

Université de Nice Sophia Antipolis
Faculté de Droit et de Science Politique

Responsabilité civile et neutralité de l'internet

Essai de conciliation

Thèse présentée et soutenue publiquement par Alexandre Tourette,
pour l'obtention du doctorat en droit.

Composition du jury :

M. Philippe Brun, professeur à l'Université Savoie Mont Blanc, *rapporteur*.

M. Jacques Larrieu, professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, *rapporteur*.

M. Jean-Baptiste Racine, professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

M. Fabrice Siirainen, professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis, *directeur de recherche*.

M. Yves Strickler, professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

M. Michel Vivant, professeur des Universités à Sciences Po Paris, *président du jury*.

Date de soutenance : 7 décembre 2015

Responsabilité civile et neutralité de l'internet

Essai de conciliation

À jour du 15 septembre 2015

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le professeur Fabrice Siiriainen pour sa confiance, sa compétence et ses précieux conseils tout au long de cette recherche.

Ensuite, je remercie ma mère pour son soutien indéfectible, Justine pour son amour et mes proches pour leur amitié. Que tous ceux qui m'ont aidé et soutenu pendant ces années me pardonnent de ne pas les citer individuellement, chacun est dans mes pensées.

Sommaire

REMERCIEMENTS	V
SOMMAIRE.....	VII
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VIII
INTRODUCTION.....	1
PARTIE I. : L'INTÉGRATION DE LA NEUTRALITÉ DU NET PAR LA RESPONSABILITÉ CIVILE	21
TITRE I. – LES ENJEUX DE L'INTÉGRATION.....	23
<i>Chapitre 1. – La préservation de la neutralité du net</i>	<i>25</i>
<i>Chapitre 2. – La préservation du principe de responsabilité</i>	<i>79</i>
TITRE II. – LES MODALITÉS DE L'INTÉGRATION	111
<i>Chapitre 1. – L'identification des caractères d'un comportement neutre</i>	<i>113</i>
<i>Chapitre 2. – La construction d'un régime de responsabilité limitée</i>	<i>127</i>
<i>Chapitre 3. – La définition de critères de qualification pertinents</i>	<i>175</i>
PARTIE II. : L'ENCADREMENT DE LA NEUTRALITÉ DU NET PAR LA RESPONSABILITÉ CIVILE	221
TITRE I. – LA RÉGULATION DES ACTIVITÉS DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES.....	223
<i>Chapitre 1. – La régulation des activités neutres.....</i>	<i>225</i>
<i>Chapitre 2. – La régulation des activités non neutres.....</i>	<i>295</i>
TITRE II. – LA RESPONSABILITÉ DES UTILISATEURS D'UN RÉSEAU NEUTRE	373
<i>Chapitre 1. – La canalisation de la responsabilité sur les auteurs de dommages</i>	<i>375</i>
<i>Chapitre 2. – Une responsabilité civile mise au défi dans ses fonctions.....</i>	<i>421</i>
CONCLUSION GÉNÉRALE	479
BIBLIOGRAPHIE.....	485
INDEX.....	513
TABLE DES MATIÈRES	517

Principales abréviations

a.	Autre
Adde	Ajoutez
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Arch. philo. dr.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
c.	Contre
C. civ.	Code civil
C. conso.	Code de la consommation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cep.	Cependant
CCC	Revue Contrats Concurrence Consommation
Ch.	Chambre
CPCE	Code des Postes et des Communications Électroniques
Chron.	Chronique
Civ 1^{re}, Civ. 2^e, Civ. 3^e	Première, deuxième et troisième chambre civile de la Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comm. Com. électr.	Revue Communication Commerce électronique
Cons. const.	Conseil Constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Recueil Dalloz
DH.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz.
DP.	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz.
Dir.	Direction ou Directive (selon le contexte)
Doc. fr.	La Documentation française
Éd.	Édition
Ét.	Étude
Ex.	Exemple
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
Gaz. Pal.	Revue la Gazette du Palais
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile (voy. biblio).
H.S.	Hors série
JDI	Journal du droit international. Clunet.
JCP G, E, N	Juris-classeur périodique, édition Générale (G), Entreprise (E), Notariale (N)
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
Juriscom	Décision disponible sur le site juriscom.net
Légalis	Décision consultable sur le site legalis.net
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches

N^o(s)	Numéro(s)
Not.	Notamment
Obs.	Observations
Op. cit.	<i>Opere citado</i> , précité dans l'ouvrage
Ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Intervalle de pages
Préc.	Précédent(e)
Préf.	Préface
R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique
RDC	Revue des contrats
Rapp.	Rapport
RCA	Responsabilité Civile et Assurances
Réf.	Référé
Rev. crit, lég. jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJE	Revue Juridique de l'Environnement
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD. civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD. com.	Revue Trimestrielle de Droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey
s.	Suivants
Spé.	Spécialement ou spécial (selon le contexte)
Sté.	Société
Suppl.	Supplément
T. com.	Tribunal de commerce
T. corr.	Tribunal correctionnel
T.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
Th.	Thèse
Th. dact.	Thèse dactylographiée
Trad.	Traduction
v.	Versus
Voy.	Voyez

Ouvrages cités par le nom de leur(s) auteur(s)

Erhel C. et De la Raudière L., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la neutralité de l'internet et des réseaux*, déposé le 13 avril 2011, cité *Erhel et Raudière*.

Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3^e éd., 2014, 642 p., cité *Brun*.

Castets-Renard C., *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien, Coll. « Cours », 2^{ème} éd., 2012, 492 p. cité *Castets-Renard*.

Le Tourneau Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 10^e éd., 2014-2015, 2264 p., cité *Le Tourneau*.

Viney G. et Jourdain P., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, t. I, 693 p., cité *Viney et Jourdain, t. I*.

Viney G. et Jourdain P., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, t. II, 1397 p., cité *Viney et Jourdain, t. II*.

Viney G. et Jourdain P., *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2011, t. III, 963 p., cité *Viney et Jourdain, t. III*.

Vivant M. (dir.) et alii., *Lamy Droit du Numérique*, Lamy, 2015, cité *Vivant et alii*.

Sirinelli P. et Gavalda C. (dir.) et Costes L., *Lamy Droit des Médias et de la Communication*, Lamy, 2015, cité *Sirinelli et alii*.

Règles générales de citation

- Les articles de revue sont cités sous la forme suivante : Initiale(s) du ou des prénoms de l’auteur. Nom de l’auteur, « *Titre de l’article en italique et entre guillemets* », Référence de la revue, Page(s)* et ou Numéro de paragraphe.
- Les ouvrages sont cités sous la forme suivante : Initiale(s) du prénom de l’auteur. Nom de l’auteur, (éventuellement mention de l’auteur de la préface ou du directeur de la thèse), *Titre de l’ouvrage en italique*, Éditeur, Collection, Edition, Année d’édition, Tome, Pages et/ou Numéro de paragraphe.
- Les contributions extraites d’ouvrages ou de mélanges sont citées sous la forme suivante : Initiale(s) du ou des prénoms de l’auteur. Nom de l’auteur, « *Titre de la contribution en italique et entre guillemets* », in [*référence de l’ouvrage telle que définie supra*], Page(s) et ou Numéro de paragraphe.
- Afin de préserver la lisibilité de ce document, les notes de bas de pages ne reprennent qu’exceptionnellement l’URL des documents consultés via l’internet. L’URL est toutefois systématiquement reproduite en bibliographie pour permettre au lecteur de s’y référer.

* Certains articles parus dans des revues ont été consultés via les bases de données des éditeurs. Ils y sont parfois référencés par le numéro de la première page où ils apparaissent dans l’édition papier, alors que le reste de la pagination n’apparaît pas. Ainsi, lorsqu’il est renvoyé à un point particulier d’un article, il est fréquemment impossible de désigner précisément la page de l’édition papier. Si l’auteur de l’article n’a pas numéroté ses chapitres, nous signalons cette imprécision par le signe ⁺ accolé au numéro de page fourni par l’éditeur.

Introduction

« Le droit progresse dans la mesure où il réalise
plus certainement son objet. »

George Ripert¹

1. – L'ère des intermédiaires. Avant l'émergence des communications électroniques, celui qui transmettait une information courait toujours le risque d'en être blâmé. « *Personne n'aime le messenger porteur de mauvaises nouvelles* »². Certains l'ont payé de leur vie³ ! L'internet⁴ a donné au messenger de l'époque moderne les traits de l'intermédiaire technique. La tentation de le charger du poids des dommages qu'il véhicule est toujours présente, mais les libertés dont il est le vecteur semblent aujourd'hui interdire de *tuer le messenger*⁵.

Ceux qui ont eu à souffrir de l'apparition de l'internet ne se sont pourtant pas résolus à la fatalité⁶. Les nombreuses actions en justice qu'ils ont initiées ont placé la responsabilité civile au cœur de ce qu'il est convenu d'appeler le droit de l'internet⁷ (Section 1). Dans les contentieux les mettant aux prises avec les intermédiaires techniques, ils se sont souvent

¹ *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 66.

² Antigone de Sophocle, vers 276.

³ « *Le premier qui annonça l'arrivée de Lucullus à Tigrane n'eut pas à s'en réjouir : au contraire, on lui trancha la tête.* » (Plutarque, *Les vies des hommes illustres*, t. II « Vie de Lucullus », 25). Le *Roman de la perte de Alhama* relate également que le roi Boabdil aurait fait décapiter le messenger lui apprenant la chute d'Alhama. Freud y vu la volonté de démontrer l'intégrité d'un pouvoir déjà perdu (*Lettre à Romain Rolland*, 1936).

⁴ S'agissant d'un nom commun, internet nous semble devoir s'accompagner d'un article et ne pas prendre de majuscule. Toutefois, de nombreux auteurs ont fait des choix différents qui seront respectés lors des citations.

⁵ L'expression est souvent reliée à l'œuvre de Shakespeare dans laquelle elle apparaît à plusieurs reprises (*Henri IV*, partie 2, acte 1, scène 1 ; *Antoine et Cléopâtre*, acte 1, scène 2).

⁶ Pour une description de l'état d'esprit contemporain conduisant à rechercher, pour chaque dommage, un responsable : P. Ricœur, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 59 – J Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, éd. Flammarion 1996, p. 150.

⁷ Sur la notion de droit de l'internet, voy. *Castets-Renard*, n° 6, p. 3. – Comp. : D. de Bellescize et L. Franceschini, *Droit de la communication*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2011, pp. 469-471.

heurtés aux impératifs tenant à la liberté de communication. Cette liberté que l'internet a exaltée est l'objet de toutes les attentions. Le concept de neutralité du *net*⁸ a été formulé dans le but d'en garantir la pérennité. Ce « *mythe fondateur* » du réseau⁹ est devenu, en peu de temps, un véritable concept émergent en droit¹⁰ (Section 2). La responsabilité a été largement éludée par les travaux qu'il a inspirés. Or, il est bien connu que « *liberté et responsabilité sont deux concepts complémentaires et indissociables* »¹¹. La responsabilité ne peut être oubliée par un concept qui se présente comme une garantie de liberté. D'autant que la responsabilité civile a su appréhender le réseau et ses usages bien avant que quiconque entende parler de neutralité du *net*. L'émergence de ce nouveau concept impose donc une conciliation (Section 3).

Section 1. – La responsabilité civile au cœur du droit de l'internet

2. – La marque du temps sur la responsabilité civile. Le droit français de la responsabilité civile a su, par le passé, répondre aux « *métamorphoses d'une civilisation* »¹². À la société individualiste et libérale du XIX^e siècle a succédé une société industrielle que la responsabilité civile n'a pu appréhender que par une profonde évolution de ses fondements¹³. Celle-ci anime encore aujourd'hui la matière à sa base¹⁴. Si les textes de droit commun ont permis au juge de trouver les moyens d'une politique centrée sur l'indemnisation des victimes, le législateur a largement participé au nouvel édifice en créant de nombreux régimes

⁸ L'appellation « neutralité de l'internet » s'est imposée dans le titre de cette thèse. Pour un travail en droit français, elle est apparue la plus parlante et la plus correcte. Cependant, les présents développements autorisent des subtilités qui ne peuvent apparaître dans un titre. Dans le corps de ce document, l'appellation « neutralité du *net* » sera généralement préférée. Nous verrons qu'elle se justifie, outre l'avantage de la concision, par sa proximité avec l'expression originale « *net neutrality* ». L'emploi du mot *net* fait ressortir les origines anglo-saxonnes du principe, or cet ancrage est tout sauf... neutre. Paradoxalement, cet anglicisme semble donc porteur d'une signification plus profonde que sa traduction.

⁹ L'expression a not. été employée par Jean-Ludovic Silicani, président de l'ARCEP : *Neutralité des réseaux. Network neutrality. Actes du colloque du mardi 13 avril 2010*, Les rapports de l'ARCEP, juill. 2010, p. 7.

¹⁰ Sur la manière dont de nouveaux concepts accèdent à la juridicité et, plus généralement, l'intérêt pour la connaissance juridique de les découvrir : J.-L. Bergel, « *A la recherche des concepts émergents en droit* », D. 2012, pp. 1567-1572, spé. pp. 1568-1570. – Adde : G. Farjat, « *Au-delà des concepts émergents du droit des affaires* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 4-11, considérant que « *la réception des concepts émergents par le système juridique n'a rien de surprenant. Son ouverture n'est plus [...] discutée par personne.* » (p. 8, n° 14), mais que les créations émergentes « *n'ont aucune raison d'échapper à un examen critique.* » (p. 11, n° 15).

¹¹ Ph. Le Tourneau, « *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)* », RTD. civ., 1988, p. 556.

¹² R. Savatier, « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* », in C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 521 s.

¹³ Viney et Jourdain, t. I, n° 17 – Le Tourneau, n° 51 s.

¹⁴ Voy. not. : C. Radé, « *Réflexion sur les fondements de la responsabilité civile* », D. 1999, pp. 313 s.

spéciaux poursuivant ce même objectif. L'adaptation a cependant eu un coût. Elle s'est effectuée au prix d'un déclin¹⁵, d'une « *dilution du concept* »¹⁶ ou d'un émiettement¹⁷. L'époque contemporaine invite à de nouvelles évolutions radicales afin que la responsabilité sache prévenir des risques systémiques pour la santé humaine et l'environnement¹⁸.

Dans ce contexte instable, la responsabilité civile a dû se saisir, à la fin des années 1990, de l'internet. Alors que la matière portait déjà les marques d'une longue confrontation aux faits, elle devait, une nouvelle fois, faire preuve de sa capacité à appréhender les évolutions sociales et techniques. Des questions inédites allaient être soulevées par un mode de communication universel et mondialisé.

3. – L'appréhension trop réussie de l'internet. L'internet a été un laboratoire permettant de tester la persistance de l'adaptabilité et de la généralité de la matière. Le contentieux s'est agrégé autour de la responsabilité civile des intermédiaires techniques. Ces acteurs qui, au cœur du réseau, sont les vecteurs de tous les dommages causés par l'internet. Bien loin de valider la crainte instruite du passé d'une nouvelle déformation des concepts originaux, l'internet leur a redonné une certaine verdeur¹⁹.

Cela ne s'est pas fait sans à-coups et régressions. Alors que l'apparition d'un nouveau support aurait dû rendre son empire au droit commun²⁰ et que le vide juridique aurait dû apparaître chimérique²¹, l'application aux intermédiaires techniques d'un droit commun devenu évanescent²² a suscité avant tout des inquiétudes et des appels à la loi²³. De fait, c'est

¹⁵ G. Viney (préf. A. Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, 416 p.

¹⁶ F. Leduc, « *Le droit de la responsabilité civile hors le code civil* », LPA, 6 juill. 2005, p. 3+.

¹⁷ A. Tunc, « *Le droit en miettes* », *Arch. philo. dr.*, 1977, n° 22, pp. 32-35.

¹⁸ S'inspirant librement de la philosophie d'Hans Jonas, c'est notamment l'existence d'une responsabilité pour l'avenir qui est proposée. Même si « *les mots réparation et avenir jurent entre eux.* » (Brun, n° 167), l'idée a suscité des doctrines inspirées : C. Thibierge, « *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité* », RTD civ. 1999, pp. 561 s. Pour une synthèse de cette question, voy. : J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis droit, 2011, pp. 525-537.

¹⁹ F. Arhab, « *Les nouveaux territoires de la faute* », RCA 2003, n° spé. « *La responsabilité pour faute* », Chron. 16, pp. 43-55.

²⁰ Voy. not. M. Vivant, *La responsabilité des intermédiaires de l'internet*, JCP G 1999, I, 180.

²¹ En ce sens, Isabelle Falque-Pierrotin relevait dès 1997 qu'il n'y a « *pas vide juridique mais plutôt pléthore de textes de droit commun applicables à l'Internet* » (*Internet : enjeux juridiques. Rapport au ministre délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace et au ministre de la culture*, Doc. fr., 1997, p. 7).

²² Pour les plus emblématiques décisions, voy. la célèbre décision *Altern.org* semblant adopter le fondement du risque-profit pour déclarer l'hébergeur responsable d'un contenu fourni par un tiers (CA Paris, ch. 14, sect. A, 10 févr. 1999, *Estelle H. c/ Valentin L.* : D. 1999, pp. 390 s., note N. Mallet-Poujol ; JCP E 1999, pp. 908 s., obs. M. Vivant et C. Le Stanc ; JCP G 2000, II, 10254, note J.-C. Fourgoux J.-C ; JCP G 1999, II, 10101, note F. Olivier et É. Barbry ; Légipresse 1999, n° 160, III, p. 52 et s.) ou la décision *Multimania* soumettant l'hébergeur à une obligation de vigilance (TGI Nanterre, 8 déc. 1999, *L. Lacoste c/ Sté Multimania* : D. 2000, p. 274, obs. D. Caron ; Comm. com. électr. 2000, comm. n° 40, obs. A. Lepage) ou encore, concernant les FAI, les aff. *Front 14* et *Aaargh* dans laquelle les juges ont imposé des mesures de blocages (voy. *infra*, n°s 375 s.).

²³ Sur ce point : G. Azzaria et C. Castets-Renard, « *Le renouvellement du droit de la responsabilité sur*

l'une des particularités de la loi en ce domaine que d'avoir limité le pouvoir créateur des juges afin de garantir un degré de liberté suffisant aux acteurs d'un secteur économique. Il est vrai que l'« *antagonisme du législateur et de la jurisprudence est un phénomène inévitable de la formation du droit* »²⁴. Il met ici en lumière que la responsabilité civile de droit commun a atteint un tel degré de flexibilité qu'un doute s'est porté sur sa capacité à assurer un niveau de sécurité juridique suffisant, particulièrement lorsqu'elle conquiert de nouveaux territoires.

4. – La création d'un régime de responsabilité limitée. La crainte que la responsabilité civile des intermédiaires techniques les conduise à paralyser les droits des utilisateurs est rapidement devenue un sujet d'actualité dans le débat législatif²⁵. L'intervention de la loi fut finalement commandée de haut. Les travaux de la Commission européenne et du Parlement, qui devaient aboutir à la directive dite « Commerce électronique » du 8 juin 2000²⁶, se sont inscrits dans une tendance internationale de limitation de la responsabilité des intermédiaires techniques²⁷. La loi du 1^{er} août 2000, censurée partiellement par le Conseil constitutionnel, fait figure d'essai manqué²⁸. La France a finalement transposé cette directive en créant un régime de responsabilité autonome²⁹ avec la loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004. Celle-ci, en son article 6 à la physionomie perfectible³⁰, dispose aujourd'hui encore de l'essentiel du régime de responsabilité des intermédiaires techniques.

l'internet », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. « Actes et colloques », sept. 2011, p. 268 et 275.

²⁴ Ph. Malaurie, « *La jurisprudence combattue par la loi* », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 607.

²⁵ Voy. Proposition de loi, n° 1447 (onzième législature) relative à la liberté de communication sur l'Internet, présentée par M. Alain Madelin, déposée le 9 mars 1999. – Auparavant : Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 dont l'amendement Fillon modifiant la responsabilité des intermédiaires techniques a été censuré par la décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 du 23 juill. 1996 (sur cette loi voy. aussi *infra*, n° 56 en note).

²⁶ 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. Sur sa genèse, voy. not. : L. Grynbaum, « *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet* », *Comm. Com. électr.* 2004/9, *Ét.* n° 28, n° 1. ; L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., n°s 1239-1235

²⁷ Voy. *infra*, n°s 226-227.

²⁸ Const. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC (Comm. com. électr., 2000, comm. n° 93, obs. J.-C. Galloux ; LPA, 31 juill. 2000, p. 12, note J.-E. Schoettl ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2000, n° 1919, p. 32, obs. L. Costes) censurant partiellement la loi n° 2000-719 qui fut tout de même promulguée le 1^{er} août 2000.

²⁹ La loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 s'était insérée dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Un choix différent a été fait au cours des travaux parlementaires de la LCEN avec l'objectif assumé de garantir « *l'autonomie juridique de l'internet* » (J. Dionis du Séjour, *Rapport sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 déc. 2003, n° 1282, 1^{ère} partie, pp. 15-16). Pour une critique de cette ambition : L. Grynbaum, *op. cit.*, *Comm. Com. électr.* 2004/9, *Ét.* n° 28, n°s 5-7.

³⁰ L'article 6 de la LCEN est souvent décrit comme un concentré des défauts de la législation moderne. Il est vrai que sa lourdeur apparente (43 alinéas dans sa version originale) n'en facilite pas la lecture. Il serait injuste de critiquer davantage ce texte. Sa numérotation est intelligente et il fait souvent l'économie de la pénible technique du renvoi. Surtout, les termes qui le composent ont permis, jusqu'ici, à la jurisprudence de s'adapter à un domaine extrêmement évolutif sans trahir l'esprit de la loi.

Régime de responsabilité aménagé³¹, favorable³², porteur d'une irresponsabilité³³, voire d'une immunité³⁴, la doctrine ne manque pas de qualificatifs pour désigner cet édifice singulier. La LCEN encadre strictement le droit commun et limite donc l'indemnisation des victimes³⁵ au nom de la liberté des utilisateurs et de l'économie numérique. Depuis qu'elles ont été posées, ces règles sont sources de divergences doctrinales et d'âpres débats judiciaires nourris par l'évolution constante des usages. Dans ce contexte, la jurisprudence a généré un édifice dense qui n'est pas réputé pour sa lisibilité³⁶. En retour, le législateur observe avec méfiance une jurisprudence qui a largement étendu le champ d'application du régime de responsabilité en question³⁷.

5. – Une législation en ordre dispersé. Si le législateur moderne a la main tremblante³⁸, c'est sans doute moins le symptôme de sa prudence que d'une hyperactivité mal maîtrisée. Le constat a été formulé en termes aujourd'hui classiques³⁹. En notre domaine, le législateur, souvent sous l'impulsion de l'Union européenne, ne s'est pas limité à la LCEN. S'il n'est pas question de nier la légitimité – voire l'utilité – de ses interventions, il est loisible de critiquer son édifice. Sa démarche souffre de ne pas afficher de cohérence d'ensemble⁴⁰. De la LCEN consacrant la responsabilité limitée des intermédiaires techniques à la loi de régulation des

³¹ F. Terré, « Être ou ne pas être... responsable. À propos des prestataires de service par Internet », JCP G, 2011, n° 43, p. 1175⁺, n° 16.

³² G. Azzaria et C. Castets-Renard, *op. cit.*, in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. « Actes et colloques », sept. 2011, p. 265.

³³ X. Linant de Bellefonds, « Gestation difficile », *Comm. Com. électr.*, n° 5, mai 2004, repère 5 – M. Lévy et E. Eskinazi, « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2005, n° 109, pp. 33 s. – E. Derieux et A. Granchet, *Droit des médias. Droit français, européen et international*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^e éd., 2010, n° 1509.

³⁴ L. Grynbaum, *op. cit.*, p. 36 s. – Adde : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *op. cit.*, n°s 1238 et 1284.

³⁵ Le professeur Luc Grynbaum observe l'apparition d'« une nouvelle responsabilité pour faute caractérisée qui s'inscrit à contre-courant de l'évolution générale du droit de la responsabilité. » (L. Grynbaum, *op. cit.*, n° 16.)

³⁶ Voy. not : M. Boizard, « Détermination de la qualité d'hébergeur : voyage en eaux troubles », *RLDI* 2013/101, n° 4970.

³⁷ Voy. not. les propositions de création d'un statut d'éditeur de services en réponse à l'application aux acteurs du web 2 du régime créé par la loi : *infra*, n° 236.

³⁸ La belle image est célèbre. Elle se retrouve déjà chez Montesquieu : « Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante » (*Lettres persanes*, Lettre LXXIX) ; elle fut formulée sous forme de maxime par Carbonnier : « Ne légiférez qu'en tremblant » (*Flexible droit*, 3^e éd., p. 45).

³⁹ R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977 chron, pp. 43-48 – J. Carbonnier, « L'infraction des lois », in *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, pp. 305-313 : rappelant que la critique du nombre de lois remonte à l'antiquité, le doyen Carbonnier interrogeait : « n'est-ce pas tout simplement que rien n'est plus naturel à l'homme que de détester ce qui le bride ? ».

⁴⁰ Sur l'exigence de cohérence en droit : N. MacCornick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1996, pp. 182-230 ; C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. « Précis », 1^e éd., 2002, n°s 330-349 pp. 195-205.

jeux en ligne⁴¹ permettant le filtrage de certains sites⁴² en passant par les lois – ou expériences – dites HADOPI témoignant de l'intention d'instaurer une forme de surveillance des échanges, aucune méthode ne semble se dessiner. Ou, peut-être, une méthode à « *courte vue érigée en principe* » pour reprendre la formule des professeurs Vivant et Bruguière⁴³.

Résistons à la tentation de jeter trop vite la pierre au législateur. « *Le droit civil est un art difficile et ce qu'il y a de plus difficile c'est de légiférer* » souligne le professeur Philippe Malaurie⁴⁴. L'opération est beaucoup plus complexe que la définition d'un curseur à placer entre liberté et responsabilité. Il faut tenir compte d'un environnement fait d'acteurs variés, d'une pluralité de pratiques, de multiples sources normatives et d'usages mouvants redéfinissant sans cesse la force des intérêts et les formes d'abus. Ce « *passage à l'ultracomplexité juridique* »⁴⁵ est l'un des traits marquants de la matière. Ce n'est certainement pas l'un des plus positifs. Le droit devient sinon éphémère, du moins instable. Il n'est plus guère médité⁴⁶. Autant de traits qui heurtent les racines de la responsabilité civile, matière dont les concepts ont été, pendant des siècles, patiemment travaillés par les juristes les plus illustres⁴⁷.

Sans repère, le droit devient la caisse de résonance des forces qui souhaitent le mettre à leur service. Ces forces peuvent être économiques, politiques, ou tout simplement bienveillantes,

⁴¹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

⁴² Sur réquisition de l'ARJEL, voy. art. 61 al. 2 de la loi (*infra*, n°s 377-2 et 390)

⁴³ La formule est utilisée à propos de la loi DADVSI, largement motivée par la lutte contre les atteintes au droit d'auteur sur l'internet : *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Précis », 2e éd., 2012, n° 14. – Parmi de nombreuses autres critiques, voy. aussi : F. Macrez, « *L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?* », D. 2012, p. 749⁺ dénonçant avec force des « *textes myopes, votés par réaction, dans l'urgence, sans réelle analyse du problème posé ni du donné légal préexistant, retenant en conséquence des solutions dépourvues de cohérence téléologique et perturbatrices de l'ordre juridique, à tel point que le droit s'en trouve ébranlé en ses fondements mêmes.* ».

⁴⁴ Ph. Malaurie, « *L'effet pervers des lois* » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 309, le professeur poursuit : « *Tout y est difficile : le gouvernement des hommes et l'administration des choses, la recherche du juste, de la paix, de l'utile et du possible, l'exactitude des mots, l'élégance de la langue, la clarté de l'expression, la maîtrise du concept, la cohérence de l'ensemble, l'intelligence et la compréhension de l'histoire, celle des hommes, de leurs sentiments et de leurs intérêts.* ».

⁴⁵ L'expression est utilisée par Boris Barraud : *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2012, p. 75.

⁴⁶ « *De la modernité peut sortir un droit moins méditatif* » prévenait le doyen Carbonnier (*Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 73). Sur les différentes attitudes possibles du juriste face à l'augmentation considérable de la quantité de données, voy. C. Atias, « *Des réponses sans questions 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique)* », D. 1998 pp. 406 s. – Adde les écrits précurseurs de Pierre Catala, en particulier : « *L'informatique et la nationalité du droit* » (publication originale : *Arch. philo. dr.*, 1978, n° 23, pp. 295 s.), in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex machina*, PUF, 1998, 345 p., pp. 99-127.

⁴⁷ Notre étude ne pourra que s'enrichir de leurs enseignements. Dans un contexte social fait d'un mouvement perpétuel de création d'usages nouveaux et de disparition d'usages rapidement obsolètes, les idées qui résistent au temps sont des repères précieux.

souhaitant soustraire l'internet à ses pires dérives. Certaines de ces forces sont aujourd'hui susceptibles de changer la nature de l'internet. En quelques années, son usage est devenu si familier qu'il est facile d'oublier que les libertés qu'il offre peuvent être remises en cause. La responsabilité civile a été adaptée pour les préserver, la neutralité du *net* veut aujourd'hui les garantir.

Section 2. – L'émergence du concept de neutralité du *net*

6. – Banalité de la neutralité. L'internet nous a rendu banale la possibilité d'accéder librement à des services en ligne aux activités extrêmement variées. Moyennant quelques dizaines d'euros par mois, une connexion à l'internet permet d'accéder, tout aussi bien, à l'énorme site d'une multinationale américaine qu'au minuscule blog d'un membre de sa famille. Une même connexion permet de publier des textes, de jouer en ligne, d'échanger des fichiers, de téléphoner et bien d'autres usages limités que par l'imagination de ses utilisateurs⁴⁸.

Ces possibilités sont ouvertes parce que l'internet est un réseau neutre. Ce caractère implique que « *tout utilisateur doit être techniquement capable de communiquer avec tout autre et d'échanger tout type de contenu* »⁴⁹. Le grand public s'est très vite habitué à la liberté d'usages que la neutralité du *net* lui offre. Il n'a que rarement conscience des implications techniques, juridiques, voire philosophiques qu'elle cache. Les esprits à l'origine de l'internet avaient, eux, bien conscience que « *de la conception du système dépend le degré de liberté et de réglementation qui lui sera applicable* »⁵⁰. Ainsi, afin de percevoir plus tard toutes les implications juridiques de la neutralité, une description simplifiée de l'histoire et du fonctionnement de l'internet s'impose.

7. – La neutralité du *net* ou le donné technique du réseau⁵¹. Dans l'histoire, les

⁴⁸ Le professeur de sociologie Patrice Flichy qualifie l'internet de « *technique dite générique, c'est-à-dire ayant vocation à être utilisée dans tous domaines de l'activité économie, mais également – et c'est cela qui est profondément neuf – dans la sphère privée* » (*L'imaginaire d'internet*, La découverte, coll. « Science et société », 2001, p. 9).

⁴⁹ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012, p. 12.

⁵⁰ L. Lessig (trad. A. Bony et J.-B. Soufron), *L'Avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses Universitaires de Lyon, 2005, p. 46.

⁵¹ Nous ne saurions, sans trahir la pensée du doyen Gény, utiliser le terme de *donné* sans préciser la définition plurielle qu'il en faisait. Dans le tome II de *Science et technique en droit positif français* (Sirey, 1927), Gény définit le *donné* comme désignant des données *réelles* ou strictement juridiques (n° 167), des données *historiques* (n° 168), des données *rationnelles* (n° 169) et des données *idéales* (n° 170). « *Toutes devant contribuer – chacune pour sa part et sa façon – à suggérer les directions capitales du droit positif* » (n° 166, p. 371). Notre

inventions qui changent les rapports humains sont rares. Elles sont pour le droit de nouveaux défis et l'occasion de nouvelles conquêtes. La dernière en date, l'internet, puise la révolution qu'elle porte dans sa technique, indissociable de sa genèse.

Ce qui fait de l'internet un réseau particulièrement difficile à contrôler s'ancre dans son histoire militaire la plus ancienne. À la fin des années 1960, une agence de recherche dépendante du ministère de la Défense des États-Unis⁵² pose les bases d'un réseau informatique permettant d'interconnecter les divers centres de recherche avec lesquels elle travaille⁵³. Le choix novateur d'une communication par paquets fut fait. Chaque information est alors divisée en de multiples paquets électroniques qui seront réassemblés une fois transmis. Alors que les réseaux téléphoniques fonctionnaient en affectant, pendant une certaine durée, une liaison à un utilisateur, ce nouveau mode de fonctionnement permet d'utiliser la même liaison afin de transmettre en même temps des données différentes⁵⁴. Une autre idée novatrice rend ce type de réseau particulièrement robuste aux velléités de régulation : les paquets peuvent emprunter diverses routes pour arriver à destination. Une partie du réseau peut être détruite sans que son fonctionnement soit interrompu⁵⁵. Ce réseau est donc dépourvu d'un centre unique tout en enchevêtrant divers types de communications sur une même liaison. Ces deux caractéristiques, dont l'internet a hérité, sont aujourd'hui la source d'une partie des difficultés que le droit rencontre pour s'y appliquer. L'ouverture du réseau aux centres de recherche universitaires a complété ses principes originels de fonctionnement pour aboutir au réseau internet.

8. – L'apport du monde universitaire. Afin que chaque membre de la communauté scientifique puisse participer à la construction de ce nouvel outil, dès les prémices du réseau, tous les ordinateurs connectés devaient entretenir des rapports d'égaux⁵⁶. Des universitaires influencés par la contre-culture américaine se sont chargés d'élaborer les protocoles de ce qui allait devenir l'internet⁵⁷. Parce qu'ils ont avant tout créé cet outil pour eux-mêmes⁵⁸,

expression *donné technique* correspond aux données réelles définies par Gény comme « *les conditions de fait, où se trouvent placée l'humanité* » qui « *constituent le milieu nécessaire* » des règles juridiques (n° 169, p. 371). Elle ne s'inscrit pourtant pas dans la même recherche d'une règle prescriptive. Roubier a relevé avant nous que Gény « *avait altéré le sens clair de sa division du « donné » et de « construit », en introduisant dans l'étude du « donné » des éléments qui ne relèvent pas de la simple observation scientifique* » (P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz 2005 (1945), p. 194.)

⁵² L'ARPA (Advanced Research Projects Agency) qui devait donner naissance à l'ARPAnet.

⁵³ P. Flichy, *L'imaginaire d'internet*, La découverte, coll. « Science et société », 2001, p. 52.

⁵⁴ P. Flichy, *op. cit.*, p. 54 s.

⁵⁵ L'idée d'un réseau construit pour résister à une attaque nucléaire est souvent évoquée. Bien que l'image soit très parlante, il s'agit probablement d'une extrapolation. Voy. P. Flichy, *op. cit.* p. 54, note 38.

⁵⁶ P. Flichy, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷ S. Brand, « *We owe it all to the hippies* », Time Magazine, 1^{ère} mars 1995.

l'architecture de l'internet reflète leurs valeurs, fondées sur un modèle méritocratique, faisant peu de cas des règles de hiérarchie et de centralisation⁵⁹. Le meilleur témoignage de cet esprit est le mode d'élaboration des normes techniques qui gouvernent l'internet. Leur appellation même, RFC pour *Request for Comments*, témoigne d'une élaboration ouverte et d'une adhésion non sanctionnée⁶⁰ selon des règles de discussion que Jürgen Habermas pourrait faire siennes⁶¹. Les protocoles qui ont été créés grâce à cette méthode adoptent une conception du réseau entièrement tournée vers la connectivité⁶². Ainsi, les protocoles de base, TCP et IP⁶³, sont capables de s'adapter à toute forme de transmission, qu'elle soit filaire, radio ou terrestre. L'ARPAnet les a adoptés le 1^{er} janvier 1983, leur universalité permit rapidement à d'autres réseaux de les adopter. L'internet, le réseau des réseaux, était né⁶⁴. La neutralité du *net* est la conceptualisation du mode de fonctionnement de cet ensemble. La construction des règles de l'internet apparaît ainsi comme la première brillante illustration de ce que permet la neutralité.

9. – Le mode de fonctionnement d'un réseau neutre est dit « *end-to-end* » ou « bout en bout ». Il implique que le réseau ne fait que transporter les informations, sans les altérer, sans les trier, sans en prendre connaissance⁶⁵. Ces informations sont transmises selon la règle du *best effort*, assimilable à une « *obligation de moyen* »⁶⁶ : chaque partie du réseau fait de son mieux pour transmettre les données, sans égard pour leur contenu ou leur destination. Il s'agit de la « couche réseau » de l'internet. Elle ne se soucie en rien des données qu'elle transporte. La « couche usages » se développe en utilisant la « couche réseau » sans que cette dernière lui pose de contraintes⁶⁷.

⁵⁸ D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, pp. 13-15.

⁵⁹ Ce qui se résume et apparaît sous son jour revendicatif dans la formule « *We reject: kings, presidents and voting. We believe in: rough consensus and running code* » utilisée en 1992 par David D. Clark, l'un des principaux architectes de l'internet, lors de sa présentation à l'*Internet Engineering Task Force*.

⁶⁰ Les protocoles à la base du fonctionnement du réseau, particulièrement TCP/IP, sont donc ouverts (voy. aussi *infra*, n° 489).

⁶¹ En ce sens : Y. Benkler (trad. A. Clercq-Roques et alii), *La richesse des réseaux. Marchés et libertés à l'heure du partage social*, Presses universitaires de Lyon, 2009 (2006), p. 506.

⁶² La RFC n° 1958, publiée en juin 1996, consacrée à la description des principes gouvernant l'architecture de l'internet fait état d'une simple « tradition » à leur origine, une tradition toutefois tournée vers un objectif central : la connectivité, uniquement la connectivité, le réseau déportant à ses extrémités toute forme d'intelligence non nécessaire au transport de données (structure *end-to-end*).

⁶³ Ils sont souvent cités ensemble (TCP/IP) car leur fonctionnement est complémentaire. TCP (*Transmission Control Protocol*) s'occupe de la gestion des paquets IP (*Internet Protocol*) de leur routage.

⁶⁴ Sur cette construction, voy. P. Flichy, *op. cit.*, p. 72-74.

⁶⁵ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, pp. 12-13.

⁶⁶ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 2.3.1, p. 16.

⁶⁷ La présentation de l'internet en « couche réseau » et « couche usages » se calque sur sa construction formalisée par la RFC 1122. Sur un plan purement technique, des subdivisions sont possibles au sein de la

Chaque connexion à l'internet est donc libre de communiquer avec toutes les autres. Toute forme d'intelligence, autre que celle nécessaire au transport, se trouve déplacée aux extrémités du réseau, dans la conception des programmes qui y font circuler des données et dans le comportement de ceux qui les utilisent⁶⁸. En quelques mots, « *la neutralité d'un réseau renvoie à l'idée que d'un point de vue technique, toutes les données sont transportées et traitées de la même manière, de leur point d'origine jusqu'à leur destination finale* »⁶⁹.

10. – Note sur l'ambiguïté du terme « usage ». « *La polysémie naturelle du terme usage* »⁷⁰ a conduit, en droit, à des définitions multiples⁷¹. Il a pourtant ici été retenu dans un sens spécifique à l'internet, car en ce domaine, l'équivoque n'existe pas. À tout le moins, un autre mot n'aurait pas mieux décrit l'objet désigné. L'utilisation du terme usage présente l'avantage d'être conforme à ce qui est communément appelé usage lorsqu'il est fait référence à l'internet⁷². Le caractère parfois peu clair de la notion d'usage en droit n'est donc pas une difficulté. L'acception retenue dans ces lignes est la plus commune et la plus large possible. Il s'agit de l'usage au sens d'utilisation d'une chose⁷³, la chose en question étant l'internet. Les différents usages possibles de l'internet peuvent donc être reconnus ou combattus par le droit, être juridiques ou seulement factuels, vertueux ou dommageables⁷⁴.

11. – Des usages intelligents. « *Des réseaux simples pour des applications intelligentes* »⁷⁵, telle est la formule qui pourrait résumer le fonctionnement de l'internet. Sa neutralité a donné naissance à des applications d'une très grande variété. Ce sont elles qui portent la véritable « révolution internet ». Le grand public les connaît souvent pour les

couche réseau, entre couche de transport assurée par le protocole TCP, couche réseau proprement dite assurée par le protocole IP, une couche de liaison en dessous de TCP/IP et une couche physique composée de câbles et d'ordinateurs. La couche usages correspond elle à ce que la technique appelle parfois la couche application.

⁶⁸ La RCF 1958 est explicite : « *the community believes that the goal is connectivity, the tool is the Internet Protocol, and the intelligence is end to end rather than hidden in the network* » (la communauté estime que l'objectif est la connectivité, l'outil est le Protocole Internet, et l'intelligence est aux extrémités du réseau plutôt que cachée dans le réseau).

⁶⁹ *La neutralité de l'internet: Un atout pour le développement de l'économie numérique*, op. cit., n° 1.1, p. 5.

⁷⁰ G. Henaff (dir. J. Hauser), *Les usages en droit des obligations*, thèse Bordeaux I, 1993, p. 4, n° 3.

⁷¹ Il suffit de se référer au *Vocabulaire Juridique Cornu* (2007, 8^e éd., PUF) pour constater la multitude des définitions du terme usage en droit. L'*usage* y est défini en cinq points, auxquels il faut ajouter cinq usages « qualifiés » (usage commercial, conventionnel, de la profession, etc.).

⁷² Not. la Délégation aux Usages de l'Internet (DUI), créée en 2003 (aujourd'hui rattachée au ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche), le laboratoire des usages de France Télécom (Orange) R&D, L'observatoire des usages Internet de Médiamétrie, le label PUR de la HADOPI pour « Promotion des Usages Responsables » (remplacé fin 2013 par le label Offre légale). L'emploi du terme usage dans le sens où nous l'entendons s'est aussi répandu dans des publications officielles (voy. not., *Erhel et Raudière*, p. 15, p. 65, p. 71).

⁷³ Tel que l'article 1728 du Code civil prescrivant « *d'user de la chose louée raisonnablement* ».

⁷⁴ De l'ensemble de ces usages peuvent toutefois émerger des usages au sens juridique du terme, voy. *infra*, n° 413-423.

⁷⁵ L. Lessig (trad. A. Bony et J.-B. Soufron), *L'Avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presse Universitaires de Lyon, 2005, p. 45.

utiliser. Il n'a cependant pas forcément conscience que c'est la présence d'un réseau neutre qui les a rendus possibles. Le courriel, le web, les échanges de pair à pair, la messagerie instantanée, autant d'usages qui n'ont pu apparaître que parce que la couche réseau a permis de transférer les informations nécessaires à leur fonctionnement sans modification, sans autorisation ou planification⁷⁶. Le réseau internet ne s'est pas préoccupé de ces nouveaux usages. Il s'est limité à transporter les données qu'ils génèrent.

Il importe d'appuyer : *ce qui est neutre, c'est le réseau et non pas les usages qui en sont faits*. Il est, au contraire, important d'affirmer leur caractère non neutre. Alors que la couche réseau ne fait que transporter l'information, la couche usages fourmille d'innovations et de choix conscients effectués par les utilisateurs de l'internet.

12. – L'émergence de la neutralité juridique. Le concept de neutralité a émergé du domaine technique où il est né par un célèbre article de Tim Wu, professeur de droit à l'Université de Virginie⁷⁷. Ce n'est que lorsque des inquiétudes se sont fait jour concernant la pérennité de la neutralité technique que le droit s'y est intéressé. L'*asymétrie* grandissante des échanges est une première source d'inquiétude pour l'avenir de la neutralité⁷⁸. Les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) transmettent des données provenant de services en ligne vers leurs abonnés, et très peu de leurs abonnés vers les services en ligne. Ils considèrent que ces derniers devraient contribuer *financièrement* afin d'assurer la qualité de la transmission des données⁷⁹. Ce serait remettre en question la neutralité en ce que la couche usage entrerait directement en lien avec la couche réseau, avec à la clé un traitement différencié des données selon leur provenance. La neutralité apparaît également comme un point critique pour la *sécurité* du réseau. Afin de détecter et de stopper des attaques informatiques, des outils ont été placés au cœur même des réseaux, ce qui n'est pas neutre puisque le réseau interagit alors directement avec la couche usage⁸⁰. Enfin, la commercialisation des offres d'accès à l'internet s'accompagne généralement des *services gérés*, c'est-à-dire d'autres services que l'accès à l'internet, tels que la téléphonie, la télévision sur IP ou, sur les offres s'adressant aux entreprises, la fourniture d'un accès à un réseau privé

⁷⁶ Le courriel lui-même, l'une des applications les plus anciennes de l'internet, était déjà un « accident » que n'avaient pas prévu les créateurs d'ARPAnet. Voy. P. Flichy, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁷⁷ Tim Wu, « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, p. 141, 2003.

⁷⁸ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique. Rapport du Gouvernement au Parlement*, juill. 2010, n° 2.2.1, pp. 11-14.

⁷⁹ Voy. terminaison d'appel data : *infra*, n° 469.

⁸⁰ N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, pp. 51-52.

virtuel⁸¹. Ces services, bien qu'empruntant, totalement ou en partie, l'internet, impliquent une politique de gestion de trafic différente du *best effort*. Il a pu être craint une captation de l'internet neutre par les services gérés⁸². Parallèlement, le développement des accès à l'internet par les réseaux mobiles, alors que le spectre radiophonique est par essence limité, renforce les craintes pour la pérennité de la neutralité du réseau⁸³.

13. – Un débat orienté vers la sauvegarde des libertés. Aucune disposition dans notre ordre juridique ne garantit le droit des utilisateurs de l'internet d'accéder aux sites de leur choix et de communiquer avec qui ils le souhaitent via l'internet. L'idée que ce droit puisse être consacré par le biais de la neutralité du *net* est pourtant très actuelle.

Le droit de la régulation s'est, le premier, saisi des questions relatives à la neutralité, ce qui peut sembler évident tant le débat est dominé par des questions économiques⁸⁴. Aux États-Unis, dès 2005, la *Federal Communications Commission* (FCC) a édicté des *Policy Statement* (sans caractère coercitif) définissant la neutralité en quatre libertés pour l'internaute, à savoir : accéder à tout contenu légal de son choix, utiliser toute application ou service légal, connecter au réseau tout équipement adapté et, enfin, bénéficier d'un choix et d'une concurrence effective entre fournisseurs de services⁸⁵. En France, cette définition a inspiré le très fourni rapport *Neutralité de l'internet et des réseaux* du 13 avril 2011. La mission d'information y propose de définir la neutralité dans la loi par « *la capacité pour les utilisateurs d'internet d'envoyer et de recevoir le contenu de leur choix, d'utiliser les services ou de faire fonctionner les applications de leur choix, de connecter le matériel et d'utiliser les programmes de leur choix, dès lors qu'ils ne nuisent pas au réseau, avec une qualité de service transparente, suffisante et non discriminatoire, et sous réserve des obligations prononcées à l'issue d'une procédure judiciaire et des mesures nécessitées par des raisons de sécurité et par des situations de congestion non prévisibles.* »⁸⁶.

Ces définitions complexes tranchent avec d'autres, souvent plus radicales, données en doctrine. Tim Wu, le professeur qui a inauguré le débat, écrit sur son site internet : « *La neutralité du réseau est mieux définie comme un principe de conception du réseau. L'idée est qu'un réseau public d'informations le plus utile possible aspire à traiter tous les contenus,*

⁸¹ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, pp. 56-58.

⁸² Voy. Secrétariat d'État à la Prospective et au Développement de l'économie numérique, *Consultation publique sur la « neutralité du net »*, Synthèse des réponses, 2010, p. 19.

⁸³ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, pp. 61-64.

⁸⁴ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, spé. pp. 73-101

⁸⁵ FCC Policy Statement on Network Neutrality FCC 05-151 (2005), spé. n° 4.

⁸⁶ Erhel et Raudière, Proposition n° 1, p. 68.

sites et plateformes de manière égale. Cela permet au réseau de distribuer toute forme d'information et de supporter tous types d'application. »⁸⁷. D'autres juristes américains vont dans le même sens : « la neutralité du net signifie simplement que tous les contenus de l'internet doivent être traités de la même manière et être acheminés à la même vitesse sur le réseau. Les propriétaires des câbles de l'internet ne peuvent discriminer. »⁸⁸. Ces définitions présentent l'avantage de la simplicité et de la généralité à la différence de définitions trop centrées sur les droits des utilisateurs ou les pouvoirs des autorités de régulation.

14. – Le foisonnement autour de la question. En France, la neutralité du *net* est, depuis plusieurs années, un objet privilégié pour de nombreux rapports, études, avis et autres recommandations par lesquels le droit contemporain aime jalonner sa construction⁸⁹. De l'ensemble de ces travaux « paralégislatifs » émane globalement un *a priori* très positif vis-à-vis de la neutralité. Deux propositions de loi ont déjà été déposées afin de la garantir⁹⁰. Si elles n'ont pas abouti, un projet de loi s'annonce⁹¹ comme pour répondre aux nombreuses voies demandant la consécration par la loi de la neutralité. « *Le principe de neutralité doit être reconnu comme un principe fondamental nécessaire à l'exercice de la liberté de*

⁸⁷ http://timwu.org/network_neutrality.html (« Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application. ») (visitée le 18 févr. 2014).

⁸⁸ L. Lessig et R. W. McChesney, « No Tolls on The Internet », Washington Post, 8 juin 2006 (« Net neutrality means simply that all like Internet content must be treated alike and move at the same speed over the network. The owners of the Internet's wires cannot discriminate. »).

⁸⁹ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012, 133 p. ; ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, sept. 2010, 62 p. – Erhel C. (présidente) et Raudière (de la) L. (rapporteuse), *Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la neutralité de l'internet et des réseaux*, 13 avril 2011, 145 p. – *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique. Rapport du Gouvernement au Parlement*, juill. 2010, 50 p. – Avis n° 2013-1 du Conseil National du Numérique sur la « Net Neutralité », 1^{er} mars 2013, 2 p. – Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable (Avis n° 2014-2)*, Rapport, 2014, 118 p. – Le concept de neutralité est aussi évoqué dans des réflexions très diverses portant sur les bouleversements causés par l'internet : C. Morin-Desailly, *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, Rapport d'information du Sénat n° 696, 8 juill. 2014, 398 p. (spé. pp. 181-193). – M. Robert, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, Ministère de la justice, févr. 2014, spé. pp. 165-176 – Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr, 2014, spé. pp. 93-97 et Proposition n° 2, pp. 270-272. – Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable (Avis n° 2014-2)*, Rapport, 2014, 118 p. – Conseil national du numérique, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport, 2015, spé. pp. 36 -41.

⁹⁰ Proposition de loi n° 3061 (treizième législature) relative à la neutralité de l'internet présentée par Jean-Marc Ayrault et a., enregistrée le 20 déc. 2010 (rejetée le 1^{er} mars 2011) – Proposition de loi n° 190 (quatorzième législature) relative à la neutralité de l'Internet présentée par Mme Laure de la Raudière, enregistrée le 12 sept. 2012 (renvoyée à la commission des affaires économiques).

⁹¹ À la suite de la remise du rapport du Conseil national du numérique au Premier ministre (2015, préc.), la grande presse s'est fait l'écho de la volonté du gouvernement d'inscrire la neutralité du *net* dans le projet de « loi numérique » qu'il prépare. Voy. « *Le gouvernement présente sa stratégie numérique pour la France* », LeMonde.fr, 18 juin 2014.

communication » recommande le Conseil National du Numérique en 2013⁹². En 2014, c'est le Conseil d'État qui recommande de consacrer le principe de neutralité des opérateurs de communication électronique⁹³.

Au niveau de l'Union européenne, la neutralité du *net* a également suscité de nombreuses attentions⁹⁴. Celles-ci ne sont pas loin d'aboutir à une protection effective de la neutralité⁹⁵. Le 3 avril 2014, le Parlement européen a adopté, en première lecture, le règlement sur le Marché unique des télécommunications doté d'amendements très favorables à ce nouveau concept⁹⁶. Depuis, le texte fait l'objet d'après négociations entre le Conseil de l'Union européenne, la Commission et le Parlement européen⁹⁷. Un accord informel est intervenu le 30 juin 2015 préservant les apports du parlement en matière de droits des utilisateurs, mais expurgé de toute définition de la neutralité alors même que le texte s'affiche toujours comme en poursuivant les objectifs⁹⁸.

Aux États-Unis, les velléités de la FCC de rendre obligatoires les règles relatives à la neutralité⁹⁹ ont été combattues par les FAI avec un certain succès¹⁰⁰. Afin d'affirmer son pouvoir sur ces derniers, le FCC les a reclassés dans la catégorie des opérateurs de télécommunication¹⁰¹. Le 28 février 2015, elle a adopté des règles très favorables à la neutralité du *net*, interdisant tout blocage, ralentissement ou offre différenciée¹⁰². La décision

⁹² Avis n° 2013-1 du Conseil National du Numérique sur la « Net Neutralité », 1^{er} mars 2013.

