, pp. 17 et s.; *idem*, « Comment les hébergeurs français sont devenus juges du manifestement illicite », www.juriscom.net.

⁷⁸ Cfr les articles 14, 3, *in fine*, et 21, 2, ainsi que les considérants n°s 40, 41 et 46 de la directive sur le commerce électronique. Seuls quelques États ont instauré une telle procédure, le plus souvent limitée pour un type particulier de contenus illicites. La Finlande et la Hongrie ont adopté une procédure de notification et de retrait dans le seul domaine de la contrefaçon de droits intellectuels. Cfr les sections 20 et suivantes de la loi finlandaise 458/2002 relative à la fourniture de services de la société de l'information et l'article 13 de la 2001. évi CVIII. Törvény az elektronikus kereskedelmi szolgáltatások, valamint az információs társadalommal összefüggő szolgáltatások egyes kérdéseiről (loi hongroise sur certains aspects du commerce électronique et des services de la société de l'information). La Grande-Bretagne a adopté une procédure de notification et de retrait dans la loi sur le terrorisme (Terrorism Act 2006). La France a adopté une procédure de notification (sans retrait automatique) valable pour tous types de contenus illicites (article 6, I-5 de la L.C.E.N.).

⁷⁹ T.G.I. Paris, 3^e ch., 13 juillet 2007, *Nord Ouest Production c. s.a. Dailymotion*, précité.

circonstances révélant des activités illicites, cette limite ne trouve pas à s'appliquer lorsque lesdites activités sont générées ou induites par le prestataire lui-même ; attendu que force est de constater en l'espèce que la société Dailymotion n'a mis en œuvre aucun moyen propre à rendre impossible l'accès au film "Joyeux Noël" (...), alors qu'il lui incombe de procéder à un contrôle *a priori*».

Cette décision laisse à désirer sur le plan de la motivation. Deux motifs de condamnation sont confusément avancés. Dans le régime de l'hébergeur, il est question de « connaissance effective de l'activité ou de l'information illicites », c'est-à-dire d'un contenu spécifique..., et non de la connaissance de la simple éventualité que des informations illicites puissent être mises en ligne sur la plate-forme web 2.0. Autre chose – acceptable en principe mais pas *in casu*⁸⁰ – eût été de considérer que le titulaire du site a commis une faute dans la conception ou la gestion de la plate-forme (*infra*, B). Par ailleurs, la supposée obligation de contrôle *a priori*, dérogée par le tribunal, paraît heurter de front le principe consacré à l'article 15, § 1^{er}, de la directive (*infra*, B, 1).

B. Quelles obligations pour le prestataire de service web 2.0 ?

Comme il a été rappelé, les auteurs de la directive ont clairement envisagé l'hypothèse où un prestataire exerce plusieurs activités, et, dans leur esprit, le fait qu'un prestataire remplit les conditions d'exonération de responsabilité pour une activité donnée ne signifie pas qu'il

échappe par principe à toute responsabilité pour ses autres activités (*supra*, I, A, 2).

Par conséquent, même si le prestataire de service web 2.0 peut être considéré comme *hébergeur des contenus* provenant des internautes et bénéficiaire dès lors de l'exonération de responsabilité prévue pour cette activité, il n'en est pas moins *concepteur/gestionnaire du service* ; en cette dernière qualité, il est susceptible d'engager sa responsabilité sur divers fondements. Autrement dit, il peut avoir à assumer une responsabilité de droit commun en cas de faute dans la conception de la structure (d'un site de partage...), dans le choix des thèmes proposés (sur un forum de discussions...), ou encore dans la gestion de la plate-forme (d'un site d'enchères...). Pourrait ainsi être jugée fautive la création, sur un site de partage, de rubriques invitant à rapporter des ragots et rumeurs concernant des « célébrités » ou à dévoiler des éléments de leur vie privée⁸¹, ou encore incitant à la diffamation, à la délation...⁸²

L'approche suggérée a ses partisans en doctrine⁸³ et a été adoptée par certaines juridictions⁸⁴. Quoiqu'imparfait, un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Troyes le 4 juin 2008 permet d'illustrer le propos⁸⁵.

