

La mise en œuvre de la responsabilité des prestataires d'hébergement toujours incertaine

Au terme de dix années d'application de la LCEN, et alors que la frontière entre les prestations d'hébergement technique et de communication au public de contenus est devenue de plus en plus floue, la confrontation du régime d'irresponsabilité conditionnelle prévu par la LCEN à la loi du 29 juillet 1881 soulève encore des difficultés. Celles-ci concernent notamment les actions en responsabilité pénale susceptibles d'être engagées à l'encontre des hébergeurs n'ayant pas retiré des contenus leur ayant été notifiés, ainsi que la mise en œuvre de l'action en référé prévue à l'article 6-I-8 de la LCEN. Au-delà se posent les questions du champ d'application territorial du droit français en la matière, et de l'exécution des décisions de justice nationales à l'étranger, en particulier aux États-Unis.

A lors que l'Arpanet des années soixante était un réseau confidentiel, l'internet d'aujourd'hui concerne trois milliards d'utilisateurs. La régulation de cet « ensemble de réseaux, qui par le biais d'un langage commun parvient à faire communiquer tous les outils de la technologie numérique »¹ est donc une question d'importance majeure, non seulement pour accompagner son développement, mais également pour en limiter les dérives. En effet, comme pour toute activité humaine, « le merveilleux y côtoie le monstrueux et le discipliné y cohabite avec le transgressif »². En France, où 82 % des ménages étaient connectés au web en 2014, le droit de l'internet s'est d'abord construit de manière prétorienne avant qu'un vaste mouvement d'harmonisation communautaire ne se mette en place et aboutisse à la transposition d'importantes directives en droit interne. C'est ainsi que, destinée à transposer en droit français la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de l'information³, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, dite LCEN⁴, a vu le jour.

Cette dernière a pour but d'établir les régimes spéciaux de responsabilité des acteurs de l'internet et distingue ainsi les intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès à internet et prestataires d'hébergement) des éditeurs de contenus. L'article 6-I-2° de la LCEN définit ainsi les prestataires d'hébergement comme « les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ». À cette activité purement technique s'attache un régime



Nicolas Benoît
Avocat associé
Cabinet Lussan
Secrétaire général
de l'association des
praticiens du droit de la
presse

de responsabilité spécifique, distinct de ceux applicables à leurs clients, éditeurs et créateurs de contenus. C'est ainsi qu'en application de l'article 6-I-7° de la LCEN, les hébergeurs ne sont soumis à aucune obligation générale de surveillance des contenus qu'ils transmettent où qu'ils stockent pour le compte de leurs clients. En contrepartie, ils sont soumis à diverses obligations en matière de répression des comportements manifestement contraires à l'ordre public, d'identification de leur client et de conservation de données⁵.

L'exonération de responsabilité dont bénéficient les hébergeurs n'est cependant pas totale. La LCEN dispose en effet qu'à partir du moment où un contenu illicite est porté à leur connaissance et si celui-ci présente manifestement un tel caractère⁶,

ils doivent agir promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. À défaut, leur responsabilité civile ou pénale serait susceptible d'être engagée.

Le législateur a ainsi clairement défini les mécanismes précontentieux devant être mis en œuvre afin d'alerter les prestataires d'hébergement de l'existence de contenus manifestement illicites dont il assure le stockage. Ainsi, ils sont réputés avoir eu connaissance de l'existence de tels contenus par la réception d'une notification dite « de contenu illicite ». Cette notification est soumise à un formalisme très rigoureux dont la méconnaissance permettra à l'hébergeur non diligent de s'exonérer de toute responsabilité⁷.

5. Articles 6-I-7 de la LCEN (« lutte contre les contenus dit odieux ») ; Art. 6-III-1° et 2° LCEN (obligation en matière d'identification) ; Art. 6-II al. 1 LCEN, décret n° 2011-219 du 25 février 2011 (obligations en matière de conservation de données).

6. Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, JORF n° 143 du 22 juin 2004, page 11182, Texte n° 3.

7. TGI Paris, Ord. Réf., 29 octobre 2007, Légipresse n° 247, précité ; CA Paris, 4° Ch. Sect. A, 6 mai 2009, Légipresse n° 262 ; CA Paris, Pole 5 – Ch. 1, 13 octobre 2010, Légipresse n° 277 ; Cass. civ. 1, 17 février 2011, Légipresse n° 281, commentaire V. Varet ; TGI Béziers, Ord. Réf., 8 avril 2011, Légipresse n° 284 ; CA Bordeaux, 1° Ch. Civ. Sect. B, 10 mai 2012 : Légipresse 2012, n° 296.

1. Philippe Bouré, *Le droit de l'internet, les enjeux présents et futurs de la société de l'information*, l'Hermès, 1^{re} édition, 2002, p. 8.

2. Lionel Thoumyre, *La responsabilité pénale et extra contractuelle des acteurs de l'Internet*, Lamy Droit des Médias et de la Communication, étude n° 464.

3. JOCE 17 juillet 2000, n° L 178, p. 1 et s.

4. JORF n° 0143 du 22 juin 2004, page 11168, texte n° 2.

Cependant, si la LCEN a le mérite d'avoir clairement défini les mécanismes précontentieux permettant aux hébergeurs d'être précisément informés des faits litigieux qui leur sont reprochés et d'y répondre utilement dans un délai rapide⁸, mais raisonnable⁹, force est de constater que cette loi n'a pas su anticiper la révolution du web dit 2.0 où la frontière entre simple hébergement technique et édition de contenus est devenue de plus en plus floue.