⁹³ Conseil d'État, *op. cit.*, Proposition n° 2, pp. 270-272.

⁹⁴ Voy. not. : « *Déclaration de la commission sur la neutralité de l'internet* », annexée à la Directive 2009/140/CE (JOCE, 18 déc. 2009, L337/37) – Commission européenne, *L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe*, 19 avr. 2011, COM(2011) 222 final, 11 p. – Conseil de l'Union européenne, *Conclusions du Conseil sur l'internet ouvert et la neutralité de l'internet en Europe*, 13 déc. 2011, 6 p. – Adde le rapport commandé par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs : J. Scott Marcus, P. Nooren, J. Cave et K. R. Carter, *Neutralité des réseaux, défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux États-Unis d'Amérique*, mai 2011, ét., IP/A/IMCO/ST/2011-02, 51 p.

⁹⁵ A. Robin : « *Neutralité du Net : vers une consécration européenne du principe ?* », *Comm. com. électr.*, 2015/6, ét. 12.

⁹⁶ La résolution législative du parlement européen le 3 avril 2014 (P7_TA(2014)0281) a adopté plusieurs amendements favorables à la neutralité de l'internet. Tout d'abord, la neutralité y est définie rigoureusement comme « *le principe selon lequel l'ensemble du trafic internet est traité de façon égale, sans discrimination, limitation ni interférence, indépendamment de l'expéditeur, du destinataire, du type, du contenu, de l'appareil, du service ou de l'application* » (art. 2.11 tel qu'amendé). Ensuite, le texte définit un « service d'accès à l'internet » comme un service respectant le principe de neutralité (art. 2.12) et garantit le droit des utilisateurs finaux de bénéficier d'un réseau neutre (art. 23.1). Enfin, il limite strictement les mesures de gestion de trafic (l'art. 23.5).

⁹⁷ A. Robin, *op. cit.*, n° 19.

⁹⁸ Communiqué de presse de la commission Industrie Recherche Énergie (ITRE) du 30 juin 2015, n° 20150630IPR72111.

⁹⁹ *Order Preserving the Open Internet*, 76 Fed. Reg. 59,192 (Sept. 23, 2011) (codifié au titre 47 C.F.R. pts. 0, 8 (2013)).

¹⁰⁰ *Verizon Communications Inc. v. FCC*, n° 11-1355.

¹⁰¹ Ph. Achilleas et L. Binet, « *Un an de régulation du marché des communications électroniques* », *Comm. Com. Électr.* 2015/5, chron. 5.

¹⁰² *Protecting and Promoting the Open Internet*, GN Docket n° 14-28.

est qualifiée d'historique¹⁰³, mais les FAI américains ont déjà annoncé qu'ils utiliseraient toutes les voies de recours possibles pour faire annuler cette décision¹⁰⁴.

15. – L'incomplétude de la neutralité juridique. Ces diverses initiatives ne doivent pas cacher que, pour l'instant du moins, « *la neutralité de l'internet s'inscrit dans un cadre juridique aux contours flous et de portée incertaine* »¹⁰⁵. Elle peine à être traduite en règles juridiques¹⁰⁶. Elle en est d'autant moins un concept opérationnel en droit de la responsabilité. En ce domaine, elle n'est qu'une idée qui préside à un ensemble de droits et libertés déjà protégés. La logique apparente qui consisterait à définir en premier lieu la neutralité juridique, pour ensuite analyser sa compatibilité avec la responsabilité civile, conduirait à biaiser cette étude. En effet, les concepts juridiques émergent de la pratique¹⁰⁷. L'étude de la neutralité dans le milieu où elle est née est donc un préalable nécessaire pour juger de sa réception par le droit de la responsabilité. Une neutralité juridique qui ferait l'économie de cette étude courrait le risque de devenir dogmatique. Il faudra, fut-ce provisoirement, se passer d'un concept juridique de neutralité du réseau opérationnel en droit de la responsabilité, pour mieux en établir une définition instruite des interactions et des enjeux qui apparaîtront au fur et à mesure de la recherche.

16. – Nature de la neutralité et précisions terminologiques. La neutralité de l'internet est tour à tour, parfois dans les mêmes études, considérée comme un principe¹⁰⁸, un concept¹⁰⁹ ou une notion¹¹⁰. L'expression « principe de neutralité » semble toutefois être celle qui rencontre le plus de succès. Elle s'y apparente puisqu'un principe « *est dégagé d'un ensemble de règles liées entre elles par une certaine relation logique, et c'est l'idée commune qui est à la base de toutes ces règles qu'on formule en « principe »*. Mais ce qui caractérise le

¹⁰³ P. Idoux, « Neutralité du Net : une prise de position décisive du régulateur américain », *Revue Lamy de la concurrence*, 2015/43 n° 2761.

¹⁰⁴ Ph. Achilleas et L. Binet, *op. cit.*

¹⁰⁵ Vivant et alii, n° 1598.

¹⁰⁶ En ce sens : à propos du *Policy Statement* de la FCC (Federal Communications Commission) et d'autres instruments semblant consacrer la neutralité : « *ces textes auraient-ils une valeur juridique contraignante (ce qui est déjà discutable), ils pêcheraient par leur imprécision et l'insuffisance de leur contenu.* » (Vivant et alii, n° 1598).

¹⁰⁷ Sur ce processus, voy. : J.-L. Bergel, « *Le processus des concepts émergents* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 439-451. – Même auteur : « *A la recherche des concepts émergents en droit* », D. 2012, pp. 1567-1572. – Adde : G. Farjat, « *Au-delà des concepts émergents du droit des affaires* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 4-11.

¹⁰⁸ Avis n° 2013-1 du Conseil National du Numérique sur la « Net Neutralité », 1^{er} mars 2013 – C. Castets-Renard, « *Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet* », D. 2012, p. 827⁺.

¹⁰⁹ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sep. 2012 (ce rapport utilise indifféremment les termes principe de neutralité et concept de neutralité).

¹¹⁰ P. Bloche et P. Verchère, *Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur les droits de l'individu dans la révolution numérique*, 22 juin 2011, n° 3560, spé. 239 s.

principe, c'est l'abstraction. »¹¹¹. Principe, il peut alors déjà en être question sur le plan technique car, assurément, un ensemble de règles techniques cohérentes découle de l'idée de neutralité. En tant que principe juridique, la neutralité ne fait qu'émerger, sa force normative est incertaine, les moyens de l'affirmer restent flous. Le concept peut également lui servir, particulièrement à l'abord de cette étude, où la neutralité peut faire figure d'instrument de connaissance afin de mieux comprendre notre objet¹¹². Selon le contexte, il sera donc fait état du principe de neutralité ou du concept de neutralité.

Section 3. – La nécessité d'une conciliation

17. – Des points de frictions. Avant d'envisager une conciliation, il faut commencer par la question fondamentale : neutralité et responsabilité sont-elles compatibles ? La présentation généralement faite de la neutralité du *net* élude les questions de responsabilité pour placer les libertés fondamentales au centre de toutes les attentions. Est-ce à dire qu'elle est un principe incompatible avec la responsabilité, voire contraire au droit tout entier ? Le professeur Emmanuel Derieux l'a affirmé. Il décrit la neutralité du *net* comme un « *obstacle à la responsabilité* »¹¹³ et affirme, par ailleurs, que ce principe « *manifestation d'une conception libérale sinon libertaire et sans doute ainsi liberticide, atteint et montre vite ses limites. Il apparaît assez illusoire, utopique et trompeur. L'internet ne peut pas être un domaine de « non-droit* » »¹¹⁴.

L'opposition ne saurait être plus clairement formulée. Rien n'autorise la neutralité, principe nouveau à la consistance juridique encore incertaine, à remettre en cause les principes juridiques les mieux établis. À l'heure où de nombreuses voix s'élèvent pour demander sa consécration légale, il est utile de s'enquérir de ce qu'il en coûterait d'abandons. Car il est certain que la neutralité irradie le droit de l'internet jusqu'au droit de la responsabilité. Avec quelle intensité ? La réponse reste imprécise. Implique-t-elle l'irresponsabilité des

¹¹¹ A.-A. Al-Sanhoury, « *Le standard juridique* », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 146.

¹¹² Pour une définition du concept en tant qu'instrument de connaissance, voy. F.-P. Benoît, « *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel* », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 23-38, spé. p. 29 : « *Le concept est l'expression de la réalité profonde de l'institution considérée, de sa « vérité* ». [...] Cette vérité, c'est la part de rationnel qui se trouve, à un moment donné, dans l'institution considérée ». Comp., p. 27 : « *La notion est le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables* ».

¹¹³ E. Derieux, « *Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?* », JCP G, 2012, doct. 386, n° 22 s.

¹¹⁴ E. Derieux, « *Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'internet* », RLDI 2011/74, n° 2464, p. 95.

intermédiaires techniques et des utilisateurs du réseau ? Condamne-t-elle ces derniers à s'exposer à tous les risques ? Aucune réponse définitive n'est possible, car elle n'est pas encore un concept opérationnel en droit de la responsabilité. Les bornes posées par la responsabilité civile sont plus facilement perceptibles. Pour voisiner avec la neutralité, elle ne doit pas être entravée dans la mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de dommage. Elle doit aussi pouvoir se saisir d'un comportement, fut-il neutre, si elle l'estime illicite. Or, il n'est pas du tout certain que la neutralité pose à la responsabilité civile des exigences qui dépassent ces limites.

18. – Des points de contact. Au-delà d'une première intuition opposant frontalement neutralité et responsabilité, des points de contact apparaissent rapidement à l'analyse du droit positif.

La loi, sous l'impulsion européenne, a choisi d'adapter les conditions de la responsabilité des intermédiaires techniques¹¹⁵. Il s'agissait de ne pas leur conférer le rôle de « police de l'internet ». Les limitations de responsabilité qui en résultent ont été clairement affichées comme motivées par le développement du commerce électronique et de la société de l'information¹¹⁶. Aujourd'hui, les exigences que les libertés fondamentales posent à la responsabilité des intermédiaires techniques apparaissent dans la jurisprudence encore plus clairement que dans la loi¹¹⁷. Or, ces libertés sont les mêmes que celles que la neutralité cherche à défendre. Au moins en ce domaine, la responsabilité et la neutralité partagent donc l'ambition de préserver les capacités de l'internet en tant qu'outil universel de communication.

Dès cette première lecture, aucune opposition frontale n'apparaît entre la responsabilité civile applicable à l'internet et le principe de neutralité du *net*. Au surplus, de nombreuses décisions de justice subordonnent explicitement l'application des régimes de responsabilité limitée au caractère neutre ou à la neutralité de l'intermédiaire. Les exemples sont nombreux¹¹⁸. S'ils ne prouvent pas, en eux-mêmes, que la neutralité qu'ils analysent est la

¹¹⁵ *Supra*, n° 4. Pour des développements plus conséquents, voy. *infra* n°s 196 s..

¹¹⁶ Voy. *infra*, n° 210.

¹¹⁷ Voy. *infra*, n°s 91 s.

¹¹⁸ Voy. not. (nous soulignons) : CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google c/ LVM SA* : « Afin de vérifier si la responsabilité du prestataire du service de référencement pourrait être limitée au titre de l'article 14 de la directive 2000/31, il convient d'examiner **si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre**, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke. » (pt. 114) – CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 janv. 2011 (dans 4 aff. jugées le même jour) : le rôle exercé par l'intermédiaire « répond aux **exigences de neutralité** dégagées par la directive européenne et leur permet, à ce titre [...], de bénéficier du régime spécifique de responsabilité » – CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 avr. 2013, *Sedo GmbH et a. c/ DNXC Corp et a.* : condamne « un **comportement non**

neutralité étudiée ici, ils témoignent de l'existence de constructions déjà établies qui s'avèreront précieuses pour mieux comprendre l'utilisation de ce concept.

19. – Des apports croisés. Opposer responsabilité civile et neutralité du *net* ne peut conduire qu'à un résultat binaire inapte à servir la moindre conciliation. À l'inverse, les juxtaposer dessine les points de contact et les points de friction déjà entraperçus. Ils sont autant de points sur lesquels le droit peut progresser. Dans cette perspective, les deux concepts s'enrichissent l'un l'autre, beaucoup plus qu'ils ne s'opposent.

La neutralité agit, tout d'abord, comme un révélateur de la responsabilité civile appliquée à l'internet. Alors que l'application du régime de responsabilité limitée se fait fluctuante, sa cohérence et sa nature profonde sont mises au jour. Ce régime gagne en précision et en justesse à être interprété à la lumière du concept fondateur de l'internet. Au-delà, c'est l'ensemble du droit de la responsabilité civile sur l'internet qui apparaît sous un jour nouveau. En miroir, la neutralité s'enrichit des constructions déjà établies par la responsabilité civile. En se confrontant aux dommages qu'elle cause, elle acquiert un caractère raisonnable, pour ne pas dire bienveillant¹¹⁹.

20. – Ces apports croisés sont la clé principale de la conciliation que nous appelons de nos vœux, mais ils seront aussi son principal défi. À construire chaque concept avec des morceaux de l'autre, le risque est de les dénaturer tous les deux. Il peut pourtant en aller autrement. La responsabilité civile et la neutralité du *net* s'avèrent compatibles, et même complémentaires, pour peu qu'on veuille bien en faire une lecture raisonnable. De ce point de vue, ce ne sont plus les concepts qu'il faut concilier, mais les hommes. Puissent-ils au moins s'accorder, au fil de ces pages, sur la légitimité des deux concepts. À nos yeux, ils valent bien des efforts.

21. – Plan. S'émerveiller des vertus du support tout en s'alarant de ses dérives serait se condamner à traiter la moitié du sujet. Au contraire, prendre conscience que la responsabilité et la neutralité sont les deux aspects d'un même problème incite à concilier les deux termes. Comme la liberté ne serait qu'un mot vide sans responsabilité, la neutralité du *net* ne serait qu'un principe inconsistant et destructeur si elle n'était accompagnée par la responsabilité.

Afin de concilier ces deux concepts, il faut s'enquérir de ce qu'ils exigent l'un de l'autre. Le souci de la conciliation écarte toute démarche maximaliste. Intégrer la neutralité du *net* au

***pas neutre** entre le client vendeur et les acheteurs potentiels, mais bien un rôle actif ».*

¹¹⁹ L'expression « neutralité bienveillante », issue du vocabulaire de la psychologie, a notamment été employée par Florence Meuris en commentaire du projet de rapport de l'ARCEP portant sur la neutralité de l'internet (« *La proposition d'une neutralité bienveillante* », Comm. Com. électr. 2012 n° 7, alerte 56).

sein même des mécanismes de la responsabilité civile s'avère être le plus sûr moyen d'en garantir les conditions de viabilité. Il s'agit, schématiquement, de délimiter un espace de liberté se calquant sur la neutralité. En parallèle, une juste intégration implique de ne pas dénaturer ou paralyser la responsabilité civile. C'est ainsi que la préservation des mécanismes de la responsabilité civile se présente comme la condition essentielle d'un encadrement efficace de la neutralité. En définissant précisément les limites de la neutralité, la régulation qu'opère la responsabilité civile est particulièrement efficace, car au-delà de ces limites, elle retrouve son empire et sa souplesse.

Ainsi, l'intégration de la neutralité du réseau par la responsabilité civile (**Première partie**) doit délimiter un espace de liberté que la responsabilité civile reconnaît dans toute activité humaine. La responsabilité civile est cependant plus qu'un simple garde-fou de la neutralité. Elle l'encadre et contribue à en définir les limites (**Seconde partie**).

Première partie : L'intégration de la neutralité du net par la responsabilité civile

Seconde partie : L'encadrement de la neutralité du net par la responsabilité civile

Partie I. : L'intégration de la neutralité du *net* par la responsabilité civile

*« La science du législateur consiste à trouver dans
chaque matière, les principes les plus favorables au bien
commun »*

Portalis¹²⁰

22. – L'intégration comme méthode. La neutralité du *net* et la responsabilité civile apparaissent *a priori* comme deux concepts indépendants remplissant des fonctions bien distinctes. Du fait de cette différence, des heurts peuvent naître de leur rencontre. Afin que neutralité et responsabilité s'avèrent compatibles, leurs points de frictions doivent pourtant devenir des frontières nettes. Pour ce faire, la méthode retenue est celle d'une intégration de la neutralité par la responsabilité civile. Le paradoxe n'est qu'apparent, car intégrer la neutralité par la responsabilité civile suppose de définir ce qu'est un comportement neutre pour mieux le préserver. Le terme intégration a donc été choisi à dessein. Il implique, pour la responsabilité civile, de prendre en compte l'ensemble de la réalité factuelle et juridique conduisant tant d'institutions, de rapports et de personnes à recommander de préserver la neutralité du *net*.

22-1. – Neutralité juridique et choix politiques. Il « existe nécessairement une phase intermédiaire entre la science et la technique : les termes de « politique juridique » traduisent

¹²⁰ « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement » (signé Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville), in A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 476.

la liberté fondamentale du juriste qui doit adapter une idée d'organisation de la cité. »¹²¹. De fait, « *toute règle juridique est l'énoncé technique d'un choix politique* »¹²². Ainsi, préserver la neutralité du *net* semble découler d'un choix politique visant à favoriser la liberté des usages afin de développer l'économie et le partage des connaissances. Des objectifs *a priori* louables auxquels adhèrent les nombreux travaux demandant la consécration légale de la neutralité. Les politiques en matière de responsabilité ne sont pratiquement jamais abordées lorsque ces questions sont étudiées. Pourtant, en modifiant le comportement des intermédiaires techniques, la responsabilité encadre l'ensemble des comportements qui pourront être adoptés sur le réseau. Responsabilité du réseau et neutralité du réseau sont donc intimement liées. Le choix politique de favoriser la neutralité n'est pas aussi facile à assumer lorsqu'il implique des abandons en termes de responsabilité. À l'inverse, la volonté de préserver l'ordre public et de favoriser l'indemnisation des victimes apparaît moins légitime si elle conduit à obérer les libertés des internautes. Ces deux questions sont les facettes d'une seule et même politique juridique. L'intégration de la neutralité du *net* par la responsabilité civile est le plus sûr moyen de ne pas l'oublier. Elle permet d'aborder par leur biais l'ensemble des aspects liés au droit et aux libertés, car responsabilité civile et neutralité partagent, chacune en leur domaine, une certaine universalité.

23. – Plan. Afin de formuler en conscience notre proposition, l'étude des enjeux de l'intégration est un préalable nécessaire (Titre I). Elle doit extirper des lignes claires d'un ensemble complexe et souvent contradictoire. La vérification de la faisabilité de la démarche s'opérera par la recherche des modalités de l'intégration (Titre 2).

¹²¹ C. Atias et D. Linotte, « *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* », D. 1977, p. 255.

¹²² Ph. Malaurie, « *La jurisprudence combattue par la loi* », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 615.

Titre I. – Les enjeux de l'intégration

« Seules sont viables et durables les solutions qui comportent une part suffisante de rationalités, c'est-à-dire d'adéquation entre le but et les moyens. »

Francis-Paul Bénéoit¹²³

24. – La neutralité : une structure du réseau. La manière dont un réseau fonctionne comporte des implications importantes sur le plan juridique. Pour mieux le comprendre, il faut en premier lieu revenir sur la notion même de réseau. Son étymologie fait apparaître une image, celle d'un filet¹²⁴. Le mot a été employé pour toutes sortes de structures évoquant ce dessin¹²⁵. Il faudra attendre la description de la circulation sanguine au XVII^e siècle pour que la capacité circulatoire du réseau soit réellement mise en avant, pour devenir partie intégrante de sa définition avec l'apparition des grands réseaux de transports au XIX^e siècle¹²⁶. Depuis lors, un réseau représente plus qu'un dessin, l'image s'anime lorsqu'il est utilisé. Cette

¹²³ « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 38.

¹²⁴ « Le mot « réseau », du vieux français « résel » (Marie de France, XII^e s.), variante de « réseuil », vient du latin « retiolus », diminutif de *reteretis*, filet, qui a aussi donné le mot « rets ». Le filet en question a d'abord été un filet de chasse, destiné à rabattre de petits animaux en direction de leurs poursuivants » (D. Parrochia, « Quelques aspects historiques de la notion de réseau », Flux n° 62, oct.-déc. 2005, p. 10).

Le mot *net* (filet) en anglais est encore plus parlant.

¹²⁵ Voy. les exemples du Dictionnaire de L'Académie française, 6^e éd. (1832-5) : « Dentelle à fond de réseau », « Réseau artériel. Réseau veineux. Réseau de nerfs. ».

¹²⁶ Sur l'apparition de la capacité circulatoire attachée au terme réseau, voy. D. Parrochia, « Quelques aspects historiques de la notion de réseau », Flux n° 62, oct.-déc. 2005, pp. 13-16. – Pierre Musso a perçu qu'« avec la multiplication des réseaux depuis la fin du dix-neuvième siècle, le récit utopique de la transformation sociale réalisée par la technique, a été réactivé et modifié à l'occasion de chaque innovation réticulée. » (« La rétiologie », Quaderni, n° 55, Automne 2004, p. 24). Nous verrons souvent ce type de récit utilisé comme un argument en faveur de l'autorégulation.

utilisation dépend de la structure que présente le réseau ; des détails de son dessin. Or, la forme de cette structure détermine aussi la manière dont le droit peut s'y appliquer. S'il est obligatoire de passer par un point central pour l'utiliser, le réseau est alors centralisé. Son contrôle est aisé. S'il est constitué d'un maillage, le réseau est « acentral ». Le réseau internet est un réseau « acentral » depuis ses origines, ce qui en rend le contrôle beaucoup plus difficile. Un réseau peut ensuite être ouvert ou fermé. Un réseau ouvert permet à quiconque de l'utiliser, sans contrôle et sans contrainte. Un réseau fermé est réservé à quelques utilisateurs. Ce caractère fermé doit s'accompagner de contrôles pour assurer son efficacité. Beaucoup de réseaux fermés sont des réseaux centralisés. Les systèmes de diffusion télévisée et radio en sont des exemples ; quelques acteurs situés au centre du réseau contrôlent ce qui y circule. Il y a cependant des exemples contraires. Le réseau téléphonique est un réseau centralisé, mais ouvert ; n'importe quel numéro peut appeler n'importe quel autre et la conversation est transmise sans égard pour son contenu. C'est sur un idéal voisin, mais en y ajoutant l'« acentralité », que s'est construit le réseau internet. La neutralité du *net* est l'héritage de ces deux caractères : « acentralité » et ouverture. Ils sont des défis lancés au droit, car les usages qui peuvent être faits de l'internet ne passent par aucun point de passage obligatoire et ils sont libres d'interagir comme ils le souhaitent.

25. – Une structure neutre favorise les libertés de ses utilisateurs. Les possibilités de communications, d'échanges et d'innovations qu'elle permet peuvent s'appuyer sur une importante protection juridique. Cela plaide pour la sauvegarde de la neutralité du réseau. Pour sa part, la responsabilité civile est naturellement portée à se saisir des dérives que ces libertés ne manquent pas de générer. En rendre responsable le réseau est tentant, mais largement incompatible avec l'ambition de préserver sa neutralité (Chapitre 1). Les droits et libertés consacrés par la neutralité ne sont pourtant pas les seuls à prendre en compte. La responsabilité civile, conformément à son histoire, se doit de considérer tous les aspects du réseau, vertueux comme dommageables. Il en va de la préservation du principe de responsabilité (Chapitre 2).

Chapitre 1. – La préservation de la neutralité du net

26. – L'impossible argument de fait. Il est impossible de tirer argument en faveur de la neutralité du net du simple constat que les bases sur lesquelles l'internet s'est développé sont neutres. Cela serait violer la « loi de Hume » prohibant le raisonnement par induction entre l'« être » le « devoir être »¹²⁷, une confusion entre le *sollen* et le *sein*¹²⁸. « *Le droit se définit avant tout comme étant en distance par rapport à la réalité factuelle et comme faisant en quelque sorte plier la réalité par la soumission qu'il exige d'elle : le fait sera ce que le droit veut qu'il soit.* »¹²⁹. Ainsi, la distance entre les faits et le droit est inhérente au jeu de la normativité juridique¹³⁰. Même les juristes sociologues, proches des faits en ce qu'ils mettent le droit en relation avec une science qui parle à l'indicatif, ne prétendent pas que les faits doivent dicter leur loi au législateur¹³¹. Pourtant, le droit n'a de sens que dans son application aux faits. « *Se voudrait-il idéal, il n'en serait pas moins soumis au réel.* »¹³². Or, le monde numérique, relativement nouveau, particulièrement technique, pose de nombreuses difficultés d'application pour le droit. Un contexte qui ne facilite pas l'exercice du jeu normatif. Il faut

¹²⁷ Cette « loi », aussi appelée « guillotine de Hume », est extirpée du *Traité de la nature humaine* de David Hume (1739, spé. Livre III, Partie I, Section I, [consulté en ligne]).

¹²⁸ La distinction entre l'être (*Sein*) et le devoir être (*Sollen*) est classiquement formulée en termes germaniques car Kelsen l'a mise au cœur de sa théorie (Voy. H. Kelsen (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, 496 p., spé. p. 7).

¹²⁹ M.-A. Frison-Roche, « *Les bouleversements du droit par l'internet* », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 39.

¹³⁰ M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie.*, PUF, Coll. « Licence Droit », 2009, p. 29-30 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012, n° 31, pp. 31-32.

¹³¹ « *Si les recherches sociologiques peuvent apporter des indications au législateur, elles ne sauraient lui dicter sa loi* » écrivait le doyen Jean Carbonnier (*Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 1978, p. 294).

¹³² P. Catala, « *La matière et l'énergie* », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré.*, Dalloz, 1999, p. 557.

alors se garder d'une facilité dénoncée comme « *une confusion entre la question de méthode – faut-il s'informer des réalités sociales ? – et l'interrogation fondamentale : faut-il soumettre le droit au fait ou doit-il diriger le fait vers des fins choisies pour leur valeur intrinsèque ?* »¹³³.

27. – La confusion est d'autant plus facile à opérer que la neutralité technique, factuelle, apparaît aujourd'hui encore incontournable. En réalité, dans notre domaine, « *si nous voulons protéger Internet et nous assurer de sa pleine utilité, si nous voulons pleinement réaliser son potentiel économique, social, culturel et politique, nous devons comprendre sa structure et ce qu'il adviendrait si cette structure changeait.* »¹³⁴. Il faut donc envisager les autres structures du réseau possibles. Or, la responsabilité civile joue un rôle important dans la structuration du réseau. Elle s'impose avec toute sa normativité aux acteurs du réseau au point d'apparaître comme une condition de la neutralité du *net* (Section 1). En parallèle, elle doit se concilier avec d'autres impératifs que ceux qu'elle connaît habituellement, car la neutralité bénéficie d'une protection juridique par le biais des usages qu'elle permet (Section 2). Déterminer à quel point la responsabilité civile s'en trouve commandée est un préalable pour envisager la possibilité même d'une conciliation.

Section 1. – La responsabilité civile comme condition de la neutralité du *net*

28. – **Note terminologique.** Par le terme normativité, il s'agit de désigner la force d'attraction qu'exerce la norme juridique sur les comportements de ceux auxquels elle s'adresse¹³⁵. L'effet est alors très proche de ce que le professeur Philippe Malaurie désigne comme l'effet prophylactique du droit¹³⁶ ou de la notion de force normative qui, sous la direction du professeur Catherine Thibierge, a fait l'objet d'études pénétrantes¹³⁷. Le terme

¹³³ C. Atias et D. Linotte, « *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* », D., 1977, p. 254.

¹³⁴ B. Van Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, Cambridge, London, The MIT Press, 2010, citée par V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, p. 20.

¹³⁵ Catherine Thibierge remarque que la norme, conformément à son étymologie, sert ici de modèle. « *Il en résulte que la normativité caractérise l'état de ce qui sert de modèle, de ce qui donne modèle.* » (C. Thibierge, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ. 2003 p. 599⁺).

¹³⁶ Malaurie Ph., « *L'effet prophylactique du droit civil* », in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, Dalloz, 2004 : l'effet prophylactique « *est bénéfique : la loi incite par des avantages qu'elle confère à un comportement qu'elle juge opportun ; ou bien, au contraire, en attachant un certain nombre de désagréments à une situation déterminée, elle dissuade d'accomplir des actes jugés ou tout au moins peu souhaitables.* » (p. 670). « *Il rassure ou intimide ; mais il n'impose ni n'interdit directement.* » (p. 671).

¹³⁷ C. Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, 891 p.

normativité sera utilisé pour désigner l'adéquation entre le comportement de l'agent et le comportement dicté par la règle¹³⁸. En dépit du flou pouvant l'entourer, il reste le terme le plus simple et le mieux compris.

29. – De la fonction normative à la fonction structurante. La capacité du droit à commander la réalité est sa fonction essentielle. « *La fonction normative du droit apparaît comme la manifestation la plus forte du pouvoir de régulation des comportements sociaux assurée par l'État.* »¹³⁹. La responsabilité civile doit occuper une place centrale dans l'analyse, car elle est l'une des rares possibilités pour le juridique de pénétrer la structure du réseau. Pour le percevoir, il faut revenir sur ses fonctions, traditionnellement décrites comme poursuivant l'indemnisation, la punition et la prévention¹⁴⁰. C'est de cette dernière fonction, aussi appelée fonction normative¹⁴¹, que découle la normativité de la responsabilité civile. En sanctionnant un comportement, la responsabilité civile définit, en creux, un autre comportement, celui d'une « personne raisonnable » ou, naguère, du « bon père de famille »¹⁴². Lorsqu'elle s'applique aux intermédiaires techniques, elle définit leur comportement. Or l'internet est constitué des intermédiaires techniques qui, ensemble, en constituent sa structure. La responsabilité civile dispose donc, par le biais de sa fonction normative, d'une véritable fonction structurante du réseau (§ 1). Sa capacité à conditionner la neutralité est attestée par l'efficacité qui lui est attachée (§ 2). En somme, *si tant est qu'il faille construire une neutralité juridique, la responsabilité civile est l'un des éléments essentiels de cette construction.*

¹³⁸ À noter que ce que nous désignons par normativité est une notion très voisine de ce que Carbonnier appelait l'effectivité statistique, voy. Carbonnier, *Flexible droit*, 3^e éd, 1976, pp. 107-108.

¹³⁹ C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, n° 108, p. 88.

¹⁴⁰ Pour une description de ces fonctions : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, PUF, coll. « Thémis droit », t. II, 3^e éd., 2013, pp. 53-62. – D'autres fonctions ont été identifiées ou proposées par la doctrine, voy. not. : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, 503 p. – C. Bloch., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Th. Aix-Marseille III, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, 673 p.

¹⁴¹ Viney et Jourdain, t. I., n° 39. – Cette fonction a même parfois été décrite comme la finalité de la responsabilité : « Comme fin à la législation sur la réparation des dommages écrivait René Demogue, on peut assigner une fin préventive. La meilleure législation civile, comme la meilleure législation criminelle est celle qui empêche des faits dommageables, par suite les pertes de la richesse sociale, de se multiplier » (R. Demogue, *Des obligations en général. Sources des obligations*, t. III, 1923, n° 278, p. 464). – Adde : « La fonction première de la responsabilité civile, en droit positif, sur laquelle l'attention n'est généralement pas suffisamment attirée, est de prévenir les dommages plus que de les réparer ou de les compenser. » (Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, RTD. civ., 1988, p. 558).

¹⁴² Le constat est partagé par la majorité des auteurs, du moins en ce qui concerne la responsabilité pour faute (Viney et Jourdain, t. II, n° 662 ; Le Tourneau, n° 6706).

§ 1. – La fonction structurante de la responsabilité civile appliquée au réseau

30. – Manifestation de la fonction normative par la fonction structurante. La fonction normative du droit de la responsabilité n'est pas réputée facilement perceptible et évaluable¹⁴³. L'évolution de la matière, de plus en plus tournée vers sa fonction d'indemnisation¹⁴⁴, n'a pas facilité son étude. On la dit toutefois en déclin¹⁴⁵ du fait de la généralisation de l'assurance et de l'objectivisation de la responsabilité¹⁴⁶. Dans le même sens, la prévalence du principe de réparation intégrale suggère que la fonction réparatrice domine la fonction normative qui imposerait, en bonne logique, de moduler la sanction à l'aune de la gravité du comportement en cause¹⁴⁷. Pourtant, en dehors même de son application à l'internet, l'aptitude de la responsabilité civile à influencer les comportements est bien réelle¹⁴⁸. Elle incite les individus à se conformer à la règle « *par la crainte légitime de la sanction qu'elle engendre* »¹⁴⁹. Des domaines nouveaux, souvent techniques, où la complexité des relations n'incite pas à éditer des règles précises, lui redonnent actualité au fil des innovations. Le professeur André Tunc l'avait bien saisi lorsque, en conclusion de son étude portant sur le rôle de la responsabilité civile dans la dissuasion des comportements antisociaux¹⁵⁰, il dresse un bilan qu'il qualifie de « *pas très riche* »¹⁵¹ qu'il tempère aussitôt en précisant que « *dans le droit des affaires comme dans celui de la presse et des moyens de communication de masse, la menace de responsabilité civile peut dissuader des comportements fautifs.* »¹⁵².

Or sur l'internet, les comportements sont difficilement limités par des mécanismes de contrôle et d'autorisation¹⁵³. Dans un tel espace de liberté, le droit de la responsabilité a très

¹⁴³ Brun, n° 12, estimant qu'il est « *par définition impossible d'en évaluer la portée* ».

¹⁴⁴ L. Cadiet, « *Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 1999, pp. 495-510.

¹⁴⁵ Brun, n° 12.

¹⁴⁶ La question de la force normative de la responsabilité objective sera abordée en détail *infra*, n°s 42-50.

¹⁴⁷ En ce sens : G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 36, p. 31. Cette opinion conduit naturellement à débattre du dépassement de l'indemnisation par la peine privée, sur ce point spécifique, voy. *infra*, n°s 657-664.

¹⁴⁸ En ce sens : Viney et Jourdain, t. I., n° 40, p. 87.

¹⁴⁹ Le Tourneau, n° 4, où la cessation de l'illicite est listée comme le deuxième aspect de la fonction préventive. Cette question sera abordée *infra*, n°s 297 s.

¹⁵⁰ A. Tunc, « *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux* », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Éd. A. Pédone, 1975, t. 1, pp. 407-415.

¹⁵¹ A. Tunc, *op. cit.*, p. 414.

¹⁵² A. Tunc, *op. cit.*, p. 415.

¹⁵³ La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 fait de ce constat une règle en imposant aux États membres de veiller « *à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne*

tôt rempli une bonne part de la fonction normative du droit. Ainsi, l'apparition de l'internet dans le paysage juridique français a été un témoignage, non seulement de la souplesse du droit commun de la responsabilité¹⁵⁴, mais également de la persistance de sa fonction normative¹⁵⁵. Les obligations qui en découlent ont un véritable impact structurel lorsqu'elles impliquent une intervention du réseau sur les contenus. Encore faut-il déterminer comment elles naissent. Pour cela, il faut analyser les différents paramètres permettant de faire varier la structure du réseau par le biais de la responsabilité civile (I). Cette capacité, si elle n'est pas réservée à la responsabilité civile, lui confère une place privilégiée parmi les sources normatives à même de modeler le réseau (II).

I. – Les paramètres de la fonction structurante de la responsabilité civile

31. – Note méthodologique. À cette étape, il est prématuré de définir le régime de responsabilité adapté ou les critères de qualification les plus adéquats. L'étude de la fonction structurante suppose une analyse non prescriptive. C'est un préalable nécessaire avant la recherche des paramètres adéquats¹⁵⁶.

32. – Les variables de la fonction structurante. La fonction structurante peut produire des résultats très différents. L'ensemble de ses effets est dépendant du champ d'application qu'elle décide de se donner (I). Il revient à cette première variable de délimiter les frontières du réseau. Dans un second temps, les acteurs entrant dans le champ d'application de la fonction structurante seront incités à modifier leur comportement du fait de l'intensité de leur responsabilité à raison des usages qu'ils véhiculent (II). Ce dernier point permet, très directement, de modifier la structure du réseau en faisant varier l'intensité de cette responsabilité.

A. – Le champ d'application de la fonction structurante

33. – Pesée des enjeux de qualification. Sur l'internet, la première difficulté pour le droit

puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent » (art. 4, 1^o). L'activité de fourniture d'accès est simplement soumise en France à un régime de déclaration préalable (*infra*, n^o 69).

¹⁵⁴ G. Viney, « Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ? », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, spé. p. 560, n^o 8.

¹⁵⁵ F. Arhab, « Les nouveaux territoires de la faute », RCA 2003, n^o spé. « La responsabilité pour faute », Chron. 16, p. 47, n^o 9.

¹⁵⁶ La vérification portant sur la compatibilité de la neutralité avec les grands principes du droit de la responsabilité viendra *infra*, n^{os} 173 s.

est de déterminer ce qu'est le réseau ; de le qualifier, c'est-à-dire de dire ce qu'il est juridiquement, de dire la « *vérité du droit* »¹⁵⁷. Seront des acteurs du réseau, et seront donc soumis aux obligations découlant de cette qualification, ceux que le droit désignera comme tels. Il est ici particulièrement nécessaire de ne pas s'enfermer trop tôt dans des définitions étroites qui risqueraient de contraindre l'analyse en attribuant des rôles précis à chacun des acteurs. Ainsi, il n'est pas encore temps de dire ce que ces acteurs sont pour le droit positif ou même ce qu'ils devraient être¹⁵⁸. Il s'agit simplement de décrire la nature, le rôle et les enjeux que porte chacun des acteurs du réseau pour mieux déterminer ce que le droit peut leur dicter. Il importe de les différencier, car la normativité de la responsabilité civile ne produira pas les mêmes effets selon l'activité sur laquelle elle porte. Pour une étude allant du général au particulier, il est sans doute adapté de partir des acteurs du transport (1) pour ensuite évoquer les acteurs du stockage (2).

1. – Un champ étendu aux acteurs du transport

34. – La partie visible du transport : les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI). Les FAI sont les acteurs les plus visibles de la transmission de données sur l'internet. Ils permettent aux internautes, leurs clients, d'accéder au réseau mondial. Ils se limitent à la transmission de données, ils n'ont donc pas de fonction de stockage, ce qui implique qu'ils n'ont qu'un contrôle très éphémère des données. Ils sont au centre de nombreuses questions juridiques, car ils sont un passage obligé pour l'accès à l'internet¹⁵⁹. Étant les derniers liens de transmission du réseau, ils sont destinés à devenir le « *point de focalisation de la régulation* »¹⁶⁰. Ils sont directement liés aux enjeux portés par la responsabilité et par la neutralité, car ils sont le passage obligé à la fois pour toute activité illicite sur le réseau et pour l'exercice de toutes libertés. La responsabilité civile peut modeler leurs comportements tout aussi bien par le biais de la responsabilité extracontractuelle que de l'encadrement du contrat d'abonnement ou des contrats liant le FAI à d'autres intermédiaires.

35. – Au-delà des FAI. Les FAI possèdent généralement leur propre réseau, ils ne sont pourtant pas toute la partie transport de l'internet. Ils ne sont que le point de raccordement du public à l'internet. Celui-ci est en réalité constitué de plus de 40 000 réseaux¹⁶¹ qui, ensemble,

¹⁵⁷ O. Cayla, « *La qualification ou la vérité du droit* », *Droits* 1994, n° 18, pp. 3-18.

¹⁵⁸ Sur ce point, voy. *infra*, n° 227 s.

¹⁵⁹ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, p 13.

¹⁶⁰ E. Noam, « *Why TV regulation will become telecom regulation* », *Financial Times*, 24 oct. 2006 : « *The internet's delivery path becomes the nexus of regulation.* ».

¹⁶¹ Internet society, « *Les interconnexions d'Internet. Les propositions pour un nouveau modèle*

constituent le réseau mondial. Dénommé *Autonomous System* ou AS, ces divers réseaux appartiennent à des opérateurs de transit, des FAI ou des fournisseurs de service de tailles très inégales. Les accords, dits de transits ou de *peering*, qui les interconnectent concentrent une bonne partie du débat relatif à la neutralité du net.

Les études consacrées à ce maillage complexe constituant la partie transport de l'internet n'ont accordé que peu de place à l'analyse de la responsabilité des différents acteurs¹⁶². Pourtant, la force normative que la responsabilité peut exercer sur ces acteurs et leurs accords est susceptible de modeler l'ensemble du réseau à condition de savoir s'y appliquer. L'internationalité des acteurs et l'obscurité des accords qui les lient sont toutefois des obstacles non négligeables.

36. – Au-delà du réseau ? À l'autre extrême se situent les personnes qui fournissent une connexion comme un accessoire de leur activité principale. Des hôtels aux Universités en passant par les entreprises et les administrations, de nombreuses entités proposent des accès à l'internet à un public plus ou moins déterminé pour accompagner des contrats ou des services très divers. Assouplir ou durcir les critères de qualification des FAI permet, entre autres, de les inclure ou non dans le jeu de la fonction structurante. Les exemples jurisprudentiels ne sont toutefois pas très probants¹⁶³.

Plus encore, la fonction structurante est susceptible de s'appliquer à toute personne en position de restreindre ou de faciliter l'accès à l'internet, de contrôler, d'une manière même détournée, ce qui peut en être fait. Le contrôle d'une connexion a le même effet pour l'utilisateur que le contrôle de la structure du réseau qu'il utilise. Il est tentant de raisonner ainsi en constatant que certains acteurs peuvent contrôler l'accès à la couche transport. Fabricants de terminaux et éditeurs de système d'exploitation ont ce pouvoir. Ils n'ont pas réellement de fonction intermédiaire, ce qui les écarte des débats portant sur la neutralité aux sens stricts¹⁶⁴. Rien ne contraint pourtant la responsabilité civile à les écarter par principe du champ d'application de sa fonction structurante.

2. – Un champ étendu aux acteurs du stockage

37. – Des acteurs du web avant tout. Les hébergeurs sont les intermédiaires techniques

d'interconnexions par Internet ne suffisent pas », Documents d'information, 2012, p. 11.

¹⁶² Voy. la régulation des accords d'interconnexion abordée *infra*, n^{os} 466.

¹⁶³ Voy. la décision « BNP Paribas », restée isolée, assimilant une banque à un intermédiaire technique : CA Paris, 14^{ème} ch., sect. B., 4 févr. 2005, *BNP Paribas SA c/ Sté World Press Online* : Comm. Com. électr. 2005, comm. n^o 71, obs L. Grynbaum.

¹⁶⁴ La notion plus large d'ouverte doit, selon nous, être préférée : *infra*, n^{os} 447.

qui stockent des contenus afin qu'ils soient disponibles en ligne. Ils sont généralement situés au « cœur du réseau » et sont reliés à l'internet par des opérateurs de transit eux-mêmes reliés aux FAI qui acheminent le trafic jusqu'aux internautes.

L'activité des hébergeurs est presque consubstantielle, non pas à l'internet, mais à l'une de ces applications phares : le *World Wide Web*¹⁶⁵ ou *web*. Le *web* ne se confond pas avec l'internet, il n'en est que l'une des applications. Certes, le *web* est aujourd'hui l'usage le plus connu de l'internet, celui qui consiste à consulter des sites au moyen d'un navigateur *web*, mais il existe de nombreuses autres applications de l'internet, parfois beaucoup plus anciennes, telles que le courriel, la messagerie instantanée ou les fameux échanges dits en pair à pair (*peer to peer*). Toutefois, parmi toutes ces applications, le *web* est celle qui a connu le développement le plus phénoménal ces quinze dernières années¹⁶⁶. Les hébergeurs ne sont pourtant pas indispensables à l'internet puisque de nombreux protocoles s'en passent. Les protocoles de pair à pair connectent deux machines directement avec pour seul intermédiaire des acteurs du transport. Les données sont hébergées – au sens propre – sur chacune des machines en communication, mais l'hébergeur, en tant qu'intermédiaire, fait défaut. Et même en se limitant aux protocoles *web*, théoriquement, rien ne s'oppose à ce que chacun héberge son propre site sur sa propre connexion devenant ainsi son propre hébergeur. Il pourrait alors être tentant de considérer l'hébergeur comme extérieur au réseau et à sa neutralité.

L'idée inverse se défend aisément. Tout d'abord, la majorité des hébergeurs se trouvent géographiquement au cœur de la toile que dessine l'internet. Car publier un site générant un trafic important demande des moyens et des compétences qui ne sont pas à la portée de tout un chacun. En pratique, il n'existe que très peu de sites hébergés directement par leurs éditeurs. Ensuite, sur un plan fonctionnel, les hébergeurs servent tout autant que les FAI d'intermédiaires. Les contenus qu'ils transmettent à la demande des utilisateurs leur sont fournis par des tiers, clients ou autres utilisateurs. Ce qui implique que la responsabilité civile peut se saisir de leurs activités par la voie contractuelle comme par la voie délictuelle.

38. – Illustration de l'extension de la fonction structurante : le web 2.0. Lors de la

¹⁶⁵ Abrégé WWW, web ou « la toile ». Les origines du web remontent à 1989 lorsque Tim Berners-Lee, un employé du CERN (Organisation européenne pour la Recherche nucléaire) à Genève, propose un système de publication d'informations utilisant l'hypertexte. Le web est réellement né lorsque le réseau interne du CERN s'est ouvert sur le réseau internet en utilisant le protocole TCP/IP. Le projet *World Wide Web* fut rendu public en 1991 par Tim Berners-Lee, désormais aidé par Robert Cailliau.

¹⁶⁶ Le web a passé le million de sites en 1997, alors qu'il n'en comptait que 126 en 1993. En juin 2014, le nombre de sites est évalué à 996 millions (statistiques Netcraft.com).

rédaction de la LCEN, la fonction des hébergeurs était relativement clairement définie¹⁶⁷. Elle consistait à mettre à la disposition des éditeurs de sites les moyens techniques nécessaires à cette opération. Le schéma était simple en apparence, les fonctions d'hébergement et d'édition étaient clairement différenciées. Le statut d'hébergeur est depuis devenu « *la pierre angulaire du développement actuel de l'Internet pour offrir de l'information auprès de particuliers* »¹⁶⁸. La conception juridique de l'hébergeur a, en effet, été bouleversée par ce que Tim O'Reilly a qualifié de « web 2.0 » ; c'est-à-dire, des sites web dont les contenus sont générés par les visiteurs eux-mêmes (*user generated content*). Ces sites permettent aux internautes de publier très facilement des textes, des images, des vidéos ou toute sorte de contenus. Tim Berners-Lee, l'inventeur du web, y voit plus un retour aux sources qu'une révolution¹⁶⁹. Parmi les figures de proue de ce mouvement, Wikipédia, YouTube, Facebook ou le français Dailymotion peuvent être cités. Ces sites doivent-ils être considérés comme des éditeurs parce qu'à l'origine de l'interface permettant aux internautes de publier et de consulter des contenus ? À l'inverse, doivent-ils être vus comme des hébergeurs, car ils ne fournissent que l'outil technique permettant aux internautes de publier des contenus qu'ils ne contrôlent pas ? Un déplacement du curseur étendra, plus ou moins, le champ d'application du régime choisi. L'application par la jurisprudence du régime de responsabilité issu de la LCEN en donne une illustration. En effet, l'extension jurisprudentielle de ce régime protecteur aux acteurs du web 2.0¹⁷⁰ a permis un développement massif de sites de partage de contenus – parfois illicites – qui n'aurait jamais pu être possible avec un système de responsabilité plus sévère.

C'était reconnaître que leur rôle est identique à celui confié au réseau. En qualifiant les acteurs du web 2.0 comme des acteurs du réseau proprement dit, la responsabilité civile a étendu la fonction qu'elle lui assigne. C'est ici le rôle que le droit entend confier à chacun des acteurs qui a été pris en compte, plus que leur nature propre : il s'agit d'une question politique avant tout. Il est donc possible de voir dans le succès du web 2.0, en premier lieu, l'effet d'un environnement juridique favorable à une structure neutre (celui-ci favorise l'absence de contrôle *a priori* des contenus), et en second lieu, le lien qui peut exister entre la structure du réseau et le développement des usages.

39. – Le stockage intermédiaire. Les opérateurs de mise en cache (*caching*) empruntent

¹⁶⁷ Voy. le rappel d'Axel Saint-Martin en commentaire de l'arrêt *Tiscali* : RLDI 2010/56 n° 1935, spé. n° 10, note ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855.

¹⁶⁸ J. Dionis du Séjour et C. Erhel, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, 23 janv. 2008, p. 17.

¹⁶⁹ Voy. *IBM developerWorks Interviews : Tim Berners-Lee*, 22 août 2006.

¹⁷⁰ Sur laquelle : *infra*, n° 255.

aux deux catégories – FAI et hébergeurs – sans pour autant que leur traitement soit aussi fondamental¹⁷¹ ; ils ne sont pas indispensables au fonctionnement de l'internet et leur utilisation n'est pas très répandue. Pourtant, la question a là aussi été posée de l'extension de ce régime à d'autres acteurs, tels que des moteurs de recherche qui stockent les pages qu'ils indexent en « cache »¹⁷².

La croissance de certains services en ligne a conduit à l'émergence d'un nouveau type de stockage intermédiaire. Les CDN pour *Content Delivery Network* visent à apporter les contenus au plus proche de leurs consommateurs. De gros services en ligne y ont recours pour offrir une qualité de service optimale partout dans le monde. Leur développement part du constat que le transfert de données sur de très longues distances, passant par plusieurs points d'interconnexion en mode *best effort*, peut réellement pénaliser l'expérience des consommateurs de contenus¹⁷³. Leur fonction se situe, à bien des égards, entre la fonction d'hébergement et celle de transport.

B. – Le degré de responsabilité du réseau pour ses usages

40. – Champ d'expérimentation retenu. L'intensité de la responsabilité des acteurs du réseau quant aux usages est intimement liée à leur comportement. Tout d'abord, ils peuvent s'associer aux contenus ; soit qu'ils les éditent, soit qu'ils les contrôlent. Dans ces hypothèses, il ne fait guère de doute que leur responsabilité devrait être entière. L'hypothèse où la définition du degré de leur responsabilité peut changer leurs comportements n'est pas celle-ci. L'intensité de la responsabilité des intermédiaires techniques peut avoir un effet normatif réel lorsque c'est leur passivité qui est sanctionnée. Or, le fonctionnement normal d'un réseau neutre veut que les intermédiaires techniques ne génèrent ni ne contrôlent les contenus. Il suffit de sanctionner cette absence de contrôle pour créer une obligation les contraignant à rechercher et à limiter les usages illicites qu'ils permettent.

L'axe de réflexion portera, avant tout, sur la responsabilité civile extracontractuelle, car elle est la voie la plus naturelle pour modeler le réseau¹⁷⁴. La responsabilité contractuelle ne présente pas le même caractère de généralité. Si le contenu d'un contrat de fourniture d'accès

¹⁷¹ Nous verrons que leurs obligations empruntent aux deux statuts : *infra*, n° 197-3.

¹⁷² Voy. *infra*, n° 283

¹⁷³ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 47 s.

¹⁷⁴ La responsabilité contractuelle n'a, d'ailleurs, jamais été « au cœur des contentieux de responsabilité en matière de réseaux » (Vivant et alii, n° 2464).

ou d'hébergement peut permettre ou obliger l'opérateur à agir d'une certaine façon envers les contenus, il n'y a là aucune « *norme générale de comportement* » comme en matière extracontractuelle¹⁷⁵. La force normative de la responsabilité contractuelle peut apparaître avec plus de généralité lorsque le juge contrôle les stipulations contractuelles, voire « force » le contrat¹⁷⁶. Alors, la responsabilité contractuelle sort de son champ réservé¹⁷⁷. La responsabilité contractuelle trouve aussi une certaine normativité en gouvernant les accords internes au réseau comme les contrats d'abonnement liant les FAI à leurs clients¹⁷⁸, ainsi que les accords entre intermédiaires et services en ligne. Toutefois, la responsabilité extracontractuelle apparaît conditionner bien plus directement la possibilité même de la neutralité.

Pour le faire apparaître, il faut envisager la fonction structurante là où elle se manifeste avec le plus de force, c'est-à-dire aux deux extrêmes du droit de la responsabilité. Deux hypothèses permettent donc de vérifier les effets prévisibles de la responsabilité en ce domaine. Premièrement, une stricte responsabilité conduit les intermédiaires techniques à effectuer un contrôle « quasi éditorial ». Ainsi la structure du réseau devient fermée (1), très loin d'une structure neutre. À l'inverse, une faible responsabilité est souvent décrite comme la condition nécessaire pour que le réseau soit neutre. En réalité, une très faible responsabilité laisse au réseau le choix d'adopter la structure qu'il désire (2).

1. – Une stricte responsabilité : vers une structure fermée

41. – L'hypothèse de l'application d'une responsabilité objective. Le moyen le plus radical de remettre en cause la neutralité des intermédiaires de l'internet serait de les soumettre à une responsabilité parfaitement objective. Sur ce fondement, ils seraient

¹⁷⁵ Viney et Jourdain, t. II, n° 473.