⁸⁰ Comp. A. SAINT MARTIN, *op. cit.*, p. 38, qui estime que le gestionnaire de plate-forme web 2.0 commet une faute au sens de l'article 1382 du Code civil dès lors qu'il met sa plate-forme à disposition tout en sachant pertinemment qu'elle permettrait le stockage de contenus illicites. À notre sens, pareille analyse revient pratiquement à condamner par principe toutes les plates-formes de partage de contenus...

⁸¹ Sans doute eût-il été plus judicieux que les affaires *Fuzz*, *Lespipoles* et *Dicodunet*, évoquées précédemment, fussent abordées sous cet angle.

⁸² À titre d'exemple, le site américain « RottenNeighbor », accessible depuis peu en Belgique, invite à poster anonymement des commentaires, souvent malveillants, sur ses voisins... *Cfr* <http://www.rottenneighbor.com>.

⁸³ Parmi d'autres, S. PROUST, « Propos critiques... », *op. cit.*, p. 29 ; A. SAINT MARTIN, *op. cit.*, spéc. pp. 37 et s.

⁸⁴ Aux décisions déjà mentionnées, on ajoutera Comm. Bruxelles, 7^e ch., 31 juillet 2008, *Lancôme Parfums et Beauté c. eBay*, inédit. Ce jugement, rendu après que nous ayons achevé la rédaction de la présente étude, souscrit à l'approche duale suggérée.

⁸⁵ T.G.I. Troyes, ch. civ., 4 juin 2008, *Hermès International c. eBay et autres*, www.legalis.net.

DOCTRINE

En l'espèce, des sacs contrefaits marqués «Hermès» avaient été proposés à la vente par une internaute sur le site d'eBay. La société Hermès assigna la vendeuse et les sociétés eBay France et eBay International en justice, estimant qu'elles s'étaient rendues coupables d'actes de contrefaçon. Selon le tribunal, «s'il est incontestable que les sociétés eBay offrent aux utilisateurs de [leur] service des moyens techniques permettant une classification des contenus et tirent profit des ventes ainsi réalisées, ces circonstances ne sauraient suffire à les qualifier d'éditeurs de contenu dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, que la structuration des informations hébergées est nécessaire à leur visibilité par le public (...)».

À défaut d'être à l'origine des annonces ou de présenter celles-ci selon une ligne éditoriale délibérée, eBay doit être considéré comme prestataire d'hébergement. Autrement dit, eBay n'est pas éditeur des contenus, mais uniquement du contenant. Pour autant, «en tant qu'elles mettent à disposition des vendeurs des outils de mise en valeur du bien vendu, organisent des cadres de présentation des objets sur leur site en contrepartie d'une rémunération, et créent les règles de fonctionnement et l'architecture de leur service d'enchères, les sociétés eBay doivent être considérées comme des éditeurs de services de communication en ligne à objet courtage (*sic*)». Au total, «dans la gestion de son service de courtage en ligne, les sociétés eBay assument deux rôles différents: hébergeur et éditeur de services».

La responsabilité d'eBay est appréciée eu égard au service de courtage fourni. En substance, le tribunal estime que les dispositifs de recherche des produits contrefaits «trouvent leur limite pour les objets non délibérément référencés par les utilisateurs comme non authentiques», qu'eBay devrait exiger des informations plus précises sur les objets vendus (numéro de série,

certificat d'authenticité...) et assurer une information plus complète aux utilisateurs. De l'avis du tribunal, les sociétés eBay engagent leur responsabilité pour avoir manqué à leur «obligation de veiller à l'absence d'utilisation répréhensible de leur site au sens de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle».