La jurisprudence a ainsi dû faire face au développement de services qui, sans contrôler les contenus ni être à leur origine, organisent leur mise en ligne tout en les stockant et en les référençant. Ces nouveaux acteurs intermédiaires, dont le modèle économique est tout entier centré sur les contenus, notamment audiovisuels, regroupent entre autres les plateformes de partage, les réseaux sociaux ou encore les moteurs de recherches. Or, les juges nationaux ont eu une certaine difficulté à en appréhender l'activité et donc le régime juridique s'y appliquant. C'est ainsi que la jurisprudence leur a reconnu, selon les cas, soit le statut d'éditeur¹⁰ soit celui d'hébergeur¹¹.

Aujourd'hui, les juges reconnaissent le statut d'hébergeur aux prestataires techniques dont le rôle se limite à stocker les données mises en ligne, quand bien même ils en rationaliseraient l'organisation, en faciliteraient l'accès, voire en tireraient profit, dès lors que ces prestations n'induisent aucune capacité d'action sur les contenus ainsi stockés¹². Il s'en déduit que le critère déterminant permettant de distinguer l'activité d'édition et celle d'hébergement est celui de la capacité d'action sur les contenus : l'hébergeur doit en être dépourvu s'il souhaite bénéficier de l'immunité relative s'attachant au statut d'intermédiaire technique prévu par la LCEN.

Néanmoins, il ne faut pas se leurrer, aucune définition ne saurait parfaitement rendre compte d'une activité dont les mutations sont intimement liées à celles des technologies. L'évolution des services du web 2.0 rend de plus en plus poreuse la frontière qui sépare une simple activité technique de celle d'un éditeur web. Il en va notamment ainsi lorsque ces services sélectionnent, à l'aide d'algorithmes, les contenus qu'ils présentent *in fine* sur

la page de résultats ou le fil d'actualité de leurs utilisateurs. C'est pourquoi il convient de souligner la pertinence de la proposition du Conseil d'État¹³ de créer une nouvelle catégorie juridique de « prestataires intermédiaires » – au sens de la Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique – distincte à la fois des éditeurs de contenus et des hébergeurs : les « plateformes ». Une telle réforme permettrait de sécuriser la situation juridique de ces services au regard de la loi française, mais également, en contrepartie d'un régime de responsabilité spécifique, de leur imposer de nouvelles obligations.

En attendant une telle réforme et même si, en pratique, l'application concrète des mécanismes précontentieux de la LCEN s'est avérée efficace, de nombreuses incertitudes demeurent quant à la mise en œuvre effective de la responsabilité des hébergeurs récalcitrants devant les juridictions françaises.

En effet, d'une part, en application des articles 6-I-2°, 6-I-3° et 6-I-8° de la LCEN, en cas d'inaction de l'hébergeur du site litigieux à qui ont été dénoncés des contenus manifestement illicites dans les conditions prévues par la loi, la personne dont les droits ont été violés peut engager, non seulement la responsabilité civile ou pénale de ce prestataire (articles 6-I-2° et 6-I-3° de la LCEN), mais également demander en référé « toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne » (article 6-I-8° de la LCEN). Il s'agit là de deux actions distinctes pouvant se cumuler. De nombreuses questions se posent alors dans l'hypothèse où le contenu ainsi dénoncé est constitutif d'une infraction prévue et réprimée par la loi du 29 juillet 1881. Certes, la LCEN dispose en son article 6-V que « les dispositions des chapitres IV et V de la loi du 29 juillet 1881 précitée sont applicables aux services de communication au public en ligne et la prescription acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de ladite loi », mais est-ce à dire pour autant que cette disposition s'applique à l'action en référé de l'article 6-I-8° dès lors que cette dernière n'a pas pour objet la répression d'un délit de presse commis sur internet, mais vise à faire cesser le dommage résultant du non-respect par le prestataire d'hébergement récalcitrant de ses obligations de prompt retrait aboutissant *in fine* au maintien en ligne d'un contenu manifestement contraire à la loi sur la liberté de la presse ? En sens inverse, même s'il est quasiment certain que les dispositions de la loi de 1881 s'appliqueront à l'action civile ou pénale – visant la répression d'un délit de presse – engagée à l'encontre de l'hébergeur récalcitrant, comment déterminer la personne responsable, et surtout comment engager la responsabilité d'une personne morale en cette matière ? Ainsi, la confrontation du régime prévu par la LCEN à la loi du 29 juillet 1881 soulève bien des interrogations (I).

D'autre part, au-delà de la problématique interne de la combinaison des normes nationales régissant la responsabilité des

8. En ce sens : T. com. Brest, 6 août 2008, *Quai Ouest Musique c/ e.Bay et a*, www.legalis.net; TGI Toulouse, 13 mars 2008, *Légipresse* n° 252.

9. En ce sens : TGI Paris, Ord. Réf., 20 oct. 2010, *Légipresse* n° 278.

10. En autres : TGI Paris, Ord. Réf., 22 juin 2007, *Légipresse* n° 244 (*Myspace*) ; Cass.com., 21 oct. 2008, *JurisData* n° 2008-045518 (*Sedo*) ; Cass. Civ. 1, 14 janvier 2010, *Légipresse* n° 269, Commentaire J. Huet (*Tiscali*) ; TGI Paris, 3° Ch. Sect. 2, 12 mars 2010, *Légipresse* n° 274 (*Sedo*).