¹⁷⁶ Le mouvement consistant à ajouter au contrat des obligations qui n'ont pas été directement voulues par les parties est généralement lié à la découverte de l'obligation de sécurité dans les contrats de transports en 1911 (Civ. 21 nov. 1911, GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 276). – Sur la tendance plus générale à la direction du contrat par la puissance publique, voy. la critique désormais classique formulée par Josserand dénonçant un mouvement « anticontractuel » car contraire à tous les principes de la matière: « *Le contrat dirigé* », DH. 1933, chron., pp. 89-92, spé. pp. 90-91 sur la technique du forçage. – Adde sur les limites contemporaines de cette technique : B. Fages, *Droit des obligations*, coll. « Manuel », 4^e éd., 2014, n° 262.

¹⁷⁷ Même chez les auteurs concédant qu'il existe une véritable responsabilité contractuelle, il est souligné qu'en ajoutant des obligations au contrat, « *la jurisprudence s'est laissée guider exactement par les mêmes impératifs que lorsqu'elle s'est efforcée de déterminer les devoirs incombant aux particuliers dans leurs activités non contractuelles.* » (Viney et Jourdain, t. II, n° 498). Pour ceux qui nient l'existence d'une responsabilité contractuelle, le constat est d'autant plus radical que le mouvement est, pour eux, à l'origine de la naissance du « *faux concept* » de responsabilité contractuelle, car en forçant le contrat, « *on brouille nécessairement ses rapports avec le délit, lequel en retour contamine le régime de l'inexécution du contrat.* » (Ph. Rémy, « *La responsabilité contractuelle* » : histoire d'un faux concept », RTD Civ. 1997 p. 323+, n° 46)

¹⁷⁸ Voy. *infra*, n° 453 s.

responsables de tous les dommages causés par les activités qu'ils permettent. Seuls le cas fortuit et la force majeure, nécessairement extérieurs¹⁷⁹, seraient de nature à les exonérer de la lourde charge de répondre de l'ensemble des usages dommageables faits de leur réseau. Les soumettre à une telle responsabilité serait les contraindre à adopter une structure non neutre. Il faut, pour le percevoir, toucher du doigt la force normative d'une responsabilité étendue en ce domaine (a). Associés aux dommages causés par leur infrastructure, les intermédiaires techniques seraient conduits à se rapprocher des usages afin de les contrôler. L'effet normatif d'une responsabilité objective serait donc incompatible avec la neutralité du réseau (b).

a) La force normative d'une responsabilité objective

42. – Une force importante. S'il n'est pas dans les objectifs des responsabilités objectives de normaliser les comportements¹⁸⁰, les effets qu'elles produisent peuvent être bien réels. Certes, elles se privent des raffinements de la faute, mais leurs effets normatifs sont palpables¹⁸¹. Elles font de la réparation du préjudice leur « pôle central »¹⁸², mais « *ce n'est pas parce que la faute et la responsabilité civile vivent séparées de fait que le divorce a été prononcé et que les règles posées cessent de remplir leur fonction normative.* »¹⁸³. Il est par ailleurs souligné que, souvent, dans le cadre d'une responsabilité pour risque, le responsable est responsable, justement parce qu'il peut éviter le dommage¹⁸⁴. Faire peser le poids de la responsabilité sur la personne à même d'éviter le dommage apparaît, en effet, comme l'un des traits marquants de la matière. Dans les domaines où elle est née, la responsabilité objective a incorporé des éléments de subjectivité lui permettant de renforcer ses effets normatifs. Par l'arrêt *Franck* et la conception matérielle de la garde qu'il fait sienne, c'est tout un

¹⁷⁹ Le caractère extérieur de la force majeure est attaché à la nature objective, ou causale, de la responsabilité. Ainsi, l'arrêt *Teffaine* (Civ. 16 juin 1896 : DP 1897, I, 433, concl. Sarrut, note R. Saleilles), archétype de la responsabilité objective, pose que le dommage dû au « *vice de construction* » d'une machine « *exclut le cas fortuit de la force majeure* ».

¹⁸⁰ Voy. C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, 2005, n° 361, p. 275.

¹⁸¹ G. Martin, « *Principe de précaution et responsabilités* », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, p. 420, soulignant avec nuance que « *la fonction normative de la responsabilité n'est pas moindre lorsqu'elle agit comme un instrument d'internalisation des coûts externes que lorsqu'elle intervient comme outil de moralisation des comportements. Elle agit simplement sur des ressorts différents.* »

¹⁸² J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis droit, 2011, p. 511, n° 13.

¹⁸³ C. Radé, « *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile* », D. 1998, p. 301⁺, n° 19.

¹⁸⁴ J. Rochfeld, *op. cit.*, n° 12 ; Adde : C. Radé, *op. cit.*, p. 301⁺, n° 11, interrogeant : « *ces personnes, qui sont en mesure d'empêcher les comportements dommageables, ne se trouvent-elles pas prises en défaut lorsqu'un dommage survient, malgré tout ?* », relativisant ainsi la frontière entre le fondement de la faute et celui du risque. – Sur le caractère incertain de cette frontière, voy. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 115, p. 207.

mouvement tendant à ce que « *la garde de la chose [soit] conférée à celui qui a la possibilité de prévenir le préjudice* » qui se manifeste¹⁸⁵. La responsabilité se justifie parfois en considération du caractère évitable du dommage¹⁸⁶. C'est ici que réside son jeu normatif. Le professeur André Tunc a très bien résumé la chose. « *Une responsabilité automatique, non seulement épargne des discussions longues et parfois coûteuses, mais peut donner à quelqu'un intérêt à faire de son mieux pour éviter un dommage.* »¹⁸⁷.

43. – Des acteurs capables de modifier leur comportement. Pour être normative, la responsabilité civile doit porter sur un acte procédant « *d'un comportement qui peut normalement être évité ou corrigé par un effort de vigilance accrue* »¹⁸⁸. La fonction normative du droit de la responsabilité produit ses effets en dehors des cas concrets sur lesquels se prononcent des juges. De simples décisions de justice peuvent peser sur l'ensemble des intermédiaires techniques¹⁸⁹. Une responsabilité étendue comporte donc le risque de voir disparaître les acteurs qui ne pourraient ou ne voudraient pas s'adapter. Les prémices de l'application du droit de la responsabilité en donnent une illustration avec l'affaire *Atltern.org*¹⁹⁰. Si une telle orientation devait se généraliser, ceux qui décideraient de poursuivre leur activité devraient l'adapter en y insérant des mesures de précaution¹⁹¹. Le fait qu'il s'agisse le plus souvent de personnes morales ayant les moyens de s'informer des

¹⁸⁵ F.-G Trébulle, « *Droit de l'environnement* », D. 2011, p. 2694 : en commentaire d'un arrêt (Civ. 2, 3 mars 2011, n° 09-69.658) confiant la garde d'une falaise à un département qui n'en avait pas la propriété.

¹⁸⁶ La logique d'une responsabilité devant porter sur la personne apte à prendre les précautions nécessaires transparaît aussi dans les critiques adressées à la jurisprudence reconnaissant la qualité de gardien à des personnes privées de discernement et donc, incapables de prévenir le dommage. Voy. not. Brun, n° 379, considérant qu'il est illogique de reconnaître la qualité de gardien de l'*infans* (arrêt Gabillet) alors que le préposé ne peut l'être : « *On peine un peu à se convaincre qu'un bambin de trois ans dispose, vis-à-vis de ses parents ou de ceux qui sont chargés de le surveiller, d'une autonomie suffisante pour diriger la chose, tandis que le préposé (même le plus qualifié, même s'il occupe un poste dit « à responsabilité » !) serait nécessairement et par principe, inapte à assurer de tels pouvoirs.* ».

¹⁸⁷ A. Tunc, « *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux* », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Éd. A. Pédone, 1975, t. 1, p. 414.

¹⁸⁸ Viney et Jourdain, t. I., n° 41, p. 89.

¹⁸⁹ Comme l'ont relevé MM. Touffait et Tunc, « *on attend bien [des juridictions] que leurs décisions fassent autorité : que les principes juridiques sur lesquels elles se fondent soient dans l'avenir suivis s'il n'y a pas de raison de s'en écarter ou de les renverser.* ». Ce qui ne doit pas être confondu avec l'interdiction faite aux juges de se prononcer par voie générale et réglementaire (« *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celle de la Cour de cassation* », RTD civ. 1974, p. 507, n° 23).

¹⁹⁰ CA Paris, ch. 14, sect. A, 10 févr. 1999, *E. Hallyday c/ Valentin L.* (préc.) : l'hébergeur soumis à une responsabilité étendue du fait des contenus hébergés a décidé de cesser son activité. Pour les détails de cette affaire souvent mal comprise, voy. *infra*, n° 174.

¹⁹¹ En ce sens : G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 171, p. 88 : « *La responsabilité objective permet au responsable de faire un choix entre la prise de précaution supplémentaire ou la réduction de son niveau d'activité.* ». De manière générale, l'analyse économique du droit a particulièrement mis en exergue le lien entre les précautions prises par l'agent et les conditions de la mise en œuvre de sa responsabilité (n° 100 s.).

risques juridiques liés à leur activité renforce encore la force normative du droit¹⁹².

44. – Question sur l'assurabilité d'une responsabilité objective. Le jeu de l'assurance de responsabilité, en déplaçant le poids de la réparation de celui sur lequel pèse l'obligation vers son assureur, paralyse en partie le jeu de la fonction normative¹⁹³. Le développement de la responsabilité pour risque s'est accompagné d'un mouvement de socialisation de l'indemnisation qui l'a rendue supportable¹⁹⁴. « *L'assurance de responsabilité, bien qu'initialement indépendante de la responsabilité civile sans faute, en est devenue sa raison d'être.* »¹⁹⁵. Faut-il en conclure qu'une responsabilité étendue appliquée aux acteurs du réseau serait dépourvue de force normative, car couverte pas l'assurance ? Même si le risque est assurable, la responsabilité civile conserve une force incitatrice importante de par ses divers mécanismes¹⁹⁶ : paiement de la prime¹⁹⁷, modulation de celle-ci en fonction des précautions prises par l'assuré¹⁹⁸, mécanisme de réduction-majoration en fonction du comportement de l'assuré¹⁹⁹, franchises²⁰⁰ et inassurabilité contractuelle de certains risques²⁰¹. Enfin, l'inassurabilité légale du dommage intentionnellement causé²⁰² assure le respect du caractère aléatoire du contrat d'assurance, ce qui s'oppose à ce qu'un assuré puisse sciemment adopter

¹⁹² En ce sens : G. Maitre, *op. cit.*, n° 119, p. 60. – Sur l'anthropomorphisme de la responsabilité civile permettant de rendre responsables des personnes morales, non seulement du fait de leurs organes, mais aussi de leur propre fait, en cas de défaut d'organisation par exemple : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, coll. « Droit privé », 6^e éd., 2013, n° 40. – Le droit positif est confirmé par les projets de réforme qui soulignent que l'acte fautif d'une personne morale peut résulter d'une décision ou une absence de décision (Voy. S. Messai-Bahri et M. Rousille, « *La responsabilité pour faute des personnes morales* », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, spé. p. 120). Cette possibilité est indispensable à la sanction d'un comportement neutre (*infra*, n°s 165-167 et 221).

¹⁹³ En ce sens : C. Grare, *op. cit.*, n° 366, p. 278 : « *Les raisons du déclin de la fonction normative tiennent principalement à la généralisation de l'assurance de responsabilité* ». – Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « Précis », 13^{ème} éd., 2011, n° 18 où la responsabilité civile prise en charge par l'assurance est décrite comme « *une pure opération d'équilibre financier* », la fonction punitive revenant alors entièrement à la responsabilité pénale (p. 14).

¹⁹⁴ J. Rochfeld, *op. cit.*, pp. 513-515, n° 14.

¹⁹⁵ C. Grare, *op. cit.*, n° 52, p. 38. – Remarquons que l'importance de l'assurance en la matière avait déjà été mise en exergue par Josserand : « *Le danger que redoute l'industrie n'est cependant qu'imaginaire, car il comporte un remède facile et souverain, l'assurance contre les accidents. Moyennant un sacrifice annuel peu considérable et qui n'élèvera pas sensiblement le chiffre des frais généraux, le chef d'entreprise s'acquittera aisément de l'obligation qui lui incombe* » (« *De la responsabilité du fait des choses inanimées* », Rousseau, 1897, p. 117).

¹⁹⁶ En ce sens : L. Cadet, « *Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 1999, p. 507. ; R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, Coll. « Précis », 4^e éd., n° 223, p. 279-280.

¹⁹⁷ G. Maitre, *op. cit.*, n° 369, pp. 212-213.

¹⁹⁸ G. Maitre, *op. cit.*, n° 370, p. 213.

¹⁹⁹ G. Maitre, *op. cit.*, n° 367, p. 211.

²⁰⁰ Du moins, lorsque la police d'assurance comporte une clause de découvert obligatoire qui interdit au souscripteur de faire assurer le montant de la franchise par un autre assureur ou lorsque la franchise dite absolue n'est tout simplement pas assurée. En ce sens : G. Maitre, *op. cit.*, n° 363, pp. 207-208.

²⁰¹ G. Maitre, *op. cit.*, n° 371, p. 214.

²⁰² Art. L. 113-1 du code des assurances.

un comportement dommageable tout en s'abritant derrière un contrat d'assurance²⁰³.

Plus spécifiquement, dans un domaine où les dommages économiques représentent un poids énorme, la force normative de la responsabilité civile resterait particulièrement forte, même en présence d'une assurance. Les assurances de responsabilité d'intermédiaires techniques soumis à une responsabilité objective exigeraient la mise en œuvre de dispositifs préventifs afin de réduire le risque de condamnation²⁰⁴. Ceci aboutirait au même résultat contraire à la neutralité que le jeu de la responsabilité objective seule. Car la socialisation du risque est ici particulière. D'une part, le risque dont il est question a de bonnes chances de se réaliser si l'intermédiaire ne prend pas des mesures radicales pour modérer les flux de contenus qu'il véhicule. À défaut, le poids de l'indemnisation serait insupportable. D'autre part, les bases sur lesquelles il est possible de socialiser le risque apparaissent particulièrement réduites. Il n'y a, en effet, que quelques fournisseurs d'accès en France²⁰⁵, ce qui constitue une base bien étroite de socialisation du risque porté par ce type d'acteurs.

Ainsi, si l'assurabilité du risque généré par une éventuelle responsabilité objective des intermédiaires techniques est possible, elle n'entraverait que peu le jeu de la force normative de la responsabilité civile. L'assurance de responsabilité, on l'oublie trop souvent, répercute sur l'assuré, une partie de la force normative de la responsabilité. Tel risque ne sera pas assurable, car trop lourd, tel autre devra donner lieu à des mesures de précaution pour être assurable, telle activité donnera lieu à des primes importantes ou à des plafonds d'indemnisation. Or, le poids que représenterait la responsabilité des intermédiaires techniques pour les contenus qu'ils diffusent aurait toutes les chances d'être phénoménal. Les volumes de données transmises par les intermédiaires techniques, même ceux de taille moyenne, sont tels qu'ils véhiculent nécessairement de nombreux contenus dommageables. Une assurance ne pourrait assurer ce risque sans exiger des intermédiaires techniques qu'ils adoptent des mesures de précaution. Or, la responsabilité objective du réseau sans l'assurance aurait exactement le même effet incitatif. C'est dire que l'assurance de responsabilité répercuterait presque sans altération la fonction structurante de la responsabilité civile, poussant ainsi les acteurs du réseau à abandonner leur neutralité.

²⁰³ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « Précis », 13^{ème} éd., 2011, n° 383.

²⁰⁴ André Tunc observait avec nuance qu'« une responsabilité automatique est un moyen puissant de [...] demander [à certaines entreprises et personnes capables de supporter les dommages directement ou par l'intermédiaire de l'assurance] attention et qualité, même en cas d'assurance, car l'assureur lui-même fera peut-être pression pour obtenir une plus grande diligence. » (A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, coll. « Études juridiques comparatives », 1989, 2^{ème} éd., n° 165, p. 139)

²⁰⁵ On en dénombre moins de dix dans toutes les affaires où des demandes de blocages ont été portées en justice. Voy. *infra* n° 385 s.

b) Des effets incompatibles avec la neutralité du réseau

45. – Effets imprévisibles en détail, certains dans leur orientation. L'adaptation rendue nécessaire par une responsabilité objective ne pourrait se faire sans changer profondément le mode de fonctionnement du réseau. Ses effets ne sont pourtant pas tous prévisibles. Il y a une dose d'incertitude concernant la nature précise de la réaction de chacun des acteurs. Il est dans la nature même des responsabilités objectives de ne pas sanctionner un comportement précis. Elles n'ont donc que peu de finesse dans leur normativité. Or, les acteurs structurants ne possèdent pas tous les mêmes capacités d'adaptation et les mesures de prévention à leur disposition sont souvent variées. À charge pour eux de les adopter comme ils le souhaitent. Il y a pourtant des certitudes. Les prises de précautions auraient pour point commun de rapprocher les intermédiaires des usages. Elles devaient nécessairement modifier leur comportement, les amenant à surveiller d'une manière ou d'une autre leur infrastructure. Le réseau deviendrait alors intelligent en ce qu'il devrait juger des comportements et des contenus afin de prévenir les dommages. Cette architecture s'oppose directement à l'architecture neutre qui, à l'inverse, transmet toutes données sans se préoccuper de leur interprétation.

46. – Prévention humaine ou le réseau éditeur. Pour les besoins de la démonstration, envisageons l'hypothèse la plus extrême. Celle où les acteurs du réseau, sous la menace d'une responsabilité automatique, seraient amenés à contrôler humainement qu'ils ne véhiculent pas des contenus et des usages illicites. Elle est particulièrement envisageable s'agissant de ceux qui servent d'intermédiaires dans la publication de textes ; forum de discussion ou plateforme de blogs. Poussée à l'extrême, une responsabilité étendue s'apparente à une responsabilité de type éditorial. Plus les intermédiaires techniques sont soumis à une responsabilité étendue vis-à-vis des contenus, plus ils sont incités à les contrôler pour tenter d'en vérifier la licéité. Ces vérifications impliquent un contrôle *a priori* de l'ensemble des publications.

Les contenus véhiculés par les intermédiaires techniques devenus éditeurs ou diffuseurs présenteraient un risque de dommage beaucoup plus faible grâce à un contrôle minutieux des publications. Dans le même temps, le réseau perdrait une bonne part de son ouverture. Ainsi, le prix d'une information contrôlée, vérifiée humainement, serait une très grande fermeture du réseau. Car un contrôle humain de la masse d'information transmise par un réseau neutre est impossible. Sur un réseau devenu éditeur, les mécanismes de vérification ralentissent nécessairement le rythme des publications et diminuent drastiquement le volume des

échanges.

47. – Obliger les hébergeurs, en particulier, à contrôler, ne serait-ce que par des sondages²⁰⁶, les contenus qu'ils stockent reviendrait à les obliger à adopter des organisations permettant ce contrôle, car la masse d'informations traitées n'est pas le seul obstacle. La majorité des services en ligne ne fonctionne pas avec des fichiers que l'intermédiaire peut visualiser et contrôler. Les sites dynamiques au contenu généré par un logiciel sont légion et de plus en plus complexes. Le contenu provient généralement d'une base de données, parfois hébergée sur plusieurs serveurs sécurisés, les contenus y sont parfois cryptés. Rien de tout cela n'est dû à une volonté de se soustraire au droit ; ce type de fonctionnement ne fait que répondre à des impératifs de répartition des charges, de personnalisation des contenus et de maintenance du système. Il est pourtant un obstacle au contrôle de l'hébergeur²⁰⁷ et devrait être adapté pour le permettre.

48. – **Prévention technique ou le réseau fermé.** Il est des hypothèses moins absolues que celle d'un réseau qui deviendrait éditeur. Le cas se pose pour tous les intermédiaires techniques, FAI ou hébergeurs, qui transmettent de grandes quantités de données. Un contrôle humain est alors impossible. Si le degré de responsabilité de ces intermédiaires ne les conduit pas à cesser leur activité, une responsabilité étendue les conduirait à automatiser le contrôle ou à limiter certains usages. Tantôt, un FAI bloquera tel site, car il l'estime susceptible de causer des dommages dont il devrait répondre, tantôt il censurera tel protocole qu'il juge particulièrement risqué pour les droits des tiers. Les usages sont orientés vers des protocoles et des services jugés moins risqués. Le réseau se ferme, il ne permet plus aux utilisateurs d'agir en toute liberté.

Plus subtils sont les filtres techniques permettant l'identification des contenus afin de vérifier qu'un tiers n'en détient pas les droits ou qu'ils ne représentent pas des scènes obscènes²⁰⁸. L'idée que la technique comporte les remèdes à ses propres maux est séduisante, mais elle n'est pas moins utopique que celle qui ne voit en elle qu'un bien. Accepter que les intermédiaires techniques instaurent de tels contrôles revient à s'appuyer sur des mécanismes

²⁰⁶ À noter pour l'histoire que le juge Gomez avait imposé cette technique dans l'aff. *Altern.org* (TGI Paris, réf., 9 juin 1998 : Cahiers Lamy droits de l'informatique et des réseaux, août-sept, n° 106, 1998, pp. 1 s. ; Expertise, n° 219, oct. 1998, doc. pp. 308 s. ; D. Aff. 1998, p. 1702, note F.-D Goldstein ; Expertises 1998, no 219, p. 319 ; JCP E 1999, p. 908 (spé. n° 21), obs. M. Vivant et C Le Stanc ; Revue Lamy droit de aff., 1998/8, n° 513 obs L. Costes).

²⁰⁷ Remarquons que l'un des arguments clés de l'ordonnance de référé de l'affaire *Altern.org* (note préc.) tombe puisqu'elle relevait que « *le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur de réseau, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge* ».

²⁰⁸ Sur les réserves du droit positif : *infra*, n° 369 s.

de censure privée automatisée. Il y a une différence de moyen avec la censure humaine, mais peu de différence de nature.

49. – Le risque de paralysie des usages. Les intermédiaires techniques rendus responsables des contenus illicites seraient conduits à agir afin de bloquer ou de contrôler les usages. Face à la certitude d'une responsabilité, la paralysie ne serait pas celle des intermédiaires, mais celle des usages²⁰⁹. Assigner aux intermédiaires une mission de police privée de l'internet paraît une tâche impossible. « *Qu'attend-on de l'hébergeur requalifié en éditeur ? Une obligation de contrôle du contenu hébergé et de sa légalité ? La tâche semble impossible* » affirment des auteurs²¹⁰. Des millions de contenus sont échangés à chaque instant, les contrôler systématiquement est utopique. Le principal effet d'une telle responsabilité serait, après la limitation des dommages, la transformation de l'internet en un système de diffusion d'informations contrôlées par des acteurs privés. Soumis à une telle responsabilité, les intermédiaires techniques renonceraient à publier des contenus émanant de tiers, préférant des sources plus sûres : presse, télévision, industrie de la culture. L'internet y gagnerait en sécurité ce qu'il perdrait en richesse. La perte de la faculté d'émettre des informations pour tout un chacun alignerait l'internet sur les autres médias²¹¹. Encore faut-il que les faits suivent. Rien ne dit que des réseaux clandestins ne se développeraient pas rapidement en toute illégalité²¹², reprenant au droit les conquêtes qu'il avait cru faire sur les territoires numériques.

50. – En dehors de tout jugement de valeur, le constat s'impose d'évidence : la neutralité ne peut se concilier avec la responsabilité objective des intermédiaires techniques.

2. – Une absence de responsabilité : vers une structure incontrôlée

51. – L'absence de garantie de neutralité. S'il est certain que des intermédiaires techniques responsables des usages illicites ne pourraient rester neutres, leur absence de responsabilité n'est pas à même de garantir leur neutralité. Sans responsabilité, le réseau serait largement libre d'adopter la structure voulue par ses acteurs. Certes, les intermédiaires

²⁰⁹ Le risque de paralyser toute action est une critique récurrente adressée à la responsabilité pour risque. Voy. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 48 – G. Maitre (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 116, p. 58 : soulignant le « *risque d'inertie sociale lié à une prévention excessive*. ».

²¹⁰ M. Schaffner et G. Sroussi, RLDI 2010/59 n° 1951, p. 37 en commentaire de l'arrêt *Tiscali* (Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855 : sur lequel : *infra*, n° 244) qualifiant d'éditeur un acteur qui serait aujourd'hui considéré comme hébergeur.

²¹¹ Alors que la protection juridique de l'internet est largement fondée sur cette différence : *infra*, n° 90.

²¹² Sur ce point : *infra*, n° 77 s.

techniques défendent parfois la neutralité du réseau²¹³ : c'est l'organisation sur laquelle ils ont construit leurs succès économiques jusqu'à présent. Pourtant, rien ne dit que sans responsabilité, le réseau n'adopte pas une structure proche de celle d'un réseau éditeur, à l'exact inverse d'une structure neutre. Car, si rien n'empêche le transporteur de contrôler les communications, « *il devient alors l'acteur central, capable d'imposer ses modèles et ses intérêts à l'ensemble de l'internet.* »²¹⁴.

52. – Le mouvement est latent sur le plan capitalistique depuis la fin des années 1990 lorsque d'importantes entreprises du secteur des médias ont pris le contrôle de certains FAI²¹⁵. Ces entreprises ont un intérêt économique évident à ce que les internautes aient accès à leurs contenus avant tout autre. Le risque est de voir les intermédiaires techniques se transformer en simple diffuseur de contenus. À terme, les intermédiaires techniques seraient libres d'imposer un ticket d'entrée important aux nouveaux usages contrôlant ainsi l'innovation²¹⁶. Les grandes entreprises peuvent avoir des intérêts forts les poussant à adopter des comportements non neutres²¹⁷. Un observateur avisé l'a très bien dit. « *Quand, derrière le discours d'apparence technique, perce le souci manifeste d'exonérer le commerce électronique du plus de contraintes possible, on est en droit de ne pas se satisfaire de cette lecture naïve.* »²¹⁸. En pratique, ce phénomène de reflux du droit étatique laisse place à de nombreuses règles dictées par des intérêts privés²¹⁹.

Le droit de la régulation semble *a priori* plus concerné par ces questions que la responsabilité civile. Pourtant si le droit de la responsabilité ne s'applique pas au réseau, ou pas assez, l'une des rares portes d'entrée du juridique sur l'internet se referme²²⁰.

53. – **Un renoncement du droit au-delà du réseau.** Une trop faible responsabilité des acteurs constitutifs du réseau serait un véritable renoncement pour le droit de la responsabilité, bien au-delà des intermédiaires techniques. Il est connu que « *pour mettre fin*

²¹³ Ce qui ne va pas sans ambiguïté, voy. *infra*, n° 145.

²¹⁴ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, p. 16.

²¹⁵ L'année 2000 fut le point d'orgue de ce mouvement avec la fusion d'AOL et de Time Warner aux États-Unis et de Vivendi (propriétaire de SFR) avec Universal en Europe.

²¹⁶ V. Schafer et H. Le Crosnier, *op. cit.*, p. 40.

²¹⁷ V. Schafer et H. Le Crosnier, *op. cit.*, p. 42 s.

²¹⁸ M. Vivant, « *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1160, n° 13.

²¹⁹ En ce sens, voy. le célèbre article de Lawrence Lessig, « *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace* », Harvard Magazine, January-February 2000: « *when government steps aside, it's not as if nothing takes its place. It's not as if private interests have no interests; as if private interests don't have ends that they will then pursue. To push the antigovernment button is not to teleport us to Eden* ».

²²⁰ Voy. la concurrence normative à l'œuvre : *infra*, n° 55 s.

ou réprimer les infractions, il est nécessaire de s'appuyer sur les intermédiaires techniques de l'Internet. »²²¹. En effet, l'application de la responsabilité civile, non pas aux intermédiaires techniques, mais aux utilisateurs du réseau, repose en grande partie sur des obligations imposées à ces acteurs. Les intermédiaires techniques, soumis à aucune responsabilité, seraient libérés de toute obligation, y compris en matière d'identification des utilisateurs de l'internet²²². À l'abri d'un anonymat absolu, les auteurs de dommages seraient alors immunisés contre toute poursuite. Les intermédiaires techniques seraient libres de s'associer à des activités illicites. Les victimes de l'internet ne pourraient plus faire valoir leur droit au moyen de la responsabilité civile, ce serait donner une part de réalité à la théorie du cyberspace²²³. La responsabilité civile, régulateur universel des comportements humains, s'abîmerait de vides juridiques qui n'auraient plus rien de l'idée fausse que décrit la doctrine²²⁴.

54. – Étapes. La responsabilité civile est une condition de la neutralité en ce qu'elle peut, en rendant les acteurs du réseau responsables des contenus, changer la structure du réseau. La neutralité est donc conditionnée à l'absence de responsabilité du réseau quant aux contenus qu'il véhicule. À l'inverse, une absence totale de responsabilité des acteurs du réseau n'est pas, à elle seule, porteuse d'une garantie de neutralité.

II. – La place de la fonction structurante de la responsabilité civile

55. – Autonomie et dépendances de la fonction structurante. Paul Ricœur relevait, à la veille de l'apparition de l'internet dans le paysage juridique français, que la responsabilité subit la « vive concurrence de nouveaux candidats à la fonction structurante exercée jusqu'ici par le concept de responsabilité pris dans la stricte définition d'obligation de réparer et d'obligation de subir la peine. »²²⁵. Aujourd'hui, bien sûr, la structure du réseau n'est pas commandée que par la responsabilité civile²²⁶. D'autres sources normatives y concourent dans

²²¹ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 2.4, p. 21.

²²² Sur ces obligations, et leur caractère fondamental : *infra*, n° 525 s.

²²³ Sur laquelle : *infra*, n° 520 s.

²²⁴ J.-L. Bergel, « *Le processus des concepts émergents* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, p. 447, n° 32.

²²⁵ P. Ricœur, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 43.

²²⁶ M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 18 : à propos de l'intervention étatique dans le domaine du numérique en général, Marie Charlotte Roques-Bonnet identifie six modèles : le « modèle administratif » exigeant des autorisations préalables, le « modèle déontologique » fondé sur le respect de règles issues de la régulation ou de la corégulation, ce qu'elle nomme le

une « *normativité en réseau* »²²⁷ portant un effet global sur la structure de l'internet.

Rien n'oblige ces différentes sources à agir dans un même sens, si ce n'est l'exigence de cohérence. Il serait vain de consacrer la neutralité comme un objectif du droit de la régulation si le droit de la responsabilité impose une autre structure, tout comme il serait inutile que la responsabilité civile ménage les conditions d'existence d'un réseau neutre si cette structure n'est pas permise par d'autres branches du droit. Ainsi, la fonction normative de la responsabilité civile, bien que prépondérante dans la structuration du réseau (I), doit s'accorder avec les autres sources normatives à même de structurer le réseau (II).

A. – Une fonction essentielle

56. – La responsabilité civile comme porte d'entrée privilégiée du juridique sur l'internet. L'« *Internet ne se laisse pas enfermer dans la conception traditionnelle que nous nous sommes faite des médias de masse.* »²²⁸. Le professeur Michel Vivant, en référence à Pascal²²⁹, a évoqué un espace « *dont le centre est partout et la circonférence nulle part, autrement dit dépourvu des cadres dans lesquels se meut habituellement le droit.* »²³⁰. Dans le débat judiciaire, l'impossible contrôle central du réseau internet a très tôt été souligné²³¹. Le réseau internet étant « acentral », il est rétif à toute velléité de contrôle autoritaire²³². À ce jour, aucun projet visant à modifier l'internet pour le doter d'une entité de contrôle globale n'est réellement en cours²³³. S'il devait en être un jour autrement, il n'est pas certain qu'il soit

« modèle contractuel » permettant « d'organiser la liberté », le « modèle de responsabilité » organisant la compensation des dommages, le « modèle du marché » prônant la liberté de la concurrence et enfin le « modèle social ». L'auteur relève que l'État français les a tous mis en œuvre à des degrés divers. Plus encore, il nous apparaît que ces modèles s'influencent et communiquent, le « modèle de responsabilité » étant particulièrement perméable au « modèle déontologique », au « modèle social » ou au « modèle de marché ».

²²⁷ L'expression est employée par Pierre Trudel : « *La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux* », texte préparé pour le cours DRT 3808, 2007, 9 p. (en ligne). Le professeur Trudel souligne que la normativité du droit sur l'internet est en concurrence avec des sources « normatives » extra-juridiques, particulièrement la technologie et le marché. Nous reviendrons sur ces idées, not. *infra*, n^{os} 412 s.

²²⁸ D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 8.

²²⁹ La formule se retrouve aussi chez Nicolas de Cues pour illustrer la « machine du monde ».

²³⁰ M. Vivant, « *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1151, n^o 2.

²³¹ V. Cerf, « *Étude technique sur les possibilités de filtrage en fonction de la provenance géographique d'internaute* » in *Rapport d'expertise présenté en défense par Yahoo! Inc. dans l'affaire Front 14*, juill. 2000, p. 4 : « *Les bases techniques sur lesquelles repose l'Internet ont été volontairement définies pour offrir un espace de libertés sans contrôle central* ». Vinton Cerf, l'une des personnalités à l'origine du réseau internet, vient ici rappeler le fonctionnement par essence acentral de l'internet et sa construction tout entière tournée vers la connectivité.

²³² V. Schafer et H. Le Crosnier, *op. cit.*, p. 103

²³³ À noter que la France avait, en quelque sorte, pris de l'avance, puisque l'une des premières réactions du législateur français face à l'internet a été de vouloir le doter d'une instance centrale franco-française. En effet, le projet de loi sur la réglementation des communications adopté le 18 juin 1996 était doté d'un amendement, dit « amendement Fillon », prévoyant une exonération de responsabilité pour les fournisseurs donnant accès à des

encore possible d'appeler ce réseau « l'internet ». En effet, toute la construction de ce réseau témoigne de la volonté d'éviter que quiconque puisse se l'approprier ou le contrôler²³⁴.

Face à ce dernier avatar de la modernité se trouve le droit civil ; un droit qui « se caractérise depuis les Romains par une puissante, immense mécanique d'abstraction, pouvant tout absorber. »²³⁵. La célèbre affirmation de Josserand voulant que la responsabilité civile « tend à occuper le centre du droit civil, donc du droit tout entier »²³⁶ vaut encore pour l'internet. Faute de pouvoir dicter sa conduite aux acteurs par des mécanismes de permis et d'autorisation, la responsabilité de chacun des acteurs apparaît comme l'une des voies privilégiées de l'intervention de l'État sur le réseau. Le poids de la responsabilité en ce domaine est d'autant plus important que les dommages causés par l'internet ne relèvent guère les outils de répartition des risques avec lesquels elle est entrée en concurrence²³⁷. Ce sont essentiellement des dommages économiques subis de façon assez uniforme par des acteurs d'un même secteur (par exemple, l'industrie de la musique ou du cinéma). De fait, des processus de socialisation des risques s'avèrent moins adaptés qu'ailleurs. La responsabilité des différents acteurs du réseau n'est pas loin de retrouver sa place de « *plus parfait régulateur des actions humaines* »²³⁸.

57. – Légitimité de la responsabilité civile. Tout au long du XX^e siècle, de nombreuses réflexions doctrinales ont retracé les évolutions de la responsabilité civile dans leur contexte économique, social et politique. La structure individuelle de la responsabilité civile a notamment été décrite par le professeur Geneviève Viney comme liée à l'état des rapports sociaux à l'époque de la rédaction du Code civil, tandis que ses évolutions ultérieures sont dues à l'évolution de ces mêmes facteurs²³⁹. Les travaux de François Ewald ont souligné le

services qui n'auraient pas reçu un avis défavorable du Comité Supérieur de la Télématique (CST). En creux, il était demandé aux intermédiaires d'assurer la censure des services ayant reçu un avis défavorable. Par manque de précision, notamment sur les conséquences pénales des avis rendus par le CST, l'ensemble de ces dispositions fut censuré par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 23 juil. 1996, n° 96-378 DC : D. 1998 p. 146 obs. J. Trémeau). Cet épisode témoigne de la distance qui séparait, et sépare parfois encore, la culture française de régulation des médias, historiquement politisée et centralisée, des idéaux de libre circulation des idées imprégnant le réseau internet.

²³⁴ D. Cardon, *op. cit.*, p. 16.

²³⁵ P.-Y. Gautier, « Rapport de synthèse », in *Le droit de l'immatériel*, Colloque, Arch. philo. dr., 1999, n° 43, p. 235.

²³⁶ L. Josserand, préf. : A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Sirey, 1931, p. V, cité in Le Tourneau, n° 11, p. 11.

²³⁷ Au rang desquels, les professeurs Geneviève Viney et Patrice Jourdain recensent le développement des assurances sociales (Viney et Jourdain, t. I, n° 28-1), les cas de prises en charge des risques par l'État (n° 28-2), les fonds de garanties et d'indemnisation (n° 28-3) et l'assurance privée directe (n° 28-4).

²³⁸ Labbé cité par François Ewald in *L'État providence*, Grasset, 1986, p. 65.

²³⁹ Voy. not. : G. Viney, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », Arch. philo dr., 1977, pp. 5-22 ; G. Viney (préf. A. Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, 416 p.

lien entre ces évolutions et la place de l'État²⁴⁰. Dans le contexte contemporain de désengagement partiel de l'État, la responsabilité civile est venue, en d'autres domaines, combler des besoins sociaux laissés insatisfaits²⁴¹. Sur l'internet, ce désengagement est une « *tendance lourde* »²⁴². L'État l'orchestre tout autant qu'il le subit, le mode d'organisation du réseau ne lui laissant parfois que peu de marges. Il n'est pas choquant que la responsabilité civile exerce une force normative renforcée en ce domaine, alors que les formes traditionnelles d'intervention étatiques y sont réduites. N'est-il pas classiquement affirmé qu'elle est un « *remède universel aux lacunes du droit* »²⁴³ ? C'est l'une des forces de la responsabilité civile que de savoir les combler. Sur le plan des principes, il n'y a donc pas d'obstacles à assigner à la responsabilité civile des objectifs en fonction d'intérêts qui lui sont apparemment extérieurs.

58. – Le simple constat selon lequel le droit de la responsabilité peut modeler le réseau n'est pas un argument plaidant pour ou contre la neutralité. En revanche, il implique la validité de l'hypothèse d'une responsabilité du réseau érigée en condition de la neutralité. Que la neutralité soit consacrée ou mise à bas par le Droit, la responsabilité des acteurs du réseau doit être mise au diapason.

B. – Une fonction non exclusive

59. – La fonction structurante de la responsabilité civile subit la concurrence normative d'autres sources du droit. La responsabilité pénale, de par sa forte normativité, semble en première ligne. Pourtant, dans un domaine aussi évolutif, sa rigidité ne lui permet pas de prétendre se hisser au niveau d'utilité de la responsabilité civile (1). À l'inverse, la « modernité » du droit de la régulation lui permet d'être plébiscité lorsqu'il s'agit de structurer le réseau (2).

1. – Une responsabilité pénale effacée

60. – Un système rigide. La responsabilité pénale semble *a priori* présenter un caractère normatif beaucoup plus fort que la responsabilité civile. « *Le droit « pénal », quelles que soient les difficultés qu'il rencontre, peut certainement exercer sur les citoyens une pression*

²⁴⁰ En premier lieu, voy. : F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986, 608 p.

²⁴¹ C'est principalement le besoin indemnitaire qui a pu être satisfait par la responsabilité civile à défaut de réponse étatique. Sur ce point : M. Mekki, « *La cohérence sociologique de la responsabilité civile* », in *Études Offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, n° 10, p. 749, l'auteur cite comme illustrations de ce phénomène, l'objectivisation de la responsabilité parentale et celle des commettants du fait de leurs préposés.

²⁴² L. Pech, « *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information* », Comm. Com. électr., 2004, n° 7, ét. 20, n° 13.

²⁴³ *Le Tourneau*, n° 11.

plus permanente et nuancée que la responsabilité civile » concédait une plume qui a marqué la responsabilité civile²⁴⁴. Même s'il est entendu qu'« il n'y a pas d'exclusivité du droit pénal quant à la fonction normative du droit »²⁴⁵, son caractère punitif apparaît plus évident²⁴⁶.

Sur l'internet, le droit pénal présente pourtant, contrairement à l'intuition, des lacunes importantes pour gouverner les comportements, y compris et surtout ceux des intermédiaires techniques. Le droit positif en témoigne²⁴⁷, mais avant, des considérations plus théoriques peuvent le faire pressentir. Un grand civiliste a pu affirmer, à propos du droit pénal, que « ni ses moyens, c'est-à-dire les sanctions dont il dispose, ni sa technique, ne sont assez souples pour s'adapter aux nécessités de la vie sociale. »²⁴⁸. L'internet n'est pas loin de lui donner raison. La nature stigmatisante de la sanction de droit pénal semble peu compatible avec un milieu où l'acceptation sociale de la règle est déjà dangereusement défectueuse. « Dans le domaine très technique et particulièrement évolutif d'internet, la norme ne peut se réaliser que par son acceptation sociale » a-t-on pu écrire²⁴⁹. Il est tentant d'y opposer « le procès de responsabilité civile [qui], plus que tout autre, remplit une fonction thérapeutique. »²⁵⁰. « La prophylaxie exercée par le droit civil est plus profonde et plus durable » renchérit un autre civiliste²⁵¹. D'autres difficultés pour la matière criminelle se font jour dans un contexte internationalisé. Le principe de l'absence d'extraterritorialité des décisions répressives²⁵² est un obstacle important sur une structure globale. Même s'il existe une convention internationale entre un ou plusieurs États, il est rare que celles-ci prévoient l'exécution extraterritoriale et l'extradition des nationaux²⁵³. Le droit civil, même s'il ne faut pas se cacher les difficultés qu'il peut rencontrer, se prête beaucoup mieux à l'exécution

²⁴⁴ A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux » in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Éditions A. Pédone, 1975, t. I, p. 414.

²⁴⁵ C. Grare, (préf. Lequette Y.), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, n° 123, p. 97.

²⁴⁶ J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n°s 72-74. – Adde Beccaria (trad. A. Morellet), *Traité des délits et des peines*, 1797, § XII, p. 45 : « La fin politique de l'établissement des peines est d'inspirer la terreur aux autres hommes par la force de l'exemple. »

²⁴⁷ Voy. *infra*, n°s 200 s.

²⁴⁸ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, p. 358.

²⁴⁹ L.-M. Duong, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », D. 2010, p. 783⁺.

²⁵⁰ M. Mekki, « La cohérence sociologique de la responsabilité civile », in *Études Offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, n° 23, p. 762.

²⁵¹ Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », *op. cit.*, p. 672.

²⁵² Sur lequel, voy. : A. Huet, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger », *JurisClasseur Procédure pénale*, Fasc. 30.

²⁵³ Sur ce point : D. Rebut, « Extradition » in *Rép. de droit international*, Dalloz, janv. 2015, n°s 39-46.

extraterritoriale²⁵⁴.

61. – Un système fermé. Le droit pénal est soumis au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines²⁵⁵. Ce principe est aujourd'hui largement reconnu comme la « condition fondamentale de la sécurité et de la liberté individuelle »²⁵⁶. De fait, le droit pénal apparaît comme un système de droit fermé par excellence. « *Fermé, parce que l'on aperçoit immédiatement qu'il y a peu de choses à ajouter à un pareil système* »²⁵⁷. Portalis soulignait déjà que « *les matières criminelles, qui ne roulent que sur certaines actions, sont circonscrites : les matières civiles ne le sont pas. Elles embrassent indéfiniment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société.* »²⁵⁸. Ainsi, le droit pénal constitue un système juridique clos, peu à même de s'adapter à des situations nouvelles. Les impératifs de sécurité juridique qui l'animent ne sont pas compatibles avec un système normatif se devant de sanctionner des obligations sans cesse créées et réévaluées par la diversité des comportements auxquels il s'applique.

Il est bien entendu que les critiques dénonçant le manque d'ouverture de la règle de droit pénal ne valent qu'autant que cette ouverture est vue comme profitable. Le droit pénal est adapté si l'objectif est de figer une structure du réseau dans la loi. Une structure fermée, comme une structure neutre, peut être l'objet de telles obligations²⁵⁹. Mais c'est alors que l'opération de conciliation entre droit et liberté devient particulièrement difficile, car elle s'interdit de réévaluer l'équilibre recherché au fil de la vie des usages.

2. – Un droit de la régulation plébiscité

62. – La neutralité comme objectif affiché de la régulation sectorielle. La régulation sectorielle poursuit des objectifs visiblement très proches de ceux attachés à la neutralité du net. Sous l'impulsion du droit de l'Union, particulièrement depuis le « troisième paquet

²⁵⁴ Voy. *infra*, n° 498.

²⁵⁵ Pour une étude détaillée de la politique de contrôle du Conseil constitutionnel : E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2012, n°s 282-331. – Il faut cependant préciser que la maxime *Nullum crimen, nulla poena sine lege* n'exige plus forcément une loi au sens formel du terme, puisque un décret en Conseil d'État peut suffire à remplir l'exigence de légalité en ce qui concerne les contraventions (sur la notion de légalité criminelle, voy. not. B. Boulloc, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 23^e éd., 2013, n° 108, p. 106).

²⁵⁶ J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 132, p. 116.

²⁵⁷ P. Foriers, *Les lacunes du droit*, in C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 24. – Ce caractère fermé est renforcé par l'unité du droit pénal (application générale de ses grands principes au droit pénal substantiel comme au droit pénal procédural). Sur ce point : J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^e éd., 2014, n° 81, pp. 49-50.

²⁵⁸ Portalis, « *Discours préliminaire* », op. cit., p. 472-473.

²⁵⁹ Des propositions ont déjà été faites en ce sens, voy. Proposition de loi n° 3061 du 20 déc. 2010 relative à la neutralité de l'internet à laquelle nous consacrons des développements *infra*, n° 450.

télécom »²⁶⁰, de nombreuses dispositions de droit interne en témoignent. La plus significative est sans doute le 15° de l'article L. 32-1 du CPCE qui dispose que le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications veillent « à favoriser la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à accéder aux applications et services de leur choix »²⁶¹. Cette rédaction, reprise fidèle du troisième paquet télécom²⁶², est très proche de la définition de la neutralité formulée par la FCC²⁶³. L'objectif de préserver la neutralité est également perceptible au 4° du même article qui invite les régulateurs à veiller « à l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans les relations entre opérateurs et fournisseurs de services de communications au public en ligne pour l'acheminement du trafic et l'accès à ces services ». Le 5°, toujours de l'article L. 32-1 du CPCE, semble faire, plus directement encore, référence au principe de neutralité en ce qu'il impose aux régulateurs de veiller « au respect par les opérateurs de communications électroniques du secret des correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis ». Toutefois, l'ambiguïté de la notion de « message » ne permet pas d'en conclure à une protection directe de la neutralité²⁶⁴. Une telle volonté réside plus certainement dans la possibilité offerte au régulateur national, après en avoir informé l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, de fixer des exigences minimales de qualité de services afin de « prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux »²⁶⁵.

63. – Des difficultés de mise en œuvre. Si l'ARCEP se donne les moyens de s'informer

²⁶⁰ Le cadre réglementaire européen applicable aux réseaux et services de communications électroniques est constitué de plusieurs directives constituant le « parquet télécom » : Dir. 2002/19/CE du 7 mars 2002 (« accès »), Dir. 2002/20/CE du 7 mars 2002 (« autorisation »), Dir. 2002/21/CE du 7 mars 2002 (directive « cadre »), Dir. 2002/22/CE (« service universel ») et Dir. 2002/58/CE (« vie privée et communications électroniques »). Elles sont périodiquement révisées afin de s'adapter aux évolutions constatées du secteur. Ce cadre a été modifié en 2009 (« troisième paquet Télécom ») par la Dir. 2009/136/CE et par la Dir. 2009/140/CE. Faisant écho au principe de neutralité, cette dernière expose, en son considérant 23, qu'« un marché concurrentiel offre aux utilisateurs un large choix de contenus, d'applications et de services. Les autorités réglementaires nationales devraient promouvoir la capacité des utilisateurs à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à utiliser des applications et des services. ».

²⁶¹ Créer par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 (transposition du « troisième paquet télécom », autorisée par décret par l'article 17 de la loi du 22 mars 2011).

²⁶² Voy. § 4 du g de l'art. 8 de la directive 2002/21/CE tel que modifié par la directive **2009/140/CE**.

²⁶³ Laquelle indique : « consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice », « consumers are entitled to run applications and use services of their choice, subject to the needs of law enforcement » et « consumers are entitled to connect their choice of legal devices that do not harm the network » (FCC Policy Statement on Network Neutrality FCC 05-151 (2005), n° 4).

²⁶⁴ Erhel et Raudière, p. 47.

²⁶⁵ Art. L. 36-6 CPCE 5° al. 2 du CPCE issu de l'art. 22 « Qualité des services » de la Dir. 2009/136/CE modifiant not. la Dir. 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs. La crainte d'un « écrasement » de l'internet public par les services gérés a motivé cette disposition, cette même crainte étant en partie à l'origine du débat sur la neutralité du net, voy. Erhel et Raudière, p. 50.

de l'état du marché de l'interconnexion²⁶⁶, des doutes ont pu naître sur la capacité des régulateurs à imposer la préservation de la neutralité du net²⁶⁷. Tout d'abord, les lacunes en termes de neutralité ne sont, en l'état du droit positif, que peu du ressort de la régulation symétrique. Pour garantir la neutralité, le régulateur doit agir spécifiquement sur certains acteurs. Or, les pouvoirs de régulation asymétrique de l'ARCEP²⁶⁸ ne peuvent porter que sur des opérateurs exerçant une influence significative sur leur marché. L'intervention du régulateur est, dans ce domaine, strictement encadrée et prévue pour le monde de la téléphonie²⁶⁹. Le pouvoir de règlement des différends de l'ARCEP²⁷⁰ peut s'avérer plus utile, même s'il est « *difficilement utilisable par les petits acteurs, qui doivent faire la preuve d'un traitement inéquitable* »²⁷¹. Même saisi d'un différend, il n'est pas certain que l'ARCEP soit apte à garantir effectivement la neutralité. Dans une affaire portant sur le sous-dimensionnement d'un point de *peering*, elle n'a pas considéré que la théorie de facilités essentielles soit applicable²⁷². Il vrai qu'il ne s'agissait pas d'un refus pur et simple d'accès, mais d'un différend portant sur les capacités d'interconnexion. Or, ce sont ces différends qui sont au cœur des enjeux liés à la neutralité.

Enfin, le pouvoir de sanction des régulateurs n'est pas réellement éprouvé. En France, le texte permettant à l'ARCEP de prononcer des mesures de sanctions envers les exploitants de réseaux ou les fournisseurs de services de communications électroniques lorsqu'ils ne respectent pas leurs obligations a subi une censure du Conseil constitutionnel²⁷³ avant d'être

²⁶⁶ Décision n° 2012-0366 du 29 mars 2012 relative à la mise en place d'une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données, validée par : Conseil d'État, 10 juill. 2013, n° 360.397 : RLDI 2013/96, n° 3199, obs. L. Costes.

²⁶⁷ « *Le cadre juridique est dans son ensemble relativement peu contraignant pour les opérateurs* » (Erhel et Raudière, p. 45).

²⁶⁸ Art. L. 37-1 à L. 38-4 du CPCE.

²⁶⁹ Le marché de l'interconnexion ne figure pas dans la Recommandation de la commission du 17 déc. 2007 (2007/879/CE) concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, la régulation du marché de l'interconnexion est donc soumise aux trois critères posés par cette même recommandation, à savoir : « *la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire* », « *une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée* », « *l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché* ».

²⁷⁰ Art. L. 36-8 du CPCE.

²⁷¹ Erhel et Raudière, p. 26

²⁷² ARCEP, décision du 20 sept. 2012, n° 12-D-18 : en l'espèce, Cogent, qui évoquait un refus d'accès à une facilité essentielle, s'était vu proposer différentes offres vues comme insatisfaisantes. Pour l'autorité, le débat « *ne porte donc pas tant sur le principe d'un accès que sur la question du prix des capacités supplémentaires.* » (point 90). – Approuvé par CA Paris, pôle 5, ch. 7, 19 déc. 2013, n° 2012/19484, Cogent c/ France Télécom : Dalloz actualité, 13 janv. 2014 obs. E. Chevrier.

²⁷³ Cons. Const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC (AJDA 2013 p. 1421 obs. R. Grand ; D. 2013 p. 437 obs. O. Le Bot) : « *les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et des*

restauré²⁷⁴. Aux États-Unis, ce sont les règles imposées par la FCC en 2010 qui ont été invalidées par la Cour d'appel pour le District de Columbia le 14 janvier 2014²⁷⁵.