Si cette analyse fondée sur une double qualification peut être approuvée, le jugement n'est cependant pas à l'abri de toute critique. D'abord, l'obligation de surveillance qui est ainsi imposée à la plate-forme est discutable au regard du principe déposé dans l'article 15, § 1^{er}, de la directive (article 6.1.7 de la L.C.E.N.). Ensuite, c'est évidemment à tort que le tribunal décide, en son dispositif, que les sociétés eBay «ont commis des actes de contrefaçon par reproductions et imitations de marques (...)» car il est ici question d'une faute commise dans l'activité de courtage et sanctionnée sur le terrain du droit commun de la responsabilité délictuelle.

Ces réserves appellent une triple observation.

Une chose est de regarder le prestataire 2.0 comme un éditeur de contenus qui, à ce titre, peut être considéré comme auteur d'actes de contrefaçon ou avoir à assumer une responsabilité éditoriale; autre chose de considérer qu'il n'est en principe pas responsable des contenus qu'il héberge à la demande des internautes, tout en devant assumer une responsabilité pour les fautes qu'il aurait commises dans la conception ou la gestion du site.

Comme l'on sait, et c'est notre deuxième observation, la faute civile consiste en la transgression soit d'une obligation légale ou réglementaire à contenu déterminé, soit de l'obligation générale de prudence et de diligence. Il s'agit donc de se demander quelles sont les obligations à charge du concepteur/gestionnaire d'une plate-forme web 2.0. Le préambule de la directive recèle un passage qui vient à propos.

Il s'agit du considérant n° 48, libellé comme suit: « La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites ».

Ce texte semble autoriser les législateurs nationaux à prescrire aux hébergeurs des obligations de contrôle *a priori*. On ne saurait cependant se méprendre sur la portée de ce considérant. Il ne permet logiquement pas de ruiner l'économie générale du régime institué par les articles 14 et 15 de la directive; en particulier, il ne peut servir à fonder une obligation générale de *monitoring*, proscrite par le paragraphe 1^{er} de l'article 15. Toute la difficulté est là: ne pas retirer d'une main ce que l'on a donné de l'autre... Autrement dit, il s'agit de concevoir les diligences dues par le gestionnaire de service web 2.0, normalement prudent et diligent, sans réduire à néant l'intérêt de l'article 14. Les « précautions » visées dans le considérant n° 48 concernent d'autres types de mesures qu'une obligation générale de surveillance, telle que l'obligation de mettre en place une structure d'accueil des plaintes ou des systèmes d'alerte et de signalement des contenus inappropriés ou indésirables (comme on en trouve d'ailleurs sur divers sites web 2.0), etc. En toute hypothèse, il doit s'agir d'obligations autonomes, assorties d'une sanction spécifique, sans lien avec la question de la responsabilité de l'intermédiaire à l'égard des contenus⁸⁶.

Un vaste champ s'ouvre, ici, à la réflexion pour dégager des solutions ingénieuses qui, tout

en responsabilisant les prestataires de services web 2.0, ne fassent pas voler en éclats l'équilibre qui est au cœur du système de responsabilité voulu par le législateur européen pour les prestataires intermédiaires (ci-après, 1).

Observons, enfin, que notre interrogation justifierait naturellement des développements particuliers pour chacun des types de services web 2.0! Plusieurs études approfondies seraient les bienvenues pour cerner, dans chaque cas, le rôle joué et les diligences dues par le prestataire eu égard aux contenus apportés. Sans doute les réflexions varient-elles suivant que l'on ait affaire au concepteur d'un monde virtuel du type *Second Life*, au gestionnaire d'une plateforme de ventes aux enchères, à l'exploitant d'un site de partage de contenus ou au titulaire d'un blog... Dans le cadre de cette étude, on doit se contenter de quelques considérations très générales autour de trois obligations névralgiques.