11. Entre autres : TGI Paris, 3° Ch. Sect. 2, 19 octobre 2007, *Société Zadig Productions c/ Société Google Inc et autres* ; TGI Paris, Ord. Réf., 29 octobre 2010, *Légipresse* n° 247, commentaire M. Berquig (*Wikipedia*) CA Paris, 14° Ch. Sect. A, 12 décembre 2007, *Légipresse* n° 248 (*Blogger*) ; TGI Paris, 3° Ch. Sect. 1, 15 avril 2008, *Légipresse* n° 251, commentaire F. Chafol-Chaumont (*Dailymotion*) ; TGI Nanterre, 1° Ch., 25 juin 2009, *Légipresse* n° 264 (agrégateur de flux RSS) ; TGI Paris, Ord. Réf., 13 avril 2010, *Légipresse* n° 272 (*Facebook*).

12. En ce sens : Cass. 1° civ., 17 févr. 2011, trois arrêts, *Légipresse* n° 281, commentaire V. Varet. ; CA Limoges, ch. civ., 5 janv. 2012, n° 10/01116 : *JurisData* n° 2012-000039 (Site d'annonce - hébergeur) ; CA Pau, ch. corr., 18 oct. 2012, n° 11/01117 : *JurisData* n° 2012-027948 (Site partage vidéos & musique - éditeur) ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 27 mars 2013, n° 11/07990 : *JurisData* n° 2013-006759 (*Ebay* - hébergeur).

13. Jack Richard, Tristan Aureau et Angélique Delorme, *Étude annuelle 2014 du Conseil d'État – Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, septembre 2014.

hébergeurs, se pose la question de l'effectivité internationale du droit français relatif aux prestataires d'hébergement. Dans quelle mesure la loi et les juridictions françaises peuvent-elles connaître de la responsabilité des hébergeurs étrangers ? Et une fois cette compétence établie, comment assurer le respect des décisions françaises par ces hébergeurs et leurs juridictions nationales ? Dans un monde numérique globalisé, où de nombreux prestataires d'hébergement sont étatsuniens, il importe que l'autorité de la LCEN ne s'arrête pas aux frontières de la France ou de l'Union européenne. L'épineuse question du champ d'application territorial du droit français des hébergeurs et de l'effectivité des jugements rendus en cette matière est loin d'être résolue (II).

I. RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS ET LOI SUR LA LIBERTÉ DE LA PRESSE : UNE CONCILIATION COMPLEXE

Si la transposition de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 par la LCEN a réglé certains problèmes, toutes les difficultés sont loin d'avoir disparu. Au contraire, de nouvelles interrogations sont soulevées par la confrontation de cette loi à celle du 29 juillet 1881, notamment quant aux actions en responsabilité pénale susceptibles d'être engagées à l'encontre des hébergeurs n'ayant pas retiré des contenus leur ayant été notifiés (B), mais également quant à l'action en référé prévue à l'article 6-I-8 de la LCEN (A).

A. L'incertaine application de la loi sur la liberté de la presse au référé LCEN

En application de l'article 6-I-8° de la LCEN, il est possible, en cas d'inaction de l'hébergeur auquel ont été notifiés des contenus manifestement illicites, d'exercer à son encontre une action en référé visant « à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ».

Dans la plupart des cas, cette action ne pose pas de problème particulier. Il en va néanmoins différemment lorsque le contenu dénoncé comme illicite à l'hébergeur est constitutif d'une infraction prévue et réprimée par la loi du 29 juillet 1881. En pareil cas, les règles de procédures spécifiques à cette loi trouvent-elles à s'appliquer ? Alors que cette application au référé LCEN est une évidence pour certains¹⁴, et qu'elle reste une faculté pour d'autres¹⁵, force est cependant de constater que la jurisprudence ne permet pas de régler définitivement la question. La difficulté est d'autant plus grande que la plupart des actions en référé, tendant au retrait d'un contenu illicite du réseau internet ou à son blocage, ne visent les dispositions pertinentes de la LCEN qu'en complément de celles de l'article 809 du Code de procédure civile. Les enseignements issus des décisions ainsi rendues nous semblent néanmoins pertinents en matière de référé LCEN, compte tenu de l'analogie possible entre ces deux types de procédure d'urgence, visant à prévenir ou à faire cesser un « trouble » illicite présentant manifestement un tel caractère.

Le 21 janvier 2005, la cour d'appel de Paris a ainsi estimé que l'action en référé visant à obtenir le retrait d'un texte injurieux et diffamatoire à l'égard d'une administration publique mis en ligne sur le réseau internet n'était pas une action civile « *au sens de la loi du 29 juillet 1881* » dans la mesure où une telle action civile a pour objet de permettre à une victime d'une infraction pénale d'obtenir réparation du préjudice par elle subi, « *ce qui n'est pas le cas dans le cadre de la procédure de référé* ». C'est donc « à tort » que les premiers juges ont déclaré cette action irrecevable après avoir constaté que les propos litigieux avaient été mis en ligne plus de trois mois avant la signification de l'assignation introductive d'instance¹⁶.