63-1. – Il n'est pas certain que le recours au droit général de la concurrence, outre sa lenteur, apporte plus des réponses plus consistantes. Des ententes entre opérateurs et services en ligne peuvent ne pas avoir d'effets anticoncurrentiels immédiats et la reconnaissance d'un abus de position dominante se concilie mal avec un réseau où toutes les routes sont en théorie ouvertes²⁷⁶.

Enfin, s'il s'avérait que les autorités de régulation sont efficaces pour sanctionner les atteintes à la neutralité du *net*, elles ne permettraient pas aux victimes d'obtenir une indemnisation satisfaisante²⁷⁷. Or, ceux qui peuvent souffrir d'atteintes à la neutralité sont nombreux – services en ligne, concurrents ou utilisateurs – et leurs préjudices sont palpables ; préjudice économique, atteinte au droit de communication, autant de libertés fondamentales naturellement en première ligne. *A minima*, la place de la responsabilité civile devrait être conservée pour combler les lacunes du droit de la régulation²⁷⁸.

64. – Des autorités de régulation en concurrence. Si l'ARCEP semble placer la neutralité au centre de ses attentions, elle n'est pas la seule autorité de régulation intéressée par la structure du réseau²⁷⁹. D'autres autorités, de par leur mission spécifique, peuvent plaider pour une structure différente du réseau. Le projet d'étendre les pouvoirs du CSA à l'internet est régulièrement reformulé²⁸⁰. Sa régulation serait naturellement plus soucieuse de

communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité » (§ 12).

²⁷⁴ Voy. Ord. n° 2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique (art. 2 à 4) et D. n° 2014-867 du 1^{er} août 2014 relatif à la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

²⁷⁵ 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014).

²⁷⁶ En ce sens : *Erhel et Raudière*, p. 49.

²⁷⁷ Pour le constat de « *l'indifférence* » du droit des autorités de régulation au sort des victimes : C. Lucas de Leyssac, « *Les victimes* », in B. Bouloc (dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Dalloz, coll. « *Thèmes & commentaires* », 2006, pp. 135-143.

²⁷⁸ Il n'est pas certain qu'une sanction infligée par une autorité administrative puisse aider les victimes. L'absence de publicité de certaines sanctions, l'existence de procédures de clémence et d'engagement difficilement conciliables avec la caractérisation d'une faute sont des handicaps importants pour les victimes (sur ces divers points, voy. C. Lucas de Leyssac, *op. cit.*, spé. pp. 137-139).

²⁷⁹ Sur la multiplication des autorités de régulation, voy. : J.-D. Dreyfus, « *Pourquoi les autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique* », in B. Bouloc (dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Dalloz, coll. « *Thèmes & commentaires* », 2006, pp. 9-13 : l'auteur lie l'émergence des AAI au mouvement de libéralisation succédant à l'économie administrée (p. 10) avant de constater qu'elles sont devenues, au fil du temps, de véritables instruments de régulation économique répondant au besoin grandissant d'expertise (p. 11), au point de devenir une source d'affaiblissement de l'État du fait du cadre normatif jugé peu consistant qu'elles imposent (pp. 12-13).

²⁸⁰ Conforté par la mission de M. Pierre Lescure (*Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques*

protéger l'ordre public que l'ouverture du réseau. Pour l'heure, le projet de lui transférer les pouvoirs de la HADOPI²⁸¹ semble abandonné²⁸².

Les autorités administratives, dont la CNIL française sert de modèle au niveau européen, occupent un rôle prépondérant pour l'application de la législation relative à la protection des données personnelles²⁸³. Celle-ci recèle des ressources importantes lorsque l'on considère que « *presque toutes les applications de l'internet mettent en œuvre directement ou indirectement la collecte et le traitement de données personnelles* »²⁸⁴. De manière générale, la législation relative aux données personnelles présente un potentiel considérable, y compris sur le plan conflictuel²⁸⁵. Le droit de la responsabilité devrait avoir son rôle à jouer dans cette nouvelle bataille à condition de ne pas abdiquer devant la vigueur de ce nouveau concurrent²⁸⁶.

65. – Étapes. La responsabilité civile des acteurs du réseau occupe une place irremplaçable dans la structuration de l'internet. Elle subit toutefois la concurrence d'autres branches du droit. Le droit de la régulation en particulier affiche ses objectifs tenant à la préservation d'une structure neutre. À s'en tenir à l'exigence de cohérence, il y a là un premier argument en faveur d'une responsabilité ménageant la possibilité de la neutralité.

La responsabilité civile se voit, de plus, replacée au centre des enjeux par les doutes planant sur la capacité du droit de la régulation à garantir la neutralité du réseau, ou même à imposer une structure définie. Bien plus encore, la responsabilité civile embrasse des impératifs beaucoup plus larges que ceux liés à l'économie et aux opérateurs de transports. Il est bien connu que « *la neutralité de l'Internet renvoie souvent à une problématique plus large que la seule neutralité du réseau Internet de l'acheminement des données. Elle englobe les pratiques*

culturelles à l'ère numérique, 2013, t. 1, spé. proposition 17), le CSA a formulé, dans son rapport annuel 2013, des propositions de réformes le plaçant au centre de la régulation des contenus culturels sur l'internet. Selon ses propres propositions, le CSA devrait voir ses pouvoirs étendus aux « *services de communication au public par voie électronique mettant à disposition du public ou d'une catégorie de public des contenus audiovisuels ou sonores* » (CSA, Rapport annuel, 2013, proposition 1, pp. 27-27) afin de veiller au respect « *de la protection de l'enfance et de l'adolescence, de la dignité de la personne humaine et de l'interdiction de l'incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité* » (proposition 2, p. 27).

²⁸¹ Sur ce point, les premières ébauches de la future loi « Création » (« *En bref* », RLDI, 2014/103, p. 30) suivaient les recommandations du rapport Lescure (*Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 2013, t. 1, spé. recommandation 57, pp. 281-283).

²⁸² Veille par F. Meuris, Comm. Com. électr., 2015/1, alerte 5.

²⁸³ Castets-Renard, n° 206-226.

²⁸⁴ Castets-Renard, n° 21, p. 9.

²⁸⁵ La législation européenne en la matière s'applique à un prestataire à la condition qu'il ait un établissement dans un État membre (Directive 95/46, art. 4.1). Lorsque la CJUE juge que la vente d'espaces publicitaires par un moteur de recherche visant le public d'un État membre est à même de caractériser l'existence d'un établissement (CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.*, § 60, voy. *infra*, n° 287), cette législation devient un potentiel levier pour soumettre au droit de l'Union les grands acteurs du secteur.

²⁸⁶ Sur ce point, *infra*, n° 286 s.

de l'ensemble de la chaîne de valeur : moteur de recherche, éditeurs, fabricants de terminaux, opérateurs de transit, opérateurs d'accès, etc. »²⁸⁷. La responsabilité civile est l'instrument le plus apte à se saisir de l'ensemble des acteurs concernés avec une certaine uniformité.

§ 2. – L'efficacité de la responsabilité civile appliquée au réseau

66. – Efficacité et principe de réalité. Alors que la force normative de la responsabilité civile peine à se faire sentir sur les utilisateurs du réseau²⁸⁸, les acteurs du réseau s'y montrent particulièrement réceptifs (§ 1). Cette bonne normativité est tout sauf une invitation au renoncement pour le droit, mais son efficacité doit se juger, comme toute autre, à sa capacité à orienter les comportements vers le but que se donne la règle²⁸⁹. Ainsi, il ne faut pas négliger certains éléments persistants du donné technique que le droit de la responsabilité doit intégrer pour prendre la mesure des buts qu'il peut raisonnablement se donner (§ 2).

I. – Des acteurs du réseau réceptifs à la force normative de la responsabilité civile

67. – Jeu d'intérêts concordants. Le jeu d'attraction entre le droit et les faits n'est pas dénué d'inconnues, voire d'un certain mystère propre à la normativité juridique. Tout juste peut-on repérer à grands traits que la bonne normativité de la règle résulte tout à la fois de l'intérêt des acteurs du réseau à se conformer à la règle (I) et de l'intérêt des victimes à agir en justice pour faire respecter leurs droits (II).

A. – L'intérêt des acteurs du réseau à se conformer à la règle

68. – La perception du risque. Pour que la normativité du droit de la responsabilité soit forte, il faut que les acteurs du réseau perçoivent un risque de condamnation, un risque

²⁸⁷ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 3.2.2, p. 32.

²⁸⁸ Voy. *infra*, n°s 593 s. – L'identification des utilisateurs du réseau est d'ailleurs largement dépendante des acteurs du réseau sur lesquels pèsent des obligations d'identification des utilisateurs (*infra*, n°s 525 s.), ce qu'il ne faut pas confondre avec leur propre identification qui seule nous préoccupe ici.

²⁸⁹ Nous faisons notre la définition du professeur Marie-Anne Frison-Roche : « Un phénomène est efficace lorsque le lien qu'il produit avec son effet n'est pas simplement situé dans l'a posteriori mais encore est situé dans l'a priori, c'est-à-dire qu'on a posé l'effet à atteindre et que le phénomène en acte l'a effectivement produit » (« L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », LPA, 28 déc. 2000, n° 259, p. 4⁺, n° 8.)

dissuasif en cas de violation de la règle²⁹⁰. Or, à l'inverse des utilisateurs du réseau, ils sont facilement identifiables ce qui les expose particulièrement aux risques de procès (1). La nature principalement économique de leurs intérêts facilite leur lecture du risque de condamnation et les incite à se conformer à la règle (2).

1. – Le caractère identifiable des acteurs du réseau

69. – Les obligations d'identification des intermédiaires techniques. Pour que la responsabilité soit normative, il faut qu'elle puisse, au besoin, sanctionner les acteurs qu'elle vise. La possibilité de les individualiser et les identifier en tant que sujets de droit est indispensable au jeu normatif. Le droit intègre ce paramètre en imposant aux intermédiaires techniques des obligations destinées à faciliter leur identification. Tout d'abord, l'article L. 33-1 du CPCE dispose que « *l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres* », mais sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'ARCEP²⁹¹. Ensuite, l'article 19 de la LCEN²⁹² impose aux acteurs du commerce électronique de s'identifier précisément envers ceux auxquels sont destinés leurs services. Or, l'article 14 de la même loi fait une définition très large du commerce électronique auquel il associe les services « *d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations* ».

Ces obligations d'identification sont d'une utilité capitale, non seulement pour ceux qui souhaitent attirer en justice un intermédiaire technique, mais aussi pour ceux qui veulent solliciter une intervention sur un contenu ou des données. Elles ne sont efficaces, bien sûr, que dans le cas où l'intermédiaire n'a pas souhaité se soustraire au droit. Dans l'hypothèse inverse, son identité pourra être généralement découverte par d'autres moyens.

70. – La difficulté pour des acteurs du transport de dissimuler leur identité. À la différence d'autres acteurs de l'internet, les intermédiaires techniques sont relativement facilement identifiables, même en se privant des informations qu'ils affichent. L'internet est constitué de réseaux communiquant entre eux et appartenant à des personnes très différentes : fournisseurs d'accès, opérateurs de transit, entreprises, Universités, gouvernements... Les câbles constituant ces différents réseaux mènent nécessairement à des équipements physiques

²⁹⁰ Pour le professeur Pierre Trudel, c'est toute la normativité du droit sur l'internet qui peut s'analyser comme un processus de gestion des risques : P. Trudel, « *La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux* », texte préparé pour le cours DRT 3808, 2007, spé. pp. 4 s. (en ligne).

²⁹¹ Conformément à l'article 4.1 de la directive du 8 juin 2000 qui exclut un régime d'autorisation préalable. L'obligation de déclaration préalable est sanctionnée par 75 000 euros d'amende à l'art. L. 39 du CPCE. Pour un bref historique : Vivant et alii, n° 1827.

²⁹² Reprenant une exigence de l'art. 5.1 de la Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000.

qu'il est généralement aisé de rattacher à une personne juridique. De plus, quelle que soit la nature de l'acteur qui déploie un réseau, son activité se révèle d'un simple point de vue technique, car elle suppose l'attribution d'un nombre important d'adresses IP. Or, le processus d'attribution des adresses IP implique la présence d'acteurs identifiés²⁹³. Les FAI sont les plus gros consommateurs d'adresses IP, car ils doivent en attribuer à leurs clients. Certains gros hébergeurs ont également de tels besoins, ce qui n'est pas le cas des plus petits, d'où l'importance de leur identification.

71. – L'identification différenciée des hébergeurs. Les hébergeurs sont des structures de toute taille. Les plus importants hébergeurs de site peuvent sur certains plans présenter les mêmes garanties d'identification que les FAI en ce que le nombre d'adresses IP qu'ils consomment est important et leur activité facilement localisable. Il existe aussi des hébergeurs de taille très modeste et la jurisprudence qualifie d'hébergeurs des services – tels les sites web 2.0 – qui ne nécessitent pas forcément d'adresse IP dédiée. Diverses techniques peuvent permettre de les identifier : identification du titulaire du nom de domaine, du titulaire de l'adresse IP ou du compte utilisateur. Ces moyens ne sont pourtant pas infaillibles. Un hébergeur de taille modeste qui ne souhaite pas afficher son identité peut jouer de son habilité pour préserver son anonymat. En s'étendant aux hébergeurs, la force normative de la responsabilité civile appliquée au réseau peut donc rencontrer quelques zones grises. Il faudra en tenir compte le moment venu²⁹⁴.

2. – La nature économique des intérêts des acteurs du réseau

72. – La force des intérêts économiques. L'action du droit de la responsabilité sur les acteurs du réseau est facilitée par leur nature. Leur activité essentiellement économique implique que leur intérêt est bien souvent d'adopter le comportement le moins coûteux et le moins chronophage, c'est-à-dire, à ne pas courir le risque d'une sanction juridique. Le poids des condamnations potentielles est particulièrement dissuasif, car les FAI et les hébergeurs de taille importante véhiculent des quantités de contenus dommageables importants. Le risque

²⁹³ L'organisme chargé de la gestion au niveau mondial du système d'adresse de l'internet est l'*Internet Assigned Numbers Authority* (IANA). Celui-ci distribue des blocs d'adresses IP à des *Regional Internet Registry* (RIR), qui sont actuellement au nombre de cinq, répartis par zones géographiques. Un RIR n'attribue pas directement des adresses aux utilisateurs finaux. Il distribue à son tour des blocs d'adresses IP à des *Local Internet Registries* (LIR). Ces derniers sont généralement les intermédiaires techniques qui nous intéressent. Ces divers opérateurs sont facilement identifiables en interrogeant la base de données des RIR. Par exemple, le RIR chargé de la gestion de la zone Europe (le RIPE NCC) publie sur son site (<https://www.ripe.net>) un formulaire permettant, à partir d'une adresse IP, d'obtenir l'identité détaillée du LIR à qui elle a été affectée. De plus, la liste des LIR d'une région est rendue publique (cf. <https://www.ripe.net/membership/indices/FR.html>).

²⁹⁴ Voy. not. *infra*, n° 232.

qu'ils courent en cas de condamnation est proportionnel. Les plus petites structures, particulièrement d'hébergements, n'auraient pas à craindre des condamnations de même ampleur. Toutefois, ramené à leur surface financière, le poids des condamnations potentielles serait tout aussi insupportable. Même des acteurs associatifs apparemment détachés des intérêts économiques sont impressionnables par le risque lié à une condamnation pécuniaire importante, car ils ne disposent généralement pas de moyens financiers importants. De manière générale, l'ensemble des intermédiaires techniques serait parfaitement apte à percevoir le risque financier qu'il y a à ne pas se conformer à une règle conditionnant leur viabilité économique.

73. – Retour aux intérêts économiques par les intérêts « sociétaux ». Pour déterminer la force normative réelle du droit, la sanction doit être envisagée très largement, au-delà de son prononcé par une juridiction et de l'effet direct qu'elle peut avoir sur le patrimoine du responsable. Dans l'espace public contemporain, des procès hors les murs sont facilement instruits contre des acteurs économiques²⁹⁵. Une « mauvaise publicité » relayée par les réseaux sociaux et quelques grands médias peut être redoutable pour une entreprise commerciale. Sur des marchés relativement fluides, tels que la fourniture d'accès ou d'hébergement, ces intérêts rejoignent en définitive des intérêts économiques.²⁹⁶ Si une telle campagne venait à mettre en cause un ou des intermédiaires techniques pour avoir ou ne pas avoir restreint certains accès, la force de contrainte qu'elle exercerait sur lui serait probablement tout aussi efficace que celle du droit. Il faut ici souligner que cette force peut très bien agir de concert avec celle du droit. Lorsqu'elle agit contre un intermédiaire réputé fournir une mauvaise qualité de service, elle sert de force d'appoint au droit des contrats. Et lorsqu'elle accuse un service de participer à la propagation d'idées abjectes ou de s'en rendre complice par abstention, elle constitue pour les victimes un outil participant pleinement à la création du droit.

B. – L'intérêt des victimes à agir

74. – Un terrain de lutte pour la construction du droit. Le professeur Pierre Catala avait perçu dès les prémices de l'internet que ce nouveau support constituerait « un terrain

²⁹⁵ Nous empruntons la parlante expression de Serge Guinchard : « *Les procès hors les murs* », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, pp. 201-216, l'auteur y dénonce particulièrement l'atteinte que portent aux principes fondamentaux d'une bonne justice les procès instruits par la presse.

²⁹⁶ « *La contrainte économique, sociale, internationale, parfois lourde de menaces d'exclusion, peut se révéler largement aussi efficace que celle du droit* » relève Catherine Thibierge (« *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ. 2003, p. 599⁺).

d'affrontement exemplaire dont le spectacle sera captivant. »²⁹⁷. Aujourd'hui, la masse des contentieux suscités par l'internet en tout domaine ne peut que lui donner raison. Elle est une illustration saisissante du combat par lequel le droit se construit²⁹⁸. Toutefois, l'environnement évolutif dont la neutralité crée les fondations implique que l'édifice n'est jamais parfaitement stabilisé. Le droit contemporain contribue lui-même à son instabilité. Par ses fluctuations, il mène à des satisfactions inquiètes ou à des déceptions revanchardes.

Dans cette lutte, le rôle des victimes est capital. Elles sont les mieux placées pour activer le droit en de nouveaux domaines, parce qu'elles subissent le dommage directement²⁹⁹. C'est sur elles, voire sur leurs héritiers ou leurs créanciers, que repose la clé de la normativité de la responsabilité civile. Si elles n'agissent pas, la règle reste inappliquée. Ce n'est pas synonyme d'absence totale d'efficacité, mais l'exemple du procès rend plus perceptible le risque de condamnation et aide à préciser l'interprétation d'une règle. Il contribue ainsi à la sécurité juridique. L'espoir de créer une jurisprudence favorable face à l'apparition constante de nouveaux acteurs renouvelle sans cesse leur intérêt à agir.

75. – L'intérêt à agir contre les acteurs du réseau. L'intérêt pour les victimes d'agir à l'encontre des acteurs du réseau est lié à la structure neutre de l'internet. La difficile mise en cause de la responsabilité de l'auteur principal du dommage peut conduire la victime à voir dans la responsabilité du réseau un palliatif. Les acteurs du réseau peuvent aussi faire office de « poche profonde ». Ils sont des débiteurs généralement beaucoup plus solvables que les utilisateurs du réseau. Mais, au-delà de l'indemnisation de leur préjudice, les victimes défendent bien souvent des modèles économiques entiers³⁰⁰, voire une certaine conception de l'ordre public³⁰¹.

75-1. – En agissant contre les acteurs du réseau, elles perçoivent la possibilité de peser sur une construction à laquelle elles ne sont pas associées. En effet, si l'usage de l'internet s'est répandu auprès du grand public, le cercle de ceux qui le font fonctionner et évoluer est resté relativement étroit³⁰². Les diverses technologies utilisées, bien qu'ouvertes³⁰³, restent obscures pour la majorité du public. Or, la nature de ces technologies détermine ce qui peut être fait sur

²⁹⁷ P. Catala, « *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex machina* », PUF, 1998, p. 345.

²⁹⁸ Jhering a magistralement décrit le combat par lequel le droit se construit avant de déboucher sur la « paix » : R. Von Jhering (trad. A. F. Meydiéu), *Le combat pour le droit*, 1872, 56 p. (trad. A. F. Meydiéu, 1872 ; *La lutte pour le droit* selon d'autres traductions).

²⁹⁹ Sur la force des lobbys en ce domaine, voy. *infra*, n^{os} 137 s.

³⁰⁰ Voy. *infra*, n^o 139, les enjeux économiques.

³⁰¹ Voy. *infra*, n^o 140, la défense des « grandes causes » sur le réseau.

³⁰² Sur l'homogénéité sociale et culturelle de l'avant-garde de l'internet, voy. not. : D. Cardon, *op. cit.*, pp. 26-27.

³⁰³ Sur le processus d'adoption des « normes » techniques de l'internet : S. D. Crocker, « *How the Internet Got Its Rules* », *The New York Times*, 6 avril 2009.

le réseau mondial. La responsabilité civile permet à toute victime de faire naître un contentieux la mettant aux prises, par l'intermédiaire de la justice, avec le réseau, ou du moins certains de ses acteurs. Leur intérêt à agir est renforcé par l'espoir de rendre la structure du réseau plus respectueuse de leur modèle économique ou de leur vision du monde. Ces ambitions doivent tout de même rester rationnelles pour ne pas se heurter au mur des réalités.

II. – Un contexte technique défavorable à une parfaite efficacité

76. – Idéalisme et réalisme. Si le droit ignore la nature des faits qu'il dirige, il court le risque de n'être qu'un exercice intellectuel sans prise sur le réel. René Savatier avait souligné l'importance de l'étude de la « *praticabilité sociologique* » d'une règle pour sa bonne application³⁰⁴. En constatant l'importance du donné technique du réseau, il ne s'agit pas d'abdiquer, il s'agit de prendre acte des réalités sociales et technologiques que le droit dirige. Pour assurer son efficacité, il ne peut faire l'économie de l'analyse des possibilités offertes par les nouvelles technologies. D'ores et déjà, il faut percevoir que sa réaction ne saura conduire la technologie trop loin de ce qu'elle est. « *Le législateur doit avoir l'humilité de ses limites* » souligne le professeur Philippe Malaurie³⁰⁵. Si l'internet est le support le plus flexible que l'humanité ait jamais connu, il n'est pas certain que ses caractéristiques lui soient attachées exclusivement. La technologie moderne, largement répandue, porte en elle des possibilités voisines (I). L'internet lui, est un réseau globalisé que le droit peine à saisir dans son ensemble (II).

A. – La robustesse du donné technique

77. – La persistance des fondamentaux du donné technique. Si le droit décidait que la neutralité doit être écartée, que le réseau doit effectuer des contrôles approfondis sur tous les contenus qui y circulent et si les acteurs du réseau se pliaient à ces obligations, est-ce que cela permettrait réellement au droit de mieux se réaliser ? C'est probablement l'élément le plus imprévisible. Les équipements informatiques sont aujourd'hui largement répandus. Les capacités de copies et d'échanges qu'ils permettent sont, avant tout, liées à l'usage des technologies numériques. L'internet facilite grandement ces échanges, mais il n'est qu'un

³⁰⁴ R. Savatier, « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* », in Perelman Chaïm (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 534.

³⁰⁵ Ph. Malaurie, « *L'humilité et le droit* » in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 736.

vecteur pour le numérique. Dans le domaine de l'informatique proprement dit, la contrefaçon de logiciels est presque aussi ancienne que l'informatique³⁰⁶. L'internet est, ici encore, un accélérateur. La copie de CD audio par des particuliers avait illustré que les difficultés que le droit rencontre avec l'internet sont avant tout liées à la généralisation des outils informatiques.

La vivacité et l'adaptabilité du milieu social font peser quelques doutes sur la possibilité d'atteindre les objectifs de réduction des actes illicites par une remise en cause radicale de la neutralité. Aujourd'hui, plus que jamais, « *si le législateur veut rectifier une situation de fait, qui lui paraît fâcheuse, il doit connaître avant tout quelles sont les forces contraires contre lesquelles il aura à lutter, qui ont créé cet état de fait et qui pourront travailler à le maintenir et à le développer* »³⁰⁷.

78. – Le risque de contournement du droit. « *Il n'appartient pas à un juriste de dire comment contourner la loi, mais, on le sait, les moyens sont nombreux* » esquisse le professeur Jérôme Huet³⁰⁸. Voies détournées et *darknet* sont autant de possibilités de s'affranchir de la régulation. Ces voies que trouve la pratique pour contourner la prohibition ont toujours existé³⁰⁹, la modernité les a simplement rendues accessibles au plus grand nombre. D'ores et déjà, pour échapper à des mécanismes de filtrage ou de surveillance, de nombreuses possibilités d'échanges cryptés sont disponibles³¹⁰. Il est particulièrement difficile de les réguler, car leurs usages peuvent être gravement illicites ou parfaitement légitimes – pour assurer la sécurité des échanges entre deux succursales d'une entreprise ou celle d'un paiement en ligne par exemple. De l'extérieur, rien ne les différencie, le contenu des échanges est aussi obscur dans un cas que dans l'autre, il en va de leur sécurité. Imposer au réseau d'interdire ces échanges impliquerait des abandons considérables en termes d'usages.

79. – Le risque de reconstruction incontrôlée du donné technique. L'internet est un assemblage de réseaux qui ont choisi de s'insérer dans un ensemble. Si cet ensemble venait à

³⁰⁶ Sur cet exemple « révélateur » : F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n° 48.

³⁰⁷ P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz 2005 (1945), pp. 203-204.

³⁰⁸ J. Huet, « *Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le peer to peer et sur HADOPI)* », 2009, p. 2939⁺, n° 10.

³⁰⁹ Le développement, en tout temps, face à la censure d'une forme de littérature clandestine en est l'illustration. Parmi de nombreuses études : S. Juratic, « *Commerce et réseau du livre clandestin à Paris au XVII^e siècle* », *La Lettre clandestine*, 1997, n° 6, pp. 229-242 – V. Granata, « *Marché du livre, censure et littérature clandestine dans la France de l'époque napoléonienne : les années 1810-1814* », *Annales historiques de la Révolution française*, 343, janv.-mars 2006, <http://ahrf.revues.org/9992> (consultée le 18 juillet 2013).

³¹⁰ Voy. aussi, le risque d'une normativité biaisée : *infra*, n° 610 s.

être contrôlé ou morcelé, le risque de voir apparaître des réseaux clandestins est bien réel. Le droit se devrait d'en saisir les acteurs de la même manière qu'il se saisit des acteurs de l'internet. Mais instruits d'une régulation qu'ils estimeraient excessive, les nouveaux acteurs ne manqueraient pas de se constituer sous des formes beaucoup moins saisissables par le droit, ce qu'illustrent déjà certaines pratiques d'échange direct de fichiers via les connexions sans fil de particuliers.

80. – Pour éviter ces risques, le droit doit déterminer soigneusement ce qui relève de la régulation opérée par le réseau et ce qui relève d'autres moyens, tels que l'infiltration policière et la surveillance ciblée de certaines personnes³¹¹. S'il demande une régulation trop ferme au réseau, les usages illicites risquent d'utiliser les ressources de la technique pour devenir encore plus insaisissables, bien aidés par la présence de par le monde de « paradis numériques ».

B. – Le contexte global du donné technique

81. – L'ubiquité des contenus sur l'internet. Le fait que tous les services et tous les contenus présents sur l'internet soient accessibles partout dans le monde est l'une des raisons premières de son succès. C'est grâce à cette ubiquité que de petits services en ligne ont pu devenir mondiaux. « *La plupart des grands innovateurs dans l'histoire d'internet ont commencé dans leurs garages avec de grandes idées et peu de capital.* »³¹². Ainsi, préserver la neutralité, c'est aussi préserver le caractère unitaire de l'internet. Y déroger, ce serait extraire une partie du réseau de l'internet. Ce serait créer plusieurs internets, car l'internet en un point du monde ne serait pas le même qu'en un autre. Une personne, selon l'endroit où elle se trouve, n'aurait pas accès aux mêmes informations. Elle n'aurait d'ailleurs plus la possibilité de vérifier avec certitude que ses droits ou sa réputation ne sont pas blessés en d'autres points. L'argument a été utilisé en faveur de la neutralité : « *la neutralité n'est rien d'autre qu'un rempart contre l'opacité, la garantie que le miroir numérique continue de réfléchir la lumière sans déviation notable* »³¹³.

82. – Difficile action globale sur le réseau. Au-delà des questions d'opportunité, les droits que rencontre l'internet partout dans le monde ne peuvent avoir prise sur l'ensemble du

³¹¹ Sur ce sujet : *infra*, n^{os} 585 s.

³¹² L. Lessig et R. W. McChesney, « No Tolls on The Internet », Washington Post, 8 juin 2006 (« *Most of the great innovators in the history of the Internet started out in their garages with great ideas and little capital.* »).

³¹³ N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 113.

réseau. Si les règles gouvernant la communication sur l'internet ne sont pas figées³¹⁴, leur évolution ne peut s'opérer, sur un plan mondial, que sur la base d'une adhésion spontanée. « Dès lors que le réseau internet est par nature international, on ne peut prétendre le réguler de manière trop différente, selon les États ou les groupes d'État » a souligné le professeur Lucien Rapp³¹⁵. Or, la neutralité est ancrée profondément dans le fonctionnement de l'internet. Les dizaines de milliers de réseaux autonomes (AS ou *Autonomous Systems*) qui constituent le réseau mondial fonctionnent selon des règles conformes à la neutralité. Le droit ne peut l'ignorer, car pour qu'une action sur les contenus soit efficace, il faut qu'elle agisse de « bout en bout », c'est-à-dire de son émetteur à son destinataire. Or, la majorité des communications sur l'internet doivent emprunter plusieurs systèmes autonomes. Les règles de priorisations de trafic édictées par un opérateur, voulant par exemple assurer une haute qualité à son service de télévision sur IP, cessent lorsque les données sortent de son réseau³¹⁶. Il en va de même d'éventuelles obligations posées par le droit à l'un de ces réseaux. La fonction structurante ne change donc pas la nature de l'internet au-delà des acteurs qu'elle saisit.

La neutralité recoupe, en définitive, les normes techniques, sociales ou économiques qui sont pour le législateur des impératifs conditionnels que Capitant situait à la « *marge du droit* »³¹⁷. L'analogie entre l'internet et un exemple qu'il rapporte, afin d'illustrer la différence entre la règle de droit et la règle économique, est très parlante. Lors d'une réunion étudiant les règles gouvernant le droit international public en matière de navigation fluviale, « un des juristes présents soutenait que l'État riverain, en droit positif actuel, était souverain quant à la réglementation de la navigation sur ce fleuve. Ainsi un État tenant l'embouchure d'un fleuve avait le droit, suivant l'orateur, de suspendre complètement la navigation et d'étouffer ainsi les États riverains du cours supérieur. « Aucune règle de droit, disait-il, ne lui interdit cette mesure. Mais il y ajoutait : « en temps normal, les avantages de la collaboration internationale et de la libre navigation l'inciteront à ouvrir le passage ». »³¹⁸. Un État voulant changer les règles gouvernant le fonctionnement de l'internet se trouve dans une position voisine. Rien ne l'oblige à faire en sorte que son pays utilise les mêmes règles techniques que les autres, mais s'il effectuait le choix d'y déroger, il devrait alors assumer les désavantages d'une communication déficiente avec le reste du monde.

³¹⁴ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, pp. 60-62.

³¹⁵ L. Rapp, « *Distribution en réseaux et réseaux de distribution : l'infrastructure peut-elle rester durablement neutre ?* », RLDI 2007/33, n° 1125, p. 72.

³¹⁶ V. les explications de N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 42 s (spé. 44).

³¹⁷ R. Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, th., Paris, Dalloz, 1928, pp. 90-97.

³¹⁸ R. Capitant, *op. cit.*, p. 92

83. – Des barrières différenciées selon les États. Les pays non démocratiques n'ont pas de gêne à pratiquer la censure à grande échelle en infraction à la neutralité³¹⁹. Puisqu'ils ne peuvent modifier la structure globale de l'internet, la forme aboutie de cette restriction est de créer une sorte d'internet indépendant, un intranet national coupé du monde³²⁰. La forme la plus courante restant cependant un filtrage généralisé des connexions à la frontière assorti d'un contrôle strict des accès³²¹. Elle aboutit à cacher sur un territoire, plus ou moins efficacement, certains points du réseau qui se trouvent en dehors de ce territoire.

Même en terres démocratiques, le droit reste une question climatique³²². L'affaire *Yahoo!* a prouvé que même entre pays permettant l'exécution de décisions de justice étrangères, le pouvoir de contrainte d'un droit sur la structure globale du réseau est limité. S'il n'a bien sûr jamais été question de changer la structure de l'internet aux États-Unis par la décision imposant de filtrer les ventes d'objets nazis à destination du public français³²³, cette décision s'est pourtant heurtée au premier amendement de la Constitution américaine. Pourtant, l'espoir d'un internet global consensuel n'est pas tout à fait infondé. Il faut pour cela, non pas analyser la solution juridique de l'affaire *Yahoo!*, mais ses effets sur les comportements des acteurs concernés. À la suite de cette affaire, le numéro un mondial de la vente aux enchères a modifié sa politique en supprimant ce type d'annonces, non seulement à destination des internautes français, mais aussi à destination de ceux des États-Unis alors que rien ne l'y obligeait³²⁴. « *Les sociétés ne veulent pas être taxées de commettre un certain nombre d'infractions, surtout celles-là.* »³²⁵.

84. – Étape. Si la responsabilité civile est apte à saisir la structure du réseau, les torsions qu'elle peut lui faire subir se heurtent à des résistances dues à l'omniprésence des technologies numériques et au caractère international de l'internet. Si ces difficultés ne sont pas rédhibitoires pour le droit de la responsabilité, il importe qu'il les anticipe pour assurer son efficacité et qu'il en évalue les effets incontournables pour se construire. Enrichie de ces enseignements, la recherche de l'opportunité pour la responsabilité civile d'intégrer la

³¹⁹ Voy. le rapport de Reporters Sans Frontières, *Les ennemis d'internet. Rapport 2012*, 72 p.

³²⁰ Reporters Sans Frontières cite quelques exemples : Corée du Nord, Turkménistan, Ouzbékistan, Cuba et Iran (rapport préc., p. 9 s.)

³²¹ Les risques de sur-blocages que craignent les systèmes juridiques démocratiques (*infra*, n° 372) ne sont pas un frein à ce type de pratique en pays non démocratiques. Ces pays sont à l'inverse particulièrement préoccupés par les problèmes de sous-blocages (*infra*, n° 371).

³²² La théorie des climats est explicitée chez Montesquieu, dans *L'Esprit des lois*, 3^{ème} partie, Livre XIV.

³²³ Voy. le détail de cette aff. : *infra*, n° 495 et 498.

³²⁴ B. Frydman, « *Comment penser le droit global* », in J.-Y Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012 p. 41.

³²⁵ D. Chilstein, « *Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international* », Légicom, 2014, n° 52, p. 53.

neutralité doit se poursuivre ailleurs, dans des fondements qui n'ont pas la consistance des règles de droit de la responsabilité directement applicables.

Section 2. – Les usages comme cause de la protection de la neutralité

85. – Détour nécessaire. Rechercher les causes d'une éventuelle intégration de la neutralité du *net* par le droit de la responsabilité implique l'analyse d'éléments *a priori* éloignés des règles traditionnelles de la matière. En structurant le réseau, le droit de la responsabilité agit indirectement sur des usages élevés au rang de libertés fondamentales³²⁶. Il devra s'accorder avec la protection dont l'internet bénéficie par ce biais (§ 1). Cette protection doit être vue comme l'un des motifs de l'intégration de la neutralité par le droit de la responsabilité, car il apparaît qu'elle se fonde sur le caractère neutre de l'internet (§ 2).

§ 1. – La protection de l'internet par le biais des libertés fondamentales

86. – Arguments entendus. De nombreux manuels, rapports et ouvrages spécialisés comportent des envolées vantant les bienfaits attachés au développement de l'internet. Ce sont aujourd'hui les vertus d'un internet neutre qui sont louées par des rapports, recommandations et autres avis³²⁷. Il faut toutefois se défaire de l'idée d'un internet protégé en lui-même (I), car c'est par contagion que l'internet bénéficie d'une part plus ou moins grande de la protection que nos systèmes juridiques accordent aux droits et libertés dont il favorise l'exercice (II). Le droit de la responsabilité en est affecté, car en structurant le réseau, il modifie les possibilités de s'y exprimer.

I. – L'internet n'est pas une liberté

87. – L'internet en tant que véhicule. Il ne fait plus de doute qu'internet est aujourd'hui « *un espace de réalisation des libertés fondamentales* »³²⁸. Cependant, il faut se garder d'une interprétation malheureuse. Son caractère ouvert permet d'employer des arguments issus des

³²⁶ Sur le glissement terminologique vers l'appellation droits fondamentaux ou libertés fondamentales et ses implications : V. Champeil-Desplats, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », in *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, Jus Politicum, n° 5, 2010, 16 p.

³²⁷ Voy. *supra*, n° 14.

³²⁸ I. Falque-Pierrotin, « *La Constitution et l'internet* », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, n° 36, p. 32.

libertés fondamentales³²⁹, mais l'internet, pas plus que sa structure neutre, n'est une liberté en tant que telle³³⁰. Cette opinion est partagée par Vinton Cerf, l'un des pères de l'internet, qui défend pourtant la neutralité du net³³¹. Il rappelle que, si l'internet a été conçu sur certaines valeurs³³², ces valeurs portaient sur les usages. L'internet n'est qu'un véhicule.

88. – Des valeurs à analyser par leurs effets. « *Les choix concernant le code et le droit seront des choix de valeurs* » écrit le professeur Lawrence Lessig³³³. Il est vrai que les valeurs inscrites dans la structure de l'internet font grand cas de la liberté d'expression, du moins telle que la conçoivent les Américains³³⁴. S'il est indéniable que les valeurs ont une importance dans la construction du droit³³⁵, il faut ici se ménager la possibilité de vérifier leurs effets réels. Ne pas attacher de valeur directe au véhicule est un rempart contre le déterminisme technique³³⁶. Protéger l'internet par le biais de ses usages autorise, au contraire, une réévaluation constante de l'opportunité de la protection accordée au support. De ce point de vue, la neutralité n'est qu'un contenant. « *Son application doit être continuellement adaptée à l'innovation technologique, à la transition économique et à l'évolution des usages* » souligne le Conseil National du Numérique³³⁷. C'est en recevant les effets positifs et négatifs de l'internet que le droit peut définir son rapport aux valeurs qu'il porte.

³²⁹ Voy. en ce sens la riche analyse de Michaël Bardin : « *Le droit d'accès à l'internet, entre « choix de société » et protection des droits existants* », RLDI 2013/91, n° 3047, pp. 79-87, spé. pp. 80-81 : internet n'est qu'un « *facilitateur de droits* » (p. 81).

³³⁰ Dans une optique différente « *les changements de culture (société numérique), de paradigmes (logique de l'accès plutôt que de la propriété) et l'exercice de nos droits (portée universelle et immédiate) postulent une fondamentalisation du droit du développement numérique* » (M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, pp. 287 s., spé. pp. 327-330 : l'auteur prône la reconnaissance d'une « *quatrième génération de droits constitutionnels* » portant sur le droit du développement numérique).

³³¹ En réaction aux révolutions du « printemps arabe » de 2011, pour lesquels internet aurait été un catalyseur, mais aussi en réaction à la consécration par certains pays, dont la France, de l'accès à l'internet au plus haut degré normatif, Vinton Cerf a écrit : « *technology is an enabler of rights, not a right itself. [...] Internet access is always just a tool for obtaining something else more important [...] The Internet has introduced an enormously accessible and egalitarian platform for creating, sharing and obtaining information on a global scale. As a result, we have new ways to allow people to exercise their human and civil rights.* » (V. Cerf, « *Internet Access Is Not a Human Right* », *The New York Times*, 4 janv. 2012).

³³² Des valeurs issues principalement de la communauté scientifique américaine, voy. P. Flichy, *L'imaginaire d'internet*, La découverte, coll. « Science et société », 2001, pp. 43-82.

³³³ L. Lessig, « *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace* », *Harvard Magazine*, January-February 2000, ([en ligne](#)) (« *The choice about code and law will be a choice about values* »).

³³⁴ « *In some contexts, for some, this unregulability is a virtue. This feature of the Net, for example, protects free speech. It codes a First Amendment into the architecture of cyberspace, because it makes it relatively hard for governments, or powerful institutions, to control who says what when.* » (L. Lessig, *ibidem*).

³³⁵ J.-C. Jobart, « *La logique juridique, de l'ordre et de désordre au chaos* », R.R.J., 2006-4 (I), pp. 1891-1919, spé. 1892-1895.

³³⁶ Sur les dangers d'un tel déterminisme, particulièrement lorsqu'il porte sur la notion de réseau, omniprésente dans les sociétés contemporaines : P. Musso, « *La rétiologie* », *Quaderni*, n° 55, Automne 2004, pp. 21-28.

³³⁷ Avis n° 2013-1 du Conseil National du Numérique sur la « *Net Neutralité* », 1^{er} mars 2013.

II. – L'internet favorise les libertés

89. – Utopie et réalité. Il importe d'analyser le détail des bienfaits prétendument attachés à l'internet. S'il ne s'agit que de rêveries ouvrant la voie aux pires excès ou s'il s'agit des stimulants dont les démocraties modernes ont besoin, la validité des motifs de la protection de l'internet devrait être appréciée bien différemment. Il est, toutefois, extrêmement difficile d'analyser ces implications de manière objective. « *Le juste et l'injuste, et l'ensemble des valeurs humaines, échappent par nature à toute évaluation scientifique.* »³³⁸. L'analyse du degré de protection accordée à chacune des valeurs concernées nous aidera simplement à replacer l'internet et ses effets perceptibles dans le système juridique.

Dans cette perspective, il faut tout d'abord constater que les démocraties modernes attachent une grande importance à tout ce qui peut augmenter la capacité de communication entre les hommes³³⁹, les formes de communication en réseau sont particulièrement portées aux nues³⁴⁰. Il n'est donc pas surprenant que l'internet puise l'essentiel de sa protection dans l'exercice de la liberté de communication qu'il favorise (A). Les libertés économiques, dans un contexte les mettant également au premier plan, parachèvent sa protection (B).

A. – La liberté de communication

90. – L'internet comme outil démocratique. Si l'internet est un outil favorable à la communication, au même titre que la presse écrite, la radio ou la télévision³⁴¹, il recèle la particularité de fonctionner en émission et en réception. Les Anglo-saxons évoquent le passage d'une communication *One to Many*, ouvrant « *la possibilité à un seul individu de s'adresser à beaucoup d'autres* »³⁴², à une communication *Many to Many* permettant « *à une pluralité d'utilisateurs de s'adresser à une autre pluralité d'usagers* »³⁴³. Au passage, le filtre des intermédiaires traditionnels est supprimé. Ici réside la révolution portée par l'internet³⁴⁴.

³³⁸ Ph. Malaurie, « *L'effet pervers des lois* » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 315.

³³⁹ La démocratie ne peut fonctionner sans communication, mais la communication en elle-même ne constitue pas une garantie de démocratie, en ce sens : P. Dahlgren et M. Relieu, « *L'espace public et l'internet. Structure, espace et communication* », *Réseaux*, 2000, vol. 18, n° 100, spé. p. 165.

³⁴⁰ « *Les réseaux techniques sont déclarés « révolutionnaires » : depuis les « soviets et l'électricité » de Lénine jusqu'aux « autoroutes de l'information » d'Al Gore, ils sont censés apporter la croissance, la démocratie et l'égalité.* » observe Pierre Musso (« *La rétiologie* », *Quaderni*, n° 55, Automne 2004, p. 25)

³⁴¹ Comp. Michaël Bardin qui estime que « *l'engouement général pour ce nouvel instrument est sans doute surestimé* » pour relativiser les particularités du dernier mode de communication moderne (« *Le droit d'accès à l'internet, entre « choix de société » et protection des droits existants* », *RLDI* 2013/91, n° 3047, p. 87).

³⁴² P. Dahlgren et M. Relieu, *op. cit.*, p. 172.

³⁴³ P. Dahlgren et M. Relieu, *op. cit.*, p. 172.

³⁴⁴ Sur les bouleversements causés par l'internet en matière de liberté d'expression, voy. l'étude du Conseil

Chacun acquiert le potentiel de s'exprimer auprès de la multitude. Renforçant cette potentialité, le développement du web 2.0 a conduit à ce que, dès 2006, plus de 60 % des contenus mis en ligne soient créés par des particuliers³⁴⁵.

Les démocraties ont vu, peut-être benoîtement, en cette « *agora numérique* »³⁴⁶ qui élargit l'espace public³⁴⁷ une possibilité de ressourcer leur modèle³⁴⁸. Le lien très étroit que fait la CEDH entre la protection de la liberté d'expression et la démocratie ne pouvait plaider que dans ce sens³⁴⁹. En effet, les principes démocratiques constituent à la fois la justification³⁵⁰ et la limite³⁵¹ de la liberté d'expression pour la Cour de Strasbourg. Dans ce contexte, l'internet a suscité l'espoir d'être un réducteur de la fictivité de l'axiome démocratique selon lequel chacun peut s'exprimer et participer à la vie publique³⁵².

91. – La protection de l'accès à l'internet au plus haut niveau normatif. Dès 1997, dans l'affaire *Reno v. ACLU*³⁵³, la Cour suprême des États-Unis a affirmé la singularité de l'internet par rapport aux autres grands médias en reconnaissant qu'il mérite le plus haut degré de protection garantie par le Premier Amendement³⁵⁴. La décision fut d'une portée

d'État : *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr, 2014, spé. pp. 98-104.

³⁴⁵ Chiffre cité par L. Lessig et R. W. McChesney, « *No Tolls on The Internet* », Washington Post, 8 juin 2006.

³⁴⁶ I. Falque-Pierrotin, « *La Constitution et l'internet* », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, n° 36, p. 38. – Pour un recensement des critiques « *des effets de démocratie* » attachés à l'internet : Y. Benkler (trad. A. Clerq-Roques et alii), *La richesse des réseaux. Marchés et libertés à l'heure du partage social*, Presses universitaires de Lyon, 2009 (2006), pp. 299-303.

³⁴⁷ Notion qui est aujourd'hui associée à la conception de Jürgen Habermas, voy. : P. Dahlgren et M. Relieu, *op. cit.*, p. 160.

³⁴⁸ Ces motifs restent discutés : E. Noam, « *Why the Internet Is Bad for Democracy* », Communications Of The ACM, October 2005/Vol. 48, n° 10, pp. 57-58.

³⁴⁹ Sur le détail de la jurisprudence abondante : Sirinelli et alii, n° 110-45.

³⁵⁰ CEDH, 30 janvier 1998, aff. *Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie*, §57 : « *l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent. La démocratie se nourrit en effet de la liberté d'expression.* » (§ 57).

³⁵¹ Voy. not. : CEDH, 4 déc. 2003, aff. *Gündüz c. Turquie* : « *en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance* » (§ 40).

³⁵² Agathe Lepage estime que « *c'est véritablement l'Internet qui donne toute son ampleur au principe de la liberté d'expression, puisque, sous l'angle de la communication publique, il cesse d'être théorique pour une partie considérable de la société.* » (A. Lepage, « *Internet au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse : un mode de communication comme un autre ?* » in A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, coll. « Presaje », 2006, p. 142).

³⁵³ Cour suprême des États-Unis, 26 juin 1997, *Reno, Attorney General of the United States et a. vs American Civil Liberties Union et a.*, 521 U.S.844 (1997), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.html>. Par cette décision, la Cour suprême a censuré une partie des dispositions du *Communications Decency Act* de 1996 (CDA) modifiant la loi sur les communications. L'objectif du CDA était de prohiber le fait de transmettre sciemment des contenus obscènes ou indécents à des personnes de moins de 18 ans. Imprécises et trop générales, ces dispositions furent déclarées contraires au Premier Amendement.

³⁵⁴ K. Benyekhllef, « *ACLU v. Reno: pour la reconnaissance d'un régime propre à l'Internet au regard de la liberté d'expression* », Lex Electronica, vol. 3, n° 2.

considérable³⁵⁵.

De l'autre côté de l'Atlantique, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà affirmé que l'article 10 de la Convention s'applique, non seulement à l'information, mais aussi au moyen de la transporter³⁵⁶. Toutefois, la jurisprudence qui a consacré de la manière la plus emblématique l'internet au plus haut degré de protection est la décision dite « HADOPI 1 » du Conseil constitutionnel français³⁵⁷. À la lumière de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 consacrant le droit à la libre communication des pensées et des opinions, le Conseil a estimé « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* »³⁵⁸. Le droit d'accéder à l'internet devient ainsi un droit annexé à la liberté d'expression³⁵⁹. Une décision « *purement politique et bien dans l'air du temps du consumérisme* » dénoncent ses détracteurs³⁶⁰. D'autres n'y ont vu « *aucune innovation dans le raisonnement* » et « *aucune surprise dans sa conclusion* »³⁶¹.

Quoi qu'il en soit, cette décision a initié un mouvement mondial de reconnaissance de l'internet au plus haut niveau de protection. La Cour suprême du Costa Rica est allée jusqu'à

³⁵⁵ Voy. J. Reidenberg, « *L'encadrement juridique de l'internet aux États-Unis* » in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. Légispresse, 2001, pp. 147-148, citant l'exemple du *Child Pornography Prevention Act* de 1996 lui aussi déclaré anticonstitutionnel.

³⁵⁶ CEDH, 22 mai 1990, n° 12726/87, aff. *Autronic AG c/ Suisse*, spé. §47 – CEDH 28 sept. 1999, n° 22479/93, aff. *Öztürk c/ Turquie* : affirmant nettement que l'article 10 « *concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de leur diffusion, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations* » (§ 49).

³⁵⁷ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1* : D. 2009, p. 1770 obs. J.-M. Bruguière ; p. 2045, obs. L. Marino, 2010 ; p. 1967, obs. J. Larrieu ; Constitutions 2010 p. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; p. 293, obs. D. de Bellescize ; RSC 2009 p. 609, obs. J. Francillon ; 2010 p. 209, obs. B. de Lamy ; p. 415, A. Cappello ; RTD civ. 2009 p. 754 obs. T. Revet ; RTD com. 2009 p. 730, note F. Pollaud-Dulian ; JCP G 2009 comm. 101 note J.-P. Feldamn ; JCP G 2009 ét. 274 note M. Verpeaux ; RLDI 2009/51 n° 1699 note D. Rousseau ; 2009/52 n° 1735 note V.-L. Benabou.

³⁵⁸ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC (préc.), § 12.

³⁵⁹ Comp. l'évolution constatée avant l'avènement de l'internet voulant que « *c'est de nos jours, le droit de l'individu à recevoir librement l'information et donc, le devoir pour les médias de fournir cette information qui passe au premier plan* » (G. Cohen Jonathan, « *Les libertés de la pensée* », in *la convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit public positif, PUAM, Economica, p. 543, cité par X. Agostinelli, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, th. dact. Aix-Marseille, 1994, p. 63).

³⁶⁰ J.-M. Bruguière, D. 2009, p. 1770 obs ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, préc.

³⁶¹ D. Rousseau, RLDI 2009/51 n° 1699 note ss. Cons. const., 10 juin 2009, préc. – Sur la prévisibilité de la décision du Conseil, il faut noter que le Parlement européen avait déjà associé l'accès à l'internet aux libertés fondamentales par l'amendement 138/46 dit amendement *Bono*. En effet, au cours des travaux portant sur la révision du « *Parquet télécom* », le Parlement européen avait adopté le 24 sept. 2008 un amendement n° 138 s'affichant comme condamnant la loi française en cours de construction permettant la coupure de l'accès sans l'intervention d'un juge. Cet amendement fut ensuite supprimé par le Conseil européen. Il fut à nouveau adopté le 22 mai 2009, sous une forme modifiée, par le Parlement sous le n° 46.

s'appuyer explicitement sur la décision française³⁶². La CEDH, dans un arrêt condamnant la Turquie pour avoir interdit l'accès à Google Sites, a également fait expressément référence à la décision HADOPI 1³⁶³. La même Cour, en posant que l'échange de fichiers illicites est une modalité de l'expression – certes illicite – a fini de soumettre toute ingérence dans la régulation du réseau aux exigences de l'article 10 de la Convention³⁶⁴. La résolution des Nations-Unies du 29 juin 2012 concernant la promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur l'internet³⁶⁵ a généralisé le mouvement de protection initié par les juges constitutionnels français. Michaël Bardin dans une riche étude publiée en 2013 cite la Finlande et l'Estonie comme ayant également garanti l'accès à l'internet³⁶⁶, la Grèce et l'Équateur ayant même modifié leur constitution en ce sens³⁶⁷.