1. *Obligation de surveillance et de filtrage*

L'on a vu que les prestataires d'hébergement bénéficient d'une exonération de responsabilité dans les cas où ils n'ont pas connaissance de faits ou de circonstances faisant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information. Certains États auraient pu être tentés de leur imposer une obligation de recherche active de tels faits ou circonstances, ce qui aurait réduit pratiquement l'intérêt de l'exonération. D'où l'article 15, qui interdit d'imposer aux prestataires intermédiaires, en particulier aux hébergeurs, une obligation générale de surveillance. On s'avise qu'en posant ce principe, le législateur européen avait clairement en tête les logiciels de blocage et de filtrage⁸⁷.

⁸⁶ E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique – Le projet "Méditerranée" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749-833, spéc. p. 815.

⁸⁷ Cfr premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, 21 novembre 2003, précité, p. 15, note 73.

DOCTRINE

Néanmoins, les autorités judiciaires conservent le pouvoir de soumettre ces prestataires à une obligation particulière de surveillance, et il est toujours possible d'agir en cessation pour demander qu'un prestataire prévienne ou fasse cesser toute violation⁸⁸.

En droit, l'affirmation d'un principe va fréquemment de pair avec la création d'autres principes qui, ayant leur domaine et leur justification propres, viennent compléter le premier, en tempérer les effets, sans toutefois le contredire⁸⁹. Ainsi, la possibilité reconnue aux autorités judiciaires ou policières de faire peser sur les hébergeurs une obligation particulière de surveillance n'est pas une exception au principe d'interdiction des obligations générales de surveillance; il s'agit plutôt de l'affirmation d'un principe correcteur, qui vient compléter le premier, sans le contrarier⁹⁰. Tel est le compromis: d'un côté, dispenser les intermédiaires de contrôles *a priori* systématiques, de manière à ne pas leur imposer une charge économique déraisonnable, éviter des formes de censure préventive non souhaitée et permettre, par le biais de leur activité, l'essor de l'Internet, de l'autre, exploiter au mieux leur position privilégiée et les moyens techniques à leur disposition.

En pratique, il est difficile de faire le départ entre une obligation générale de surveillance et une obligation particulière de surveillance...⁹¹ Les travaux préparatoires de la directive et le texte même de celle-ci n'apportent aucune préci-

sion à cet égard. Tout au plus peut-on affirmer que l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance ne concerne pas une surveillance dans un « cas spécifique »⁹², c'est-à-dire une surveillance nécessairement « ciblée » (tel site, tel forum de discussion...) et « temporaire », à la demande des autorités judiciaires ou policières nationales⁹³. La question des dispositifs techniques de lutte contre la contrefaçon est particulièrement d'actualité en ce qui concerne les plates-formes de partage de contenus et de ventes aux enchères. La difficulté est, à notre sens, que l'emploi de tels dispositifs peut être prescrit par le législateur, mais il doit se garder d'imposer une surveillance générale; quant aux injonctions particulières de surveillance, elles semblent être du ressort des autorités judiciaires ou policières. En l'absence de dispositions légales prescrivant une obligation de surveillance particulière, il paraît délicat de déduire celle-ci du devoir général de diligence⁹⁴.

⁹² Cfr considérant n° 47.

⁹³ Commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 31: « Cette règle générale n'exclut pas qu'un tribunal ou la police puisse demander à un prestataire de services de contrôler, par exemple, un site spécifique pendant une période donnée, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière ». Voy. aussi la première rédaction de l'article 15, 1 dans la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final.

⁹⁴ En ce sens, Comm. Bruxelles, 7^e ch., 31 juillet 2008, *Lancôme Parfums et Beauté c. eBay*, précité. Après avoir constaté qu'une loi spécifique imposant à l'intermédiaire une obligation de surveillance, qui « ne pourrait en toute hypothèse pas être de nature générale », n'a pas été adoptée en Belgique, le tribunal prend acte des mesures que prend eBay pour protéger son site des contrefaçons et pour coopérer avec les titulaires de droits intellectuels dans la lutte contre les atteintes à leurs droits. Dès lors que « ces mesures ne paraissent pas factives ni inopérantes », les juges en concluent qu'« il ne peut être fait reproche à eBay de ne pas se comporter comme un acteur du commerce électronique normalement prudent et diligent ».