Dans le même sens, le tribunal de grande instance de Paris, dans une ordonnance du 12 juin 2012, en réponse à un incident de prescription qui lui fut soumis par le défendeur, a estimé qu'« *en l'espèce (la demanderesse) n'a pas intenté la présente instance sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (même si le contenu fut qualifié d'injurieux par la demanderesse), mais en invoquant un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du Code de procédure civile* »¹⁷. La cour d'appel de Paris, par arrêt en date du 4 avril 2013, a confirmé cette décision aux motifs « *qu'il a été exactement relevé par le premier juge que si l'action au fond possible contre l'auteur sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 était prescrite, M^{me} B. G. était cependant fondée à agir sur le fondement du trouble manifestement illicite prévu par l'article 809 du Code de procédure civile, sans que ladite prescription ne lui soit opposable* »¹⁸. Tout comme le tribunal, la cour rejette néanmoins les prétentions de la demanderesse en estimant que le contenu, dont le retrait était demandé, n'était pas manifestement illicite et qu'ainsi « *la société JFG Networks n'était pas tenue, en tant qu'hébergeur, à l'obligation de retrait prescrite par l'article 6-I-2° de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004* ».

Bien que dans ces affaires, les actions en retrait aient été fondées à titre principal sur l'article 809 du Code de procédure civile, les juges du fond se sont néanmoins attachés à déterminer si les contenus illicites dénoncés présentaient « *manifestement* » un tel caractère, au sens de la LCEN. On pourrait ainsi estimer qu'un contenu susceptible de constituer un abus de liberté d'expression prévu et réprimé par la loi du 29 juillet 1881 mis en ligne sur le réseau internet pourrait toujours présenter un caractère « *manifestement illicite* » au sens de la LCEN nonobstant l'acquisition de la prescription prévue par la loi sur la liberté de la presse. Son retrait pourrait donc toujours être demandé quand bien même l'action au fond sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 serait prescrite.

En sens inverse, le tribunal de grande instance de Toulouse, dans une ordonnance en date du 11 avril 2014, a estimé que, lorsqu'est demandée une mesure de restriction de la liberté d'expression, « *le procureur doit respecter la procédure prévue par la loi sur la liberté de la presse qui protège la liberté d'expression en exigeant que l'acte qui saisit la juridiction respecte les règles de forme très précises qu'elle édicte* ». L'acte introductif du parquet n'ayant pas

14. Anne Cousin, « Le nouveau référé en matière de contenus illicites institué par la loi du 21 juin 2004 », *Gaz. Pal.*, 19 avril 2005, n° 109, p. 30.

15. Entre autres : Emmanuel Binoche, « Obligations et responsabilité des intermédiaires techniques », *Légicom* n° 35, 2006/1, p. 86 et s.

16. CA Paris, 14^e ch. sect. B, 21 janv. 2005 : *Légipresse* 2005, I, n° 222, p. 91.

17. TGI Paris, ord. réf., 12 juin 2012, *Légipresse* n° 296.

18. CA Paris, pôle 1, ch. 2, 4 avr. 2013, *Légipresse* n° 305.

permis au défendeur « de présenter sa défense en sachant exactement l'infraction qui pouvait constituer un trouble et fonder le retrait ou l'interdiction d'accès » à chacun des contenus litigieux, le tribunal a annulé cet acte¹⁹.

Il convient néanmoins de relever que cette action en référé avait été engagée sur le fondement non seulement de l'article 6-I de la LCEN, mais également de l'article 50-1 de la loi du 29 juillet 1881. Cette dernière disposition autorise le juge des référés à prononcer l'arrêt d'un service de communication au public en ligne, quand des infractions aux articles 24 et 24 bis de cette loi résultent de messages mis à la disposition du public par un tel service et créent un trouble manifestement illicite. Cela explique sans doute pourquoi le juge a estimé que les règles de procédure spécifiques de la loi sur la liberté de la presse s'appliquaient à cette action spécifique, elle-même prévue par la loi de 1881.

Afin de mettre un terme à cette insécurité juridique, peut-être serait-il opportun de considérer que le référé LCEN est autonome par rapport à une action en diffamation en ce qu'il ne tend pas au même résultat. En d'autres termes, ne devrait-on pas considérer que le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article 6-I-8° de la LCEN d'une action à l'encontre d'un hébergeur récalcitrant, visant à faire cesser le dommage résultant du non-respect par le prestataire d'hébergement de ses obligations de prompt retrait aboutissant *in fine* au maintien en ligne d'un contenu manifestement contraire à la loi sur la liberté de la presse, n'est pas une action civile au sens de la loi sur la liberté de la presse, mais une action spécifique et autonome ? Les règles procédurales de la loi du 29 juillet 1881 ne trouveraient donc pas à s'appliquer.

Une récente décision du tribunal de grande instance de Paris, malgré toutes ces spécificités, laisse sans doute place à une interprétation allant en ce sens²⁰. Dans cette affaire, les requérants exposaient avoir été victimes d'une diffamation par voie électronique, dont l'auteur avait été condamné par le tribunal correctionnel le 13 mars 2014. Ils relevaient néanmoins que des recherches portant sur leurs patronymes sur un moteur mondialement connu renvoyaient vers des liens contenant les mêmes propos jugés diffamatoires par le tribunal correctionnel. Ayant vainement demandé à la société exploitant le moteur de recherches un déréférencement des liens litigieux, les demandeurs l'avaient, le 5 juin 2014, fait assigner afin qu'il lui soit fait injonction sous peine d'astreinte, de procéder ou faire procéder au déréférencement des liens litigieux.

En défense, la plateforme a notamment soulevé la nullité de l'acte introductif d'instance au visa de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881. Ce moyen fut rejeté par le tribunal aux motifs que : « *s'il est vrai que l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile impose au juge de restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, M. Y, M. et M^{me} X ne soutiennent pas*

que le fait, pour Google, d'avoir mis à la disposition de ses utilisateurs des données à caractère personnel qui ont été jugées diffamatoires à leur égard engage sa responsabilité pour diffamation : que leur demande, tendant à ce que Google supprime les liens référencés attachés à leurs noms dans le moteur de recherche, au motif que ces liens renvoient sur un site et une page Facebook contenant des propos que le tribunal correctionnel de Paris a, le 13 mars 2014, qualifiés de diffamatoires et pour lesquels il a condamné son auteur, n'est donc pas une action en diffamation ; que les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 ne lui sont dès lors pas applicables.