92. – L'âge d'or du pluralisme. En favorisant l'exercice de libertés à la base de tous les régimes démocratiques, l'internet bouleverse les équilibres qui avaient été construits autour des entités de presses et des médias. Si la conception américaine de la liberté d'expression ne se trouve guère perturbée par la possibilité pour tout un chacun d'exprimer ses idées, fussent-elles choquantes, il n'en va pas de même de la tradition des États européens³⁶⁸. Celle-ci, instruite par son histoire, se méfie des opinions extrêmes là où les juges constitutionnels américains se méfient de l'interventionnisme étatique³⁶⁹ et affichent leur croyance dans un

³⁶² Cour suprême de justice du Costa Rica, n° 2010-12790, 30 juill. 2010, *Andrés Oviedo Guzmán et al. c/ Ministerio de la Presidencia et al.*. À noter que selon Michaël Bardin « l'interprétation opérée par la Cour constitutionnelle du Costa Rica est plus que discutable puisqu'elle affirme que, par la décision n° 2009-580 DC, les juges français ont affirmé « un droit fondamental d'accès à internet détaché de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Ce qui est très exactement l'inverse du raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel. » (M. Bardin, « Le droit d'accès à l'internet, entre « choix de société » et protection des droits existants », RLDI 2013/91, n° 3047, p. 84).

³⁶³ CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, *aff. Ahmet Yildirim c/ Turquie* (spé. §32 pour la référence à la décision HADOPI 1. Contrairement à la décision costaricaine, la protection de l'internet est ici clairement rattachée à la liberté d'expression et de communication) : Comm. Com. électr. 2013/7, comm. 77 obs. A. Debet (qualifiant l'hommage de la CEDH au Conseil constitutionnel de « très appuyé »), 2013/9, ét. 14 note J.-P. Marguénaud ; RLDI 2013/92 n° 3067 obs. L. L.

³⁶⁴ CEDH, 19 févr. 2013, n° 40397/12, *aff. Neij et Sunde Kolmisoppi c/ Suède* : Comm. Com. électr. 2013, comm. 63 obs. C. Caron ; Droit de la propriété intellectuelle, 2013 n° 5, p.3, obs. C. Bernault ; Gaz. Pal. 2013 p.13 n° 199, obs. L. Marino ; Propr. intell. 2013, n° 47, p. 216, note J.-M. Bruguière : confirmant que la condamnation des auteurs du site *The Pirate Bay* répond aux critères de l'article 10.

³⁶⁵ Résolution A/HRC/20/L.13 du 29 juin 2012 qui affirme en son point n° 1 que « les droits dont les personnes jouissent hors ligne doivent également être protégés en ligne, en particulier le droit de toute personne à la liberté d'expression qui est applicable sans considération de frontières et par le moyen de son choix, conformément aux articles 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

³⁶⁶ M. Bardin, « Le droit d'accès à l'internet, entre « choix de société » et protection des droits existants », RLDI 2013/91, n° 3047, pp. 82-82.

³⁶⁷ M. Bardin, *op. cit.*, p. 82

³⁶⁸ Patrice Flichy relève que « de nombreux traits de l'imaginaire d'Internet sont américains » (*L'imaginaire d'internet*, La découverte, coll. « Science et société », 2001, p. 256). Ils y sont ainsi souvent mieux compris et acceptés qu'en Europe.

³⁶⁹ « The concept that government may restrict the speech of some [in] order to enhance the relative voice of

*market place of ideas*³⁷⁰. Cette dernière métaphore a le mérite de souligner que le pluralisme est l'une des conditions de l'effectivité de la liberté de communication, chose qu'intègre sans difficulté notre ordre juridique français³⁷¹. La différence d'approche porte, finalement comme en matière économique, sur le degré d'encadrement et les limites à apporter aux libertés. Un rapprochement est cependant perceptible. La CEDH a ouvert l'Europe à une conception libérale en affirmant que la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »³⁷². L'internet confronte, de façon parfois violente, les nations européennes aux effets, maintenant palpables, de cette conception de la liberté d'expression qui est dorénavant aussi la leur. En raison de son internationalité, mais aussi et surtout en raison de l'expression citoyenne directe qu'il permet, le réseau mondial a accéléré l'uniformisation de la conception de la liberté d'expression à travers le monde³⁷³.

Là où il était permis de demander à des médias tenant une ligne éditoriale claire et une politique commerciale orientée d'assurer un certain filtrage des opinions, cela se révèle plus difficilement soutenable politiquement lorsque ce sont des citoyens qui s'expriment directement, simplement parce que la technique le permet. Il est une chose d'accorder en droit la liberté de communication à tous, il en est une autre de l'assumer en fait. Sur le plan politique, les effets du très haut degré de pluralisme que permet la neutralité ne sont pas tous encore appréhendés. Derrière la formidable révolution numérique, il y a des risques évidents d'abus et, parfois, un nivellement par le bas qu'il faut bien assumer comme un phénomène démocratique.

others is wholly foreign to the First Amendment » a affirmé la Cour suprême à propos d'une loi limitant le financement des partis politiques (*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)).

³⁷⁰ Expression est employée pour la première fois dans l'opinion concordante du juge William O. Douglas de la Court Suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Rumely* en 1953.

³⁷¹ Pour une affirmation explicite, voy. : Cons. const. 18 sept. 1986, 86-217 DC, § 11 : « *la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* ».

³⁷² CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, aff. *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 49 (formule reprise à de nombreuses reprises depuis).

³⁷³ Voy. la très enrichissante étude de Laurent Pech : « *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information* », Comm. Com. électr., 2004, ét. 20 où l'auteur relève que la convergence des approches témoigne aussi d'une volonté commune « *susceptible de satisfaire, à terme, les préoccupations européennes en matière de contenus préjudiciables ou illicites* » (n° 3). Il ne semble, en effet, pas y avoir de différences d'approches incompatibles sur les sujets les plus graves, notamment en matière de lutte contre la pédopornographie (n° 32-41).

B. – Les libertés économiques

93. – Consécration préalable des libertés économiques. La liberté d'entreprise et la liberté de la concurrence sont des manifestations de la liberté économique dont la reconnaissance remonte au XVIII^e siècle³⁷⁴. Elles ont reçu consécration en droit interne³⁷⁵, mais c'est surtout l'emprise du droit communautaire³⁷⁶, et maintenant du droit de l'Union, qui a hissé le principe à un haut niveau de protection³⁷⁷. Leurs définitions restent pourtant imprécises. Des observateurs n'ont pas manqué de remarquer que la grande majorité des ouvrages spécialisés mettent l'accent sur l'étude des atteintes, limitations et restrictions que le principe de liberté du commerce et de l'industrie connaît³⁷⁸. L'internet contribue aujourd'hui à donner à ces libertés une consistance palpable.

94. – L'importance économique de l'internet. Les chiffres cités par différentes études, s'ils sont parfois imprécis, attestent par leur importance du poids de l'internet dans l'économie française. L'internet serait la cause de près d'un quart des créations d'emploi depuis 15 ans³⁷⁹. Le commerce électronique, à lui seul, employait près de 100 000 personnes en 2014³⁸⁰. Le secteur de l'économie numérique aurait lui contribué à hauteur de 5,2% du PIB français en 2011³⁸¹. Le poids indirect de l'internet dans l'économie serait bien plus important encore puisque les emplois directs, indirects ou induits grâce à l'internet dépasseraient le million³⁸². Même si ses vertus économiques n'ont pas été reconnues au même niveau que ses vertus en matière de liberté de communication³⁸³, l'internet est aujourd'hui considéré par

³⁷⁴ R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^e éd., 2014, n^{os} 1080 s.

³⁷⁵ Le décret d'Allarde et la loi le Charpentier de 1791 sont considérés comme les premières manifestations du principe en droit interne (cf. R. Cabrillac (dir.), *op. cit.*, n^o 1084). Plus récemment, de nombreux textes ont confirmé le principe de la liberté d'entreprendre (n^o 1088).

³⁷⁶ La Charte des Droits fondamentaux de 2000 reconnaît formellement la liberté d'entreprise en son article 16. De manière générale, l'Union européenne a consacré, dans sa conception libérale de l'économie, la libre circulation des marchandises (art. 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), des personnes (art. 45), des services (art. 56 et 57) et la liberté d'établissement pour des activités non salariées (art. 49). Ces normes sont d'application directe en droit interne (R. Cabrillac (dir.), *op. cit.*, n^{os} 1085-1086). – Voy. les très fameux arrêts *Jacques Vabre* du 24 mai 1975 de la Cour de cassation et l'arrêt *Nicolo* du 20 oct. 1989 du Conseil d'État ralliant la position affirmée par la CJCE le 15 juill. 1964 dans l'arrêt *Costa c/ Enel*.

³⁷⁷ À noter cependant que le Conseil constitutionnel l'a qualifié de liberté publique sans pour autant en faire un principe de valeur constitutionnel, ce qu'il a pourtant fait pour la liberté d'entreprendre qui est l'un de ses démembrements (Voy. R. Cabrillac (dir.), *op. cit.*, n^o 1091).

³⁷⁸ R. Cabrillac (dir.), *op. cit.*, n^o 1082.

³⁷⁹ McKinsey&Compagny, *Impact d'internet sur l'économie française. Comment internet transforme notre pays*, 2011, p. 8.

³⁸⁰ CCM Benchmark, *Le commerce électronique en France*, éd. 2014 cité par la FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance) dans un communiqué de presse du 20 mars 2014 (fevad.com).

³⁸¹ Ministère de l'Industrie, de l'Énergie et de l'Économie numérique, *France Numérique. Bilan et perspectives*, 2011, p. 1.

³⁸² McKinsey&Compagny, *op. cit.*, 2011, p. 11.

³⁸³ Le professeur Dominique Rousseau, à propos de la décision *HADOPI 1* du Conseil constitutionnel, constate

certaines plumes comme « *l'une des conditions essentielles à l'exercice de nos droits économiques et sociaux* »³⁸⁴. La liberté d'entreprise et la liberté de la concurrence restent deux conditions nécessaires pour que des innovations apparaissent sur un réseau neutre. En effet, si l'internet permet aux usages de se développer librement, ils restent soumis au système juridique duquel ils dépendent.

Le droit de l'internet est tout entier pénétré d'enjeux économiques. L'intitulé même de la loi phare du droit de l'internet, la loi pour la Confiance dans l'*Économie Numérique* (LCEN) du 21 juin 2004 témoigne de ses implications économiques³⁸⁵, également perceptibles dans l'intitulé de la Directive qu'elle transpose, la directive du 8 juin 2000 relative au *Commerce électronique*. Les bouleversements causés par l'internet sont toutefois beaucoup plus larges que le champ d'application direct de ces textes. Ils sont symbolisés par le secteur de la « nouvelle économie » qui s'est développée en même temps que l'internet à partir des années 1990. La croissance qu'il a générée a fait apparaître le numérique comme un secteur économique essentiel. Aujourd'hui, bien au-delà du cercle restreint de l'économie numérique, l'internet est un outil indispensable à de nombreuses activités économiques.

95. – Application des libertés économiques à l'internet. Les arrêts *Scarlet*³⁸⁶ et *SABAM*³⁸⁷ de la CJUE ont très directement utilisé la liberté d'entreprise pour s'opposer à des injonctions de filtrage généralisé imposé à des intermédiaires techniques. « *Une telle injonction entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise* » des FAI, dans l'arrêt *Scarlet*³⁸⁸, ou des hébergeurs, dans l'arrêt *SABAM*³⁸⁹. À l'inverse, des injonctions plus

cependant que « *le Conseil aurait pu aussi, considérant la dimension économique et l'intérêt d'internet pour la vie des entreprises, se fonder sur la liberté d'entreprendre* », ce qui n'aurait pas eu les mêmes implications (« *Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3 ?* », *Légipresse*, 2009 n° 267, p. 173).

³⁸⁴ M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 236.

³⁸⁵ Sur le titre des lois, voy. N. Molfessis, « *Le titre des lois* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 47-72. Au regard de cette belle étude, la *Loi pour la Confiance en l'Économie Numérique* semble parfaitement correspondre à la catégorie des lois porteuses d'une politique publique dont le titre est le slogan (n° 22). Or, s'il n'est pas question de lui reconnaître valeur légale, le titre de la loi apparaît particulièrement significatif de l'esprit du législateur (spé. n° 27-30).

³⁸⁶ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10 : Comm. com. électr., 2012, n° 6, comm. 63 obs. A. Debet ; D. 2011 p. 2925, obs. C. Manara ; D. 2012 p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RLDI 2011/77, n° 2541, obs. L. C. ; RLDI 2012/78, n° 2611 obs. E. Derieux ; n° 2612, obs. C. Manara ; n° 2613 note A. Troianiello, 2012/79, n° 2622 note C. Castets-Renard ; RSC 2012, p. 163, obs. J. Francillon ; RTD eur. 2012 p.404, obs. F. Benoit-Rohmer.

³⁸⁷ CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM*, aff. C-360/10 : Comm. Com. électr., 2012, n° 6, comm. 63 obs. A. Debet ; D. 2012, p. 549, obs. C. Manara ; p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RSC 2012, p.163, note J. Francillon ; RLDI 2012/78, n° 2613 obs. A. Troianiello.

³⁸⁸ § 48.

³⁸⁹ § 46.

ciblées semblent tolérables pour la Cour³⁹⁰. La liberté d'entreprise s'oppose donc à ce que la structure du réseau soit commandée de manière trop violente par le droit. Alors que ce sont ici les libertés économiques des intermédiaires techniques qui sont protégées, la même protection aurait pu être accordée aux utilisateurs du réseau sur le même fondement, car leur liberté d'entreprise et leur capacité d'innovation seraient bridées par des atteintes à la neutralité. Les libertés des utilisateurs sont plus classiquement protégées par ces arrêts au titre des libertés de communication³⁹¹ et d'information³⁹². Néanmoins, liberté d'entreprise et liberté d'entreprendre conduisent à constater que le « *le juge sanctionne les dispositifs de responsabilité contraires aux libertés fondamentales des intermédiaires et de leurs clients.* »³⁹³.

§ 2. – Une protection fondée sur le caractère neutre de l'internet

96. – En l'état, la neutralité n'est pas protégée explicitement, ce qui est regretté par de nombreux travaux³⁹⁴. Pourtant, la protection accordée à l'internet semble largement se fonder sur son caractère neutre³⁹⁵. L'internet n'aurait pas été vu comme un outil favorable à la démocratie et à l'économie s'il ne permettait pas à tout un chacun de s'exprimer et de créer. Or, il s'agit là des caractères d'un réseau neutre. Ainsi, la protection des usages apparaît se confondre avec la protection de la neutralité (I). En miroir, les limites de cette protection devraient apparaître comme celles de la neutralité (II).

I. – De la protection des usages à la protection de la neutralité

97. – **L'appui de la protection de l'accès.** La protection de la liberté de communication s'accompagne d'exigences renforcées de pluralisme³⁹⁶. Dans ce contexte, le caractère neutre de l'internet est la meilleure garantie du pluralisme en ligne. C'est du reste ce qu'affirme la

³⁹⁰ CJUE, 27 mars 2014, C-314/12, aff. *UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH et a.* : s'il est reconnu que la liberté d'entreprise peut être restreinte par une injonction de filtrage (§ 48), la Cour estime qu'elle « *n'apparaît pas porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise* » (§ 51) sans que cette appréciation soit davantage soutenue.

³⁹¹ Scarlet, § 50 – SABAM, § 48.

³⁹² Scarlet, § 52 – SABAM, § 50.

³⁹³ C. Castets-Renard, *op. cit.*, D. 2012, p. 827+.

³⁹⁴ Voy. *supra*, n^{os} 13-14.

³⁹⁵ Comp. Lawrence Lessig et Robert W. McChesney qui décrivent l'architecture « end-to-end », inhérente à la neutralité de l'internet, comme la condition de ses aspects vertueux : « *No Tolls on The Internet* », Washington Post, 8 juin 2006.

³⁹⁶ *Supra*, n^o 92.

résolution des Nations Unies évoquée du 29 juin 2012 lorsqu'elle « *reconnaît que le caractère global et ouvert de l'Internet en fait un moteur du développement sous ses diverses formes* »³⁹⁷. Sur un tel réseau, chacun est libre de publier³⁹⁸ et de consulter les contenus qu'il souhaite³⁹⁹. C'est sur ce caractère que repose l'essentiel de la protection accordée aux usages. L'emblématique décision HADOPI 1 du Conseil constitutionnel l'illustre. Elle n'a pas affiché de protection directe de la structure du réseau, mais elle consacre le droit d'accéder aux services en ligne eu égard à leur importance « *pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions* »⁴⁰⁰. Le constat est fait que ces services permettent, non seulement de consulter des informations, mais aussi d'en émettre⁴⁰¹. Or, le droit d'y accéder deviendrait vide de sens si les internautes ne disposaient pas d'un réseau capable d'interagir avec ces services. Ce droit serait limité s'ils ne pouvaient communiquer qu'avec quelques-uns de ces services. La neutralité apparaît alors comme une condition des usages que protège le Conseil⁴⁰². D'une manière générale, le mouvement de protection de l'accès à l'internet ne vaut que parce que les usages y sont libres de se développer. Or, cette liberté est l'une des caractéristiques principales de la neutralité. Elle est également à l'origine de la protection de l'internet par le biais des libertés économiques, car comme le souligne le Conseil National du Numérique, « *à travers la liberté de communication et d'expression, le principe de neutralité valorise la liberté de création et d'innovation* »⁴⁰³.

98. – L'appui de la protection des libertés économiques. Des auteurs engagés écrivent que « *la neutralité du net garantit un marché libre et concurrentiel pour les contenus de*

³⁹⁷ Résolution A/HRC/20/L.13 du 29 juin 2012, point n° 2.

³⁹⁸ À noter que ce n'est qu'avec la loi du 1^{er} août 2000 (art. 2) qu'a été supprimé l'art. 43 de la loi du 30 septembre 1986 qui imposait aux services audiovisuels, auxquels étaient assimilés les services web, une déclaration préalable (voy. Vivant et alii, n° 230-30).

³⁹⁹ Marie-Charlotte Roques-Bonnet présente « *les libertés de navigation* », de manière plus didactique que juridique (elle constate elle-même qu'elles sont très peu encadrées), comme « *le prolongement de la liberté constitutionnelle d'aller et venir* » : *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 536.

⁴⁰⁰ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, § 12 : préc.

⁴⁰¹ À noter que ce sont les services web 2.0 qui ont permis la participation de tout un chacun à la « *vie démocratique* » qu'évoque le Conseil. Eux seuls ont hissé l'internet au rang de moyen d'expression participatif pour le grand public. Le web n'est pourtant pas l'internet, il est simplement l'un des usages qui peut en être fait. Or, cet usage a besoin de s'appuyer sur un réseau neutre pour prospérer et se développer. L'inventeur principal du web, Tim Berners-Lee, le souligne régulièrement : T. Berners-Lee, « *Long Live the Web: A Call for Continued Open Standards and Neutrality* » 22 nov. 2010, publié dans *Scientific American* (en ligne) : « *Although internet and web designs are separate, a Web user is also an Internet user and therefore relies on an Internet that is free from interference.* ».

⁴⁰² L'ARCEP évoque ce lien lorsqu'elle écrit que « *chaque utilisateur doit pouvoir accéder [...] à l'ensemble des contenus et des fonctionnalités de l'internet. Ce principe est ainsi intimement lié à « l'importance prise par les services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions », rappelé dans la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009.* » (ARCEP, Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet, sept. 2012, p. 83).

⁴⁰³ Avis n° 2013-1 du Conseil National du Numérique sur la « *Net Neutralité* », 1^{er} mars 2013.

l'internet. Les avantages sont extraordinaires et indéniables. »⁴⁰⁴. Il est vrai que la liberté que permet la neutralité implique le rejet de tout ticket d'entrée imposé aux nouveaux arrivants⁴⁰⁵. À partir du moment où un service est mis en ligne, aussi petit soit-il, tout internaute peut y accéder aussi facilement qu'à des services installés depuis longtemps. Dominique Cardon, en référence aux grandes entreprises du secteur de l'internet, souligne qu'« *elles ont d'abord été des innovations bricolées dans un garage ou une chambre d'étudiants passionnés et ambitieux* » et que « *la fulgurante ascension de ces innovations venues de la périphérie du réseau est due à la structure ouverte et décentralisée de l'Internet.* »⁴⁰⁶. Dailymotion, Google, ou Leboncoin n'aurait pas pu voir le jour s'ils n'avaient pu bénéficier des conditions favorables à leur développement que leur a assuré un réseau neutre⁴⁰⁷. L'internet trouve pourtant ses racines dans un esprit libertaire se situant, apparemment, assez loin des préoccupations liées au libre marché. Le paradoxe n'est qu'apparent. « *Les idéaux contre-culturels des pionniers n'étaient jamais très éloignés d'un simple laissé-faire libéral* »⁴⁰⁸.

L'analyse de la mission d'information sur la neutralité du net souligne que « *l'internet ne doit pas être discriminatoire pour permettre un maximum d'innovation* »⁴⁰⁹. Préserver la neutralité, c'est donc préserver pour l'avenir la capacité d'innovation sur l'internet et favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents luttant contre des monopoles qui risqueraient de se faire jour. Cette innovation, toujours dangereuse pour reprendre Flaubert, la neutralité en accepte les dangers. En lui permettant de s'exprimer librement, elle prend le risque qu'apparaissent des usages dommageables et que des modèles économiques anciens soient bouleversés.

99. – Limites intrinsèques de la neutralité. Dans tous les cas, il est impossible de garantir, même sur un réseau neutre, que l'entrepreneur entreprendra, que l'homme d'idées les exprimera ou que le public ne plébiscitera pas des services fermés. L'esprit d'initiative dépend de considérations à la fois sociales, économiques et juridiques, sur lesquelles le droit de l'internet n'a que peu d'emprise. Il faut garder en mémoire les avertissements du professeur Philippe Malaurie dénonçant un droit « *rempli d'ambitions orgueilleuses et d'outrances gonflées d'arrogances, lui rendant difficile de connaître et de maîtriser le réel* ;

⁴⁰⁴ L. Lessig et R. W. McChesney, « *No Tolls on The Internet* », Washington Post, 8 juin 2006 (« *Net neutrality guaranteed a free and competitive market for Internet content. The benefits are extraordinary and undeniable.* »).

⁴⁰⁵ Voy. N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 11.

⁴⁰⁶ D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 17.

⁴⁰⁷ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 17. Google est particulièrement concerné, car son moteur n'aurait jamais pu indexer tout le web, partout dans le monde, s'il n'avait pas pu emprunter un réseau neutre.

⁴⁰⁸ D. Cardon, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁰⁹ Erhel et Raudière, p. 53.

dans son orgueil il devient aveugle et mène au chaos. »⁴¹⁰. Une législation faisant cas du principe de neutralité, parce qu'inspirée par des valeurs qualifiées de fondamentales, est particulièrement exposée à ce travers. Il faudra y prendre garde.

II. – Des limites de la protection des usages aux limites de la neutralité

100. – Une protection non absolue. Consacrer l'internet comme un vecteur de liberté n'implique pas de renoncer à tout encadrement du réseau. Les décisions du Conseil constitutionnel, ultérieures à la décision « HADOPI 1 », en sont l'illustration⁴¹¹. Déjà la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Reno vs. ACLU* de 1997⁴¹² avait mis en avant un conflit d'intérêts dans la régulation de l'internet. Ce qui fut confirmé par la Cour d'appel pour le deuxième circuit en 2010 dans l'affaire *Arista record vs. Doe* par la mise en balance des droits qui caractérise aujourd'hui cette protection⁴¹³. La mise en balance des droits est également à la base du raisonnement de la CJUE⁴¹⁴.

101. – Des conciliations incertaines. La configuration des oppositions de droits est très variable, mais il est de plus en plus fréquent de voir deux droits revendiquant leur caractère fondamental s'opposer. Une véritable entreprise de conciliation s'annonce alors difficile, car « *l'appui sur le « fondamental », dans la mesure où cette qualification renvoie à un degré ultime de normes ou de valeurs, fait alors office d'argument de clôture qui ne peut être questionné.* »⁴¹⁵. De fait, la conciliation implique souvent de favoriser, consciemment ou non, l'un des droits en conflit⁴¹⁶.

L'ordre public peut également l'emporter. Face à des impératifs aussi lourds que la lutte

⁴¹⁰ Ph. Malaurie, « *L'humilité et le droit* » in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 729.

⁴¹¹ En première lieu : Cons. const., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, décision dite *HADOPI 2* validant la procédure de coupure d'accès par une procédure d'ordonnance pénale : JCP G 2009, 414 note M. Verpeaux ; LPA 25 nov. 2009, n° 235, p. 7, note F. Chaliel ; Légipresse, 2009, n° 267, p. 173, note D. Rousseau ; RLDI 2009/54, n° 1780 note E. Derieux.

⁴¹² *Supra*, n° 91.

⁴¹³ M. Bardin, *op. cit.*, spé. pp. 84 s.

⁴¹⁴ Illustration : CJUE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c/ Telefónica* : D. 2008. 480, obs. J. Daleau ; JCP G 2008, II, 10099, note E. Derieux ; Comm. com. électr. 2008, comm. 32, obs C. Caron ; RLDI 2008/35, obs. J-B. A ; RTD com. 2008 p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2008, p. 405, note J. Schmidt-Szalewski (conciliation des droits de propriété intellectuelle et avec la protection de la vie privée, voy. spé. § 65). – Voy. aussi les arrêts *Scarlet* et *SABAM* de la même juridiction pour une mise en balance des droits de propriétés intellectuelles et des libertés économiques : *supra*, n° 95.

⁴¹⁵ V. Champeil-Desplats, « *Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination* », in *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, Jus Politicum, n° 5, 2010, p. 14.

⁴¹⁶ En ce sens : D. Rousseau, RLDI 2009/51 n° 1699 note ss. Cons. const., 10 juin 2009, préc.

contre la pédopornographie, ceux liés à la liberté d'expression ont naturellement moins de poids⁴¹⁷. Toute la difficulté est de savoir quel degré de sacrifice implique ces luttes légitimes. La réponse est éminemment politique.

102. – Conclusion du Chapitre 1. La responsabilité civile apparaît comme une véritable condition de la neutralité. Rendre responsables les intermédiaires techniques des contenus qu'ils véhiculent les conduirait à adopter des mesures préventives incompatibles avec la neutralité. La responsabilité civile est ainsi l'une des sources normatives principales à même de structurer le réseau, mais elle n'est pas la seule. Le droit de la régulation affiche, avec des succès divers, ses objectifs de sauvegarde de la neutralité. Un premier argument tenant à la cohérence générale de ces différentes sources peut être avancé en faveur d'une responsabilité respectueuse de la neutralité. Toutefois, les arguments les plus forts en faveur de la neutralité sont portés par les libertés fondamentales. La structure neutre de l'internet favorise l'exercice de la liberté de communication et des libertés économiques. Partout dans le monde démocratique, l'internet est reconnu au plus haut niveau normatif comme permettant l'exercice de ces libertés. Les motifs de cette reconnaissance se calquent sur les caractères de la neutralité en ce qu'elle favorise techniquement la communication et l'innovation. La protection juridique de l'internet peut ainsi largement s'interpréter comme une protection de la neutralité. La responsabilité doit alors se concilier avec cette protection sans s'obérer elle-même.

⁴¹⁷ Cons. const, 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *LOPPSI 2* : AJDA 2011. 1097, note D. Ginocchi ; D. 2011. 1162, note P. Bonfils ; AJCT 2011. 182, note J.-D. Dreyfus ; Constitutions 2011 223, obs. A. Darsonville, et 581, chron. V. Tchen ; RSC 2011. 728 note C. Lazerges, et 789, ét. M.-A. Granger.

Chapitre 2. – La préservation du principe de responsabilité

103. – Un maintien nécessaire. Face à une neutralité excessive ou mal comprise, c'est en quelque sorte le « *principe de responsabilité* » qu'il importe de préserver⁴¹⁸. Le schéma classique opposant une victime à un responsable se complique fortement, car les intermédiaires techniques sont les vecteurs indispensables d'usages toujours plus divers⁴¹⁹. Ces derniers donnent prise aux libertés fondamentales qui étendent leur emprise à la responsabilité des intermédiaires techniques (Section 1). L'espoir d'une conciliation ne sera ouvert que si l'impérative réponse aux usages dommageables peut se conjuguer avec ces exigences (Section 2).

Section 1. – Un principe mis à l'épreuve des libertés fondamentales

104. – La responsabilité civile placée devant le « droit accompli ». Le degré de protection accordé à la liberté de communication et la diversité des intérêts lésés ou favorisés par l'internet placent la responsabilité des intermédiaires techniques dans un champ de force

⁴¹⁸ Le professeur Philippe Brun, en commentaire de l'emploi par des parlementaires de l'expression « principe de responsabilité » dans leur saisine du Cons. const., a décrit le sens et les faiblesses de cette expression que nous faisons notre : « *L'expression peut paraître un peu vague, mais il n'est pas fatal qu'elle demeure creuse : l'idée fédératrice, qui innerve toutes les dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle, c'est bien que l'on se doit de répondre des dommages qui trouvent leur origine dans le fait anormal de ce sur quoi l'on exerce son autorité* » (Ph. Brun, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute » RCA, juin 2003, chron. 15, p. 41, n° 28).

⁴¹⁹ « *La même infrastructure, la même architecture de réseau, les mêmes protocoles sont de plus en plus utilisés pour acheminer les différents types de communications électroniques.* » (Erhel et Raudière, p. 20). Ce mouvement se renforce constamment depuis les débuts de l'internet. Bien au-delà des usages informatiques, le réseau sert aujourd'hui le vecteur à toute sorte de médias, tels que la télévision, la radio ou la téléphonie.

complexe⁴²⁰. La force d'attraction des libertés fondamentales conduit à limiter l'empire de la responsabilité (§ 1). Alors que la protection de ces libertés s'est renforcée au fur et à mesure du développement de l'internet, des usages dommageables, parfois gravissimes, se sont développés en parallèle. À l'heure où le droit voudrait y répondre, les usages illicites bénéficient indirectement de la protection acquise par l'internet dans un mécanisme qui semble donner la victoire aux faits sur le droit (§ 2).

§ 1. – Des libertés limitant l'empire de la responsabilité

105. – La responsabilité doit trouver sa voie pour s'appliquer aux intermédiaires techniques sans enfreindre des libertés qualifiées de fondamentales. Plus précisément, ce sont les effets normatifs du droit de la responsabilité qui se trouvent limités par les libertés fondamentales (I) ce qui s'inscrit dans le mouvement contemporain de « fondamentalisation » du droit de la responsabilité (II).

I. – La limitation des effets normatifs de la responsabilité civile

106. – Des effets normatifs déjà perçus. Les effets d'une responsabilité étendue des intermédiaires techniques sont, certes imprévisibles dans le détail, mais certains dans leur orientation⁴²¹. Ils les conduiraient à vérifier, à censurer, et donc à ralentir la communication en ligne avec de grands risques d'erreur ou de paralysie. « Une telle approche, se conciliant mal avec une conception respectueuse de la liberté d'expression et du droit du public à l'information, eût blessé les principes élémentaires d'une société démocratique. »⁴²². Car tout le développement de l'économie numérique repose sur les intermédiaires techniques. Changer leur nature sous prétexte de prévenir des usages dommageables reviendrait à se priver des vertus de l'internet. « L'argument a été abondamment utilisé, et il n'est pas sans valeur » estime le professeur André Lucas⁴²³. La courte et dense histoire de la responsabilité civile sur l'internet en donne quelques illustrations. À propos de la théorie du risque qui affleure dans

⁴²⁰ Plus généralement, Catherine Thibierge relève que le droit moderne donne à voir une norme juridique « prise dans un champ de forces dont les interactions déterminent sa force normative réelle. » (« Synthèse » in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 805)

⁴²¹ *Supra*, n° 45.

⁴²² É. Montéro et Q. Van Enis, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », *RLDI* 2010/61, n° 2028, p. 93, n° 25.

⁴²³ A. Lucas, « La responsabilité des différents intermédiaires de l'internet », in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. LÉGISPRESSE, 2001, pp. 239-240.

l'affaire *Altern.org* jugée en Cour d'appel, le professeur Michel Vivant interrogeait déjà : « Peut-on imaginer meilleure façon de dissuader l'esprit d'entreprise dans un secteur d'innovation ? Et quel en serait le coût si le fournisseur d'accès et/ou d'hébergement, passant outre à la menace, décidait, comme il devrait rationnellement le faire, de répercuter la charge potentielle de son éventuelle condamnation sur les usagers ? »⁴²⁴. À l'inverse, le développement exponentiel du web 2.0 donne une bonne illustration des effets d'un environnement juridique très favorable aux intermédiaires⁴²⁵.

107. – La fonction structurante limitée. La décision HADOPI 1 du Conseil constitutionnel rappelle que les restrictions apportées à une liberté fondamentale nécessitent l'intervention d'un juge⁴²⁶. La CJUE, par ses arrêts *Scarlet* et *Sabam*, illustre que le système juridique sanctionne des obligations excessives imposées aux intermédiaires techniques même si elles sont prononcées par un juge⁴²⁷. Les libertés fondamentales agissent ici comme des « limites de la responsabilité »⁴²⁸. Ainsi, toute volonté d'accentuer la responsabilité des intermédiaires techniques doit se concilier avec les libertés des utilisateurs de l'internet⁴²⁹, ce qui n'exonère toutefois pas l'intermédiaire de toute responsabilité quant aux contenus publiés par des tiers⁴³⁰.

Les conditions de la responsabilité des intermédiaires techniques sont, bien sûr, les premières concernées. Plus largement, c'est l'ensemble de la fonction structurante de la responsabilité appliquée au réseau qui se trouve encadrée⁴³¹. Celle-ci ne se confond pas totalement avec les conditions de leur responsabilité. Elle s'appuie sur la fonction normative

⁴²⁴ M. Vivant, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet », JCP G 1999, I, 180.

⁴²⁵ En ce sens : En ce sens : É. Montéro, Q. Van Enis, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », RLDI 2010/61, n° 2028, n° 2, pp. 86-87.

⁴²⁶ « C'est parce qu'il s'agit d'une liberté fondamentale que le recours à l'autorité judiciaire est ici nécessaire. L'HADOPI, « qui n'est pas une juridiction », est incompétente. » (L. Marino, D. 2009, obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, préc.).

⁴²⁷ Voy. les arrêts *Scarlet* et *SABAM* (*supra*, n° 95).

⁴²⁸ C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012, p. 827⁺.

⁴²⁹ La neutralité, si elle peut recouper certaines fonctions de l'intérêt général, semble ici s'en différencier, car l'intérêt général peut être utilisé tout autant pour accroître la responsabilité que pour la diminuer (C. Pérès, *L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité*, in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ, Lextenso Édition*, 2008, pp. 805-834). Toutefois, nous verrons que la neutralité peut également, au travers du standard d'ouverture qui en est le prolongement, accentuer la responsabilité de certains acteurs (*infra*, n° 447 s.).

⁴³⁰ L'exploitant d'un site internet peut être condamné pour des messages injurieux déposés par ses visiteurs s'il ne fait pas preuve de diligence pour les retirer et s'il ne met pas en place des outils aptes à éviter des débordements prévisibles : CEDH, 10 oct. 2013, n° 64569/09, aff. *Delfi AS c/ Estonie* : Légalis. Confirmé par la grande chambre : CEDH, grande ch., 16 juin 2015 n° 64569/09, *Delfi AS c/ Estonie* : JCP G, 2015, 798 obs. K. Blay-Grabarczy ; RLDI 2015/117 n°3793 obs. L. C. – Ces exigences ne sont pas de nature à obérer la neutralité. Elles viennent, selon notre opinion, la compléter (*infra*, n° 429 s.).

⁴³¹ Sur cette fonction voy. *supra*, n° 30 s.

de la responsabilité civile dont la nature est de modeler les comportements sans qu'un juge ne se prononce sur chaque cas concret. La simple crainte de son intervention peut suffire. Or, les intermédiaires techniques ne sont pas aptes à recréer le mécanisme de mise en balance des intérêts et d'équilibre des droits propres à la décision juridictionnelle. La crainte peut les pousser à agir alors qu'une décision juridictionnelle ne les y aurait pas contraints. Le législateur, tout comme le juge, doit donc prêter une grande attention aux effets normatifs du droit en ce domaine. Les limitations de responsabilité doivent être suffisamment claires et perceptibles pour que les intermédiaires ne soient pas incités à prendre des précautions altérant les libertés des utilisateurs au-delà du nécessaire.

Il n'est certes pas illicite pour un intermédiaire d'être prudent. Mais cette prudence, quand elle aboutit à restreindre l'exercice des libertés des utilisateurs, ne doit pas lui être dictée par la crainte d'une sanction. C'est une question de cohérence. S'il est reconnu que l'intermédiaire « *n'a pas, de sa propre initiative, à assurer le contrôle de la légalité des usages de l'internet* »⁴³², la responsabilité civile ne doit pas l'inciter en sens inverse. C'est la condition pour que l'internet reste le vecteur des droits et libertés qui justifient sa protection. Frank La Rue, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, ne disait pas autre chose en 2011. « *Le rapporteur spécial estime que les mesures de censure ne devraient jamais être déléguées à une entité privée, et que nul ne doit être tenu pour responsable d'un contenu publié sur l'internet dont il n'est pas l'auteur.* »⁴³³.

108. – Ainsi, la responsabilité des intermédiaires techniques ne doit pas les contraindre à mettre en place des mesures de prévention excessives parce qu'elles seraient contraires au droit des utilisateurs de l'internet. Sa normativité doit encore moins les inciter à de telles mesures, car elles seraient prises sans qu'un juge ne les contrôle. Il faut cependant souligner que les limitations de responsabilité exigées afin de ménager les droits fondamentaux ne nous semblent porter que sur certains comportements qui sont ceux d'un intermédiaire neutre. La protection de l'internet par le biais des libertés fondamentales pouvant largement se comprendre comme la protection de sa neutralité⁴³⁴. Toute activité non neutre n'est donc pas concernée par les limitations de responsabilité. ***Ce qui laisse la voie ouverte à des mesures de***

⁴³² ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, Les Actes de l'ARCEP, sept. 2010, p. 22.

⁴³³ Rapport Nations Unies, A/HRC/17/27, 16 mai 2011, n° 43 (« *The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity, and that no one should be held liable for content on the Internet of which they are not the author.* »)

⁴³⁴ Voy. *supra*, n° 96 s.

prévention du moment qu'elles n'entravent pas les libertés des utilisateurs.

II. – Des limitations de responsabilité inscrites dans le droit de leur temps

109. – La légitimité des contraintes pesant sur le droit de la responsabilité. La responsabilité des intermédiaires techniques, du fait de son impact systémique, se trouve prise dans un champ de force qui la dépasse. Les impératifs politiques et sociologiques lui sont très étroitement liés. Est-il légitime de les prendre en considération pour établir le régime de responsabilité des intermédiaires techniques ? Il n'est pas sûr que l'internet soit réellement spécifique sur ce point. La responsabilité civile a toujours été le réceptacle de forces créatrices extérieures au droit⁴³⁵. L'apparition de la théorie du risque, à la fin du XIX^e siècle, illustre mieux que nulle autre les luttes sociales, politiques et économiques qui peuvent traverser cette matière⁴³⁶. Depuis, si la société a changé, si les enjeux se sont mondialisés, les luttes sociales, politiques et économiques sont toujours présentes. Le professeur Mustapha Mekki a démontré, à la suite notamment de François Ewald⁴³⁷, l'existence de ces liens profonds unissant la responsabilité civile et les mouvements économiques et sociaux de son temps⁴³⁸. « *Tout en révélant l'état de la société, [la responsabilité civile] la transforme à son tour par un effet circulatoire.* »⁴³⁹. Ces deux aspects sont d'autant plus interpénétrés sur l'internet que la définition du rôle des intermédiaires techniques a une incidence directe sur le degré de liberté et sur le risque de dommages portés par le réseau.

110. – La spécificité de la force exercée par les libertés fondamentales. La réelle particularité des forces qui agissent sur la responsabilité des intermédiaires est qu'elles se drapent du qualificatif de fondamentales. Tout l'édifice du droit de la responsabilité sur l'internet s'en trouve pénétré. Cela s'inscrit dans un processus plus large de « fondamentalisation » du droit⁴⁴⁰ dont l'internet est sûrement le laboratoire le plus visible.

⁴³⁵ Comp. L. Bach, « *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français* », RTD civ. 1977, p. 19, n° 4, pour qui, le fondement de la responsabilité « doit être recherché dans un principe qui se situe, de soi, c'est-à-dire initialement, en dehors du droit, autrement dit, dans une norme, dans un principe métajuridique. ».

⁴³⁶ Sur les luttes auxquelles cette théorie a donné lieu en doctrine : Viney et Jourdain, t. I, n° 49 à 50-1.

⁴³⁷ F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986, 608 p.

⁴³⁸ M. Mekki, « *La cohérence sociologique de la responsabilité civile* », in *Études Offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 739-762 : l'auteur décrit notamment le droit de la responsabilité civile, à la fois, comme un droit d'équilibre entre faits et droit (n° 6 s., p. 746 s.), entre droit et politique (n° 8 s., p. 747 s.) et comme un droit aux fonctions attachées à des colorations sociales (n° 13 s., p. 751 s.).

⁴³⁹ M. Mekki, *op. cit.*, n° 5, p. 745.

⁴⁴⁰ Sur les relations entre la responsabilité civile et des libertés fondamentales, voy. la thèse de Bénédicte Girard préfacée par Muriel Fabre-Magnan : *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ,

« Ce que l'on trouve souvent face à face, ce n'est plus la faute d'une part et le préjudice de l'autre, mais les droits de l'une et de l'autre partie, qui sont entrés en conflit. D'une part, la liberté d'action et de l'autre, le droit à la sécurité. »⁴⁴¹. Le constat effectué par Starck en 1947 s'est depuis généralisé jusqu'à imprégner l'élaboration des lois. Car la toute-puissance du législateur est elle aussi soumise à ces limites. « Il y a des manières de faire (et en l'occurrence de légiférer) qui ne sont tout simplement pas acceptables » écrivait le professeur Michel Vivant à propos du contournement de la décision DADVSI par la première loi HADOPI⁴⁴². Les juridictions constitutionnelles et supranationales le rappellent régulièrement au législateur⁴⁴³.

§ 2. – Une victoire des faits sur le droit ?

111. – Conservation et destruction. Si « l'internet a « dilaté » les libertés individuelles »⁴⁴⁴, il a souvent rapproché leur exercice de l'abus. L'esprit de conservation propre aux juristes⁴⁴⁵ devrait les conduire à porter leur attention, avant tout, sur les usages défiant des règles juridiques anciennes plutôt que sur le berceau des usages vertueux. D'autant plus que la reconnaissance de ces usages vertueux au niveau constitutionnel entre en concurrence, au même niveau, avec le principe de responsabilité pour faute⁴⁴⁶. Ce serait pourtant une simplicité que d'affirmer que le droit a pour objet la conservation⁴⁴⁷. L'une des

2015, 405 p. (spé. n°s 181 s. pour la description de limitations de responsabilité au nom d'un droit fondamental de l'auteur du dommage). – Sur le mouvement général de « fondamentalisation » du droit privé, voy. l'étude de Xavier Dupré de Boulois : « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », JCP G, 2007, n° 49, I, 211, cette technique y est notamment décrite comme un moyen de concilier des droits (n° 11) et de les hiérarchiser (n° 12). La responsabilité civile sur l'internet en donne une nouvelle illustration. *Adde* : N. Molfessis (préf. M. Gobert), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, 602 p., soulignant l'ancienneté de l'influence du droit constitutionnel sur le droit privé (spé. n°s 5-7, pp. 4-8). – Pour une approche critique, voy. not. : J. Foyer, « Le droit civil dominé », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 13-20.

⁴⁴¹ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, p. 43.

⁴⁴² M. Vivant, « Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon », RLDI 2009/51, éditorial, p. 3.

⁴⁴³ Le législateur européen compris, cf. l'invalidation de la directive 2006/24/CE relative à la conservation des données de connexion par la CJUE (8 avr. 2014, C-293/12 et C-594/12, aff. *Digital Rights Ireland c/ Minister of communications et a.* : voy. *infra*, n° 537)

⁴⁴⁴ M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, p. 197.

⁴⁴⁵ René Savatier (« *Le droit et l'accélération de l'histoire* », D. 1951, chron., p. 31-31) a montré, en réponse à George Ripert, que les juristes ont tendance à opposer au changement leur *tempérament* (celui-ci les portant à considérer le droit comme un instrument de sécurité permettant à l'homme de prédire à l'avance les conséquences sociales de ses actes) et leur *expérience humaine* (l'histoire et le droit comparé les incitant à se méfier des changements trop rapides). – Comp. : Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 9 s.

⁴⁴⁶ Cons. const., 22 oct. 1982, n° 82-144 DC, spé. § 3 affirmant que « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». La portée de cette consécration est cependant incertaine, voy. *infra*, n° 134.

⁴⁴⁷ Certains ont même pu soutenir l'inverse, voy. : G. Farjat, « Au-delà des concepts émergents du droit des

plus visibles manifestations en est l'existence d'un droit de nuire dont le jeu trouble sur l'internet ne peut qu'interpeller (I). La prime donnée au fait est renforcée par la mécanique naturelle du droit de la responsabilité, impliquant une réponse *a posteriori*. La prévalence temporelle du dommage sur la réponse juridique lui laisse le temps de produire ses effets (II).

I. – Le jeu trouble du droit de nuire

112. – Des dommages échappant au droit. Il est des cas où un déplacement de valeur ne concerne en rien le droit de la responsabilité. L'économie de l'internet, faite de pratiques nouvelles et concurrentes, implique nécessairement que de nouveaux acteurs se développent alors que d'autres en souffrent. Il y a là un premier point d'achoppement. « *Aucun des géants industriels d'hier n'acceptera sans protester cette réaffectation.* »⁴⁴⁸. Parallèlement, des dommages gravement illégitimes sont tous les jours produits par l'internet. Dans un tel environnement, il devient parfois difficile de faire la part des dommages qui relèvent du droit ou du fait. Il faut tout d'abord observer que l'évolution des usages est nécessairement dommageable (A) pour ensuite constater qu'elle s'inscrit dans un profond processus d'évolution économique et technique (B). Si ce processus est souvent vu avec bienveillance, il importe de prendre conscience de ce qu'il implique en termes de destruction.

A. – La nature dommageable de l'évolution des usages

113. – Dommages et vie en société. « *Nous sommes si voisins les uns des autres qu'il nous devient impossible d'agir sans risquer de causer un dommage à autrui et cependant nous sommes toujours condamnés à agir.* »⁴⁴⁹. Le constat est toujours aussi actuel dans le contexte de l'internet. Pour en comprendre les implications contemporaines, il faut se défaire de la vision d'une liberté consistant à « *pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » comme l'affirme l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en miroir de laquelle, la doctrine affirme classiquement l'existence d'un devoir général de ne pas nuire à autrui⁴⁵⁰. Or, l'exercice de la Liberté – si l'on admet du moins qu'elle comprend la liberté

affaires », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, spé. p. 8, n° 14 : « *Les concepts fondateurs du droit ne sont-ils pas en eux-mêmes créateurs-destructeurs ? La propriété détruit la liberté de tous, mais elle permet la construction, l'innovation. La personnalité juridique détruit l'harmonie ou la hiérarchie des vieux ordres sociaux mais elle permet la liberté créatrice.* »

⁴⁴⁸ Y. Benkler (trad. A. Clerq-Roques et alii), *La richesse des réseaux. Marchés et libertés à l'heure du partage social*, Presses universitaires de Lyon, 2009 (2006), p. 54.

⁴⁴⁹ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965, 6^e éd., t. I, n° 13, pp. 9-10.

⁴⁵⁰ R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. I, spé. n° 6, p. 8 et n°

d'entreprise, la liberté d'association, la liberté d'expression... – nuit objectivement, dans bien des cas, à autrui⁴⁵¹. « *Il n'est point vrai qu'il soit absolument interdit de léser les droits et a fortiori les intérêts d'autrui.* »⁴⁵². Le droit ne peut prohiber toute situation nuisible à autrui sous peine de paralyser toute activité. « *Ce qui est interdit, ce n'est pas la lésion des droits ou intérêts d'autrui en elle-même, mais leur lésion illicite.* »⁴⁵³.

114. – Caractère dommageable de l'exercice des droits subjectifs. La responsabilité sait déjà depuis longtemps qu'elle a souvent à trancher entre des droits concurrents⁴⁵⁴. L'existence d'un droit de nuire ne se révèle réellement que dans cette opposition de droits. « *C'est de leur heurt que naissent les problèmes de responsabilité sous leur forme moderne. Pour les résoudre, un choix devient nécessaire, il faut donner préférence à l'un ou l'autre des droits en conflit, établir entre eux une sorte de hiérarchie.* »⁴⁵⁵. À partir de ce constat, Starck développe l'idée qu'il existe, dans certaines hypothèses, un véritable droit de nuire⁴⁵⁶. Il reprendra plus tard cette idée, toujours en défense de sa théorie de la garantie, en affirmant fortement que « *tout droit subjectif, toute liberté individuelle, confère à celui qui l'exerce une certaine faculté de nuire impunément.* »⁴⁵⁷. Or, l'exercice de droits subjectifs sans une pesée permanente à l'aune de l'intérêt général présente le risque d'une destruction du droit dans ses fondements mêmes⁴⁵⁸. « *Le droit de nuire lui-même étant organisé par le droit objectif ne saurait être étranger à la recherche de l'intérêt général.* »⁴⁵⁹. La solution du conflit de droits relève de choix politiques et économiques forts⁴⁶⁰. Lorsque ce n'est pas la loi qui règle

35, pp. 47-48. – La jurisprudence y fait également référence, not. Com., 8 oct. 2002, n° 98-22.858 : JCP G 2003-I-152, n° 3, G. Viney.

⁴⁵¹ René Savatier relevait alors des exceptions au devoir général de ne pas nuire à autrui qu'il qualifiait de « *droit de nuire* » (*Traité préc.*, n°s 36-37, pp. 48-50).

⁴⁵² G. Marty, « *Illicéité et responsabilité* », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 343.

⁴⁵³ M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 209.

⁴⁵⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Librairie du Recueil Sirey, 1939, 3^{ème} éd., t. II, n° 425, p. 243 : « *Il ne suffit pas que le demandeur allègue et prouve qu'il a été lésé dans son droit ; encore faut-il que son adversaire ne puisse pas lui opposer un droit plus fort, positif ou négatif : il arrive, en effet, que nous ayons le droit de léser le droit d'autrui par une initiative ou par une abstention.* ». La faute est « *le point de rencontre de deux droits opposés, dont le plus fort a raison du plus faible* » (n° 426, p. 244).

⁴⁵⁵ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, p. 43.

⁴⁵⁶ B. Starck, *op. cit.*, pp. 157-161 : parmi les exemples les plus typiques, Starck cite le dommage concurrentiel, l'action en justice où encore le droit de grève.

⁴⁵⁷ B. Starck, « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* », RTD civ. 1958, p. 505, n° 25. À noter que le conflit d'intérêts qui met en scène la théorie du droit de nuire n'est, pour Starck, nullement spécifique à la théorie de la garantie qu'il défend (n° 25 *in fine*).

⁴⁵⁸ Dans l'optique d'un droit de nuire condamnable parce que témoignant de l'exercice égoïste de droits subjectifs, voy. C. Atias, « *Le droit de nuire* », D. 1997, p. 385-386.

⁴⁵⁹ J. Karila de Van, « *Le droit de nuire* », RTD civ. 1995, p. 536.

⁴⁶⁰ B. Starck, *op. cit.*, p. 161.

directement ces questions, la notion de faute s'en trouve généralement saisie⁴⁶¹.

Les droits subjectifs qui s'exercent sur l'internet ne sont pas différents de ceux qui s'exercent en dehors du monde numérique. Ils sont porteurs d'un droit de créer des dommages de manière licite dont les effets sont démultipliés par la protection accordée aux usages⁴⁶².

115. – La simple application des règles de droit commun est susceptible de consacrer de nouveaux droits, sources d'autant de nouveaux contentieux. Le professeur Geneviève Viney a souligné que « *l'une des fonctions – assez méconnue – de la responsabilité civile consiste, non seulement à assurer le respect des droits subjectifs déjà consacrés par le droit positif, mais aussi à en faire apparaître d'autres qui ne sont pas encore reconnus ou formulés* »⁴⁶³. Le droit privé, plus encore que le droit public, s'autorise par cette voie à consacrer des droits fondamentaux⁴⁶⁴. La liberté d'expression a déjà servi de support à l'émergence de nouveaux droits auxquels il n'est pas possible de s'opposer sans motifs sérieux et légitimes⁴⁶⁵. L'internet peut ainsi être le berceau de nouveaux droits, tels le droit au développement numérique par ailleurs proposé⁴⁶⁶ ou le droit à l'oubli numérique déjà palpable en jurisprudence⁴⁶⁷. La doctrine se montre souvent méfiante vis-à-vis de la consécration de droits subjectifs créant de nouveaux cas de responsabilité⁴⁶⁸. « *Le pullulement des droits subjectifs est un facteur d'inflation du droit* », soumis à une « *infinité de passions individuelles* » dénonçait le doyen Jean Carbonnier⁴⁶⁹. L'aspect conflictuel de la lutte pour le droit sur l'internet est renforcé par la revendication de ces nouveaux droits. Elle est pourtant le simple fait de l'application du droit dans un environnement hautement évolutif.