⁸⁸ Directive sur le commerce électronique, articles 12, § 3, 13, § 2 et 14, § 3, ainsi que le considérant n° 45.

⁸⁹ Cfr E. BERTRAND, « Le rôle de la dialectique en droit positif privé », *D.*, 1951, chron. XXXV, pp. 151-154.

⁹⁰ Une exception au principe serait qu'une obligation générale de surveillance puisse être imposée en certaines circonstances.

⁹¹ Pour un intéressant essai de conceptualisation, R. HARDOUIN, « Observations sur les nouvelles obligations prétoriennes des hébergeurs », disponible sur www.juriscom.net.

Pour illustrer le propos, il est intéressant de revenir sur l'affaire «Google vidéo»⁹⁵. En l'espèce, un documentaire produit par la société Zadig Productions avait été diffusé sur Google vidéo, sans son autorisation. Cette diffusion ayant été signalée par le producteur à Google, ce dernier n'avait pas tardé à retirer l'œuvre. Cependant, le film fut remis en ligne à plusieurs reprises par différents internautes. Avisé de chaque nouvelle diffusion, Google faisait systématiquement diligence pour procéder au retrait du film. Irritée par une énième mise en ligne, la société Zadig décida d'assigner Google vidéo en justice. Le tribunal considère que Google intervient en qualité d'hébergeur, et non comme éditeur. Cette qualification ne l'empêche pourtant pas de retenir sa responsabilité au motif qu'«informé du caractère illicite du contenu en cause par la première notification, il lui appartenait de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion». Les moyens dont il est question font vraisemblablement référence à la mise en œuvre d'une mesure de filtrage. Cette décision est-elle conciliable avec l'article 15, § 1^{er}, de la directive⁹⁶, qui exclut d'imposer aux

fournisseurs d'hébergement une obligation générale de surveillance? On peut penser qu'il est ici question d'une obligation spécifique de surveillance dans la mesure où il n'est pas imposé à l'hébergeur de filtrer l'ensemble des contenus stockés mais exclusivement celui qui a fait l'objet d'un signalement. Néanmoins, à défaut d'être limitée dans le temps, on y verrait plus volontiers une obligation générale de surveillance⁹⁷. On peut se demander, par ailleurs, s'il ne fallait pas qu'une autorité judiciaire ou policière lui enjoigne d'effectuer un contrôle particulier. Peut-on reprocher à Google de n'avoir pas pris l'initiative d'un tel contrôle?

Par identité de motifs, nous sommes également réservé concernant le jugement rendu dans l'affaire *Flach Film c. Google*. Après avoir estimé qu'en exploitant le service «Google vidéo», le fameux moteur de recherche agit en qualité d'hébergeur, le tribunal a néanmoins considéré que cette société engageait sa responsabilité pour avoir commis des actes de contrefaçon en permettant, au départ de divers liens, le téléchargement ou la vision en *streaming* du film «Le monde selon Bush». Cette condamnation intervient nonobstant la promptitude avec laquelle les liens ont été retirés dès notification de leur caractère illicite, le tribunal ayant estimé que Google était tenu «à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu».