Ainsi ce jugement semble inviter à considérer que la loi sur la liberté de la presse n'aurait sans doute pas vocation à régir les actions spécifiques introduites à l'encontre de prestataires techniques récalcitrants visant le retrait, le blocage ou, à tout le moins, la désindexation ou le déréférencement de contenus manifestement illicites, quand bien même ceux-ci relèveraient de délits de presse.

Au surplus, outre le référé de l'article 6-I-8 de la LCEN, la combinaison de cette loi et de la loi du 29 juillet 1881 soulève encore des difficultés en matière pénale, lorsque la responsabilité du prestataire d'hébergement est recherchée sur le fondement d'un délit de presse.

B. Le difficile engagement de la responsabilité pénale de l'hébergeur personne morale

Il se déduit de la combinaison des articles 6-I-3° et 6-V de la LCEN que lorsque la responsabilité pénale d'un prestataire d'hébergement récalcitrant est recherchée sur le fondement d'un délit prévu et réprimé par la loi du 29 juillet 1881, les dispositions des chapitres IV et V de cette loi s'appliquent à cette action en réparation. En revanche, bien qu'incorporés dans le chapitre V de la loi sur la presse, les articles 42 et 44 relatifs à la détermination des personnes responsables ne s'appliquent pas à la communication en ligne. Ils visent en effet les délits « *commis par voie de presse* » et non ceux commis par un moyen de « *communication au public par voie électronique* ». C'est donc l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 modifiée qui s'appliquera.

Or, force est de constater que cet article ne mentionne à aucun moment les prestataires d'hébergement. Ils ne peuvent pas non plus être considérés comme « *producteurs* » dès lors que l'article 6-I-6° de la LCEN l'exclut expressément. Il s'en déduit qu'ils ne pourront qu'être poursuivis comme complices au sens des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal²¹. Cependant, une telle poursuite pose deux problèmes.

D'une part, il est constant qu'en application de l'article 93-4 de la loi du 29 juillet 1982 les dispositions de l'article 121-2 du Code pénal, posant le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales, « *ne sont pas applicables aux infractions pour lesquelles les dispositions de l'article 93-3 de la présente loi*

19. TGI Toulouse, 11 avril 2014, *Légipresse* n° 318.

20. TGI Paris, Ord. Réf.16 septembre 2014, *Légipresse* n° 320.

21. P. Auvret, « Application de la loi de 1881 à la communication en ligne », *JurisClasseur Communication*, Fascicule 4865, n° 94 et s. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Victoires Éditions, mars 2013, p. 221.

sont applicables ». Il s'en déduit que la responsabilité d'une personne morale ne saurait être recherchée sur le fondement d'un délit de presse, même au titre de la complicité, sauf à considérer que l'article 6-1-3° de la LCEN constitue le fondement d'une telle responsabilité.

Il est effet constant que, pour le législateur, le prestataire d'hébergement peut tout aussi bien être une personne physique que morale (art. 6-1-2°) et que sa responsabilité pénale peut être engagée dans les conditions fixées par la LCEN (art. 6-1-3°) même en matière de délit de presse (art. 6-V). La lecture combinée de ces articles tend ainsi à accréditer la possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale d'une personne morale en qualité de complice d'un délit de presse. Il aurait, sans doute, été opportun que le législateur soit beaucoup plus explicite en introduisant une exception au principe d'irresponsabilité pénale des personnes morales en matière de délits de presse commis sur internet, notamment à l'égard des prestataires d'hébergement.

D'autre part, estimer qu'un prestataire d'hébergement puisse être considéré comme complice d'un délit de presse, dès lors qu'ayant eu connaissance de son caractère manifestement illicite, il n'a pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible, pose également problème²². En effet, la complicité exige la réunion de deux éléments. L'élément matériel, d'une part, caractérisé par le fait d'avoir facilité la préparation ou la consommation du délit, implique que l'acte de complicité ait été accompli antérieurement ou concomitamment à la perpétuation de l'acte délictueux principal²³. L'élément moral, d'autre part, implique que la personne poursuivie comme complice ait participé au délit « en connaissance de cause ».

Or, comme nous l'avons vu, l'article 6-1-3° ne prévoit la mise en cause de la responsabilité pénale du prestataire d'hébergement que dans l'hypothèse où il a eu connaissance effective du contenu en cause, c'est-à-dire après avoir fourni les moyens nécessaires à la réalisation du délit. L'hébergeur n'a donc pas conscience de faciliter la préparation ou la consommation d'un délit au moment où il se réalise. Sa connaissance n'est présumée acquise qu'après réception de la notification prévue à l'article 6-1-5° de la LCEN, laquelle ne peut intervenir que postérieurement à la mise en ligne du contenu litigieux. Il s'en déduit que « la survenance de l'élément moral ne concordant pas avec celle de l'élément matériel, l'hébergeur n'a pas pu effectuer un acte de complicité antérieurement ou concomitamment à l'infraction principale »²⁴.