⁴⁶¹ En ce sens, Juliana Karila de Van souligne que « *dans un système libéral, la concurrence qui résulte de l'affrontement des initiatives individuelles et qui entraîne souvent un véritable droit de nuire, est considérée comme socialement bénéfique, parce que créatrice de richesses. Un système dirigiste au contraire considère avec suspicion la libre initiative individuelle et il est surtout sensible aux dommages que celle-ci peut causer.* » (« *Le droit de nuire* », RTD civ. 1995, p. 556).

⁴⁶² Sur la prévalence temporelle du dommage, voy. *infra*, n° 118.

⁴⁶³ G. Viney, JCP G, 1997, I 4025 obs. ss. Civ. 1, 5 nov. 1996, SNC Prisma Presse c/ Mme G. – Adde, soulignant le rôle de règles de droit commun dans la reconnaissance des droits de la personnalité et dans la reconnaissance d'un véritable droit à l'information au profit des consommateurs : G. Viney, « *Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ?* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, spé. pp. 560-562, n°s 9-10. – Pour une description minutieuse des mécanismes à l'œuvre et une conclusion moins critique que celle évoquée *infra* : T. Azzi, « *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs* », RTD civ 2007, p. 227⁺.

⁴⁶⁴ X. Dupré de Boulois, « *Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé* », JCP G, 2007, n° 49, I 211, n° 24 s.

⁴⁶⁵ CA Versailles, ch. 4, 1^{er} déc. 1995 : Juris-Data n° 1995-047255 : reconnaissance de la liberté fondamentale d'installer une antenne réceptrice de radiodiffusion fondée sur la loi du 2 juillet 1966. Liberté à laquelle une copropriété ne peut s'opposer sans motifs sérieux et légitimes. – Adde en même sens : CA Paris, ch. 23, sect. B, 26 nov. 1998 : Juris-Data n° 1998-023180.

⁴⁶⁶ M.-C. Roques-Bonnet, *op. cit.*, pp. 287 s.

⁴⁶⁷ Voy. *infra*, n°s 286 s. et 317 s.

⁴⁶⁸ Viney et Jourdain, t. II., n° 449.

⁴⁶⁹ J Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, éd. Flammarion 1996, p. 124.

B. – Un puissant processus d'évolution économique

116. – L'utilité économique du droit de nuire. Sur l'internet comme ailleurs, le droit de la responsabilité a pour fonction de déplacer la charge du préjudice de la victime vers le responsable⁴⁷⁰, mais « *la sollicitude pour les victimes ne se suffit évidemment par à elle-même, et il convient de préciser à quelles conditions et dans quelle mesure ce déplacement pourra être perçu comme juste.* »⁴⁷¹. Tout préjudice n'est donc pas réparable. Il est même sain que certains ne le soient pas, car ils ne sont que le fruit de l'évolution sociale et technique⁴⁷². Qui penserait à engager la responsabilité de la marine à vapeur pour indemniser la marine à voiles ? Sur l'internet, il est aujourd'hui très difficile de déceler cette limite entre le préjudice « naturel » et le préjudice « digne » d'être réparé. Le droit de la responsabilité lui-même ne dispose plus d'outil intact pour identifier ces domaines : son objectivisation croissante a peu à peu réduit la part de l'analyse du fait générateur de responsabilités pour favoriser l'indemnisation des victimes. Il est donc difficile, aujourd'hui, d'analyser le seul comportement du prétendu responsable pour décider de sa condamnation. Il est tout autant difficile d'analyser le seul dommage, car l'internet met en lumière la nécessité pour la vie économique et le progrès social des dommages. Le droit de la responsabilité moderne, parce que focalisé sur l'indemnisation, avait peut-être oublié cette vérité.

117. – D'un point de vue économique, une part des dommages causés par l'internet apparaît comme nécessaire dans le système économique des pays occidentaux. Schumpeter a décrit le processus de destruction créatrice par lequel s'opère l'évolution économique capitaliste. Cette évolution n'est pas linéaire, elle s'opère par la destruction d'activités anciennes, remplacées sur le long terme par des activités plus adaptées⁴⁷³. En droit, c'est la

⁴⁷⁰ Écartons l'idée, défendue par Josserand (« *La responsabilité envers soi-même* », D. 1934, chron., pp. 73-76), qu'il existerait une responsabilité envers soi-même. La conception défendue par H. et L. Mazeaud dans leur traité (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965, 6^e éd., t. I), certes plus classique, emporte notre adhésion en ce qu'elle affirme « *qu'une personne est responsable chaque fois qu'elle doit réparer un dommage* » (n° 3) et que « *le terme « réparer » implique que le préjudice n'est pas subi par celui qui en est l'auteur.* » (n° 4). – Pour une approche contemporaine de la question, voy. C. Cassagnabère, *La responsabilité envers soi-même*, th. Rennes 1, 2011, 573 p. (spé. sur la controverse doctrinale : n° 33 à 49).

⁴⁷¹ Brun, n° 146, p. 95.

⁴⁷² Bénédicte Girard observe que la « *reconnaissance de l'utilité sociale de certains comportements dommageables* » nécessite bien souvent le recours aux libertés fondamentales (op. cit., n° 261-265, p. 273-278). L'internet en donne une nouvelle illustration.

⁴⁷³ J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Coll. numérisée Les classiques des sciences sociales, 1942, Chap. 7 : Le processus de destruction créatrice « *révolutionne incessamment de l'intérieur la structure économique, en détruisant continuellement ses éléments vieillissants et en créant continuellement des éléments neufs. Ce processus de Destruction Créatrice constitue la donnée fondamentale du capitalisme : c'est en elle que consiste, en dernière analyse, le capitalisme et toute entreprise capitaliste doit, bon gré mal gré, s'y adapter.* ».

licité du dommage concurrentiel⁴⁷⁴ qui permet, en premier lieu, à ce processus de s'opérer. Plus avant, le professeur Suzanne Carval a souligné que « *le dommage concurrentiel est non seulement licite, mais encouragé dans son principe, parce que gage d'un marché actif qui peut seul conduire à l'allocation optimale des ressources. Dans ces conditions, la vocation classique de la responsabilité – l'indemnisation d'un préjudice – ne trouve pas à s'exprimer. Par contre, ses capacités normatives et sanctionnatrices s'avèrent de précieux instruments.* »⁴⁷⁵. Alors, pour que les effets économiques bénéfiques attendus de l'internet se fassent pleinement ressentir, il apparaît impérieux que la responsabilité civile intègre ces enjeux. Pour peu qu'elle sache poser la frontière de l'abus, elle devrait permettre de garantir une concurrence saine et loyale entre les acteurs de l'internet et les acteurs du monde physique, ainsi qu'entre les acteurs de l'internet eux-mêmes. Il n'est toutefois pas certain qu'elle sache le faire. Les bouleversements économiques causés par l'internet sont d'une telle ampleur qu'il est difficile d'identifier le dommage concurrentiel licite et celui qui ne l'est pas. La volonté du législateur de compenser certains manques à gagner par des mécanismes de « taxation », détachés de l'idée de responsabilité, ajoute au flou des notions⁴⁷⁶.

II. – L'incidence de la prévalence temporelle des dommages

118. – Changement d'échelle de temps. Napoléon 1^{er} se félicitait qu'il lui faille quatre jours pour se rendre de Rome à Genève, alors qu'il en a avait fallu huit à César presque 2000 ans plus tôt⁴⁷⁷. Notre droit, qui aime à se rappeler son ancrage romain et ses origines napoléoniennes, ne peut ignorer qu'une information peut aujourd'hui faire le tour de la terre en quelques millisecondes. Le temps n'a plus la même échelle⁴⁷⁸. Le droit est assurément une science de réaction, mais s'il est un domaine où il peine à rattraper les faits, c'est bien celui des nouveaux moyens de communication. Une telle accélération est un phénomène inédit.

119. – Une chance pour les faits. Lorsque deux droits entrent en conflit, Juliana Karila de

⁴⁷⁴ La légitimité du dommage concurrentiel est soulignée par la doctrine depuis maintenant longtemps, voy. not. : R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. I, n° 48, p. 63. – M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1952, t. VII *Obligations. Deuxième partie*, n° 514, pp. 696-698.

⁴⁷⁵ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 116, p. 122.

⁴⁷⁶ Sur ces mécanismes et les dérives possibles : *infra*, n°s 142, 628 s.

⁴⁷⁷ Napoléon, *Précis des guerres de Jules César*, Gosselin, éd. 1836, p. 33.

⁴⁷⁸ Sur les prémices de ce phénomène, à l'aube de ce qu'il est convenu d'appeler la « société de l'information » : R. Savatier, « *Le droit et l'accélération de l'histoire* », D. 1951, chron., pp. 29-32, en réponse à G. Ripert qui voyait le droit, avant tout, comme un élément stable dans un monde mouvant.

Van observe que « les deux droits étant a priori égaux, [ils] ne vont pas s'exercer en même temps en ce sens que celui qui demandera au juge le respect de son droit à ce qu'on ne lui nuise pas ne pourra le faire qu'à partir du moment où l'exercice du droit de nuire aura atteint un certain seuil. »⁴⁷⁹. La nuisance a alors le temps de porter ses effets avant même que le droit n'ait pu s'en saisir. C'est le modèle sur lequel l'internet a toujours fonctionné : publier d'abord, réguler ensuite⁴⁸⁰ : règle d'action nécessaire au progrès, mais véritable danger sur un réseau diffusant l'information instantanément. Car il n'y a pas que les catastrophes suscitées par l'ère moderne qui peuvent engendrer des effets irrémédiables. Le même résultat peut émerger d'un processus beaucoup plus diffus. Le propre de la responsabilité civile est bien de rétablir l'équilibre détruit par le dommage⁴⁸¹, mais cela n'est bien souvent qu'un idéal jamais atteint. L'intervention *a posteriori* de la responsabilité ne permet pas, dans bien des cas, d'effacer le dommage. On se contentera par le jeu des équivalences de faire « comme si »⁴⁸². À vrai dire, lorsqu'il s'agit d'atteinte à l'image ou à la vie privée, « le mal est fait ». Dans tous les cas, la réponse juridique est apportée longtemps après le dommage. Sur un support aussi mouvant que l'internet, il a largement le temps de porter ses effets.

120. – La difficulté à contrecarrer le droit de nuire. L'exercice des droits subjectifs que permet l'internet n'est pas efficacement contrecarré par les droits qu'ils contrarient du fait de l'ineffectivité ou du retard de ces derniers. À une époque où l'idéologie de la réparation a pénétré l'esprit de l'homme de la rue, l'internet remet en selle une certaine fatalité. Lorsque le droit ne saisit pas rapidement l'apparition de nouveaux faits, les comportements dommageables bénéficient d'une prime qui les ancre dans le temps. Les sujets de droit prennent l'habitude des comportements en cause ; les faits s'éloignent du droit. Si par la suite, le système juridique décide d'affirmer son effectivité, le jeu de la normativité a d'autant plus de mal à se restaurer que les comportements visés sont généralisés, habituels et profitables à ceux qui les adoptent. Le phénomène est particulièrement frappant en ce qui concerne le droit d'auteur sur l'internet⁴⁸³. Les effets du droit de nuire sont alors renforcés par des activités

⁴⁷⁹ J. Karila de Van, « Le droit de nuire », RTD civ. 1995, p. 546.

⁴⁸⁰ D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 39.

⁴⁸¹ Selon la célèbre formule de Savatier reprise régulièrement par la Cour de cassation, voy. *infra*, n° 636.

⁴⁸² Ce qui ne doit pas exclure de poursuivre un idéal comme le souligne le professeur Philippe Brun : « *ce n'est pas parce que l'on sait qu'il n'est pas possible d'offrir à la victime de graves lésions corporelles d'effacer purement et simplement son dommage qu'il ne faut pas, avec lucidité mais avec détermination, essayer sans relâche d'approcher cet objectif, si ce n'est de l'atteindre* » (« Le droit en « principes » : la réparation intégrale en droit du dommage corporel », RLDC, 2013/110, suppl., n° 5245).

⁴⁸³ Une situation que Silke von Lewinski résume ainsi : « *from the beginning on, it was possible for anyone to upload, and also to access and download other persons' works from the internet - whether legally or illegally. This may have created the impression of consumers to have a right to use and exploit such works; after they have benefited from such a factual situation, it is all the more difficult to explain them that authors' works are*

illicites troublant son jeu « *nécessaire et normal* »⁴⁸⁴.

121. – De l'exercice des droits à la protection des droits. Sur l'internet, des droits ont acquis une protection juridique facilement, car leur exercice n'a que peu été freiné par des droits concurrents. Il ne s'agit pas seulement d'une question d'ineffectivité, la bonne application de règles de droit renforce parfois cet état de fait. Ainsi, les courtes prescriptions applicables aux délits de presse réduisent les chances d'indemniser le préjudice qui en découle⁴⁸⁵ et affirment la liberté d'expression dans sa prépondérance. Mais c'est surtout le retard de la réponse juridique qui a permis d'attacher à l'internet la protection juridique dont il bénéficie. Par l'exercice de libertés non encadrées, l'internet a fait la preuve qu'il permettait leur exercice. S'il n'est pas question de voir ces libertés comme absolues, il est devenu impératif de ne pas les obérer. La protection juridique reconnue à l'internet s'appuie sur l'importance prise par ses usages dans les sociétés démocratiques. Les juridictions suprêmes interprètent les dispositions qu'elles appliquent à la lumière des conditions de vie actuelle. Cet ancrage dans le présent des libertés fondamentales est une force. La responsabilité intervient en décalage alors que les libertés fondamentales n'attendent pas. Lorsqu'il est question de légiférer sur des questions de responsabilité, l'œuvre législative doit aujourd'hui faire avec un droit déjà entier, efficace dans sa protection. Le droit de la responsabilité ne se suffit plus à lui-même, il doit s'appuyer sur le caractère fondamental des droits qu'il protège pour espérer passer les fourches caudines des contrôles fondamentaux. Or, ceux-ci ont déjà démontré leur efficacité pour limiter la responsabilité.

Section 2. – L'impérative réponse aux usages dommageables

122. – À « *l'idéologie du réseau [qui] porte en elle la suppression du politique et de tout ce qui peut gêner la fluidité et la circulation* »⁴⁸⁶, le droit de la responsabilité oppose sa considération pour les dommages (§ 1). Leur indemnisation et la sanction des auteurs de faits illicites sont ses domaines classiques. Eu égard à l'importance économique de l'internet déjà évoquée, il n'est pas étonnant que la charge des préjudices que la responsabilité civile est susceptible de déplacer mobilise la force des lobbys sur ces questions (§ 2).

protected also in the internet. » (« *What is wrong with Copyright?* », PlanetAgora, 2005)

⁴⁸⁴ B. Starck, « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* », RTD civ. 1958, p. 505, n° 25.

⁴⁸⁵ Chose renforcée sur l'internet par le point de départ du délai fixé au premier jour de la publication (sur ce point : *infra*, n° 574).

⁴⁸⁶ P. Musso, « *La rétiologie* », Quaderni, n° 55, Automne 2004, p. 24.

§ 1. – *Le constat de l'importance des dommages subis sur l'internet*

123. – Le phénomène dommageable. Il ne sera pas ici question de l'évaluation individuelle du préjudice⁴⁸⁷, mais de la constatation, sur un plan général, des dommages causés par l'internet. « *Le dommage est une notion de pur fait ; le préjudice, imputé à partir du dommage, est une notion de pur droit* » pour reprendre la belle phrase de Jérôme Fischer⁴⁸⁸. Certains dommages donneront lieu à indemnisation, d'autres resteront dans le domaine du fait, tous devront ici être envisagés pour prendre la mesure du phénomène et peser les enjeux qui y sont attachés. Le constat de l'ampleur des dommages causés par l'internet saisit fortement la responsabilité civile, car les dommages ont souvent été l'agent principal de son évolution (I). Il faut pourtant souligner que ce constat ne porte que sur l'une des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, ce qui implique que les enseignements à en tirer pour sa construction restent limités (II).

I. – La force du constat

124. – Impossible typologie. Les défis que la neutralité pose au droit portent sur les domaines qu'elle favorise. Quiconque peut agir sur l'internet avec une variété de comportements seulement limitée par l'inventivité humaine. Le risque attaché aux libertés se trouve alors dans l'abus. Abus de la liberté de communication, abus des libertés économiques, abus de la Liberté par laquelle la responsabilité civile se définit et se justifie traditionnellement. Autant de cas qui portent des risques importants pour les personnes (A) et qui causent des pertes économiques significatives (B).

A. – Les risques pour les personnes

125. – Le risque de dommages corporels. Historiquement, le dommage corporel est à l'origine de nombreuses évolutions et torsions de la matière⁴⁸⁹. Or, il n'est pas besoin d'avoir

⁴⁸⁷ Cette question sera traitée *infra*, n^{os} 635 s.

⁴⁸⁸ J. Fischer, « *Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile* », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 388.

⁴⁸⁹ Sur la « *supériorité du préjudice corporel* », et les moyens d'optimiser son traitement : X. Pradel (préf. P. Jourdain), *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n^{os} 242-336. – Pour une description des évolutions insufflées par la volonté d'indemniser les dommages corporels depuis le fondateur arrêt *Teffaine* : Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2012, n^{os} 19-24, pp. 14-20. – Il faut particulièrement souligner la place des nombreux fonds d'indemnisation mis en place pour répondre aux dommages corporels. « *Par un effet réflexif, le droit des fonds d'indemnisation semble à son tour servir de modèle en exerçant une force d'attraction* » dans le but de garantir

beaucoup d'imagination pour concevoir des cas où l'internet peut être impliqué dans la survenue de dommages corporels. On y trouve des recettes pour fabriquer des bombes, des régimes alimentaires peu recommandables et des salons de discussion mal fréquentés. Tout cela est alarmant⁴⁹⁰. La jurisprudence donne quelques exemples illustrant ce que l'esprit humain le plus mauvais a été capable de faire de l'internet. Incitation au viol⁴⁹¹ ou incitation au suicide suivie d'effet⁴⁹² en sont quelques exemples regrettables.

L'apologie du terrorisme, la pédopornographie ou encore l'incitation à la haine raciale sont porteurs de risques plus systémiques. Le risque de dommage corporel et l'atteinte à l'ordre public que portent ces abus plaident contre toute conception absolue de la neutralité du *net*⁴⁹³. Toutefois, le dommage corporel se réalise nécessairement dans le monde physique. Que l'internet l'ait parfois facilité n'en fait pas une source réellement spécifique. En réalité, tous les risques générés par l'internet sont nécessairement engendrés par l'abus de la liberté de communication. C'est dans cette perspective qu'il convient d'envisager la question.

126. – De la démocratisation de l'abus de la liberté d'expression. Les possibilités de communications offertes par l'internet sont la cause principale des faits illicites que l'on y trouve. L'internet est bien souvent ressenti comme un lieu sans règles, détaché du monde physique. Ainsi, il facilite les pertes d'inhibitions conduisant certains à exprimer ou à faire sur la toile ce qu'ils n'oseraient jamais assumer dans le monde réel. Ces débordements, si facilement formulés, sont aussi susceptibles de créer de vives et légitimes indignations qui peuvent à leur tour déborder sous la forme de « lynchage numérique ».

Le contexte est pourtant *a priori* très libéral. Le législateur n'ose « *plus poser de normes, dès lors qu'elles risquent d'apparaître comme l'admission de principes moraux* »⁴⁹⁴. En témoigne le développement en toute légalité ou presque de la pornographie sur l'internet. Le droit sait aussi réagir et heureusement. La lutte contre les discriminations, celles envers le racisme, le terrorisme ou la pédophilie sont autant de moteurs du droit de la responsabilité sur l'internet⁴⁹⁵.

127. – La neutralité du *net* rend, non seulement possible l'expression publique de tout un

l'égalité des victimes (M. Mekki, « *Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels* », LPA, 12 janv. 2005, p. 3⁺, n° 16).

⁴⁹⁰ « *Les psychopathes, les violeurs, les racistes et les voleurs y ont fait leur nid* » (Frédéric Lefebvre, J.O.A.N., 15 déc. 2008, p. 8651).

⁴⁹¹ TGI Saint Quentin, 17 oct. 2006, Ministère public, Chantal X., Aline Y. / Stéphane H. : Légalis.

⁴⁹² T. corr. Guingamp, 8 déc. 2008 : RLDI 2009/45, brève, p. 59.

⁴⁹³ Sur ce point : *infra*, n° 140.

⁴⁹⁴ Ph. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, p. 31

⁴⁹⁵ L'historique des évolutions de l'art. 6-I.7 al. 3 de la LCEN en est une bonne illustration. Voy. *infra*, n° 331.

chacun, mais aussi la circulation et la reprise d'informations à une échelle planétaire. Le dénigrement ou le lancement d'une rumeur infondée peuvent avoir des effets considérables dans cet environnement.

Tous les propos tenus sur l'internet n'ont cependant pas la même visibilité et ne produisent donc pas les mêmes dommages⁴⁹⁶. L'internet n'est pas un média comme les autres. Plus exactement, l'internet est, entre autres, un canal de diffusion pour les médias. L'expression peut n'y être destinée qu'à un très faible nombre de personnes, il convient alors de reconsidérer son caractère public⁴⁹⁷. Ce n'est pas dire qu'elle ne peut plus être source de responsabilité⁴⁹⁸.

Même lorsqu'ils sont accessibles au plus grand nombre, des propos dommageables produisent des dommages d'importance variable. Une page dommageable publiée sur un petit site confidentiel ne produira presque aucun dommage. À l'inverse, la même page publiée par le site d'un grand journal produira les dégâts que les médias ont déjà pu produire en dehors de l'internet⁴⁹⁹. Toutefois, un contenu peu visible et donc peu dommageable porte en germe le dommage beaucoup plus important qu'il pourrait occasionner s'il venait à être diffusé à plus grande échelle. La facilité avec laquelle l'information peut être copiée et diffusée sur l'internet commande donc de traiter avec une égale importance la mise hors ligne de tous les contenus, indépendamment du dommage qu'ils ont déjà causé. Ici, le droit de la presse et sa courte prescription sont parfois des obstacles pour l'action des victimes, lesquelles peuvent, dans certains cas, voir dans les dispositions protégeant la vie privée un palliatif.

⁴⁹⁶ Sur la même observation, Dominique Cardon (*op. cit.*, p. 42) écrit que « *tous les contempteurs de l'Internet, qui s'indignent d'y trouver des propos injurieux, racistes, faux, fumeux, diffamatoires ou délirants, ne perçoivent pas cette caractéristique du web. En considérant uniquement le web avec les catégories de l'espace public traditionnel, ils oublient de distinguer accessibilité et visibilité. La plupart des exemples qui nourrissent leurs critiques sont certes accessibles ; mais, pour ce faire, il faut les avoir cherchés intentionnellement avec un moteur de recherche. Ils ne sont pas visibles, pas référencés, pas cités, pas liés, si bien qu'ils dorment dans les zones obscures du web.* »

⁴⁹⁷ Voy. CA Rouen, 15 nov. 2011, Mylène E. c/ Vaubadis (Légalis) : le licenciement prononcé suite à des propos insultants tenus par une salariée envers son employeur sur Facebook a été annulé faute d'apporter la preuve que ces propos n'avaient pas la nature de correspondance privée. La juridiction estime que la preuve d'un paramétrage permettant à des « *personnes indéterminées* » d'accéder à ces propos n'est pas rapportée.

⁴⁹⁸ Civ. 1, 10 avril 2013, n° 11-19.530 (Comm. com. électr. 2013, comm. 81 obs. A. Lepage ; Dalloz Actualité, 24 avril 2013 obs. C. Manara) : la première chambre civile approuve les juges du fond pour avoir constaté le caractère non public de propos tenus sur Facebook et MSN, mais elle les censure pour ne pas avoir examiné si ces mêmes propos n'étaient pas constitutifs d'injures non publiques. – Adde : Crim., 14 mai 2013, n° 12-84042 : appliquant aux courriels le principe selon lequel « *les expressions diffamatoires contenues dans une correspondance personnelle et privée, et visant une personne autre que le destinataire du message qui les contient, ne sont punissables, sous la qualification de diffamation non publique, que si cette correspondance a été adressée dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel* ».s

⁴⁹⁹ Pour le constat de dommages décuplés par la force de diffusion des médias modernes : S. Guinchard, « *Les procès hors les murs* », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, pp. 201-216, voy. spé. p. 204.

128. – Un vaste domaine d'épreuve pour la vie privée. La protection de la vie privée est historiquement liée aux évolutions technologiques. La presse à grand tirage est apparue en même temps que la protection de la vie privée et le droit à l'image est né de la photographie⁵⁰⁰. L'internet donne une nouvelle dimension à ces facteurs. Dès les premières affaires mettant en cause la responsabilité des intermédiaires techniques en France, des actions ont été initiées par des personnes ayant subi une atteinte à leur vie privée⁵⁰¹. Depuis, les risques que l'internet porte pour la vie privée n'ont fait que se confirmer jusqu'à devenir réels pour les simples particuliers⁵⁰². Il est ainsi logique que les juridictions reconnaissent à la vie privée une place importante dans les mécanismes de conciliation de droits à l'œuvre sur l'internet⁵⁰³. Toutefois, du fait même de la nature de la responsabilité qui en découle, détachée du préjudice⁵⁰⁴, toute évaluation chiffrée s'avère difficile et, probablement, inappropriée.

Bien entendu, malgré le haut degré de protection dont il bénéficie⁵⁰⁵, le droit à la vie privée n'est pas plus absolu que tout autre. Il est des hypothèses où il s'efface, particulièrement lorsqu'il est confronté à un usage approprié du droit à l'information⁵⁰⁶. Ce dernier est toutefois largement impuissant à justifier que la vie privée des particuliers, amplement exposée sur les réseaux sociaux, fuit sur la place publique. L'usage très répandu de ces sites destinés à la publication de contenus limitée à un cercle privé, voire intime, renforce l'impératif de protection de la vie privée, tout en lui donnant un parfum légèrement suranné tant ce souci paraît loin sur des services où chacun devient la *star* de sa propre vie.

⁵⁰⁰ L. Marino, « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 22⁺, n° 2.

⁵⁰¹ Illustrations : CA Paris, 14e ch., 10 févr. 1999, *Estelle H. c/ Valentin L.* : préc. – TGI Nanterre, 8 déc. 1999, *L. Lacoste c/ Sté Multmania* : préc.

⁵⁰² Les atteintes à leur droit à la vie privée sont d'autant plus intenses que la protection qui leur est reconnue est entière, au contraire de celle des personnalités publiques. Voy. not. : CA Paris, 13 mars 1986 (D. 1986, p. 189 obs. Lindon) : « les limites de la protection de la vie privée, lorsqu'elles s'appliquent au profit d'une personne que sa naissance ou encore les fonctions ou la profession qu'elle a accepté d'exercer exposent à la notoriété et donc à la curiosité du public, ne peuvent s'apprécier aussi strictement que lorsqu'il s'agit d'un citoyen anonyme éloigné des médias par son mode de vie ».

⁵⁰³ Voy. not. : CJUE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c/ Telefónica de España SAU* (préc.) : « la présente demande de décision préjudicielle soulève la question de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif. » (§65).

⁵⁰⁴ « La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » selon la célèbre formule jurisprudentielle (Civ. 1, 5 nov. 1996, n° 94-14.798 : GAJC, 12 éd., t. 1, n° 20, pp. 149-160).

⁵⁰⁵ Conv. EDH, art. 8. – Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, art. 12.

⁵⁰⁶ X. Agostinelli, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, th. dact. Aix-Marseille, 1994, 156-275. – C. Bigot, « Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information », D. 1998, p. 235 s., spé. n° 6 s. – Sur la qualification de « faits publics » de la révélation de la vie privée d'une personnalité connue, voy. l'arrêt très remarqué de la première chambre civile : Civ. 1, 3 avril 2002, n° 99-19.852, D. 2002, p. 3164, note C. Bigot ; D. 2003, p. 1543 obs. C. Caron ; LPA, 6 mai 2002, p. 16 obs. E. Derieux ; *Légipresse* n° 195, oct. 2000, III, 171 note G. Loiseau. – De manière générale, sur la notion de « droit à l'information », souvent peu explicitée, mais indispensable à la compréhension de nombreux aspects du droit des médias : E. Derieux et A. Granchet, *Droit des médias. Droit français, européen et international*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^e éd., 2010, n° 81-107.

129. – Parallèlement, la protection de la vie privée conquiert de nouveaux territoires par des moyens détournés. Le texte emblématique qu'est l'article 9 du Code civil⁵⁰⁷ subit la concurrence, ou du moins le complément, des dispositions de la loi « informatique et liberté » du 6 janvier 1978⁵⁰⁸. Par le biais de la protection des données à caractère personnel⁵⁰⁹, elle fait souvent fonction de « *législation-relais* » en la matière⁵¹⁰. Il est vrai qu'une « *forte proximité notionnelle entre l'information relative à la vie privée et la donnée à caractère personnel* » impose d'envisager la vie privée à la lumière de la loi de 1978⁵¹¹. Outre le cas d'école de la collecte d'adresses électroniques pour l'envoi de courriers publicitaires⁵¹², tout traitement de fichiers informatiques de nature à permettre l'identification des personnes est susceptible de relever de la législation sur les données personnelles⁵¹³. Bien plus encore, le principe de pertinence permet de limiter les données collectées à celles strictement nécessaires au but poursuivi⁵¹⁴, car le risque réside aussi dans le recoupement de plusieurs données *a priori* peu instructives, tel un simple « cookie » déposé par un site web sur le navigateur de l'internaute⁵¹⁵. L'exploitation des innombrables traces laissées par les internautes, volontairement ou non, au cours de leurs usages de l'internet donne une idée de l'infini champ d'application de la matière. Les dommages qu'ils peuvent subir du fait de l'usage illicite de

⁵⁰⁷ Auquel il faut ajouter son « double » de droit pénal, moins souple : l'art. 226-1 du Code pénal.

⁵⁰⁸ Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée à plusieurs reprises, en particulier par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 afin de transposer – tardivement – les dispositions de la directive 95/46/CE sur la protection des données personnelles.

⁵⁰⁹ L'art. 2, al. 2 de la loi du 6 janv. 1978 définit les données à caractère personnel comme « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres* ». Cette définition est au cœur des propositions d'évolution, les enjeux sont particulièrement importants, car ils touchent le profilage publicitaire, lorsqu'il s'agit de définir si une donnée permettant l'individualisation d'une personne, sans l'identifier précisément, ressort du champ de la protection. Sur les propositions formulées au niveau européen, voy. N. Martial-Braz, J. Rochfeld et É. Gattone, « *Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ?* », D. 2013 p. 2788 s., spé. n°s 6-8.

⁵¹⁰ L. Marino, « *Les nouveaux territoires des droits de la personnalité* », Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, p. 22⁺, n° 9.

⁵¹¹ A. Lepage, Comm. Com. électr. 2008/4, comm. 58, obs ss. TGI Paris, ord. réf., 3 mars 2008, X. c/ Note2be.com.

⁵¹² Illustration : Crim., 14 mars 2006, n° 05-83.423 (RTD com. 2006 p. 925 obs. B. Bouloc) : collecte d'adresses électroniques à l'insu des personnes concernées, sanctionnée comme une collecte déloyale de données nominative. – Voy. la réglementation posée par l'art. 13 de la directive 2002/58/CE du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

⁵¹³ En ce sens : L. Marino, « *Les nouveaux territoires des droits de la personnalité* », Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, p. 22⁺, n° 10.

⁵¹⁴ Cette exigence est not. posée par l'art. 6 3° de la loi du 6 janv. 1978. Sur celle-ci : Castets-Renard, n°s 175-177.

⁵¹⁵ L'article 5.3 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 a consacré, à la fois, le droit pour les utilisateurs d'être informés, lors du stockage sur leur ordinateur d'un cookie, not. en ce qui concerne les finalités d'un tel traitement et le droit de refuser ce traitement. L'article 32-II de la loi du 6 janv. 1978 dispose du détail des dispositions de droit national. Ces règles sont encore aujourd'hui mal respectées. Lorsqu'elles le sont, il n'est pas certain que les avertissements récurrents que rencontrent les internautes facilitent réellement l'exercice de leur droit.

ces traces ne sont pas facilement perceptibles. Les risques de nuisance jusque dans la vie quotidienne des personnes sont pourtant grands. Des modèles économiques entiers se sont bâtis sur cette exploitation. La CNIL sanctionne avec ses armes⁵¹⁶ les politiques des grands acteurs du web peu enclins à dévoiler et adapter les secrets d'exploitation de ce nouvel « or noir »⁵¹⁷.

130. – Menaces pour l'identité des personnes. L'usurpation d'identité n'est pas apparue avec l'internet, mais la dématérialisation démultiplie le phénomène⁵¹⁸. Cela est directement dû au caractère neutre de l'internet qui implique que toutes les connexions se ressemblent et permettent les mêmes usages. Du fait de la démocratisation de l'internet, tout un chacun est aujourd'hui exposé au risque de voir son identité usurpée pour des raisons crapuleuses⁵¹⁹. Les personnes morales et les marques voient elles aussi leur identité menacée, mais ici les données économiques sont déjà au premier rang.

B. – Les pertes économiques

131. – De l'atteinte à l'identité au dommage économique. « *L'identification est en elle-même une valeur économique* » relève le professeur Marie-Anne Frison-Roche⁵²⁰. Sur l'internet, les noms de domaines sont au cœur de l'identification des services en lignes, une réelle valeur économique peut ainsi s'y attacher⁵²¹. Cette valeur suscite des comportements parasites facilités par la règle du « *premier arrivé, premier servi* » gouvernant leur attribution⁵²². Les pratiques visant à capter une partie de la valeur associée à une identité ne sont limitées que par l'imagination des *cybersquatteurs*. De l'enregistrement d'un nom de domaine portant sur une marque connue⁵²³ à celui d'un nom de domaine doté d'une faute de

⁵¹⁶ Sur les raisons de la prédominance des sanctions de l'autorité de contrôle et le retrait relatif du juge judiciaire : C. Bloud-Rey, « *Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ?* », D. 2013, p. 2795 s., spé. n° 21-32 (sur les promesses de l'action en responsabilité civile en la matière, spé. n° 27).

⁵¹⁷ N. Martial-Braz, J. Rochfeld, É. Gattone, *op. cit.*, n° 1.

⁵¹⁸ L'introduction de l'art. 226-4-1 du code pénal par la LOPPSI du 14 mars 2011 en est le témoignage. Il punit l'usurpation d'identité « *en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération* », alors qu'auparavant, sur le fondement de l'art. 434-23 du Code pénal, l'usurpation d'identité devait se faire dans des circonstances pouvant recevoir une qualification pénale pour être sanctionnée.

⁵¹⁹ À titre d'illustration : Crim., 20 janv. 2009, n° 08-83255 (Comm. com. électr. 2009, n° 6, comm. 59 obs. A. Lepage) : usurpation d'identité accompagnée d'atteinte à la vie privée par diffusion d'images intimes.

⁵²⁰ M.-A. Frison-Roche, « *Les bouleversements du droit par l'internet* », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 62.

⁵²¹ La CEDH a reconnu la valeur d'un nom de domaine l'assimilant à un véritable bien : CEDH, 18 sept. 2007, n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, aff. *Paeffgen GmbH c/ Germany*

⁵²² *Castets-Renard*, n° 657.

⁵²³ Illustration : TGI Nanterre, 18 janv. 1999, *SFR c/ W3 System Inc.* (Légalis ; LPA 2000, n° 5, p. 14, obs. E. Arnaud) : enregistrement par une société américaine de « *sfr.com* ». – Sur les conditions de la protection des noms de domaines par le droit des marques : *Castets-Renard*, n° 677-693.

frappe afin de s'approprier une part du trafic qu'il génère⁵²⁴, les exemples sont trop nombreux pour être tous évoqués. Même en l'absence de protection par le droit des marques, l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme est ouverte⁵²⁵. Cela est d'autant plus naturel que la concurrence déloyale peut être un « *moyen de pression* » supplémentaire sur le *cybersquatteur* lorsque celui-ci utilise le nom de domaine qu'il a déposé pour inciter l'entreprise visée à le lui racheter à bon prix⁵²⁶.

L'apparition de la publicité ciblée par mots clés a généré un nouveau contentieux touchant le droit des marques. Les enjeux économiques sont importants, puisqu'il s'agit de savoir – pour schématiser – s'il est légal pour un annonceur d'acheter des espaces publicitaires sur les pages générées par un moteur de recherche lorsque l'internaute a entré un nom de marque appartenant à un concurrent de l'annonceur. La Cour de cassation⁵²⁷, appliquant la doctrine de la CJUE⁵²⁸, a décidé qu'il s'agissait de pratiques licites, ce qui semble mettre fin aux contentieux en prenant le parti du « modèle internet ».

131-1. – Plus généralement, le simple exercice de la liberté d'expression que facilite l'internet rejoint rapidement des considérations économiques. Le droit de critique auquel sont invités les internautes sur de nombreux sites leur demandant leur avis peut occasionner des dommages importants⁵²⁹. La transparence que permet ce support, même lorsqu'elle reste parfaitement dans la limite de la légalité, impose à de nombreux acteurs d'adapter leur politique tarifaire ou commerciale. L'internet n'impose toutefois en ce domaine que des adaptations. Le droit d'auteur doit lui faire face à un véritable changement de paradigme.

132. – L'explosion de la contrefaçon dématérialisée. Le caractère dématérialisé des échanges sur l'internet rend les propriétés littéraires et artistiques extrêmement vulnérables. Comme tout phénomène obscur, ce type de contrefaçon, communément appelé « piratage », est difficile à évaluer précisément. Des études font état de chiffres alarmants : le piratage d'œuvres musicales, cinématographiques, télévisuelles et littéraires aurait causé, pour la seule

⁵²⁴ TGI Versailles, réf., 25 avr. 2006, *France Printemps et a. c/ KLTE, Afnic* (Légalis ; RLDI 2006/16, n° 468) : *primptemps.fr*, "*primptemps.fr*, *printemp.fr* au lieu de *printemps.com* – TGI, Paris, ch. 3, sect. 4, 2 avr. 2009, *Trokers c/ Web Vision* (Légalis ; RLDI 2009/53, n° 1759, obs. L. C.) : *2xmoinschers.fr* et autre variantes de *2xmoinscher.com*.

⁵²⁵ Com., 7 juill. 2004, n° 02-17416 : Comm. com. électr. 2004, comm. 111 note C. Caron ; Propr. Industr. 2004, comm. 79 note P. Tréfigny ; JCP E 2005, 81 obs. J-M. Bruguière.

⁵²⁶ É. Ricbourg-Attal (dir. J. Julien), *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, th. Toulouse 1 Capitole, 2012, n° 166.

⁵²⁷ Com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944 n° 06-20.230, n° 06-15.136 et n° 05-14.331 : Comm. com. électr. 2010, comm. 93 obs. C. Caron ; RLDI 2010/63, n° 2063, note Castets-Renard.

⁵²⁸ CJUE, 23 mars 2010 et 25 mars 2010 : Comm. Com. électr. 2010 ét. 12, obs. G. Bonet.

⁵²⁹ La limite du licite est parfois franchie : voy. not. aff. Note2be (TGI Paris, ord. réf., 3 mars 2008 : *infra*, n° 251 s.).

année 2007, des pertes de 1,2 milliard d'euros et la destruction de 5000 emplois en France⁵³⁰. Aux États-Unis, pour la même année, le piratage portant uniquement sur les œuvres musicales aurait coûté 12,5 milliards de dollars à l'économie américaine⁵³¹. Ces chiffres, qu'il faut prendre pour ce qu'ils sont⁵³², témoignent de manière inconstable d'une atteinte au droit d'auteur encore inégalée. En 2013, l'HADOPI a fait état de plus de 100 000 premières recommandations par mois envoyées par la Commission de protection des droits⁵³³, ce qui ne donne qu'une très vague indication des usages illicites sur l'ensemble du réseau. Les échanges que la haute autorité surveille ne sont, en effet, que ceux qui s'effectuent en pair à pair, or ceux-ci sont en diminution constante au profit du *streaming* et du *direct download*⁵³⁴.

Les propriétés littéraires et artistiques sont certainement celles qui souffrent le plus sur l'internet. Leur importante protection juridique⁵³⁵ et toute l'attention du législateur n'ont pas suffi pour préserver un droit que la révolution numérique bouleverse à sa base.

133. – L'aggravation des contrefaçons de biens matériels. Si les contrefaçons de biens matériels ne sont pas un phénomène propre à l'internet, sa neutralité leur donne une nouvelle dimension ; pas tant grâce à l'anonymat très relatif qu'elle offre, mais surtout par la capacité qu'elle ouvre d'accéder à n'importe quel point du réseau, y compris ceux situés dans des lieux où l'effectivité de la propriété intellectuelle n'est pas parfaite⁵³⁶. L'impact économique est

⁵³⁰ Equancy et Tera Consultants, *HADOPI : Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France. Quand le chaos économique s'imisce dans la révolution technologique*, nov. 2008, 73 p.

⁵³¹ S. E. Siwek, *The True Cost of Sound Recording Piracy to the U.S. Economy*, Institute for Policy Innovation, Policy Report 188, 2007, spé. p. 12.

⁵³² Les lobbys sont souvent à l'œuvre. L'étude d'Equancy et Tera Consultants, en particulier, ne fonde ses évaluations que sur des chiffres fournis par l'ALPA (Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle) et le SNEP (Syndicat national de l'édition phonographique) qui sont parties prenantes.

⁵³³ Chiffre de la réponse graduée, nov. 2013, hadopi.fr

⁵³⁴ *Infra*, n° 611.

⁵³⁵ J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2012, spé. n°s 32 s. – Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, préc., souligne dans son §13 « que la propriété est au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figure le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France ; que la lutte contre les pratiques de contrefaçon qui se développent sur internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle ». – Adde la démonstration de Guillaume Lécuyer (*Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé.*, th., LGDJ, 2006, n°s 44 s.) selon laquelle les droits de propriété intellectuelle sont porteurs d'un « devoir inconditionné » de ne pas y nuire. En particulier, la protection de l'auteur sur son œuvre contre la liberté d'expression serait « maximale puisque le locuteur engage sa responsabilité civile par la moindre atteinte à ses prérogatives. » (n° 46, p. 67). M. Lécuyer n'observe qu'une « compression de la notion d'œuvre » (n° 82) pour tempérer son propos.

⁵³⁶ Selon l'Union des Fabricants (Unifab), qui regroupe quelques-unes des plus grandes entreprises françaises en vue de lutter contre la contrefaçon, 73% des faux identifiés par les entreprises en 2010 provenaient de Chine (voy. : Unifab, *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France*, Rapport, avr. 2010, p. 20). – Sur ce thème : C. le Stanc, « Asie et contrefaçon », *Propriété industrielle* n° 11, nov. 2011, repère 10 commentant la thèse d'Alexandra Gattino Pollicott (dir. T. Massart), *Le renforcement de l'effectivité de la lutte contre la*

important⁵³⁷, particulièrement pour l'économie française dotée d'un secteur du luxe exposé au risque de contrefaçon⁵³⁸. En dehors des pures pertes économiques, ces produits peuvent se révéler dangereux. Ce risque est même au premier plan lorsqu'il s'agit de contrefaçon de médicaments⁵³⁹. La lutte s'organise au niveau national⁵⁴⁰ comme international contre ces pratiques.

II. – Les limites du constat

134. – La faible garantie juridique du principe de responsabilité. Le retentissant écho de la consécration par le Conseil constitutionnel de la responsabilité pour faute⁵⁴¹ est déjà ancien. Du fait de décisions ultérieures peu lisibles⁵⁴², la consistance de la garantie du principe de responsabilité au niveau constitutionnel est aujourd'hui décrite comme incertaine⁵⁴³. Elle est d'ailleurs encore plus limitée au niveau européen⁵⁴⁴. Ce faible niveau de protection n'autorise cependant pas à sacrifier le droit à réparation des victimes. Il en va des principes élémentaires de justice et de sécurité.

135. – L'absence d'indication quant au responsable. L'ampleur des dommages causés par l'internet n'est plus à démontrer. S'il est autorisé d'y voir un argument en faveur de

contrefaçon. L'exemple des contrefaçons de marques françaises illégalement fabriquées en Chine et en Thaïlande, 2011, Th. Université Paris-Dauphine, 867 p.

⁵³⁷ L'OCDE, dans une mise à jour d'une importante étude publiée en 2008 (OECD, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, OECD Publishing, 2008, 396 p.), estime que le commerce international de biens contrefaisants est passé de 110 milliards de dollars en 2000 à plus de 250 milliards en 2007 pour représenter 1,95% du total des échanges : <http://www.oecd.org/industry/ind/44088872.pdf> (consultée le 12 sep. 2015).

⁵³⁸ Unifab, *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France*, Rapport, avr. 2010, spé. pp. 34-35.

⁵³⁹ Selon l'Organisation mondiale de la santé, plus de 50% des médicaments vendus sur des sites n'affichant par leur adresse physique seraient des contrefaçons. (OMS, aide-mémoire, n° 275, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/fr/>, consultée le 12 sep. 2015).

⁵⁴⁰ Voy. l'action de cyberdouane, service douanier spécialement créé afin de lutter contre l'offre de produits prohibés, réglementés ou fortement taxés : A. de Montgolfier et Ph. Dallier, *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur le rôle des douanes dans la lutte contre la fraude sur internet*, Sénat, 2013-2014, n° 93, 36-42.

⁵⁴¹ En des termes connus de tout juriste français : Cons. const., 22 oct. 1982, n° 82-144 DC, §3 : « *Considérant que, nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

⁵⁴² Voy. Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, §9 : « *nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé* » – Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, § 17 « *aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci* ».

⁵⁴³ Sur la portée limitée de ce mouvement de constitutionnalisation : Ph. Brun, « *La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute* » RCA, juin 2003, chron. 15, pp. 37-42, spé. n° 18 s. – N. Molfessis (préf. M. Gobert), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, spé. n°s 148-150, pp. 121-123.

⁵⁴⁴ Sur les limites du contrôle constitutionnel et les « promesses » du contrôle européen : C. Pérès, *L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité*, in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso Édition, 2008, pp. 805-834.

l'accentuation de la responsabilité des intermédiaires techniques, la démarche rencontre rapidement ses limites. Le dommage en lui-même « *ne fournit aucune indication quant au problème de la détermination du responsable.* »⁵⁴⁵. Le constat de dommages multiples aide à évaluer les enjeux, il les pose en contrepoint des aspects vertueux des usages, mais il n'indique pas qui doit en répondre. Faire ce constat à un niveau général, macroéconomique, ne pose pas de grandes difficultés. La responsabilité civile pour appréhender ces dommages, pour les transformer en préjudices réparables, doit nécessairement les individualiser. Et pour les individualiser utilement, il faut leur trouver un répondant. Cette recherche ne peut être aidée par l'étude du dommage. D'un côté, les prestataires techniques sont des débiteurs solvables et facilement identifiables, mais d'un autre, les utilisateurs du réseau sont les auteurs directs des dommages.

136. – Le manque de précision des chiffres. Le départ entre des pertes économiques dues à l'évolution normale des usages et l'illicite est parfois difficile. Il est avéré que certains secteurs économiques souffrent essentiellement, mais pas seulement, de faits illicites rendus possibles par l'internet. C'est le cas de l'industrie de la culture et particulièrement de l'industrie de la musique. Nul ne saurait nier que la chute du chiffre d'affaires du secteur est largement due au téléchargement illégal. Pour autant, il n'est pas possible d'évaluer le préjudice causé par le téléchargement illégal à l'aune de cette diminution de chiffre d'affaires. Ce serait oublier que des usages licites ont également pu concourir à cette perte⁵⁴⁶. La reconnaissance au niveau macroéconomique de la part du licite et de l'illicite dans ces pertes est au cœur des oppositions, car elle commande en partie la force de la réponse juridique.

§ 2. – Une réponse mettant en scène le jeu des groupes d'intérêt

137. – Une lutte se portant sur le terrain de la responsabilité des intermédiaires techniques. Alors que les juristes sont familiers de la conciliation que les oppositions d'intérêts rendent nécessaire⁵⁴⁷, la configuration de cette opposition est particulière sur l'internet. « *Les passions sont fortement alimentées, voire électrifiées par les intérêts en cause* »⁵⁴⁸. La théorie d'Ihering d'un droit se formant par le combat⁵⁴⁹ est ainsi illustrée par un

⁵⁴⁵ N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle* in Aubry et Rau, *Droit civil français*, Librairies techniques, 8^{ème} éd., 1989, t. VI-2, n° 1, p. 3.

⁵⁴⁶ Ce point sera évoqué en profondeur lors de l'étude de l'évaluation du dommage : *infra*, n° 643.

⁵⁴⁷ F. Géný écrivait déjà au début du XX^e siècle que « *la mission du juriste se ramène à résoudre les intérêts* » (*Science et Technique en droit positif privé*, t. I, 1913, n° 56).

⁵⁴⁸ V. Gautrais, « *Hadopi : regards du dehors* », RLDI/2011, n° 2218, p. 88. – Une opposition irréductible

exemple contemporain particulièrement visible. Pour l'instant, la paix sur laquelle il est censé déboucher n'est pas perceptible⁵⁵⁰. Voilà presque 20 ans que les différents intérêts⁵⁵¹ sont entrés en lutte sur un terrain fait d'une neutralité purement technique sans se concilier⁵⁵². La lutte s'est particulièrement orientée vers le domaine de la responsabilité des intermédiaires techniques⁵⁵³. Le professeur Benoît Frydman observe que des groupes d'intérêt⁵⁵⁴ variés ont identifié les FAI et les hébergeurs comme le « *point de contrôle de l'Internet* » sur lequel il exerce « *une pression considérable par la voie de multiples actions en justice et de contraintes administratives* »⁵⁵⁵. Cette pression vise à renforcer leurs obligations de prévention ou à les contraindre à assumer une part des préjudices causés par le réseau (I). En face, des groupes d'intérêts presque aussi variés défendent, tantôt la neutralité du réseau, tantôt l'intérêt des intermédiaires techniques, tantôt ceux des utilisateurs. La force qui en résulte n'est pas dénuée d'ambiguïté (II).

I. – Des victimes en lutte pour la responsabilité des intermédiaires techniques

138. – Des victimes diverses. L'air du temps renforce les antagonismes⁵⁵⁶. « *Les citoyens acceptant moins facilement que naguère le « coup du sort », et les plaideurs refusent de*

apparaît dans le titre même des ouvrages militants. À la *Confessions d'un voleur : Internet, la liberté confisquée* (L. Chemla, Denoël, 2002), s'oppose *La gratuité, c'est le vol* (D. Olivennes, Grasset, 2007) pour citer deux exemples français parmi les plus célèbres.

⁵⁴⁹ R. Von Jhering (trad. A. F. Meydieu), *Le combat pour le droit*, 1872, 56 p. (*La lutte pour le droit* selon d'autres traductions).

⁵⁵⁰ « *La paix est le terme du droit, le combat est le moyen de l'atteindre* » selon la célèbre formule en introduction du *Combat pour le droit*, op. cit., p. 1.

⁵⁵¹ Sur la notion d'intérêt en droit : F. Ost, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1990, t. 2. : « *La vie juridique est faite de la lutte d'innombrables intérêts qui prennent souvent la forme de « prétention au droit » et sont donc autant de « possibilités juridiques »* » (p. 10). Plus loin, soulignant le caractère subversif de l'intérêt : « *Concept rebelle aux principes et mécanismes admis, l'intérêt promeut de nouvelles obligations qui se traduiront parfois en de nouveaux droits ; dans le même temps, il relativise des droits que l'on croyait absolus, limite les volontés que l'on pensait souveraines.* » (p. 13).

⁵⁵² Il est bien connu qu'« *en droit comme partout ailleurs, il ne peut guère y avoir de progrès là où le dialogue ne peut s'instaurer.* » (A. Touffait et A. Tunc, « *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celle de la Cour de cassation* », RTD civ. 1974, p. 500, n° 11).

⁵⁵³ J. Lapousterle (dir. P.-Y. Gautier), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dact. Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2007, n° 382-406, pp. 214-229.

⁵⁵⁴ Retenons pour notre étude la définition très générale que Mustapha Mekki emprunte à Guillaume Courty selon laquelle « *Le groupe d'intérêt est un ensemble de personne qui fabrique, représente et tente d'imposer ou de défendre un intérêt ou une cause* » (« *Rapport général* », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « Gazette du Palais », 2011, p. 13).

⁵⁵⁵ B. Frydman, « *Comment penser le droit global* », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012 p. 41.