Les juges nous semblent avoir été mieux inspirés dans une affaire relative à la plate-forme d'annonces en ligne «Vivastreet»⁹⁸. Plusieurs sociétés de parfums avaient constaté la diffusion sur Vivastreet d'annonces proposant la vente de

On rapprochera cette solution de celle retenue, en jurisprudence hollandaise, dans l'affaire *Stokke BV v. Marktplaats*. La société Marktplaats exploite un site d'annonces publicitaires classées sur lequel avaient été placées des annonces méconnaissant les droits d'auteurs de la société Stokke sur un type de chaises. Stokke demandait qu'il soit ordonné à Marktplaats de rechercher anticipativement et de retirer les publicités contrevenantes de son site web. Jugé qu'ayant mis en place une procédure de notification et de retrait, Marktplaats prend des mesures suffisantes et satisfait au principe général de précaution et de diligence. Cfr District Court of Zwolle-Lelystad (jugement intermédiaire), 3-5-2006, *Stokke BV v. Marktplaats BV*, LJN n° AW6288, aff. n° 106031/HA ZA 05-211, disponible sur www.rechtspraak.nl; District Court of Zwolle-Lelystad (jugement final en première instance), 14-3-2007, LJN n° AW 6288, aff. n° 106031/HA ZA 05-211, disponible sur www.rechtspraak.nl.

⁹⁵ T.G.I. Paris, 3^e ch., 19 octobre 2007, *Zadig Productions et autres c. Google Inc, Afa*, précité.

⁹⁶ Article 6.1.7 de la L.C.E.N.

⁹⁷ Comp. R. HARDOUIN, «Observations sur les nouvelles obligations prétoriennes des hébergeurs», précité.

⁹⁸ Comm. Paris, réf., deux décisions, 26 juillet 2007 et 31 octobre 2007, *Kenzo et autres c. DMIS*, www.legalis.net.

DOCTRINE

leurs parfums en dehors du réseau de distribution sélective. Par deux ordonnances de référé, le tribunal de commerce de Paris a ordonné la suppression des annonces litigieuses et la mise en place, pendant six mois, d'un système de filtrage *a priori* permettant de détecter et de retirer les annonces relatives à des produits des marques concernées. On trouve une décision analogue dans la jurisprudence allemande. Des montres contrefaites de la marque « Rolex » avaient été mises aux enchères sur la plate-forme « ricardo.de ». Après avoir estimé qu'imposer au titulaire de ladite plate-forme une obligation de surveiller *a priori* toutes les marques serait déraisonnable et nuirait au commerce électronique, la cour a ordonné la mise en place d'un système de filtrage spécifique pour les montres de la marque « Rolex »⁹⁹.

2. Obligation de conservation des données

Plusieurs décisions récentes semblent indiquer une volonté des juges de soumettre les prestataires de service web 2.0 à un régime rigoureux de responsabilité eu égard aux contenus qu'ils stockent. Cette tendance paraît contredire l'option prise par le législateur européen de limiter la responsabilité liée aux activités d'intermédiation. On en oublierait presque que, par principe, et singulièrement dans le système de la directive, les internautes sont responsables en première ligne des contenus qu'ils mettent en ligne. Il est donc crucial que les destinataires de services soient identifiables et que les activités illicites qu'ils exerceraient soient promptement portées à la connaissance des autorités publiques. Les obligations de collaboration avec les autorités compétentes, qui peuvent être imposées aux prestataires

intermédiaires¹⁰⁰, apparaissent ainsi comme la contrepartie du régime de faveur accordé à ces derniers. S'il ne peut être demandé aux intermédiaires de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites, il est, en revanche, parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit du dispositif qu'ils soient tenus de procurer aux autorités compétentes les informations leur permettant de lutter contre les activités illicites et d'identifier les destinataires de leurs services. Dans cette optique, il importe que les opérateurs, voire les hébergeurs eux-mêmes, soient effectivement tenus d'enregistrer et de conserver les données d'identification de leurs destinataires de services¹⁰¹. À cet égard, la transposition, en notre droit, de la directive 2006/24 (« data retention ») devrait faciliter la recherche et l'identification des créateurs de contenus illicites¹⁰².