À suivre ce raisonnement, les prestataires d'hébergement échapperaient ainsi à toute condamnation pénale sur le fondement de la complicité, sauf à considérer que l'infraction en cause se

soit répétée après qu'ils aient acquis la connaissance de celle-ci²⁵, ou qu'elle soit continue, ce qui ne correspond pas à l'approche retenue par la Cour de cassation en matière de délit de presse. Ces difficultés n'ont visiblement pas empêché le tribunal de grande instance de Paris de condamner la personne ayant fourni à l'auteur principal de l'infraction un espace de stockage ayant permis la réalisation du chef de complicité d'usurpation d'identité²⁶, lequel est, comme la diffamation publique, un délit instantané²⁷.

II. RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS ET EXTRANÉITÉ : UNE EFFECTIVITÉ INTERNATIONALE EN CONSTRUCTION

Le sigle « www » – « web », littéralement « toile d'araignée mondiale » – met en lumière le caractère global d'internet, et ainsi la nécessité d'assurer l'effectivité du droit de l'internet, et plus spécifiquement des règles relatives aux hébergeurs, au-delà des frontières nationales. Il convient donc d'analyser la compétence territoriale de la loi et des juridictions françaises (A) ainsi que l'exécution des décisions rendues par les tribunaux nationaux, notamment aux États-Unis (B).

A. L'application conditionnée de la LCEN aux hébergeurs étrangers

S'agissant spécifiquement de la responsabilité pénale, d'une part, le principe dit de « territorialité élargie », selon lequel « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire », posé par l'article 113-2 du Code pénal, permet, en théorie, de retenir la compétence de la loi pénale française et celle du juge français, dès lors que le contenu litigieux est accessible sur le territoire français²⁸.

En ce qui concerne la responsabilité civile, d'autre part, la loi française est applicable aux éditeurs et aux prestataires d'hébergement étrangers dès lors qu'il existe un « lien de rattachement substantiel » avec la France (accessibilité du contenu sur le territoire français, rédaction en français, contenu mis en ligne à destination du public français, etc.). La procédure de notification de contenu illicite peut dès lors être engagée à leur rencontre²⁹.

En outre, dans une décision en date du 25 octobre 2011, la CJUE, interprétant l'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, a estimé qu'en cas d'atteinte aux droits de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur internet, la personne qui s'estime lésée a la faculté de saisir d'une

22. E. Dreyer, « Interrogation sur la responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement », *Légipresse* 2004, n° 212, pp. 89 et s. ; L. Thoumyre, « Les hébergeurs en ombres chinoises – une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN », *RLDI* 2005/5, n° 153, pp. 64 et 65 ; S. Albriex, La complicité du fournisseur de moyen de communication électronique, *Légipresse* n° 220, pp. 40 et s.
23. Cass. Crim., 23 juillet 1927, S. 1929. 1. 73. Cass. Crim. 6 août 1945, *Gaz. Pal.*, 1945, 2. 143 ; Cass. Crim., 4 décembre 1947, *Bull. crim.* n° 239. Cass. Crim., 20 mars 1997, *D.* 1999, 28., note Boccara ; CA Aix En Provence, 9 janvier 2006, *JCP* 2007. IV. 1799.
24. Lionel Thoumyre, *La responsabilité pénale et extra contractuelle des acteurs de l'Internet*, Lamy Droit des Médias et de la Communication, étude n° 464, p. 47.

25. D. Melison, « Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil », 25 avr. 2005, disponible sur www.juriscom.net.

26. TGI Paris, 13^e ch. – sect. 2, 18 décembre 2014, disponible sur le site www.legalis.net.

27. Cass. crim., 16 février 1999, *Bull. crim.* n° 25.

28. Cass. Crim., 9 septembre 2008, pourvoi n° 07-87281, disponible sur www.legifrance.gouv.fr. Voir également : A. Lepage, « Réflexions sur l'adaptation du droit pénal à l'internet », in B. Teyssié (Dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éditions Panthéon-Assas, 2012, p. 493.

29. CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Fiona Shevill*, *JurisData* n° 1995-600462 ; CA Paris, 17 mars 2004, n° 03/01520, *JurisData* n° 2004-252592 ; TGI Paris, 29 oct. 2007, *Légipresse* n° 247, commentaire M. Berguig ; Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088, 7190, *JurisData* n° 2010-025704 ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 4 févr. 2011, n° 09/21941, *Légipresse* n° 282.

action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé, soit les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'émetteur desdits contenus, soit les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le « *centre de ses intérêts* »³⁰. En droit interne, cette décision a trouvé sa première application dans une ordonnance du juge de la mise en état de la première chambre civile du tribunal de grande instance de Nanterre du 31 mai 2012³¹.

La première chambre civile de la Cour de cassation a, quant à elle, estimé, le 12 juillet 2012, qu'il était vain pour une société américaine exploitant un moteur de recherche et sa filiale française de contester l'application de la loi française au litige qui l'opposait à l'auteur de photographies mises en ligne sans son autorisation. Cette décision fut motivée par le fait que l'arrêt querellé avait retenu que le litige portait « *sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en « .fr » et que les lieux de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France* ». Il en a ainsi exactement déduit que « *conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne qui postule l'application de la loi de l'État où la protection est réclamée, que l'action introduite par M. X, qui réclame, en tant qu'auteur de la photographie, la protection de ses droits en France à la suite de la constatation en France de la diffusion en France, par un hébergeur français, la société Aufeminin.com, d'une photographie contrefaisante, mise en ligne pour le public français sur le site de Google Images par le service des sociétés Google Inc. et Google France, relevait de la loi française* »³².