⁵⁵⁶ Paul Ricœur relève que « *le paradoxe est énorme : dans une société qui ne parle que de solidarité, dans le souci de renforcer électivement une philosophie du risque, la recherche vindicative du responsabilité équivaut à une reculpabilisation des auteurs identifiés de dommages* » (*Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 59).

s'incliner devant une décision qui leur est défavorable »⁵⁵⁷. Les victimes que fait l'internet ne sont pas différentes. Elles sont cependant de natures très diverses du fait de l'universalité du réseau. D'un particulier mécontent d'une photo de lui publiée sur un réseau social à l'entreprise multinationale dont la propriété intellectuelle se consume par des échanges illicites, la variété des victimes est infinie. Pourtant, lorsqu'elles savent s'organiser en intérêts, elles ont en commun de mettre en cause le manque de régulation de l'internet, son apparence de *Far West*. Face à des actes illicites souvent innombrables, ces intérêts ont tôt fait d'accuser la structure ouverte de l'internet d'être le moyen coupable des abus dont ils sont victimes. La remise en cause de la neutralité est alors consommée. L'efficacité de la prise en compte de leur dommage commande de désigner des débiteurs crédibles. La poursuite des utilisateurs du réseau étant souvent difficile et incertaine, ce sont les intermédiaires techniques qui sont visés.

139. – Une lutte d'intermédiaires. L'internet a redéfini le rôle des intermédiaires en de nombreux domaines⁵⁵⁸. Ceux qui ont économiquement le plus à en souffrir sont des intermédiaires qui préexistaient à l'internet. Une lutte particulièrement rude les oppose ainsi aux intermédiaires techniques qui revendiquent leurs anciennes fonctions.

Les intermédiaires du droit d'auteur sont particulièrement concernés. Vendeurs de disques, libraires, maisons de disque, tous sont menacés par la possibilité de mettre en relation directe l'auteur et le consommateur. « *Le public et les artistes n'ont plus besoin des intermédiaires* » clame le professeur de droit et activiste Eben Moglen⁵⁵⁹. Il est vrai que l'informatique a démocratisé les outils de création et de production⁵⁶⁰. L'auteur lui-même se sent menacé par des formes d'échanges dématérialisés qu'il ne maîtrise pas. Car l'internet, de par sa neutralité, n'opère aucune sélection. Il donne sa chance à chacun, pour le meilleur ou pour le pire. Les « anciens » intermédiaires s'étaient donné une mission bien plus haute, celle de produire ou de sélectionner des contenus de qualité. Ils portent ainsi naturellement leur lutte contre la neutralité dont ils dénoncent les dangers, justifiant par là même leur propre utilité. Ces intérêts se sont organisés de manière efficace, leur influence est souvent déterminante, particulièrement au niveau communautaire⁵⁶¹. Pourtant, alors qu'ils affichent des velléités de

⁵⁵⁷ Ph. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, p. 33.

⁵⁵⁸ F. Terré, « Être ou ne pas être... responsable. À propos des prestataires de service par Internet », JCP G, 2011, n° 43, p. 1175⁺, n° 1 relevant que « *de nouvelles formes d'intermédiation sont apparues en tous domaines* ».

⁵⁵⁹ E. Moglen, « *A bas les intermédiaires !* » (traduit de l'anglais, originalement publié dans *The Nation*), *Courrier International*, 15 janv. 2004.

⁵⁶⁰ F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n°s 98-99.

⁵⁶¹ F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n°s 77-82.

contrôle de l'internet les plus fermes, ils n'ont guère été écoutés sur le terrain de la remise en cause de la neutralité⁵⁶².

140. – De la défense de grandes causes⁵⁶³ à la défense de l'ordre public en ligne. La cause de la lutte contre les contenus odieux suscite naturellement l'adhésion et la sympathie⁵⁶⁴. Le *lobbying* citoyen⁵⁶⁵ luttant contre l'incitation à la haine raciale ou contre la pédopornographie ne peut être suspecté d'arrière-pensées égoïstes. Ces grandes causes sont régulièrement utilisées pour demander la régulation de l'internet. Elles sont aussi et surtout la source principale de l'accentuation de la responsabilité des intermédiaires techniques⁵⁶⁶. De plus, la défense de ces intérêts est beaucoup plus facilement soutenable politiquement que la défense des intérêts attachés au droit d'auteur.

Ainsi, malgré une masse de contentieux bien plus faible, les affaires portées devant les juridictions en défense d'une cause très légitime laissent apparaître des succès précoces contre une neutralité absolue, particulièrement en matière de lutte contre l'apologie de crime contre l'humanité⁵⁶⁷. Il n'y a, en effet, pas meilleur argument contre une neutralité du *net* absolue que le constat de l'existence de sites internet faisant l'apologie du terrorisme, de la haine raciale ou encore de la pédophilie. Ici l'intérêt des organisations luttant pour de grandes causes peut rapidement se confondre avec l'ordre public. Or, si ces organisations ne peuvent être soupçonnées d'arrière-pensées, il n'en va pas de même du législateur. Dans le cadre de la lutte pour des causes particulièrement justes, l'accentuation des pouvoirs de l'État – au sens large – s'accompagne de risques pour les libertés individuelles. L'arbitrage entre l'ordre public, la sécurité des personnes et les libertés est une question particulièrement actuelle⁵⁶⁸.

141. – Une pression s'étendant aux juridictions. Le droit sur lequel les groupes d'intérêts cherchent à agir « *ne se réduit pas à la loi au sens formel de règle générale et abstraite* », il faut notamment compter avec la jurisprudence, relève le professeur Mustapha

⁵⁶² Voy. aff. *Allostreaming* : *infra*, n° 377-1 et n° 399.

⁵⁶³ Sur ce thème, voy. : S. Guinchard, « *L'action de groupe en procédure civile française* », RIDC, 1990-2, n° 35-71, pp. 613-635, constatant déjà l'existence de nombreux cas où l'action en justice d'associations défendant une « *grande cause* » est possible.

⁵⁶⁴ Sur la définition incertaine des contenus odieux, voy. *infra*, n° 331 s.

⁵⁶⁵ Sur lequel, voy. G. Lecerf, « *L'identification des groupes d'intérêt. Note sur le lobbying citoyen en France (avec mise en perspective européenne)* », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « Gazette du Palais », 2011, p. 89-110.

⁵⁶⁶ C'est en particulier la volonté de protéger les mineurs qui est à l'origine, de part et d'autre de l'atlantique, de la plupart des projets de restriction des usages (L. Pech, « *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information* », Comm. Com. électr., juill. 2004, n° 7, ét. 20, spé. n° 33-35).

⁵⁶⁷ Voy. les aff. *Aaargh*, *Front 14* (*infra*, n° 374 s.) ou *Yahoo!* (*infra*, n° 495).

⁵⁶⁸ Au lendemain des attentats de janv. 2015 et de la loi du 13 nov. 2014, voy. l'analyse inquiète de Philippe Ségur : « *Le terrorisme et les libertés sur l'internet* », AJDA 2015 pp. 160 s.

Mekki⁵⁶⁹. En parallèle de la force exercée sur le législateur, des groupes d'intérêt initient, depuis l'apparition de l'internet en France, des contentieux les mettant aux prises avec les intermédiaires techniques. Bien sûr, le constat a été fait que leur mise en cause est plus tentante, car « *ils sont plus solvables et aisément identifiables que les internautes qui placent le contenu illicite* »⁵⁷⁰. Mais au-delà du succès de l'instance, il y a une volonté d'influencer le droit en agissant sur les juridictions de tout niveau⁵⁷¹. Les affaires *Arrrg*, *Yahoo!*, ou *Allostreaming*⁵⁷² aussi diverses soient-elles, témoignent de la volonté de mettre en cause la responsabilité des intermédiaires techniques afin de les obliger à prendre des mesures de précaution supplémentaires. L'ensemble du contentieux entourant la qualification des services 2.0 est l'illustration d'une volonté, peut-être plus décousue⁵⁷³, de soumettre ce nouveau type d'intermédiaires à un régime de responsabilité de type éditorial.

142. – L'impossible dépassement du droit de la responsabilité. Depuis le XIX^e siècle, la responsabilité civile est concurrencée dans ses visées indemnitaires par d'autres institutions permettant de mutualiser les dommages⁵⁷⁴. La lutte opposant les intermédiaires techniques et ceux qui ont à souffrir de l'internet, en s'étendant au-delà du droit de la responsabilité *stricto sensu*, illustre ce constat. En effet, si la responsabilité n'est pas apte à indemniser les victimes de l'internet, d'autres mécanismes peuvent aboutir au même résultat. Certains en appellent à la mise en place d'une taxe sur les acteurs de l'internet pour compenser le préjudice subi par l'industrie de la culture⁵⁷⁵. Cela dans le but d'aboutir au déplacement du poids d'un dommage

⁵⁶⁹ M. Mekki, « Rapport général », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « Gazette du Palais », 2011, p. 12.

⁵⁷⁰ C. Caron, « *LCEN. Aspects de propriété intellectuelle analyse d'un saupoudrage discret* », Comm. Com. électr., 2004/9, ét. 23, n° 6.

⁵⁷¹ L'influence des groupes de pression peut toucher les plus hautes juridictions. Un auteur rapporte que le Syndicat national de l'édition phonographique (le SNEP) et la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) ont fait parvenir au Conseil constitutionnel un mémoire lors de l'examen de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information qui plaidait l'inconstitutionnalité de points que le Conseil allait censurer (G. Lecerf, « *L'identification des groupes d'intérêt. Note sur le lobbying citoyen en France (avec mise en perspective européenne)* », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « Gazette du Palais », 2011, p. 114).

⁵⁷² Voy. aff. *Aaargh* (infra, n° 374), aff. *Yahoo!* (infra, n° 495) et infra aff. *Allostreaming* (infra, n° 377-1 et n° 399).

⁵⁷³ Des ayants droit assignant des plateformes vidéo, aux entreprises du secteur du luxe luttant contre *eBay*, en passant par les très nombreuses actions engagées par des humoristes pour éviter la publication de leurs œuvres, il est difficile de trouver des points communs aux victimes.

⁵⁷⁴ Voy. G. Viney (préf. A. Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, 416 p.

⁵⁷⁵ Dans l'esprit de ses promoteurs, cette taxe prend généralement la forme d'une taxe sur la publicité en ligne censée faire payer les grands acteurs du secteur, à commencer par Google. La première proposition officielle en ce sens a été formulée dans le rapport Zelnik (voy. P. Zelnik, J. Toubon et G. Cerutti, « *Création et internet* », Rapport au Ministère de la Culture et de la Communication, janv. 2010, p. 12). À sa suite, le Sénat avait adopté une telle taxe dans le projet de loi de finances rectificatif pour l'année 2011. Elle a été supprimée en catastrophe via un amendement du 18 mai 2011. L'exposé des motifs de cette suppression indique que « *cette taxe abusivement baptisée « Taxe Google », alors qu'elle ne taxera jamais Google, est due par tout preneur de*

sur la tête d'un tiers, mais de manière beaucoup plus efficace, automatique et sans cause exonératoire possible. Surtout, une taxe permettrait de faire payer les acteurs du réseau, et par leur intermédiaire, l'ensemble des internautes. *De facto*, le droit de la responsabilité est comme oublié dans ce raisonnement⁵⁷⁶. Il peut l'être, car il n'aurait plus d'objet face à des préjudices compensés par d'autres voies, mais plus fondamentalement, une compensation portant sur des activités illicites serait discutable à bien des égards⁵⁷⁷. Les fluctuations des mécanismes de compensation de la copie privée en sont la manifestation la plus visible⁵⁷⁸.

II. – La défense à géométrie variable de la neutralité du net

143. – Les technophiles en lutte pour la neutralité. Le groupe informel de travail qui a créé les technologies de l'internet, l'*Internet Engineering Task Force* est chapeauté par l'*Internet Society*, une association de droit américain destinée à promouvoir le développement de l'internet dans le monde. Au-delà de ses travaux techniques, cette organisation se veut militante⁵⁷⁹. Ce sont ces organisations d'ingénieurs et de technophiles, qui défendent souvent avec le moins d'ambiguïté la neutralité technique, telle qu'elle a été conçue. Les compétences techniques qu'ils mettent en exergue ont des vertus informatives importantes⁵⁸⁰. Toutefois, le risque de donner à la technique un rôle normatif qu'elle n'a pas est présent lorsque s'expriment des personnes qui en revendiquent la paternité.

144. – Le renfort des organisations de défense des droits fondamentaux. Les technophiles sont souvent rejoints dans leur combat par des organisations de défense des

services de publicité en ligne, assujetti à la taxe sur la valeur ajoutée et établi en France ». Le risque de délocalisation est donc apparu trop important. Depuis, le débat est régulièrement réactivé.

⁵⁷⁶ À titre d'illustration, un communiqué de presse de la Sacem du 6 janv. 2010, publié en réaction au rapport « *Création et Internet* », demande « *combien de temps les auteurs, compositeurs et éditeurs de musique devront-ils encore attendre pour que soient compensés les préjudices qu'ils subissent ?* », avant d'appeler de ses vœux, « *la mise en place d'une contribution prélevée sur le chiffre d'affaires des FAI* ». Le raisonnement passe du préjudice à la taxe sans aborder les questions de responsabilité.

⁵⁷⁷ Comp. l'idée, par ailleurs proposée, d'une légalisation des échanges illicites par le mécanisme de la licence globale : *infra*, n^{os} 631-631.

⁵⁷⁸ Sur cette question, *infra*, n^{os} 628 s.

⁵⁷⁹ <http://www.internetsociety.org/who-we-are/mission> (consultée le 12 juill. 2014)

⁵⁸⁰ Il a été relevé que la fonction de source d'information des groupes d'intérêts répond à un véritable besoin « *dans un système où l'internationalisation et la complexité croissante de la société entraînent une dispersion des centres de décision et de pouvoir.* » (M. Mekki, « *Rapport général* », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « *Gazette du Palais* », 2011, p. 33). – À titre d'illustration, Vinton Cerf, l'une des personnalités les plus éminentes de l'*Internet Society* et l'un des inventeurs de l'internet, a notamment été sollicité dans l'affaire Front 14. Voy. V. Cerf., « *Étude technique sur les possibilités de filtrage en fonction de la provenance géographique d'internaute* » in *Rapport d'expertise présenté en défense par Yahoo! Inc. dans l'affaire Front 14*, juill. 2000, 28 p.

droits fondamentaux. Elles agissent en justice avec parfois des succès retentissants. L'*American Civil Liberties Union* (ACLU) est à l'origine de la décision de la Cour suprême des États-Unis *Reno v. ACLU* de 1997⁵⁸¹ qui a permis la protection de l'internet sur le fondement du Premier Amendement. Ces organisations savent faire de même en Europe en jouant des recours offerts par le système juridique⁵⁸². À l'étape de l'élaboration de la loi, elles savent exercer un *lobbying* efficace par le biais des outils numériques qu'elles maîtrisent parfaitement. Dernièrement, elles ont incité, par des initiatives variées, les citoyens à exercer une pression directe sur des décideurs européens afin de préserver la neutralité du *net*⁵⁸³. Elles peuvent s'enorgueillir d'un certain succès lors des débats autour du projet ACTA ou du vote par le Parlement européen d'amendements favorables à la neutralité du *net*⁵⁸⁴. En France, la Quadrature du Net, association créée en 2008 pour s'opposer à des lois qu'elle juge contraires aux libertés des utilisateurs, est l'une des plus actives. Elle effectue une veille très attentive des débats parlementaires et n'hésite pas à faire intervenir ses membres auprès du législateur ou des médias. La publicité qu'elle a su donner à certaines questions juridiques lui permet d'exercer une pression importante en faveur des libertés en ligne et de la neutralité du *net*⁵⁸⁵, souvent en coordination avec d'autres associations visant les mêmes objectifs.

145. – Une lutte ambivalente des intermédiaires techniques. Les intermédiaires luttent pour ne pas être rendus responsables des usages⁵⁸⁶. L'ensemble de leur métier consiste à transmettre des données produites par des tiers ; leur modèle économique ne peut perdurer que s'ils n'en sont pas responsables. Il s'agit, bien souvent, d'une condition de viabilité de

⁵⁸¹ Sur laquelle voy. *supra*, n° 91.

⁵⁸² Voy. l'invalidation de la Directive 2006/24/CE relative à la conservation des données (sur cette décision voy. *infra*, n° 537). *Digital Rights Ireland*, une organisation visant à défendre les droits civils et humains dans l'environnement numérique, a initié la procédure en soutenant que ses droits étaient affectés du simple fait qu'elle possédait un téléphone portable dont les activités étaient enregistrées sur la base de dispositions nationales transposant cette Directive. La *High Court*, saisie par l'organisation, posa l'une des deux questions préjudicielles à l'origine de l'invalidation.

⁵⁸³ Voy. <http://savetheinternet.eu/fr/> fournissant un mode d'emploi clé en main permettant de saisir les parlementaires européens des questions relatives à la neutralité du *net*.

⁵⁸⁴ Cf. vote du 3 avr. 2014, *supra*, n° 14.

⁵⁸⁵ Elle est parfois considérée comme un interlocuteur valide par le législateur : voy. la création en juin 2014, à l'initiative du président de l'Assemblée nationale, d'une commission de réflexion et de propositions sur « le droit et les libertés à l'âge du numérique » comptant des membres de l'association (RLDI 2014/106, pp. 37-38).

⁵⁸⁶ Forts des allègements de responsabilité obtenus par les intermédiaires techniques aux États-Unis lors de l'édification du DMCA de 1998, les FAI et hébergeurs européens ont pesé de tout leur poids sur l'élaboration de la Directive commerce électronique de 2000. Pour un historique détaillé : J. Lapousterle, *op. cit.*, n°s 389-400, pp. 217-224. – Sur le plus national, le débat se pose dans les mêmes termes, mais il se déplace plus naturellement sur le terrain jurisprudentiel. Ainsi, l'AFA (Association des fournisseurs d'accès et de services Internet) est not. intervenue dans l'affaire *Aaargh* (*infra*, n° 374) et n'a pas hésité à intenter une action en excès de pouvoir contre le décret du 24 mars 2006 (*infra*, n° 530) précisant les données que les FAI doivent collecter (Conseil d'État, 7 août 2007, *AFA et a.*, : Légalis). L'ASIC (Association des services internet communautaires), défend, elle, plus spécifiquement les intérêts des acteurs du web 2.0.

leur activité. Les intermédiaires techniques n'hésitent pas à en jouer en affirmant que le développement de la société de l'information dépend des privilèges qui leur sont accordés en termes de responsabilité⁵⁸⁷.

Cependant, cet argument ne s'accompagne pas nécessairement d'une défense de la neutralité du *net*. Pour le comprendre, il faut distinguer entre les intermédiaires. Les hébergeurs et ceux qui y ont été assimilés, tels que les acteurs du web 2.0, y sont généralement très favorables. La possibilité de recevoir et de diffuser des contenus librement est nécessaire pour nombre d'entre eux. Un réseau neutre est une nécessité afin que ces services soient pleinement utilisables partout dans le monde. Ils ont aussi intérêt à défendre la neutralité du *net* contre des acteurs du transport qui souhaitent obtenir d'eux des contreparties financières à la hauteur de leurs bénéfices. C'est là qu'apparaît la catégorie d'intermédiaires la moins favorable à la neutralité du *net*. Aux États-Unis, le contentieux opposant des fournisseurs d'accès à la volonté de la FCC d'imposer des règles tenant à la neutralité fait clairement apparaître cette opposition. Depuis 2004, ils ont systématiquement engagé des recours contre les décisions de la FCC favorables à la neutralité du *net*⁵⁸⁸. Leur volonté de faire payer les services en ligne pour l'utilisation de leur réseau, en infraction aux règles de base de la neutralité, est à la source du débat tel qu'il est apparu aux États-Unis⁵⁸⁹. Il peut être dans leur intérêt de facturer l'accès à certains services, de favoriser l'accès à d'autres suite à des accords commerciaux ou de créer des services *premium* garantissant une bande passante suffisante aux heures de pointe. Les FAI peuvent alors devenir les premiers intéressés par le filtrage de leur propre réseau afin d'en maîtriser les usages. Les fabricants d'équipements informatiques les incitent à adopter des démarches proactives depuis longtemps. Il est vrai que des sociétés occidentales vendent déjà des équipements de filtrage et de restriction d'accès à des pays non démocratiques depuis de nombreuses années⁵⁹⁰. Les intermédiaires techniques peuvent ainsi devenir les premiers à remettre en cause la liberté des utilisateurs. Pour autant, ils ne contestent pas, bien sûr, les régimes de responsabilité favorables qui leur ont été consentis presque partout dans le monde. C'est pourtant toute la cohérence du droit de l'internet qui repose sur la considération pour les droits et libertés qui s'y exercent. À quoi

⁵⁸⁷ J. Lapousterle, *op. cit.*, spé. n° 404, p. 226.

⁵⁸⁸ Voy. le rappel effectué par Ph. Achilleas et L. Binet : « *Un an de régulation du marché des communications électroniques* », Comm. Com. Électr. 2015/5, chron. 5, n° 33. – Voy. aussi *supra*, n° 13.

⁵⁸⁹ Sur ce point : L. Rapp, « *Distribution en réseaux et réseaux de distribution : l'infrastructure peut-elle rester durablement neutre ?* », RLDI 2007/33, n° 1125, spé. pp. 70-71.

⁵⁹⁰ Le parlement européen a affiché son ambition de lutter contre ces pratiques par l'adoption d'une résolution (Communiqué de presse du parlement, 7 juill. 2012, www.europarl.europa.eu). Elles sont régulièrement dénoncées par les associations de défense des droits de l'homme : Reporters Sans Frontières, *Les ennemis d'internet. Rapport 2012*, spé. p. 6.

bon préserver, par la responsabilité civile la neutralité d'intermédiaires qui ne veulent plus l'être ?

146. – Étape. La question du dommage fait apparaître un droit partagé entre esprit de conservation et faveur pour la nouveauté. D'une part, l'internet est la source d'une multitude de dommages, parfois gravissimes, que le droit ne peine pas à reconnaître. Le contexte d'inflation des droits subjectifs ne fait d'ailleurs que renforcer les sources potentielles de dommages réparables. Mais d'autre part, de nombreux dommages dus à l'internet apparaissent comme légitimes, voire souhaitables. Les bienfaits économiques attendus de l'internet sont porteurs de dommages concurrentiels, la démocratisation des moyens de publication expose à l'expression de critiques de produits, de services et même de personnes, l'évolution des usages comporte en elle l'idée de destruction des usages anciens.

147. – Conclusion du Chapitre 2. Au vu des intérêts qui s'opposent, de leur consécration ou de leur protection concurrente par le droit, il n'apparaît pas de ligne tranchée. Si l'internet a été consacré au plus haut niveau de notre système juridique par le biais des libertés fondamentales, la protection accordée à des intérêts lésés par l'internet apparaît de même valeur. Du fait même de la valeur reconnue à ces deux aspects, il n'apparaît pas souhaitable d'opérer une conciliation radicale en favorisant l'un ou l'autre. Toutefois, l'opération de conciliation à effectuer apparaît particulièrement complexe, car elle doit conjuguer des usages érigés en libertés avec l'impératif de régulation des usages illicites. *A priori*, il paraît surprenant de présenter la neutralité du réseau comme compatible avec cette double exigence. La neutralité, à cette étape, ne semble se soucier et se justifier que par les aspects positifs et licites du développement de l'internet.

148. – Conclusion du Titre premier. La structure du réseau conditionne des droits et libertés essentielles dans nos démocraties. Parmi les sources normatives susceptibles de changer la structure neutre du réseau, la responsabilité civile occupe une place essentielle. Sa force normative est susceptible d'avoir un réel impact sur la structure du réseau lorsque les intermédiaires techniques sont rendus responsables des usages qu'ils véhiculent. Or, une structure fermée compromettrait les vertus attendues de l'internet. La responsabilité des intermédiaires techniques s'en trouve limitée. Parallèlement, il importe d'apporter une réponse aux nombreux usages dommageables qui se développent sur le réseau. La responsabilité civile doit trouver une voie susceptible de concilier ces deux impératifs.

L'optimisme est permis, car, si la neutralité s'oppose à ce que les acteurs du réseau soient rendus responsables des contenus qu'ils véhiculent, elle ne se satisfait guère de leur

irresponsabilité⁵⁹¹. Elle ouvre donc la voie à une définition de leurs obligations. De plus, les libertés des utilisateurs ne devraient limiter la responsabilité des intermédiaires que tant qu'ils les favorisent. La recherche doit alors se poursuivre afin de déterminer quels sont les mécanismes du droit de la responsabilité civile que font saillir la neutralité. Là uniquement, la faisabilité d'une conciliation pourra être vérifiée.

⁵⁹¹ Voy. *supra*, n^{os} 51 s.

Titre II. – Les modalités de l'intégration

« Repenser le droit ? Encore faut-il vérifier
s'il mérite qu'on le jette à bas. »

Pierre-Yves Gautier⁵⁹².

149. – Prudence. « Une nouveauté hardie n'est souvent qu'une erreur brillante dont l'éclat subit ressemble à celui de la foudre qui frappe le lieu qu'elle éclaire »⁵⁹³. Il n'est pas inutile de se rappeler les sages mots de Portalis alors que cette étude nous conduit à intégrer un concept nouveau à une institution aussi assise que la responsabilité civile. Des modalités de cette intégration dépendent la justesse et la cohérence de la démarche.

150. – La neutralité comme principe de cohérence. Intégrer la neutralité du *net* dans la responsabilité civile implique de créer les conditions pour que les acteurs du réseau puissent être neutres. Pour cela, ils ne doivent pas voir leur responsabilité engagée par les contenus qu'ils véhiculent⁵⁹⁴. Cette condition doit être envisagée dans le droit positif, car celui-ci l'a pour une bonne part déjà intégrée. L'hypothèse que les régimes de responsabilité limitée qui en résultent peuvent, non seulement cohabiter avec le concept de neutralité, mais aussi s'interpréter à sa lumière, est alors plausible. Les mêmes enjeux, les mêmes objectifs que ceux

⁵⁹² « Rapport de synthèse », in *Le droit de l'immatériel*, Colloque, Arch. philo. dr., 1999, n° 43, p. 234.

⁵⁹³ J.-É.-M. Portalis, « Présentation et exposé des motifs au corps législatif (séance du 3 frimaire an X) » in A. fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1936, p. 38.

⁵⁹⁴ Voy. nos développements *supra*, n° 30 s.

qui ont commandé l'élaboration d'un régime de responsabilité limitée fondent et justifient le principe de neutralité. Celui-ci peut être envisagé comme un principe de cohérence permettant de réserver l'application d'un régime de faveur à des intermédiaires qui favorisent réellement les libertés des utilisateurs. Dans un même temps, cette considération pour les libertés doit se concilier avec les principes fondamentaux de la responsabilité civile. Pour y parvenir dans un environnement juridique propice à l'instabilité⁵⁹⁵, le droit de la responsabilité doit se doter de repères stables. Or, la neutralité peut être là aussi un guide cohérent, car elle est l'une des rares constantes sur laquelle se base toute activité sur le réseau⁵⁹⁶.

151. – Pour aborder cette entreprise, il faut d'abord définir quelques outils. Les définitions de la neutralité déjà formulées ne se sont, en effet, guère préoccupées de responsabilité. Il est ainsi indispensable d'identifier les caractères d'un comportement neutre afin de pouvoir les utiliser à chaque étape de l'intégration (Chapitre 1). La première de ces étapes est la construction d'un régime de responsabilité limitée que la neutralité peut aider à mieux comprendre et définir (Chapitre 2). Du fait de son caractère favorable, ce régime est naturellement âprement disputé. L'intégration de la neutralité dans ses critères de qualification permet de maintenir la cohérence de l'ensemble (Chapitre 3).

⁵⁹⁵ Des auteurs relèvent que « *l'apparition de nouveaux acteurs pose nécessairement et perpétuellement la question de l'application du droit commun ou des règles spéciales déjà consacrées, ou l'opportunité d'en créer d'autres.* » (G. Azzaria et C. Castets-Renard, « *Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet* », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. Actes et colloques, sept. 2011, p. 271).

⁵⁹⁶ Le professeur Emmanuel Derieux, dont nous n'ignorons pas les critiques qu'il adresse à la neutralité du *net*, avait perçu dès 2004 l'importance de déterminer des constantes pour élaborer des règles stables. « *Plutôt que de souligner ce qui différencie les techniques, ne devrait-on pas surtout rechercher ce qu'elles ont en commun d'essentiel ?* » s'interrogeait-il (E. Derieux, « *Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique* », LPA, 17 nov. 2004, n° 230, p. 37⁺).

Chapitre 1. – L'identification des caractères d'un comportement neutre

152. – L'absence de définition opérationnelle de la neutralité en droit de la responsabilité. La première condition pour que le droit de la responsabilité sache intégrer la neutralité, c'est qu'il dispose d'outils pour identifier un comportement neutre. Les définitions de la neutralité ont été jusqu'ici suffisantes. En effet, les divers travaux qui lui ont été consacrés formulent la neutralité du *net* en termes d'interdiction pour les intermédiaires techniques ou de libertés pour les utilisateurs. Le fonctionnement global d'un réseau neutre s'en trouve identifiable, tout comme ses effets sur les usages. Toutefois, ces définitions ne peuvent être intégrées en l'état par le droit de la responsabilité, car elles ne permettent pas d'identifier assez clairement ce qu'est le comportement neutre d'un intermédiaire pris individuellement (Section 1). Il faut pourtant en extirper les caractères utiles à l'intégration de la neutralité par la responsabilité civile (Section 2).

Section 1. – La recherche des caractères d'un comportement neutre

153. – Des repères insuffisants. La neutralité du *net* n'est pas un concept directement utilisable par le droit de la responsabilité⁵⁹⁷. L'ensemble des règles techniques où elle est née n'a ni la clarté ni la généralité nécessaire. Quant aux définitions juridiques de la neutralité, elles la décrivent généralement par ses effets positifs⁵⁹⁸. L'intégration de la neutralité ne peut

⁵⁹⁷ Plus largement, voy. les doutes concernant sa consistance en droit : *Vivant et alii*, n° 1598.

⁵⁹⁸ Ces définitions restent parfaitement valables en leurs domaines. Elles nous ont déjà permis de prendre la juste mesure des enjeux de l'intégration, voy. *supra*, n°s 24 s.

se placer sur le même plan. Elle vise à créer un environnement favorable à la neutralité, ce qui implique d'en accepter les effets positifs comme les effets négatifs. Ces définitions ne sont donc pas adaptées au droit de la responsabilité (§ 1). Effectuer un classique raisonnement par analogie pour déterminer ce qu'est un comportement neutre en droit est alors instructif, quoiqu'insuffisant (§ 2).

§ 1. – *Le rejet d'une neutralité définie par ses effets*

154. – Impossible raisonnement téléologique. La neutralité technique produit des effets vertueux qui ont donné ses premières définitions à la neutralité juridique. Ainsi, l'idée que l'irresponsabilité des intermédiaires techniques se justifie par les effets vertueux de leur neutralité paraît séduisante. La responsabilité civile pourrait, en ce domaine, faire sienne la théorie de relativité aquilienne⁵⁹⁹. Cette théorie, en ce qu'elle limite la réparation aux personnes et aux intérêts que la règle protège⁶⁰⁰, peut sembler être l'instrument idéal pour limiter la responsabilité des intermédiaires techniques aux cas où ils n'ont pas agi de façon neutre. Toutefois, sans même évoquer les défauts inhérents à la relativité aquilienne⁶⁰¹, l'hypothèse de son application doit être rejetée au regard de la généralité d'une hypothétique règle visant à protéger la neutralité⁶⁰². En effet, le droit de la responsabilité n'est pas le droit de la concurrence⁶⁰³, il ne peut se formuler par un raisonnement téléologique qui voudrait que seuls les intermédiaires techniques qui contribuent réellement aux vertus attendues de l'internet puissent bénéficier d'un régime de responsabilité adoptée pour ces mêmes vertus. Les faits qu'il doit saisir sont trop vivants, les intérêts trop diffus, pour qu'il adopte des solutions aussi imprévisibles, détachées de l'idée de justice qui imprègne la matière. La cohérence commande pourtant d'établir un régime juridique qui soit favorable à l'exercice de ces libertés, mais raisonner de manière téléologique consisterait à définir comme critère de la

⁵⁹⁹ L'application de cette théorie impliquerait que, « *plutôt que de rechercher si le dommage visé est en relation de causalité avec la faute ou le fait dommageable, il importerait de déterminer si le texte ou le principe qui a été enfreint avait pour but d'en éviter la réalisation.* » (Viney et Jourdain, t. II, 336, p. 185). Contrairement aux pays germaniques et, dans une certaine mesure, aux pays de *Common Law*, son audience en France est restée très limitée ; voy J. Limpens, « *La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé* » in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 559-581.

⁶⁰⁰ J. Limpens, *op. cit.*, spé. n^{os} 4 et 37.

⁶⁰¹ Le manque d'utilité de la théorie, supplantée par la causalité, ainsi que le flou du critère de la finalité sont principalement dénoncés (J. Limpens, *op. cit.*, spé. n^{os} 35-37).

⁶⁰² L'intérêt protégé par une règle faisant cas de la neutralité du *net* est difficilement individualisable. La critique rejoint celle considérant la relativité aquilienne comme « *pratiquement inutilisable* » pour apprécier la faute de l'article 1382 du fait de l'impossibilité de déterminer pour un texte d'une telle généralité les personnes protégées et les dommages couverts (Viney et Jourdain, t. II, n^o 441, p. 366).

⁶⁰³ Le raisonnement téléologique est « *de droit* » en droit de la concurrence (M.-A. Frison-Roche, « *L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie* », LPA, 28 déc. 2000, n^o 259, spé. n^o 21).

responsabilité les effets vertueux ou non du comportement d'un intermédiaire. Or, ces effets sont imprévisibles parce qu'ils dépendent des utilisateurs et non de l'intermédiaire.

155. – Imprévisibilité des effets précis de la neutralité. Il faut envisager les cas où un raisonnement téléologique semble parfaitement adapté pour comprendre en quoi il devient une impasse. Une première illustration peut être trouvée dans le fonctionnement d'un moteur de recherche. Étant souvent la première porte d'entrée sur le réseau, il peut paraître opportun que ce type d'outil ne favorise pas, dans ses résultats, des contenus qu'il a plus intérêt que d'autres à voir visiter. S'il le faisait, il pénaliserait certains contenus, il ne devrait alors plus être considéré comme neutre. Le cas d'un FAI bridant l'accès aux contenus émanant de ses concurrents illustre une problématique voisine. Ce FAI n'est pas neutre, car il pénalise la liberté de communication et le libre jeu de la concurrence.

Ces constats sont justes, mais ne sont pas porteurs d'un critère clair, adapté au droit de la responsabilité. Bien au contraire, il est particulièrement subjectif d'envisager si, oui ou non, une activité est vertueuse. Ce serait une idée fausse de dire que la neutralité se justifie que par les aspects positifs attachés à l'internet. Elle se justifie par l'exercice de droits et libertés qui s'accompagne nécessairement du pluralisme⁶⁰⁴. Les informations choquantes ou dérangeantes ne sont ainsi *pas seulement le prix à payer pour le pluralisme, mais l'un de ses effets*. Ainsi, un intermédiaire technique respectueux du pluralisme court le risque d'être utilisé pour exprimer des idées choquantes. Si l'on se base sur les effets de son activité, il peut être douteux qu'on lui reconnaisse des aspects vertueux. À l'inverse, un intermédiaire technique qui contrôlerait les contenus, les censurerait au besoin, aurait toutes les chances d'être reconnu pour les effets vertueux de son activité. En effet, rien ne dit que les comportements non neutres ne soient pas en partie ou en totalité bénéfiques. Cela conduit à une dernière interrogation sur ce que pourrait prévoir un régime juridique bâti sur les effets de la neutralité. S'il est question de sanctionner les effets négatifs de la neutralité en les attribuant aux intermédiaires techniques, n'est-ce pas le plus sûr moyen de revenir sur la neutralité ?

Il est alors tentant de définir la neutralité par le pluralisme qu'elle porte. Pourtant, la neutralité n'y est pas nécessairement associée. Elle ne permet que les conditions du pluralisme, elle ne le génère pas nécessairement. Un intermédiaire technique parfaitement neutre peut très bien voir son infrastructure utilisée par des personnes ayant toutes les mêmes idées, comme des espaces en centre-ville peuvent devenir très homogènes socialement sans qu'une volonté ait contraint ce regroupement.

⁶⁰⁴ Voy. *supra*, n° 92.

§ 2. – Les enseignements du raisonnement par analogie

156. – Démarche heuristique. Face à une situation nouvelle, le raisonnement par analogie permet de retrouver les constructions rassurantes du droit déjà établi. Il « *consiste, dans le silence de la loi, à déduire d'une ressemblance entre deux choses, deux droits, deux situations, une similitude de régime juridique* »⁶⁰⁵. À suivre cette piste, une première ressemblance peut être identifiée entre les intermédiaires techniques et d'autres intermédiaires ou fournisseurs de moyens. L'analogie se révèle déceptive si l'on y cherche les fondements de la responsabilité des intermédiaires techniques (I). Elle peut aussi s'effectuer par rapport à d'autres situations qualifiées de neutres par le droit. Si cette voie ne permet toujours pas de déterminer précisément ce que sont un comportement neutre et le régime juridique qui en découle, certains points de contacts entre ces neutralités déjà connues du droit et la neutralité du *net* méritent d'être soulignés (II).

I. – Les faibles apports de l'analogie en termes de responsabilité

157. – Portée et limites du raisonnement par analogie. Lorsqu'une situation nouvelle se présente, le raisonnement juridique se fait principalement par analogie avec des situations connues⁶⁰⁶. Ainsi, des pans entiers du droit se sont adaptés à l'internet sans grande difficulté en assimilant ces situations nouvelles à d'autres mieux connues du droit⁶⁰⁷. Les branches du droit tournées vers l'efficacité, telles que le droit fiscal, se sont adaptées sans difficulté conceptuelle à l'internet⁶⁰⁸. De même, le droit de la vente, le droit de la concurrence, le droit de la presse, et bien d'autres, présentent de nombreuses dispositions dont l'application à l'internet s'effectue sans difficulté au moyen de la méthode déductive classique⁶⁰⁹.

Dans d'autres cas, l'analogie est difficile, car il manque « *les points de contact* » permettant d'appliquer un régime juridique⁶¹⁰. La méthode déductive trouve alors ses limites en ce

⁶⁰⁵ J.-L. Bergel., *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001, p. 244.

⁶⁰⁶ Les auteurs classiques accordaient souvent de grandes vertus à cette méthode. « *Les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, écrivait Théophile Huc, sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution* » (T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Librairie Cotillon, Paris, 1892, t. I, n° 178, p. 165).

⁶⁰⁷ J. Schmidt-Szalewski, « *L'internet ou l'illusion libertaire* », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, pp. 803-821 (spé. pp. 804-806).

⁶⁰⁸ Schmidt-Szalewski, *op. cit.*, p. 804.

⁶⁰⁹ Pour cette méthode, voy. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (1948), 184 p. (spé. n° 44-74, pp. 45-72).

⁶¹⁰ H. Motulsky, *op. cit.*, spé. n° 44-74, pp. 45-72.

qu'elle n'est pas destinée à la définition d'une règle de droit, mais à son application⁶¹¹. Tel est le cas de la neutralité, il ne faut pas espérer trouver dans les diverses analogies possibles la force d'une règle de droit directement applicable. L'intérêt de la démarche est pourtant double. Il s'agit de déterminer ce que la neutralité du *net* a de spécifique et de déterminer en quoi des situations voisines peuvent enrichir sa définition juridique.

158. – La responsabilité des services postaux. Une analogie, qui a au moins le mérite d'être didactique, semble possible avec les services postaux chargés de transmettre des plis sans avoir à connaître leurs contenus. Ces services ne peuvent voir leur responsabilité recherchée pour les plis qu'ils transportent. Seule l'hypothèse « *des pertes et avaries survenues lors de la prestation* »⁶¹² ou celle des « *retards dans la distribution d'un envoi postal* »⁶¹³ sont envisagées par le CPCE pour soumettre ces hypothèses aux articles 1134 et suivants et 1382 et suivants du Code civil. Les litiges portent sur la bonne exécution du contrat⁶¹⁴ sans qu'il vienne à l'esprit des plaideurs de mettre en cause les services postaux pour ce qu'ils peuvent faire transiter d'illicite. Leur neutralité est désormais affirmée par le droit avec l'obligation qui leur est faite de respecter le secret des correspondances⁶¹⁵. Il est tentant de poursuivre l'analogie. La fonction des intermédiaires techniques est voisine. Ils transmettent des paquets de données numériques de manière neutre, là où les services postaux transmettent des plis de la même manière.

Cependant, l'internet est aussi un espace public à la différence des services postaux. Ce caractère public peut très bien inciter à faire une analogie entre les intermédiaires techniques et la presse. L'analogie ne donne pas de clé pour définir un comportement neutre. Quoique didactique, elle aboutit ici à une impasse. « *Le recours à l'analogie n'a de sens que si l'on se trouve au-delà de la « métaphore »* » a utilement souligné le professeur Michel Vivant⁶¹⁶.

159. – La tentative d'insérer la responsabilité des intermédiaires de l'internet dans le cadre de la responsabilité des « fournisseurs de moyens ». Un ou plusieurs intermédiaires

⁶¹¹ Dans sa défense du syllogisme juridique, Henri Motulsky soulignait que « *la déduction syllogistique ne peut suffire pour élaborer le Droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni, enfin, pour fournir, toute faite, la solution des conflits.* » (op. cit., n° 49, p. 48).

⁶¹² Art. L. 7 CPCE.

⁶¹³ Art. L. 8 CPCE.

⁶¹⁴ Voy. *Le Tourneau*, n° 1197 et les exemples cités.

⁶¹⁵ L'article L. 3-2 b bis du CPCE impose aux services postaux de « *Garantir le secret des correspondances, ainsi que la neutralité des services postaux au regard de l'identité de l'expéditeur et de la nature des envois postaux* ». À noter que l'article L. 38 du CPCE a été abrogé en 1984, il autorisait « *le receveur ou chef de centre [...] dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs, [à] refuser de donner suite aux télégrammes de départ* » (sur ces questions, voy, Vivant et alii, n° 1596).

⁶¹⁶ M. Vivant, « *La responsabilité des intermédiaires de l'internet* », JCP G 1999, I, 180.

techniques fournissent toujours et nécessairement les moyens des usages illicites de l'internet. Il est possible d'y voir un parallèle lointain avec d'autres cas où le moyen de causer le dommage est fourni par un tiers. Le professeur François Grua s'est risqué à regrouper des cas de responsabilité aussi disparates que celui de la personne qui laisse une arme chargée à la portée d'un enfant, celui du banquier qui fournit du crédit à une entreprise obérée ou encore celui du cafetier qui laisse repartir en voiture un client saoul⁶¹⁷. La responsabilité de l'ensemble de ces fournisseurs de moyens lui apparaît traversée par les mêmes conflits opposant responsabilité subjective et responsabilité pour risque qui ont déjà été identifiés⁶¹⁸. La première constituant la majorité du contentieux, « *les décisions qui condamnent le fournisseur de moyens correspondent toujours à des hypothèses de probabilité concrète* »⁶¹⁹. Toutefois, la responsabilité du banquier apparaît s'inscrire dans un schéma plus objectif dont il faut « *bien mesurer la rupture qu'il constitue avec le droit commun* »⁶²⁰. Une rupture aux velléités normatives qui serait en notre domaine impossible à concilier avec la neutralité. Il n'est dès lors pas étonnant qu'il faille conclure que les possibilités d'engager la responsabilité des fournisseurs de moyens ne sont qu'étroitement ouvertes⁶²¹. Le professeur Cyril Bloch a également mis en avant la nécessité d'une négligence pour engager la responsabilité de ceux qui contribuent sans le savoir à une situation illicite⁶²².

À tenter l'analogie, ces cas plaident globalement dans le sens d'une responsabilité maîtrisée des intermédiaires techniques, du moins sur la base du droit commun. Pourtant, ils sont d'un apport limité pour décrire ce qu'est un comportement neutre et pour savoir, s'il doit, oui ou non, engager la responsabilité de celui qui l'adopte. À leur lumière, un comportement neutre ne doit pas être un comportement négligent ou aboutir à créer une probabilité concrète de dommage. Il y a là une piste intéressante. N'est-ce pas ne pas être neutre que d'adopter un tel type de comportement ?

160. – Différence structurelle avec la protection de la liberté d'expression. L'un des motifs principaux de limitation de la responsabilité des intermédiaires techniques réside dans la protection de la liberté d'expression des utilisateurs du réseau. En ce domaine spécifique, un auteur a vu l'« *émergence d'une neutralisation de la responsabilité par un droit général*

⁶¹⁷ F. Grua, « *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage* », RTD civ, 1994, pp. 1 s.

⁶¹⁸ F. Grua, *op. cit.*, n° 4.

⁶¹⁹ F. Grua, *op. cit.*, n° 12.

⁶²⁰ F. Grua, *op. cit.*, n° 18.

⁶²¹ F. Grua, *op. cit.*, n° 23.

⁶²² C. Bloch, « *Définition de la faute* », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 111 : l'auteur cite les imprimeurs, distributeurs, détaillants et sociétés d'affichage publicitaire.

d'expression » fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶²³. Ce droit est présenté comme un instrument apte à traiter « *de façon satisfaisante le conflit d'intérêts en présence* »⁶²⁴. Si ce raisonnement présente certaines parentés avec la présente problématique, il est avant tout destiné à définir un instrument souple afin de résoudre un conflit d'intérêts dans une situation donnée. Or, ce n'est pas exactement de cela dont il s'agit ici. L'internet n'est que le support de la liberté d'expression, ce qu'il importe donc de définir, c'est le degré de liberté que le réseau laisse à ses utilisateurs. Le réseau ne s'exprime pas directement, il n'est qu'un vecteur.

160-1. – Ici encore, l'analogie ne permet que d'identifier des ressemblances, voire un certain mouvement du droit, mais elle ne donne pas de clé à la responsabilité civile pour mieux se définir face à un comportement neutre. Il ne faut pas s'en étonner. « *L'analogie des situations de fait ne suffit pas. Il faut aussi une similitude de motifs d'assimilation et de buts à atteindre* »⁶²⁵. En élargissant la recherche au-delà de la détermination de la responsabilité pour identifier ce qu'est un comportement neutre en droit, des similitudes de buts apparaîtront plus clairement.

II. – L'identification de caractères partagés dans les fonctions de la neutralité

161. – Diversité des neutralités en droit. Historiquement, la neutralité a surtout été considérée comme une attitude pendant un conflit⁶²⁶. De même, le sens commun de la neutralité ancre généralement cette notion de conflit au cœur de sa définition⁶²⁷. Les situations que le droit définit comme neutres s'inscrivent aussi parfois dans cette perspective. Toutefois, la neutralité en droit n'est pas une notion clairement définie ni unitaire, c'est un « *principe caméléon* puisque, dans chacune de ces disciplines juridiques, il prend des significations

⁶²³ G. Lécuyer G. (préf. L. Cadiet), *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, th., LGDJ, 2006, n° 299 s., pp. 363 s. Ce droit résulterait tant de l'interprétation à titre subsidiaire que fait la CEDH de l'article 10 (n° 308) que de l'application qu'en font à titre principal les juridictions de l'ordre interne (n° 309).

⁶²⁴ *Idem*, n° 399, p. 363.

⁶²⁵ J.-L. Bergel., *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001, pp. 244-245.

⁶²⁶ Le Littré définit la neutralité comme l'« *état d'une puissance neutre entre deux ou plusieurs autres puissances qui sont en guerre.* ». Ce n'est que par extension qu'elle devient l'« *abstention de ceux qui ne prennent point de parti dans des questions, dans des différends* » (consultable sur <http://www.littre.org/>).

⁶²⁷ Le Trésor de la langue française définit la neutralité comme un « *caractère, [une] attitude d'une personne, d'une organisation, qui s'abstient de prendre parti dans un débat, une discussion, un conflit opposant des personnes, des thèses ou des positions divergentes.* » (Consultable sur le site du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : <http://www.cnrtl.fr/>). L'étymologie confirme cet entre-deux de la neutralité (Neutre : *neutralis, neuter*, aucun des deux).

différentes »⁶²⁸. Il est, en effet, difficile de percevoir ce que peuvent avoir en commun la neutralité du service public⁶²⁹, la neutralité religieuse de l'État⁶³⁰, la neutralité d'un État lors d'un conflit⁶³¹, la neutralité du juge et de l'arbitre⁶³², la neutralité des régulateurs⁶³³, la neutralité économique de la constitution⁶³⁴ ou la neutralité du droit de l'Union européenne⁶³⁵, voire la neutralité du droit lui-même⁶³⁶. Le droit a pourtant eu à répondre à une même question en chacun de ces domaines : qu'est-ce qu'être neutre ? L'identification de certains points de contact entre la neutralité du réseau et ces diverses neutralités sera instructive pour mieux comprendre les rapports que ces notions entretiennent.

162. – Orientations. Il est impossible d'extraire des traits communs à toutes les neutralités que connaît le droit. Un tri est nécessaire pour faire apparaître que certaines de ces neutralités déjà connues du droit se recoupent en partie avec la neutralité du réseau. Il faut exclure de toute analogie les neutralités qui s'imposent à une personne en position de prendre une décision. La neutralité du juge et celle de l'arbitre sont de celles-là, car elles sont des traits psychologiques nécessaires à une prise de décision.

À l'inverse, la neutralité du service public, la neutralité religieuse ou la neutralité

⁶²⁸ L. Rapp, « Dialogue de sourds autour du principe de neutralité », Les Échos, n° 19105, 1^{er} mars 2004, p. 13.

⁶²⁹ De valeur constitutionnelle : Cons. const, 18 sept. 1986, n° 86-217 DC : Revue du droit public, 1989, p. 399, note L. Favoreau ; D. 1987, somm., p. 381, obs. H. Maisl : soulignant que le principe d'égalité a pour corolaire « le principe de neutralité du service » (§ 15).

⁶³⁰ Sur l'application de cette notion dans l'enseignement public et ses liens avec le principe de laïcité, voy. : R. Letteron, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd, 2012, n° 605-614.

⁶³¹ Après avoir été une simple coutume, le droit des États neutres a été partiellement codifié par la V^e Convention la Haye du 18 oct. 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, par la XIII^e Convention de la Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime et par la Convention de la Havane du 20 février 1928 concernant la neutralité maritime.

⁶³² Pour une perspective historique : D. Gilles, « La neutralité de l'arbitre (XVI-XVIII^e s.) : une aspiration historique ou une nécessité moderne ? » in V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La neutralité et le droit*, Éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, pp. 159-178.

⁶³³ Perceptibles y compris dans le domaine des télécommunications, l'art. L32-1 II 9° du CPCE posant la règle de « l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs ». – Pour une approche critique de la neutralité revendiquée des régulateurs : M.-A. Frison-Roche, « Existe-t-il un impératif d'action neutre dans les systèmes économiques régulés ? », *Economix*, 2012, spé. n°s 62-68.

⁶³⁴ J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2007, spé. n°s 13 s. : « La constitution est relativement neutre en ce qui concerne l'organisation économique. Ce n'est pas dans la Constitution que l'on peut trouver un programme de politique économique ou même des contraintes substantielles pour orienter le choix entre différentes politiques économiques opposées » (n° 13, p. 27). – Pour un état des lieux critique : P. Mbongo, « La « neutralité économique de la Constitution » à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation », *LPA*, 22 janv. 2009 n° 16, p. 79 s.

⁶³⁵ J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 7^e éd, 2014, n° 106, pp. 60-61, soulignant les limites de cette neutralité pourtant revendiquée.

⁶³⁶ Sur ce point, le professeur Philippe Jestaz considère que « d'une façon générale, le droit peut tout aussi bien contenir les droits de l'homme que leur contraire (l'esclavage chez les Romains). Comme la langue d'Ésope, dont il utilise et multiplie les techniques, il est la meilleure et la pire des choses. En ce sens, on peut donc le dire neutre ». Tout en précisant au préalable, que du point de vue des valeurs et des idéologies, « le droit français (ou n'importe quel autre droit) n'est à l'évidence pas neutre. » (« Une question d'épistémologie à propos de l'affaire Perruche », *RTD Civ.* 2001 p. 547⁺).

économique de la constitution ont pour objet de créer un environnement neutre. Cette neutralité est une attitude plus qu'un trait psychologique, elle implique l'absence de choix et non une décision. L'analogie peut être prolongée en ce qu'elles permettent l'exercice de libertés. Ces neutralités sont ainsi généralement imposées à l'État. Il y a là une différence fondamentale avec la neutralité du *net*. Les intermédiaires techniques ne sont ni des entités étatiques, ni même chargés d'une mission de service public. Il faut pourtant remarquer qu'ils sont détenteurs d'un réseau dont le droit reconnaît les vertus démocratiques. N'a-t-on pas écrit que la conception fonctionnelle de la liberté d'expression place « *les pouvoirs de l'individu, et notamment des professionnels de l'information, au service d'un intérêt supérieur qui est indissociable de la démocratie* »⁶³⁷ ? De ce point de vue, la neutralité du réseau peut être tout aussi importante que la neutralité de l'État en d'autres domaines. Ces hypothèses ne donnent d'ailleurs pas d'illustrations de responsabilité pour avoir été neutres, mais au contraire, elles témoignent de cas de responsabilité pour ne pas avoir été neutres.