3. Obligation d'information et de mise en garde

L'on connaît l'importance considérable accordée, depuis quelques décennies, à l'obligation d'information – et ses multiples déclinaisons¹⁰³ – que les juges imposent aux professionnels. Il

⁹⁹ BGH, 11-3-2004, I ZR 304/01, aff. *Internetversteigerung I*, MMR, 2004, 668. Voy. aussi BGH, 19-4-2007, I ZR 35/04, aff. *Internetversteigerung II* (en l'espèce, des montres contrefaites de la marque « Rolex » avaient été mises aux enchères sur eBay).

¹⁰⁰ Cfr l'article 15, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

¹⁰¹ L'article 6.II de la L.C.E.N. est exemplaire à cet égard. Cette disposition impose aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs de détenir et conserver 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. Au moment où nous écrivons ces lignes, le décret d'application de cette disposition est en cours d'adoption.

¹⁰² Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, J.O.U.E., L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

¹⁰³ Soit les obligations de conseil, de renseignement et de mise en garde.

semble normal que les prestataires de services web 2.0 n'y échappent pas. Il n'y a pas de raison qu'ils en soient dispensés du simple fait qu'ils exercent, entre autres activités, une fonction d'hébergement.

Ainsi, la responsabilité de la société eBay a été retenue au motif qu'elle n'est pas parvenue à démontrer la correcte exécution de son obligation d'information sur les risques de fraude et la sécurité des transactions à l'égard des souscripteurs. Selon le tribunal, l'information fournie était incomplète et insuffisante « pour prévenir le préjudice subi »¹⁰⁴. Dans d'autres affaires évoquées précédemment, il a été reproché à la même plate-forme d'avoir manqué à son obligation d'information, en dépit des efforts consentis en ce sens (système d'évaluation des vendeurs, offre de moyens de paiement sûrs, etc.).

On ne se prononcera pas sur le bien-fondé ou non de cette jurisprudence, apparemment sévère. Remarquons simplement qu'il ne saurait être question d'apprécier l'obligation d'information avec une rigueur telle qu'on en vienne, pratiquement, à *supposer* la faute dès l'instant où a été réalisée une opération frauduleuse. Pareille attitude des juges serait une manière détournée de priver le prestataire 2.0

du bénéfice de l'exonération prévue pour l'activité d'hébergement.

CONCLUSION

La notion d'hébergement est au cœur du contentieux relatif aux responsabilités liées aux services web 2.0. Faut-il y voir une prestation purement technique consistant à louer des espaces mémoires pour le stockage de données et leur diffusion sur le réseau ou, plus largement, la mise à disposition de toute structure permettant d'accueillir des informations provenant des internautes, celles-ci fussent-elles matériellement stockées chez un prestataire technique ? On est en droit de penser que les auteurs de la directive sur le commerce électronique ont surtout eu en vue une prestation technique, à défaut d'avoir vraiment anticipé les développements du web 2.0. Néanmoins, il est possible d'admettre, avons-nous vu, le caractère polymorphe de la notion d'hébergement. Cette interprétation peut s'autoriser de la lettre de la directive. Qui plus est, elle paraît conforme à l'esprit et à la logique du texte, même si, avec les développements des services web 2.0, l'activité d'hébergement prend sans doute une dimension insoupçonnée.

L'enjeu du débat est évidemment la possibilité pour le prestataire web 2.0 d'échapper à toute responsabilité eu égard aux contenus hébergés, au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive. Encore faut-il que l'activité pour laquelle ils invoquent le bénéfice de l'exonération ressortisse strictement à la fonction d'hébergement. L'on a vu, à cet égard, combien la ligne de partage entre l'hébergement et l'édition est difficile à tracer. La directive sur le commerce électronique prévoit un critère d'exclusion du bénéfice de l'exonération de responsabilité du prestataire pour l'hébergement de données fournies par des tiers. Toutefois, à défaut de la moindre précision sur