Plus récemment, par une ordonnance de référé du 16 septembre 2014, le TGI de Paris s'est estimé compétent pour enjoindre à un célèbre moteur de recherche de déréférencer plusieurs liens renvoyant à des contenus qui avaient été, au préalable, jugés diffamatoires par le tribunal correctionnel de Paris³³.

Cependant, dans la pratique, les situations sont beaucoup plus complexes, notamment lorsque les personnes susceptibles d'engager leur responsabilité ont localisé leur activité dans des « *paradis du web* », tels que les États-Unis, l'Irlande ou la Russie. En pareil cas et sauf exception, tenant à la seule bonne volonté des prestataires d'hébergement ou des plateformes en cause de coopérer avec les autorités françaises, la mise en œuvre des poursuites et de la répression sera très difficile, voire vouée à l'échec³⁴.

B. L'effectivité limitée des jugements français aux États-Unis

Tout praticien du droit de la presse ayant eu à traiter d'affaires mettant en cause des sociétés d'édition ou d'hébergement dont les sièges sociaux sont situés aux États-Unis aura pu constater que certaines d'entre elles ne s'estiment pas liées par les dispositions du droit français relatives aux abus de la liberté d'expression. Invoquant le premier amendement de la Constitution américaine, ils refusent d'exécuter les jugements étrangers limitant cette liberté.

La meilleure illustration de cette divergence de conception de la liberté d'expression entre la France et les États-Unis est certainement l'affaire *Yahoo*, l'entrée en vigueur de la LCEN n'ayant apporté aucune amélioration pratique en la matière.

Dans cette affaire, le juge français s'était estimé compétent territorialement (le site étant accessible de la France), et avait condamné, le 22 mai 2000, les sociétés Yahoo France et Yahoo Inc. pour avoir permis la visualisation, en France, d'objets nazis, ce qui constituait une contravention à la loi française en application de l'article R. 645-1 du Code pénal et une offense à la mémoire collective du pays³⁵. Or, contrairement à Yahoo France, la société Yahoo Inc avait refusé d'exécuter cette décision.

Cette affaire avait de nouveau été portée devant le tribunal de grande instance de Paris, le 20 novembre 2000³⁶. À cette occasion, la société Yahoo Inc. avait fait valoir une exception d'incompétence, en soutenant que ses services s'adressaient essentiellement à des internautes situés sur le territoire des États-Unis, que ses serveurs étaient installés sur ce même territoire, et qu'une mesure coercitive à son encontre ne pourrait recevoir aucune application aux États-Unis puisqu'elle serait en contradiction avec le premier amendement de la Constitution américaine. Le tribunal de grande instance de Paris a rejeté cet argument en estimant que les sites en cause étaient accessibles depuis la France et causaient donc un dommage en France aux associations demanderesse.

Cependant, lors de l'exécutif, la cour fédérale du district de Californie du Nord, saisie par la société Yahoo Inc., a rendu un jugement déclaratoire en vertu duquel l'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000 ne pouvait bénéficier d'aucune exécution aux États-Unis en vertu du premier amendement de la Constitution américaine³⁷.

Néanmoins, saisie en appel par les associations françaises, la cour d'appel du district de Californie s'est, le 23 août 2004, déclarée incompétente. Dans sa décision, la cour affirme explicitement que les associations appelantes ont le droit de mener des actions en justice en France contre Yahoo, société américaine, en raison de l'accessibilité des contenus qu'elle propose en France. Elle précise que la France est une nation souveraine ayant le droit de réglementer les agissements d'une société américaine sur

30. CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *Légipresse* n° 288, commentaire J.S. Bergé.

31. TGI Nanterre, ord. *JME*, 1^{er} ch., 31 mai 2012, *Légipresse* n° 296.

32. Cass. 1^{er} civ., 12 juill. 2012, n° 11-15.165, 11-15.188, *JurisData* n° 2012-015812

33. TGI Paris, ordonnance de référé, 16 sept. 2014.

34. Par exemple, en cas de condamnation par défaut d'un hébergeur américain par un juge français sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, les tribunaux américains refuseront d'exécuter la décision, en l'absence de procédure similaire en droit américain. En effet, la Cour suprême des États-Unis considère que la preuve de l'accusé est un droit constitutionnel fondé sur le 6^e amendement : affaire *United States c. Gagnon* 470 US 522 (1985); voir également J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz 2002, n° 472, p. 592 et s.

35. TGI Paris, Ord. Réf., 22 mai 2000, *Légipresse* n° 174, commentaire C. Rojinsky.

36. TGI Paris, Ord. Réf., 20 novembre 2000, disponible sur www.legalis.net.

37. *Yahoo ! Inc. v/ LICRA et UEJF* : 145 F. Supp. 2^d. 1168 ; N.D. Cal. 2001. Pour des extraits en français de la décision : *Comm. com. électr.* 2002, comm. 9, note Grynbaum.

son territoire³⁸. Le 12 janvier 2006, la neuvième cour d'appel de district de Californie a validé l'arrêt de 2004 et a reconnu la force contraignante de la décision française, ainsi que les limites juridiques du premier amendement sur le réseau internet³⁹.

Il se déduit de ces décisions que le premier amendement américain peut voir ses effets limités sur internet, puisqu'en raison du caractère mondial du réseau, ce texte peut être écarté en faveur d'une loi étrangère. Il s'agit là d'une brèche importante dans la conception américaine de l'internet qui augure de multiples perspectives d'ouverture en matière de liberté d'expression. Néanmoins, en pratique, l'exécution des décisions de justice françaises aux États-Unis reste encore aujourd'hui particulièrement problématique, notamment en raison des coûts qu'elles sont susceptibles d'engendrer et qui sont hors de portée de la plupart des justiciables français.

« En pratique, l'exécution des décisions de justice françaises aux États-Unis reste encore aujourd'hui particulièrement problématique. »

Face à cette difficulté, le Conseil d'État préconise de « promouvoir le principe du droit du pays de l'internaute non pour l'ensemble des règles juridiques applicables aux acteurs d'internet, mais pour un socle de règles choisies en raison de leur importance particulière dans la protection des droits fondamentaux ou de l'ordre public ». Les règles du socle seraient ainsi applicables à tous les sites dirigeant leur activité vers la France ou l'Union européenne⁴⁰. La Commission nationale consultative des droits de l'homme⁴¹ estime également important d'amorcer une réflexion globale sur la définition d'un « ordre public numérique » tendant à la préservation du réseau internet comme un espace de liberté, respectueux des droits et libertés fondamentaux, sans pour autant être un espace d'impunité⁴². Comme le relève fort pertinemment la CNCDH, « l'avènement de la société numérique n'est pas le retour à l'état de nature sans contrat social ni souveraineté politique »⁴³ et de rappeler que « s'agissant d'activités humaines, s'exerçant sur la toile, l'État a toute liberté pour les encadrer afin de garantir pleinement le respect des droits et libertés fondamentaux »⁴⁴.

Une telle réforme paraît utile et nécessaire, afin de mettre rapidement un terme à l'impunité pratique dont bénéficient certains géants du web et ce d'autant plus que celle-ci est génératrice d'une certaine distorsion de concurrence entre les éditeurs et prestataires techniques français qui, pour leur grande majorité, respectent la loi et certaines sociétés étrangères qui s'en exonèrent.

38. Le forum des droits de l'Internet, « Affaire Yahoo ! La décision américaine invalidée en appel », 24 août 2004.

39. Le Forum des droits sur l'internet « Affaire Yahoo – Une cour d'appel aux États-Unis refuse d'étendre la liberté d'expression américaine au territoire français ».

40. Conseil d'État, *Étude annuelle 2014, Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française 2014.

41. CNCDH, « La lutte contre les discours de haine sur internet, avis du 12 février 2015 », p. 8, disponible sur le site de la CNCDH.

42. *Ibidem*, p. 6. Voir également : CNCDH, « Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », 25 septembre 2014, *JORF* n° 0231 du 5 octobre 2014, texte n° 45.

43. *Ibidem*, p. 7. Voir également : B. Beaudé, *Les fins d'internet*, Fyp 2014, pp. 28 et s.

44. *Ibidem* p. 7. Voir également : Conseil d'État, *Étude annuelle 2014, Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française 2014, p. 133.

CONCLUSION

John Perry Barlow, cofondateur de l'Electronic Frontier Foundation, affirmait dans sa *Déclaration d'indépendance du Cyberspace* publiée en 1996 que « nous sommes en train de créer un monde où n'importe qui, n'importe où peut exprimer ses croyances, aussi singulières qu'elles soient, sans peur d'être réduit au silence ou à la conformité. Vos concepts légaux de propriété, d'expression, d'identité, de mouvement, de contexte ne s'appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière et il n'y a pas ici de matière »⁴⁵.

Cependant, avec la démocratisation de cet outil dans les années quatre-vingt-dix et la création du web, une telle vision libertaire de l'internet n'était plus tenable, sauf à accepter sans réagir la commission d'abus, le plus souvent civilement et pénalement répréhensibles. Le législateur a donc dû intervenir afin d'accompagner le développement de l'internet et en prévenir les dérives, créant de

nouvelles normes pour ce réseau immatériel dépourvu tant de limite légale que géographique et porté par le puissant moteur des innovations technologiques. Ce mouvement fut relativement erratique en France, mais a abouti *in fine* à l'adoption d'un régime de responsabilités spécifiques applicables aux intermédiaires techniques, perfectible mais relativement efficace. Les prochaines réformes législatives devront tendre vers une meilleure appréhension et un meilleur encadrement des activités des nouveaux services du web 2.0 et permettre le respect des règles ainsi édictées sur le territoire national, quelle que soit la localisation de la société exploitant le service en cause. La définition d'un régime de responsabilité spécifique à ces nouveaux acteurs sera ainsi l'occasion de leur imposer des obligations tendant notamment à rendre concrètes et effectives les éventuelles actions en responsabilité engagées à leur encontre, en imposant, par exemple, la présence sur le territoire national d'un « représentant légal » susceptible d'engager sa responsabilité civile et pénale à raison des activités dommageables de la plateforme qu'il exploite en France.

Une telle réforme paraît d'autant plus souhaitable qu'elle permettrait tout à la fois d'identifier aisément une personne responsable dans un environnement où l'anonymat est quasiment la règle, de demander efficacement le retrait ou le blocage de contenus manifestement illicites quelle que soit la localisation de la société exploitant la plateforme, d'engager éventuellement la responsabilité du prestataire technique récalcitrant et d'améliorer grandement les possibilités d'exécution forcée. Ainsi, pour paraphraser l'un des attendus de l'arrêt rendu le 23 août 2004 par la cour d'appel du district de Californie dans l'affaire *Yahoo*, ces sociétés ne pourraient plus « s'attendre en même temps à faire des profits » à l'aide de contenus « consultables à travers le monde » et à éviter « de faire face aux coûts qui peuvent en résulter ». **N.B.**

45. J.P. Barlow, *Déclaration d'indépendance du Cyberspace*, Editions Hache 1996.