¹⁰⁴ T.G.I. Rennes, 26 mars 2007, *Stéphanie L. c. eBay France et eBay International*, R.L.D.I., 2007/29, n° 968, disponible aussi sur www.legalis.net (en l'espèce, un internaute avait mis en vente un jet-ski sur eBay. Intéressé, un internaute français avait pris la précaution de s'informer auprès d'eBay sur la fiabilité du vendeur. eBay lui déconseilla l'achat. Il procéda toutefois à l'achat car, entretemps, le vendeur avait usurpé l'identité d'eBay, en reprenant son logo, et assuré que le paiement resterait bloqué jusqu'à la livraison du produit. Le jet-ski ne fut jamais livré). Pour des commentaires de cette décision, X. JORELLE, « Quelle responsabilité pour les plateformes de commerce électronique 2.0 ? », www.juricom.net; N. DREYFUS, « La responsabilité des plates-formes se précise : dans l'attente d'une position plus juste », R.L.D.I., 2007/33, p. 8.

DOCTRINE

la signification exacte de ce critère, ce dernier suscite une évidente perplexité en doctrine et en jurisprudence.

On observe que certains juges, soutenus par une partie de la doctrine, ont tendance à vouloir «responsabiliser» les prestataires de services web 2.0 eu égard aux contenus qu'ils stockent à la demande des utilisateurs. L'une des voies empruntées à cet effet est de disqualifier l'activité dite d'hébergement en une activité d'édition, pour des motifs qui s'avèrent parfois discutables. Une autre voie consiste à apprécier sévèrement la diligence due par les prestataires 2.0 pour les activités qu'ils exercent en sus de leur fonction d'hébergement. En principe, cette approche peut être approuvée. Dans le système de la directive, les exonérations de responsabilité sont prévues, sous conditions, pour des activités déterminées. Il n'est nullement exclu que les prestataires aient à assumer une responsabilité, fondée sur le droit commun, en ce qui concerne l'exercice des autres activités. En pratique, toutefois, le risque est de multiplier les obligations déduites de la diligence due par le prestataire en manière telle que le bénéfice de l'exonération de responsabilité s'en trouve réduit à néant. Ainsi, il apparaît que certains juges se satisfont difficilement des mesures et moyens mis en œuvre, en particulier par des titulaires de plate-forme de commerce électronique ou de partage de contenus, pour lutter contre la contrefaçon. En estimant (trop) hâtivement qu'ils ont manqué à leur devoir d'information ou à la supposée obligation de prévoir un dispositif de filtrage efficace, ne risque-t-on pas de sortir du cadre juridique voulu par le législateur européen? En principe – faut-il le

rappeler? – ils sont dispensés de traquer eux-mêmes les infractions et sont mis largement à l'abri d'actions en responsabilité pour les informations qu'ils stockent. En contrepartie, ils ont des obligations non négligeables: collaborer avec les autorités judiciaires et policières, agir promptement pour retirer un contenu illicite en cas de notification, voire conserver les données d'identification des fournisseurs des informations qu'ils stockent en vue de faciliter la mise en cause de leur propre responsabilité.

Faut-il revoir l'équilibre ainsi instauré entre les différents intérêts en présence? Veut-on faire peser sur les prestataires d'hébergement des contraintes et une responsabilité accrues? La réponse ressortit à un choix de politique juridique décisif. Il est clair, en effet, qu'un régime de responsabilité limitée est de nature à favoriser l'essor des services web 2.0. Au contraire, si les prestataires de services web 2.0 sont plus exposés, ils seront moins enclins à développer des services risqués tels ceux destinés à accueillir des contenus fournis par les internautes.

En l'état actuel de notre réflexion, il ne nous paraît pas avisé de réformer à la hâte le régime de responsabilité des intermédiaires techniques. Il appartient aux juges de prendre en considération la diversité des activités exercées par les prestataires de services web 2.0 et d'appliquer ou de dénier à bon escient le régime de faveur accordé à l'activité d'hébergement. Encore devront-ils être créatifs à l'heure de dégager des obligations «raisonnables» à charge des prestataires de tels services, en tenant compte de leur infinie variété et des spécificités propres à chacun d'eux.