Point intéressant, ces libertés économiques, religieuses ou civiques, ne sont pas des droits absolus. Elles sont susceptibles d'abus. Les usages que la neutralité du réseau permet sont dans la même situation. Il devient alors évident que la neutralité n'est pas une liberté ou un droit⁶³⁸, elle représente la possibilité d'exercer des droits et libertés.

163. – Caractères communs. Ces neutralités connues du droit visant à créer un environnement neutre permettent de faire apparaître quelques caractéristiques propres à un comportement neutre :

1. La neutralité se caractérise vis-à-vis d'activités prenant leurs sources à *l'extérieur de la sphère d'autorité de l'agent*.
2. Elle implique une *égalité de traitement entre ces différents phénomènes externes*.
3. La neutralité est *une caractéristique d'un milieu qui le rend propice à son sain développement*. Le droit l'utilise comme une forme de régulation sur la base de la croyance que le milieu est capable, si ce n'est de s'auto-organiser, de produire de lui-même ce qu'on attend de lui.

Ces neutralités désignant un milieu sont toutes justifiées par l'espoir de créer les conditions d'une auto-organisation. Le milieu laissant libres ses acteurs, ceux-ci devraient trouver d'eux-mêmes leur mode de fonctionnement optimal. Sur le plan économique, on aura tôt fait d'y voir

⁶³⁷ Ph. Gérard, « *Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression* » in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 167.

⁶³⁸ Voy. notre avis *supra*, n^{os} 87 s..

les thèses libérales classiques, la main invisible d'Adam Smith ou l'ordre spontané de Friedrich Hayek s'inscrivant sans difficulté dans cette perspective. À revenir dans le domaine de l'internet, il y a une parenté évidente avec la conception américaine de la liberté d'expression qui s'inspire des théories économiques libérales⁶³⁹. La neutralité, pour le meilleur et pour le pire, leur donne une envergure mondiale. Elle permet un immense « marché des idées » que chaque pays doit appréhender avec sa culture, son histoire et ses valeurs.

Section 2. – Les caractères d'un comportement neutre utiles à l'intégration

164. – De l'hypothèse à la proposition. L'hypothèse part d'une simple observation : les intermédiaires neutres ne choisissent pas les contenus qu'ils véhiculent. Il faudra la mettre à l'épreuve afin d'en conclure qu'un comportement neutre témoigne d'une absence de choix (§ 1) s'inscrivant dans une activité d'intermédiation de contenus (§ 2).

§ 1. – L'absence de choix

165. – Propositions. De la notion de neutralité en droit, deux caractères retenus peuvent aider à la définir : elle se caractérise vis-à-vis de phénomènes externes et elle implique l'égalité de traitement entre ces phénomènes. Transposés aux intermédiaires techniques, ces phénomènes externes sont les usages et l'égalité de traitement est la règle du *best effort*⁶⁴⁰. Ainsi, tous les usages reçoivent un traitement équivalent, en application des mêmes règles techniques. Ces dernières n'ont cependant ni la généralité ni la finalité de véritables règles juridiques. Il faut donc traduire l'esprit de ces règles techniques complexes en termes compréhensibles par le droit de la responsabilité. Il peut alors se définir simplement comme imposant à l'intermédiaire de ne pas effectuer des choix parmi les usages⁶⁴¹. Selon ces règles, un intermédiaire neutre n'en favorise et n'en sélectionne aucun. Ses utilisateurs, du fait de cette absence de choix, sont traités équitablement, quel que soit le point du réseau où ils se situent ou les usages qu'ils font.

166. – Vérification sommaire. Si l'on revient aux définitions juridiques de la neutralité

⁶³⁹ Voy. L. Pech, « Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information », Comm. Com. électr., juill. 2004, n° 7, ét. 20, spé. n°s 4-6.

⁶⁴⁰ Sur laquelle : *supra*, n° 9.

⁶⁴¹ Comp. la définition faite de la neutralité dans les systèmes économiques régulés, « non plus dans son sens de l'absence d'effet sur l'objet d'une action, mais dans son sens de l'absence de choix entre deux solutions d'égal intérêt » (M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, Economix, 2012, spé. n° 45).

du *net* qui ont été tentées, la neutralité est souvent définie comme le droit, pour les utilisateurs, d'accéder de manière indifférenciée à tous les services de l'internet⁶⁴². Une neutralité définie comme une absence de choix dans la transmission des contenus remplit parfaitement cette condition pour les transporteurs. Un FAI qui transporte des contenus sans effectuer de choix autres que ceux commandés par les utilisateurs de son réseau est neutre.

Un hébergeur qui reçoit des contenus sans égard pour leur nature, leur destination et leur origine est également neutre selon ce critère. La neutralité en tant qu'absence de choix est donc plus large que la neutralité définie en tant que droit d'accès à tous les services de l'internet, ce qui est heureux. En effet, la neutralité de l'internet porte un « *enjeu qui touche également le Web* »⁶⁴³. Les hébergeurs ne permettent d'accéder qu'à leurs services propres et ne répondent donc jamais à l'exigence d'un accès à tous les services de l'internet. Ils sont pourtant des vecteurs indispensables à la communication sur l'internet⁶⁴⁴. Leur responsabilité est pénétrée des mêmes enjeux que celle des FAI.

La vérification peut être prolongée en constatant que le principe de neutralité suppose « *la non-discrimination qu'il convient de défendre, si on veut que l'internet reste un outil de démocratie économique et sociale.* »⁶⁴⁵. Les utilisateurs du réseau doivent, dans cette perspective, être traités de la même manière, d'où qu'ils se connectent et quels que soient leurs usages. L'absence de choix correspond parfaitement à cette définition. L'intermédiaire, qu'il soit hébergeur ou transporteur, s'il véhicule tous les contenus qui lui sont soumis de la même manière, n'opère aucune discrimination. Plus précisément, l'absence de choix implique un traitement égal. C'est-à-dire, transporter, ne pas transporter, le faire vite ou non, mais le faire pareillement d'où que viennent les contenus et où qu'ils aillent.

167. – Le droit de la responsabilité devrait savoir reconnaître un comportement neutre défini comme une absence de choix, mais rien ne dit qu'il ne le sanctionnera pas. Or, ne pas le sanctionner est impératif à l'intégration de la neutralité. L'intégration aura donc des implications à la fois dans la qualification des activités neutres et dans leur régime juridique. Une intégration réussie implique que la responsabilité civile pose des bornes à la neutralité sans la dénaturer et qu'elle complète le concept de neutralité en lui inculquant des valeurs de

⁶⁴² *Supra*, n° 13.

⁶⁴³ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, p. 30

⁶⁴⁴ Lucien Rapp estimait, déjà en 2007, que le débat sur la neutralité du *net* rendait urgente « *une clarification législative du rôle de ces opérateurs-là [les hébergeurs]* » (« *Distribution en réseaux et réseaux de distribution : l'infrastructure peut-elle rester durablement neutre ?* », RLDI 2007/33, n° 1125, p. 72).

⁶⁴⁵ C. Castets-Renard, « *Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet* », D. 2012, p. 827⁺.

justice qu'il ne connaît pas.

§ 2. – *L'intermédiation de contenus*

168. – Graduation de la neutralité. Dans notre hypothèse, ne pas être neutre, c'est effectuer des choix. Or, assurément, tous les contenus transmis par les intermédiaires techniques le sont du simple fait du choix d'opérer cette activité. En réalité, l'absence de choix doit être envisagée vis-à-vis d'une activité externe. Ici, il s'agit des usages et des contenus qu'ils font transiter. Toute absence de choix ne s'inscrivant pas dans une activité d'intermédiaires de contenus n'est pas une activité neutre ; du moins au sens de la neutralité du *net*.

L'intermédiaire peut aussi effectuer des choix vis-à-vis des contenus sans perdre totalement sa neutralité, car ils laissent parfois subsister une part d'incertitude. C'est le cas, par exemple, de l'intermédiaire qui effectue le choix de se spécialiser. Les hébergeurs de vidéos, de textes ou d'images effectuent un tel choix, mais dans ces catégories, ils ne choisissent pas. Leur neutralité en termes d'absence de choix est donc réduite et orientée. Elle n'est pas pour autant inexistante. Des données objectives font généralement apparaître ces choix de telle sorte que la preuve en est facilitée. L'intermédiaire peut afficher une orientation lui donnant une idée encore plus précise des contenus qui peuvent arriver sur son infrastructure : hébergeur de blogs politiques, de vidéos ou services anonymes. Jusqu'au point où sa neutralité n'existe plus : celle où il devient éditeur, celle où il ne peut ignorer la nature illicite des contenus qu'il véhicule.

C'est, de plus, une neutralité particulière que celle de celui qui opte automatiquement pour le transport au détriment de toute autre attitude. Pour que la neutralité ne devienne pas synonyme d'immunité, il faut qu'un comportement qualifié de neutre *a priori* puisse ne plus l'être *a posteriori*. Il serait hautement contestable qu'un hébergeur (en particulier) puisse se dire neutre alors que la nature des contenus qu'il publie lui a été révélée. À partir de ce moment, continuer à transmettre ces contenus résulte d'un choix. Bien sûr, cette remise en cause de la neutralité ne doit pas être trop facilement permise, elle doit s'évaluer par rapport à la nature de l'intermédiaire et sa possibilité propre de faire des choix.

Au regard d'une neutralité définie comme une absence de choix dans une activité d'intermédiation de contenus, aucun acteur du réseau ne peut donc se revendiquer d'une

entière neutralité. La neutralité du réseau est un état parfait jamais atteint⁶⁴⁶. C'est heureux, car c'est sur sa part d'activité neutre, et uniquement sur elle, que repose l'exigence d'une absence de responsabilité. Sur cette base, il est possible d'envisager de soumettre à une responsabilité plus contraignante les intermédiaires les moins neutres.

169. – Inhérence de la neutralité du réseau et de l'intermédiation de contenus. Dans les gènes de la neutralité, on retrouve la dichotomie entre la couche réseau et la couche usages, or la couche réseau ne peut être qu'une couche intermédiaire⁶⁴⁷. Il en va du sens des mots.

Pourtant, ne peut-on raisonner en fonction des enjeux et dire que toute personne en position de restreindre ou de faciliter la communication en ligne doit être soumise aux obligations des intermédiaires neutres ? Les hébergeurs ont bien été rapprochés des transporteurs⁶⁴⁸. Pourquoi ne pas opérer un même rapprochement pour des acteurs qui n'ont pas la qualité d'intermédiaires, tels que les constructeurs de matériel informatique ou les éditeurs de logiciel ? Il y a là une tentation qu'il faut rejeter. Ce n'est pas de neutralité dont il peut être question pour ces acteurs, mais éventuellement d'ouverture⁶⁴⁹. L'extension à des acteurs qui sont des intermédiaires, mais pas des intermédiaires de contenus doit être rejetée pour les mêmes raisons. Ce serait définir la neutralité par ses effets et s'interdire de constater qu'elle peut être réduite du fait des choix effectués. Sur un plan pratique, les mécanismes juridiques de régulation des contenus construits autour de la neutralité des intermédiaires ne leur sont matériellement pas applicables, alors que ces mécanismes sont au centre de la justification de la nature favorable du régime de responsabilité des intermédiaires techniques.

170. – Étape. L'attitude qui caractérise la neutralité est, selon notre hypothèse, une absence de choix de l'intermédiaire. Cette définition est largement compatible avec la neutralité du *net* telle qu'elle est généralement formulée. Elle présente l'avantage de décrire ce qu'est une attitude neutre et non pas l'effet d'une attitude neutre. La responsabilité civile se saisit bien plus aisément d'une neutralité comprise comme un comportement qu'elle peut évaluer, comparer et, au besoin, punir. C'est à la lumière de cette définition de la neutralité que doivent être analysées la possibilité et l'opportunité qu'un comportement neutre n'engage

⁶⁴⁶ En ce sens : N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 10 : « La neutralité du Net est un point limite, une vision épurée d'Internet, selon laquelle les différents fournisseurs et consommateurs de contenus, d'applications et de services interagissent librement dans la couche usages, sans interférence des acteurs de la couche réseau. ».

⁶⁴⁷ « Dès qu'on parle de réseau, c'est pour évoquer sa substance d'être intermédiaire. » souligne Pierre Musso (« La rétiologie », Quaderni, n° 55, Automne 2004, p. 22).

⁶⁴⁸ *Supra*, n°s 37 s. – Voy. aussi sur le régime de droit positif, *infra* n°s 197 s.

⁶⁴⁹ Voy. *infra*, n°s 488 s.

pas la responsabilité de l'intermédiaire qui l'adopte.

171. – Conclusion du Chapitre premier. La recherche n'a pu faire l'économie de définir ce qu'est un comportement neutre. Les diverses définitions de la neutralité déjà formulées ne sont pas directement opérationnelles en droit de la responsabilité, car elles ne décrivent pas ce qu'est le comportement neutre d'un intermédiaire pris individuellement. La voie la plus adéquate consiste à envisager la neutralité comme une ***absence de choix dans une activité d'intermédiation de contenus***. D'une part, cette définition s'accorde avec les enseignements retirés du raisonnement par analogie et de la comparaison avec d'autres neutralités déjà connues du droit. D'autre part, elle s'avère compatible avec les définitions de la neutralité du *net* déjà formulées, mais peu adaptées au droit de la responsabilité. Sur cette base, l'intégration suppose de ne pas sanctionner une absence de choix s'inscrivant dans le cadre d'une activité d'intermédiation de contenu.

Chapitre 2. – La construction d'un régime de responsabilité limitée

« Obliger les hommes à réparer tous les dommages serait les condamner à l'inertie, mais d'autre part il est un minimum de sécurité sans lequel nulle société ne saurait survivre. »

Boris Starck⁶⁵⁰

172. – L'adaptation des fondements de la responsabilité. Rendre responsable un intermédiaire des contenus qu'il fait transiter est l'un des meilleurs moyens de l'inciter à ne pas être neutre⁶⁵¹. L'intégration de la neutralité implique donc, en premier lieu, de limiter la responsabilité des intermédiaires techniques. Encore faut-il déterminer la portée de ces limitations de responsabilité. Le risque est que la neutralité obère la responsabilité⁶⁵². La responsabilité civile, avec le sens de l'équilibre qui lui est propre, doit trouver la voie pour s'en préserver⁶⁵³.

⁶⁵⁰ *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, p. 43.

⁶⁵¹ Voy. notre description des mécanismes à l'œuvre *supra*, n^{os} 41 s..

⁶⁵² Le risque a été soulevé qu'elle soit, en droit, un principe « illusoire, utopique et trompeur » (E. Derieux, « Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'internet », RLDI 2011/74, n^o 2464, p. 95).

⁶⁵³ Sur la recherche de l'équilibre : M. Mekki, « La cohérence sociologique de la responsabilité civile », in *Études Offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 739-762, spé. 745 s. – La responsabilité des intermédiaires techniques recherche, depuis ses prémices et avant même l'intervention de la loi, l'équilibre entre une absence totale de responsabilité et une responsabilité systématique. Voy. A. Lepage, « Du sens de la mesure en matière de responsabilité sur l'internet », D. 2001, p. 322⁺, spé. n^{os} 4 s.

À partir d'une définition de la neutralité comprise comme une absence de choix dans une activité d'intermédiation de contenus⁶⁵⁴, les exigences de la neutralité sont facilement perceptibles : la responsabilité d'un intermédiaire technique ne doit pas être mise en cause pour ne pas avoir choisi les contenus qu'il transmet. Cette exigence doit se concilier avec les grands principes du droit de la responsabilité. Parmi ceux-ci, s'il en est un, c'est celui de la responsabilité pour faute. Paradoxalement, du moins en apparence, ce principe est à même de consacrer l'absence de responsabilité quant à des activités neutres (Section 2). Auparavant, partant du constat que la responsabilité pour faute a subi un recul important depuis plus d'un siècle, il importe de vérifier si d'autres fondements ne commandent pas de sanctionner une activité neutre (Section 1).

Section 1. – L'inadéquation des fondements extérieurs à la faute

173. – Vérification à l'aune de la responsabilité extracontractuelle. L'absence de responsabilité due à un comportement neutre est l'une des conditions de viabilité de la neutralité, ce point a déjà été longuement abordé. Il importe donc de rejeter les fondements permettant de sanctionner un comportement neutre. La responsabilité extracontractuelle est en première ligne du fait de la définition retenue de la neutralité : une absence de choix vis-à-vis d'un phénomène externe. Signalons la singularité de l'exercice de déconstruction consistant à rechercher la cohérence d'une absence de responsabilité, là où la doctrine s'évertue habituellement à expliquer de nouveaux cas de responsabilité. Il faut saisir cette occasion pour vérifier en quoi cette absence de responsabilité peut se justifier. Car le risque que court la responsabilité civile en intégrant la neutralité est de se détruire elle-même, emportant quelques-uns des principes les plus élémentaires de notre droit. La recherche négative qui sera ici menée conduit à vérifier qu'il n'existe pas de raison impérative de mettre en cause la responsabilité d'un intermédiaire technique pour avoir laissé transiter des usages ou des contenus illicites en toute neutralité. C'est tout d'abord une question qui touche les fondements théoriques de la responsabilité civile (§ 1). Ici, rechercher le fondement d'une responsabilité, « *c'est rechercher la raison qui la justifie* »⁶⁵⁵. C'est également une question de pure technique (§ 2), car la rigueur des constructions théoriques s'est souvent évaporée dans la technique juridique.

⁶⁵⁴ Voy. notre définition *supra*, n^{os} 164-171.

⁶⁵⁵ L. Bach, « *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français* », RTD civ. 1977, p. 19, n^o 3.

§ 1. – La recherche d'un fondement théorique

174. – Au commencement – en 1999 – était le risque⁶⁵⁶. Tout un pan du droit de l'internet, déjà historique, a le mérite d'avoir suscité des réflexions précoces portant sur l'effet d'une responsabilité étendue appliquée au réseau. La fameuse affaire *Altern.org*⁶⁵⁷ témoigne que l'application de la théorie du risque à un hébergeur peut conduire à la fin de son activité. Quelles que soient les justifications de cette condamnation en l'espèce⁶⁵⁸, l'hébergeur condamné à supporter les dommages causés par des contenus déposés pas des tiers a du cesser ses activités. Doivent être replacées dans un contexte voisin, les décisions imposant une simple obligation de vigilance aux hébergeurs dont le jugement du TGI de Paris dans l'affaire *Multimania* est le prototype⁶⁵⁹.

Pour comprendre ce qui a pu justifier ces jurisprudences, il faut observer que l'histoire de la responsabilité civile est avant tout l'histoire de l'évolution de ses fondements⁶⁶⁰. Il importe de vérifier ce qui dans la responsabilité civile d'aujourd'hui pourrait justifier une application de ces règles objectives largement incompatibles avec la neutralité du *net*⁶⁶¹.

175. – Pluralité des théories du risque. La théorie du risque a été l'arme permettant de justifier l'allègement des conditions de la responsabilité de nombreuses personnes afin d'ouvrir plus largement les possibilités l'indemnisation des victimes. La théorie du risque, portée par Josserand et Saleilles⁶⁶², a donné naissance à l'idée d'une responsabilité objective,

⁶⁵⁶ Nous nous permettons ici de reprendre et d'adapter la formule introductive d'Yvonne Flour, « *Au commencement – en 1804 – était la faute* » (Y. Flour, « *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?* », *Droits*, n° 5, 1987, p. 29).

⁶⁵⁷ CA Paris, ch. 14, 10 févr. 1999, *Estelle H. c/ Valentin L.* : préc.

⁶⁵⁸ L'application de cette théorie n'était sûrement pas inappropriée puisqu'elle pouvait s'appuyer sur le caractère anonyme de l'hébergement. Le fait que l'hébergeur paralyse la mise en cause de la responsabilité de l'auteur principal ne permet pas de justifier son absence de responsabilité (sur ce point, voy. *infra*, n°s 525 s.)

⁶⁵⁹ TGI Nanterre, 8 déc. 1999, *L. Lacoste c/ Sté Multimania* (préc.) : en application du droit commun, le tribunal affirme qu'il appartient à l'hébergeur « *de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser les droits des tiers et [qu'il doit mettre en œuvre à cette fin des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action.* ». Au titre de la vigilance, le TGI estime qu'« *un système de détection peut facilement être réalisé sur un plan technique par la mise en œuvre sur chaque serveur d'un moteur de recherche interne basé sur des mots clés adaptables à chaque situation concrète* ». Ce jugement fut réformé en appel dans un arrêt allégeant le caractère systématique des obligations mises à la charge de l'hébergeur en première instance, sans pour autant les supprimer (CA Versailles, ch. 12, 8 juin 2000, *Sté. Multimania / L. Lacoste* : *Légalis*).

⁶⁶⁰ La majorité des traités et manuels consacrent de longs développements à la mutation des fondements de la responsabilité civile pour décrire son évolution : *Brun*, n°s 149-168. ; *Le Tourneau*, n°s 19-89 ; Viney et Jourdain, t. I., n°s 48 à 56-2 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n°s 29-93 – Déjà, Josserand en son temps : *Cours de droit civil positif français*, Librairie du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1939, t. II, n°s 556-558.

⁶⁶¹ Voy. les effets d'une stricte responsabilité des acteurs du réseau : *supra*, n°s 45-50.

⁶⁶² Voy. not. R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, 1897, Rousseau, 91 p. – L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Rousseau, 1897, 129 p.

faisant l'économie de l'analyse du comportement du responsable ; une responsabilité que l'ont dit pour cela causale. Cette école estime que le sens de l'évolution plaide contre la faute⁶⁶³. « *Les risques, prix et rançons de l'activité, voilà la véritable conception juridique et sociale. Quiconque agit doit supporter les risques de son fait* » écrivait Saleilles⁶⁶⁴. Le terrain est éminemment conflictuel⁶⁶⁵. Ainsi, depuis plus d'un siècle, lorsque l'on veut accentuer la responsabilité, c'est à la condition de la faute que l'on s'attaque. L'internet ne fait pas exception. Lorsque la faute appliquée aux intermédiaires techniques est apparue insuffisante, la théorie du risque fut appelée en renfort. À vrai dire, cette affirmation n'est pas très précise, car la théorie du risque n'est pas unique. Les fondements théoriques possibles ne manquent pas.

176. – La justification par la théorie du risque-profit. L'idée selon laquelle celui qui a le profit assume les risques⁶⁶⁶ semble naturelle, voire même morale⁶⁶⁷. L'intermédiaire technique a choisi d'exercer une activité génératrice de risque pour des tiers, il en tire généralement profit. Elle est la principale théorie à même de justifier l'application d'une responsabilité objective. Des travaux récents vont jusqu'à affirmer que la jurisprudence des intermédiaires techniques aurait été « *inconsciemment construite autour de la théorie du risque-profit* »⁶⁶⁸. Cette affirmation suscite quelques réserves, en particulier en ce qu'elle se fonde sur l'existence d'une obligation de vigilance à la charge des intermédiaires techniques aujourd'hui abandonnée⁶⁶⁹ et sur des critères économiques présidant à leur qualification, tout aussi abandonnés⁶⁷⁰. Il est toutefois certain que la tentation de soumettre celui qui a les profits à une responsabilité étendue s'est manifestée à plusieurs reprises. Depuis l'intervention de la loi excluant le fondement du risque, cette tendance a pu réapparaître au niveau des critères de qualification⁶⁷¹.

Face à cette tentation presque naturelle se dressent diverses questions. Pourquoi condamner

⁶⁶³ Voy. le sens de l'évolution décrit par Josserand dans son cours de droit civil : *op. cit.*, n°s 412-418bis.

⁶⁶⁴ R. Saleilles, *op. cit.*, 1897, Rousseau, n° 57, p. 78

⁶⁶⁵ Admettre la théorie du risque serait, selon la célèbre critique de Planiol, « *pour le droit civil, l'équivalent de ce qu'est, en droit pénal, la condamnation d'un innocent.* » (« *Études sur la responsabilité civile* », Rev. crit. lég. jur. 1905, p. 279).

⁶⁶⁶ R. Saleilles DP. 1897, I, p. 433 note ss. Civ. 16 juin 1896.

⁶⁶⁷ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 45. – A minima, « *le risque attaché au profit traduit l'équité réclamée par les sociétés modernes* » (Savatier R. (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. I, n° 279, pp. 352-353).

⁶⁶⁸ É. Ricbourg-Attal (dir. J. Julien), *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, th. Toulouse 1 Capitole, 2012, n° 412, p. 418.

⁶⁶⁹ *Infra*, n° 221.

⁶⁷⁰ *Infra*, n°s 244.

⁶⁷¹ Voy. le critère de la rémunération : *infra*, n° 243.

la neutralité des intermédiaires techniques réalisant des profits ? Est-ce que l'activité d'un intermédiaire agissant dans un but désintéressé est vraiment différente des autres ? L'étude des effets attendus de la neutralité n'a pas mis en avant une différence de principe tenant au caractère profitable ou non de l'activité. Qu'est-ce d'ailleurs que le profit ? Celui généré par la publicité est-il différent de celui lié à la rémunération directe que procure un abonnement ? Quid en cas d'activité non lucrative, mais motivée par un but politique ? La théorie du risque-profit ouvre la porte à d'innombrables subtilités.

177. – La justification par la théorie du risque-crée. La théorie du risque-profit serait source d'une différence de régime difficilement justifiable du point de vue des victimes. Des théories du risque simplement créées ont été édifiées pour y pallier⁶⁷². « *Le risque doit être supporté par celui qui l'a créé* » proclame Josserand en 1897⁶⁷³. Que le risque soit avant tout dû aux technologies modernes n'est pas un obstacle à l'application de cette théorie⁶⁷⁴. Son ambition est justement de répondre à l'apparition de nouveaux risques. Elle pourrait, sur le plan théorique, très bien s'appliquer aux intermédiaires techniques. En ce sens, il a été affirmé que « *de manière générale, sur le plan des principes, il n'y aurait rien eu d'extravagant à faire une place à la notion de risque* »⁶⁷⁵. Il est vrai que la responsabilité objective a été étendue à des domaines qui n'évoquent pas spécialement le risque⁶⁷⁶. Rien ne s'oppose donc définitivement à l'extension de la responsabilité objective aux intermédiaires techniques. Sous la réserve de l'objection selon laquelle appliquer une responsabilité objective à des activités qui peuvent être transformées sous son poids serait la faire sortir de son champ naturel d'action⁶⁷⁷, au risque d'une normativité se privant des raffinements de la faute⁶⁷⁸.

⁶⁷² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 46.

⁶⁷³ L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Rousseau, 1897, p. 123.

⁶⁷⁴ L'argument d'un risque créé, avant tout, par « *la nature des choses* » se retrouve déjà dans la critique de Planiol, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁷⁵ A. Lucas, « *La responsabilité des différents intermédiaires de l'internet* », in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. Légispresse, 2001, pp. 239-240.

⁶⁷⁶ J.-S. Borghetti, « *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps* », RTD Civ. 2010, p. 1⁺, n° 12-15. Voy. aussi la réplique du professeur Philippe Brun dans la même revue (« *De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations* », RTD Civ. 2010 p. 487 s.) estimant « *que la problématique s'est largement renouvelée depuis les années 1960* » et que le principe général de responsabilité du fait des choses peut se justifier, autrement que par le risque, par la considération selon « *laquelle il est légitime que celui dans la sphère d'autorité duquel se trouve une chose qui par son fait anormal cause un dommage ait à en répondre* » (n° 17). Nous aborderons cette question *infra*, au registre de la technique juridique.

⁶⁷⁷ En ce sens : C. Grare, *op. cit.*, spé. n° 361, p. 275

⁶⁷⁸ La normativité de la responsabilité pour risque apparaît d'autant moins « fine » qu'elle n'a jamais été accompagnée d'un principe permettant de moduler la réparation en fonction du fondement de la responsabilité. Saleille y insistait pourtant fortement en défense de la théorie du risque, voy. *Les accidents du travail et la*

Savoir s'il apparaît dans ces théories une raison impérative de mettre en cause la responsabilité d'un intermédiaire neutre est capital pour déterminer si l'intégration de la neutralité par la responsabilité civile contredit certains principes établis du droit de la responsabilité.

178. – Retour sur le contexte de l'objectivisation de la responsabilité. C'est pour s'adapter à l'évolution du milieu social qu'elle embrasse que la notion de responsabilité a subi de profonds bouleversements. Pour évaluer l'opportunité d'une responsabilité objective appliquée aux intermédiaires techniques, il est utile de revenir brièvement sur les raisons historiques de son apparition. Le principe général de responsabilité pour faute, malgré ses hautes inspirations, s'est révélé insuffisant pour répondre aux besoins d'indemnisation des victimes de l'époque moderne⁶⁷⁹. C'est la difficulté pour les ouvriers victimes du machinisme de prouver la faute du patron, et donc à obtenir une indemnisation, qui a entraîné tout simplement sa suppression des conditions de la responsabilité⁶⁸⁰. Sur la base du risque, « *aucun jugement de valeur n'a besoin d'être porté sur la conduite de l'auteur du dommage* »⁶⁸¹. Telle est la doctrine qui a inspiré la jurisprudence et la loi en de nombreux domaines⁶⁸². Au triomphe apparent de la doctrine du risque, la réalité impose quelques nuances. Les responsabilités objectives se sont largement subjectivisées, les deux formes de responsabilité n'étant sûrement plus aussi détachées l'une de l'autre qu'il y paraît⁶⁸³.

Il peut être observé quelques similitudes entre ce contexte et celui dans lequel agit la responsabilité civile sur l'internet. Les victimes ont dans les deux cas des difficultés à obtenir une indemnisation. Le parallèle trouve cependant vite ses limites. C'est la « *société des accidents* » qui est le facteur principal d'émergence de la responsabilité pour risque⁶⁸⁴. Or, il n'y a pas réellement d'accidents sur l'internet défini comme une « *action extérieure soudaine et violente* »⁶⁸⁵ souvent associée à un dommage corporel⁶⁸⁶. Ainsi, ce que la victime peine à

responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, 1897, Rousseau, 91 p. (spé. n°s 24-25, pp. 38-42).

⁶⁷⁹ Sur l'ensemble de ces aspects historiques, voy. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd, 2010, n°s 638-642, pp. 947-955.

⁶⁸⁰ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965, 6^e éd., t. I, n° 70, p. 78.

⁶⁸¹ H. Mazeaud, « *La « faute objective » et la responsabilité sans faute* », D. 1985, chron., p. 14.

⁶⁸² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 684.

⁶⁸³ Voy. not. : C. Radé, « *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile* », D. 1998, p. 301, spé. n° 9 s., soutenant que la faute, si elle a subi un recul en tant que *fondement technique* de la responsabilité, est restée le *fondement rationnel* de la matière. – Pour une argumentation *contra* en défense de la théorie de la garantie : B. Starck, « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* », RTD civ. 1958, pp. 475-516, spé. n° 5.

⁶⁸⁴ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis droit, 2011, pp. 504-505, n° 8.

⁶⁸⁵ Civ., 21 oct., 1941 : Gaz. Pal., 1942.1.76.

⁶⁸⁶ S'il n'existe pas de définition légale de l'accident, l'action soudaine d'une cause extérieure apparaît comme

prouver en ce domaine, c'est avant tout l'identité de l'auteur de la faute et non la faute elle-même⁶⁸⁷. Il peut alors être tentant de substituer un intermédiaire technique facilement identifiable à un utilisateur qui ne l'est pas⁶⁸⁸. Ce n'est toutefois pas la même chose que de créer, comme sur la base de la théorie du risque, des cas de responsabilité détachés de la faute, car celui dont on recherche la responsabilité n'est pas fautif, que de créer de nouveaux cas de responsabilité sans faute pour substituer un fautif difficilement identifiable.

179. – Par la suite, Boris Starck a défendu un point de vue nouveau et radical avec la théorie de la garantie⁶⁸⁹. Alors que les théories classiques recherchent les justifications de la responsabilité dans le comportement ou dans l'activité de l'auteur du dommage, Starck envisage le droit à la sécurité de la victime pour décider de la responsabilité⁶⁹⁰. Malgré la cohérence intellectuelle de cette théorie, il faut constater avec le professeur Philippe Brun que son application conduirait à des résultats iniques⁶⁹¹. Ceux-ci seraient toutefois limités au cas de dommages corporels et matériels, car la théorie de la garantie n'a pas vocation à jouer en présence de dommages purement économiques et moraux⁶⁹². Or, l'internet produit des dommages considérables, mais ceux-ci sont avant tout de nature économique. Il est donc difficile de voir dans la théorie de la garantie un argument en faveur de la responsabilité objective des intermédiaires techniques, d'autant qu'elle n'a trouvé que très peu d'écho en droit positif⁶⁹³.

180. – Étape. L'analyse des diverses justifications théoriques de la responsabilité fait avant tout ressortir qu'il n'y a « *pas de vertu souveraine dans l'affirmation que la perte doit*

un trait commun. Le droit des assurances (Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « Précis », 13^{ème} éd., 2011, n° 998, p. 871) et le droit des accidents du travail (P. Morvan., *Droit de la protection sociale*, Litec, 4e éd., 2009, n°s 100-103, pp. 77-79), où cette question est abordée, confirme ces caractères et l'imbrication des questions relatives aux dommages corporels.

⁶⁸⁷ Ce qui met en lumière une difficulté dans l'établissement de la causalité, voy. *infra*, n°s 546-547.

⁶⁸⁸ Ce fut d'ailleurs l'un des sens de la jurisprudence *Altern.org* que de sanctionner l'anonymat garanti par un service d'hébergement. L'obligation de conserver des données d'identification est aujourd'hui l'une des justifications du caractère favorable du régime de responsabilité des intermédiaires techniques, *infra*, n° 525.

⁶⁸⁹ Voy. la th. de Boris Stark : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, 503 p.

⁶⁹⁰ B. Starck, *op. cit.*, spé. pp. 37-51.

⁶⁹¹ Brun, n° 161 : reprenant l'exemple emprunté à N. Dejean de la Bâtie de la transmission d'un virus par un enfant à un autre enfant, ce dernier pouvant, en application de la théorie de la garantie, faire valoir son droit à la sécurité.

⁶⁹² Si les dommages économiques et moraux ne sont pas garantis par cette théorie, c'est parce qu'ils sont nécessaires au jeu normal du « *droit d'agir et de nuire* » sans lequel toute activité serait paralysée. Pour ces dommages, la faute reste une condition de la responsabilité de leur auteur. La faute retrouvant alors sa juste fonction de sanction (B. Starck, *op. cit.*, spé. pp. 79 s. ; B. Starck, H. Roland H. et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 72 s., p. 43 s.).

⁶⁹³ En ce sens : Brun, n° 160.

être déplacée. »⁶⁹⁴. Il n'y a pas de raison impérative à la mise en cause de la responsabilité des intermédiaires neutres, mais il n'y a pas non plus de justification de leur absence de responsabilité. Ces questions sont depuis l'origine âprement disputées. Une lecture uniforme de la pluralité de fondements théoriques, plus ou moins détachés de l'application pratique, est pour cela difficile. Les questions de techniques semblent bien souvent dominer la définition de la solution juridique.

§ 2. – *La recherche d'un fondement technique*

181. – Torsion des concepts. Malgré l'absence de fondements théoriques impératifs impliquant une responsabilité des intermédiaires techniques neutres, il est utile d'analyser les divers fondements techniques que pourrait revêtir une telle responsabilité. La jurisprudence n'a pas hésité, en effet, à adapter les constructions théoriques les mieux ancrées pour affirmer sa politique. Il faut évoquer chacun des fondements envisageables pour poursuivre cette étude.

I. – Responsabilité du fait des choses

182. – Naissance et subjectivisation du concept. À tout seigneur tout honneur, évoquons le domaine où la responsabilité objective est née : la responsabilité du fait des choses. La principale question, pour ce qui est de son application à des intermédiaires techniques, est de savoir si une chose peut être immatérielle. Des réponses négatives⁶⁹⁵ ou positives⁶⁹⁶ ont été apportées par la doctrine. La jurisprudence n'apporte pas de réponses certaines⁶⁹⁷. Des

⁶⁹⁴ P. Esmein, « *La faute et sa place dans la responsabilité civile* », RTD civ., 1949, p. 490.

⁶⁹⁵ A. Lucas, « *La responsabilité civile du fait des choses immatérielles* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 817-826, spé. n^{os} 12-14, pp. 220-221. – Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 8^e éd., 2014-2015, n^o 10.12 – Brun, n^o 359, jugeant qu'« une vision « dématérialisée » de la chose justiciable de l'article 1384 alinéa 1^{er}, susciterait sans doute plus de difficultés qu'elle n'en résoudrait, en soumettant ces « choses », d'un genre si particulier à un régime juridique qui n'est en rien adapté à leur spécificité. ».

⁶⁹⁶ E. Tricoire « *La responsabilité du fait des choses immatérielles* », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp. 983-1002 – W. Duhén (avant-propos H. Isar, préf. J. Frayssinet), *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet*, PUAM, 2013, n^{os} 238-239, concluant toutefois à l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité d'un FAI sur ce fondement, faute de direction et de contrôle (n^{os} 240-243) – E. Ricbourg-Attal (dir. J. Julien), *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, th. Toulouse 1 Capitole, 2012, n^{os} 415 s., considérant que « le critère de contact entre le fait de la chose et le siège du dommage semble difficile à transposer aux choses immatérielles » (n^o 420), mais que « ce serait l'illicéité du contenu qui pourrait révéler l'anormalité » (n^o 421). – Pour une étude d'ensemble favorable à l'immatérialité des choses, voy. F. Zenati, « *L'immatériel et les choses* », Arch. phil. Droit, 1999, t. 43, pp. 79-95.

⁶⁹⁷ La reconnaissance du vol d'électricité (Crim. 3 août 1912 : S. 1913 1 337, note J.-A. Roux) ou plus récemment du vol d'un fichier informatique (Crim. 4 mars 2008, n^o 07-84.002 : Légalis ; Crim. 20 mai 2015, n^o 14-81.336 : RLDI 2015/117 n^o 3784 note T. Berger) ne paraît pas commander une solution en matière de

juridictions du fond ont tout de même exclu que les conditions de la responsabilité du fait des choses puissent être réunies afin d'engager la responsabilité d'un hébergeur⁶⁹⁸. Avouons ne pas percevoir de réponse définitive dans l'évolution d'une matière guidée par l'opportunité. La solution n'est commandée par aucun élément décisif, elle s'inscrit avant tout dans un travail de droit prospectif⁶⁹⁹.

À admettre, pour les besoins de l'analyse, l'applicabilité de la responsabilité du fait des choses, il reste à déterminer si elle s'inscrirait dans la responsabilité du fait des choses en mouvement ou du fait des choses inertes, laquelle s'est largement subjectivée. À l'appui de la première hypothèse, il peut être soulevé que le réseau véhicule des électrons qui forment des signaux, puis des parquets transmis sur de longues distances. Si cette conception devait prévaloir, elle engagerait la responsabilité des intermédiaires techniques de façon très large⁷⁰⁰, ce qui serait incompatible avec leur neutralité. L'autre hypothèse, celle d'une responsabilité du fait des choses inertes peut également se justifier. L'infrastructure des intermédiaires techniques est constituée de câbles et de serveurs immobiles. Ce serait alors le critère de l'anormalité qui permettrait d'engager la responsabilité de l'intermédiaire⁷⁰¹. En admettant que l'anormalité ne concerne pas une position de la chose dans l'espace, la neutralité pourrait survivre à l'opération si l'infrastructure est considérée comme normale alors qu'elle n'est pas dotée de dispositifs opérant le choix de transmettre ou non des contenus en fonction de leur nature ou de leur origine. Le détour par la responsabilité du fait des choses serait alors parfaitement inutile...

183. – Toujours à supposer la responsabilité du fait des choses applicable aux intermédiaires techniques, qui serait le gardien de la « chose » ? Celui qui a le pouvoir

responsabilité du fait des choses. L'hypothèse d'un « vol » d'informations totalement dématérialisées suscite, en outre, de fortes réserves. Des auteurs soulignent que « *si une information peut faire l'objet d'une appropriation frauduleuse, elle ne peut cependant résulter d'une soustraction puisque le propriétaire n'est en rien dépossédé.* » (A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd., 2010, p. 18, n° 50). La jurisprudence reconnaissant la responsabilité du fait d'une image animée (TGI Paris, 27 févr. 1992 : JCP II, 21809 note Ph. Le Tourneau) est plus probante, mais elle ne dispose que d'une assise jurisprudentielle étroite.

⁶⁹⁸ « *Les dispositions de l'article 1384 du Code civil n'ont pas vocation à s'appliquer, [l'hébergeur] n'ayant ni la garde des ordinateurs sur lesquels sont stockées les données permettant les actes de contrefaçon incriminés, ni la direction, l'usage et le contrôle du site litigieux* » (TGI Paris, ch. 1, 23 mai 2001, *Serge P. et a. C/ sté. Free et a.* : Légalis ; Comm. Com. électr. n° 11, nov. 2001, pp. 21-22).

⁶⁹⁹ Voy. la proposition d'Élise Ricbourg-Attal dans sa thèse (*op. cit.*), n°s 406-427, concluant qu'« *il ne paraît pas utopique d'imaginer que le XXI^e siècle donnera naissance à un régime de responsabilité du fait des choses immatérielles.* » (p. 436).

⁷⁰⁰ La présomption de fait actif de la chose est entière lorsque la chose est en mouvement et qu'elle est entrée en contact avec le siège du dommage (voy. *Brun*, n° 392).

⁷⁰¹ Sur la condition du rôle d'une chose inerte et la nécessité de prouver sa position ou son caractère anormal, voy. *Brun*, n° 392-394 ; *Le Tourneau*, n°s 7804-7805.

d'usage, de contrôle et de direction répond la jurisprudence⁷⁰². Sur un réseau neutre, l'utilisateur de la chose est l'internaute et non l'intermédiaire technique. Le critère du contrôle pourrait utilement être employé si l'on considère que l'intermédiaire technique avait le pouvoir d'empêcher le dommage de se produire. Appliquer une telle responsabilité aux intermédiaires techniques reviendrait, soit à reconnaître qu'ils n'ont pas ce pouvoir, qu'il appartient aux utilisateurs – ce qui n'est généralement pas le but de l'exercice⁷⁰³ – soit à leur imposer d'exercer ce pouvoir. Ce qui reviendrait à leur demander de perdre leur neutralité.

184. – L'opportunité d'intégrer, ou même de condamner, la neutralité par cette voie est plus que douteuse. Est-il vraiment opportun d'ajouter de nouvelles subtilités à une matière déjà dénoncée en doctrine pour son byzantisme et sa casuistique⁷⁰⁴ ? À raisonner à la limite de l'analogie, le risque d'artifice paraît assez patent pour qu'aucune conclusion prescriptive ne puisse en être formulée. « *La thèse pousse trop loin le bouchon de l'artifice* » selon les mots du professeur André Lucas⁷⁰⁵. Il n'est pas certain que les notions de choses et de garde puissent s'adapter à l'hypothèse envisagée sans être condamnées à devenir « *un gaspillage d'énergie et de temps* » selon la célèbre formule piquante du doyen Carbonnier⁷⁰⁶. Il n'y a aucun intérêt à étendre cette responsabilité aux intermédiaires techniques.

II. – Responsabilité du fait d'autrui

185. – Une matière difficile à conceptualiser. La très ancienne responsabilité du fait d'autrui⁷⁰⁷ subit un profond mouvement d'objectivisation, contestable et contesté sur bien des points⁷⁰⁸. Il est aujourd'hui difficile de trouver une justification unique à tous les cas de responsabilité du fait d'autrui⁷⁰⁹. L'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code civil est le support,

⁷⁰² Les critères de la garde matérielle ont été posés par le célèbre arrêt *Franck* (Ch. réunies, 2 déc. 1941 : GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 2000).

⁷⁰³ Voy. cep., évoquant « *l'irresponsabilité du fait de la garde des choses numériques* » (à propos des FAI) : W. Duhen, *op. cit.*, n°s 240-243.

⁷⁰⁴ Nuançant ces critiques : Brun, n° 354.

⁷⁰⁵ A. Lucas, *op. cit.*, p. 821, n° 14.

⁷⁰⁶ La formule n'est présente que dans la 4^e éd. de son manuel (citations reprise de Brun, n° 354).

⁷⁰⁷ Voy. not. R. Demogue, *De la réparation des délits civils. Étude de droit et de législation*, Rousseau, 1898, p. 63 : « *très pratique encore aujourd'hui, cette théorie de la responsabilité civile n'est pourtant qu'un pâle reflet de ce qu'elle était à une époque plus primitive. Avec le développement de la civilisation, son rôle s'est amoindri, en même temps qu'elle a pris une autre forme* ».

⁷⁰⁸ Sur le risque d'extension de ces solutions : F. Leduc, « *Le spectre du fait causal* », RCA, 2001, n° 10, chron. 20.

⁷⁰⁹ Viney et Jourdain, t. II, p. 919-920. Les auteurs identifient deux fondements bien distincts. « *Dans certaines hypothèses, c'est le pouvoir de surveillance justifié par l'état de la personne sur laquelle est exercé le contrôle, dans d'autres cas, c'est le profit tiré de l'activité d'autrui qui explique la responsabilité* ». Ils soulignent plus loin que les « *nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui restent très largement indéterminés pour l'instant* » (n° 788-1, p. 921).

depuis le célèbre arrêt *Blieck*⁷¹⁰, d'une extension de ses domaines. La doctrine n'y voit souvent que de simples cas particuliers de responsabilité qui tendent pourtant à évoquer un principe général en gestation⁷¹¹, celui-ci prospérant sur l'idée d'association à l'activité d'autrui et de profit tiré de l'activité d'autrui⁷¹². Même s'il ne s'agit encore que de prospections, « *on mesure immédiatement les implications d'une telle doctrine sur la question qui nous occupe.* »⁷¹³.

Pourtant, le schéma d'une telle responsabilité appliquée aux intermédiaires techniques serait bien différent. D'une part, l'intermédiaire neutre n'a aucune autorité sur les utilisateurs de son réseau, il ne contrôle en rien leur activité. D'autre part, à la suite de l'arrêt *Costedoat* du 25 février 2000⁷¹⁴, des propositions doctrinales ont vu l'émergence d'une responsabilité générale du fait d'autrui accompagnée de l'immunité de celui dont il est répondu⁷¹⁵. Or, il n'est pas question de nier la responsabilité de l'utilisateur du réseau pour la simple raison qu'il agit en toute liberté. Le schéma serait également éloigné de la responsabilité parentale en ce que celle-ci, aujourd'hui largement objectivée, est détachée de l'illicéité, que ce soit du côté du parent ou de celui des enfants⁷¹⁶.

186. – Une hypothèse de responsabilité condamnant la neutralité. Le schéma dessiné par certaines décisions venues à la suite de l'arrêt *Blieck* est lui plus compatible avec notre hypothèse, particulièrement en ce qu'elles ont permis d'engager la responsabilité de

⁷¹⁰ Plén., 29 mars 1991, n° 89-15231, *Blieck* : JCP 1991 II 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin ; RTD civ. obs. P. Jourdain ; GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 227-229.

⁷¹¹ Voy. l'avis prudent du professeur Patrice Jourdain : « *Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* », RCA, H.S., nov. 2000, pp. 5-9, spé. p. 8. – Pour une description des opinions en présence et un avis se rangeant à l'idée d'une déspecialisation de la responsabilité du fait d'autrui : L. Clerc-Renaud (dir. Ph. Brun), *Du Droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, th. dact. Univ. de Savoie, 2006, n° 57-61, pp. 90-97. – Adde, proposant une responsabilité du fait d'autrui autonome : C. Radé, « *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* », in *Responsabilité civile et assurance. Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 375-390.

⁷¹² G. Viney., P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 788-11.

⁷¹³ A. Lucas, « *La responsabilité des différents intermédiaires de l'internet* » in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. Légispresse, 2001, pp. 239-240.

⁷¹⁴ Plén. 25 févr. 2000, n° 97-17.378 et 97-20.152, *Costedoat* : D. 2000, p. 673, note. Ph. Brun ; GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 225-226.

⁷¹⁵ Voy. C. Radé, « *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui* », in *Responsabilité civile et assurance. Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 375-390, spé. n° 22-30 – J. Mouly, « *Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui ?* », RCA, 2008, n° 9, ét. 10, spé. n° 26-28.

⁷¹⁶ Alors que l'illicite est classiquement décrit comme constitutif de la responsabilité civile, le professeur Philippe Brun interroge : « *la responsabilité du fait d'autrui mérite-t-elle encore son nom ?* » (« *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?)* », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 106, voy. l'ensemble de l'étude, pp. 105-118, pour une vision critique des évolutions de la matière).

groupements sportifs. Il y a dans les deux cas un fautif principal⁷¹⁷, indiscutable, dont il ne paraît pas opportun d'écarter la responsabilité. Ce qui fonde en ces cas l'association à l'activité d'autrui, c'est l'autorité, le pouvoir d'encadrement ou le profit qui en est retiré⁷¹⁸. La doctrine soulève les risques d'une extension inconsidérée de cette responsabilité en dehors d'un besoin réel d'indemnisation. Faute de garde fou, elle pourrait devenir insupportable économiquement et socialement⁷¹⁹.

Les mêmes objections, démultipliées par la fonction d'intermédiaire, peuvent être formulées en notre domaine. Car affirmer que ce fondement est apte à engager la responsabilité des intermédiaires techniques, c'est condamner leur neutralité. En effet, la neutralité postule la liberté et l'indépendance des usages. Pour justifier une responsabilité du fait d'autrui – autrui sur lequel l'intermédiaire neutre n'a aucun pouvoir et donc aucune autorité –, il faudrait considérer que l'intermédiaire *devait* avoir une autorité ou un contrôle sur ses utilisateurs⁷²⁰. Autrement dit, il s'agirait de sanctionner sa neutralité. Les particularismes de cette hypothèse achèvent de démontrer qu'elle serait apte à sanctionner la neutralité. Il y a tout d'abord, dans le fait d'assumer le préjudice causé par autrui, la source d'une indemnisation plus importante. Car, sur ce fondement, il y a lieu de prendre en compte le préjudice causé depuis que le contenu a été mis en ligne. L'indemnisation devrait donc être plus importante que celle possible sur la base d'une responsabilité personnelle dont les divers éléments ne sont réunis qu'après la mise en ligne des contenus préjudiciables⁷²¹. Enfin, si cette responsabilité était assurable⁷²², il est douteux que des assureurs sachent s'engager à répondre de tous les dommages causés sur un réseau neutre. L'assurance de responsabilité ne pourrait ici obérer la force normative de la responsabilité civile du fait du poids des dommages⁷²³.

187. – Il pourrait enfin être envisagé une responsabilité du fait d'autrui abandonnant l'idée d'autorité ou de contrôle d'autrui. Cela implique l'abandon de constructions doctrinales

⁷¹⁷ Condition nécessaire rappelée par Plén., 29 juin 2007, n° 06-18.141 : LPA 24 sept. 2007, p. 3, note J. Mouly ; RTD Civ., 2007, p. 782, obs. P. Jourdain.

⁷¹⁸ P. Jourdain, « *La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements* », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 67-81, spé. 73-74.

⁷¹⁹ P. Jourdain, *op. cit.*, p. 81 (*in fine*).

⁷²⁰ En ce sens : L. Marino, « *Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs* », RCA, 2011, n° 6, ét. 8, n° 11, approuvant, du fait de l'absence de contrôle de l'activité d'autrui, l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité des hébergeurs sur ce fondement.

⁷²¹ Sur ce point, voy. *infra*, n° 355.

⁷²² Les fautes de toute nature, y compris intentionnelles, des personnes dont l'assuré est responsable ne remettent pas en cause le caractère aléatoire du contrat d'assurance : Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « Précis », 13^{ème} éd., 2011, n°s 395-397, pp. 309-313.

⁷²³ Voy. nos développements théoriques déjà effectués, *supra*, n° 44.

élaborées. À condition de ne pas considérer l'obstacle comme dirimant, cette hypothèse aurait, comme les autres, pour effet d'engager largement la responsabilité des intermédiaires techniques et donc, de condamner leur neutralité.

Si ces hypothèses semblent ouvertes, car la matière peine à donner des repères fiables aux observateurs, elles ne sont pourtant commandées en rien par le droit positif.

III. – Droit de la presse

188. – Le droit de la presse comme palliatif ? La loi⁷²⁴, après la jurisprudence⁷²⁵, a expressément exclu l'application de l'échelle de responsabilité du droit de la presse aux intermédiaires techniques. La situation de ces derniers a toujours semblé trop éloignée du rôle, certes fictif, que la loi de 1881 donne aux acteurs de la presse⁷²⁶. Une assimilation apparaît inadaptée du fait de l'impossible contrôle par les intermédiaires techniques de la masse immense des contenus qu'ils véhiculent. « *La fiction, perdant alors tout lien avec la réalité, entrerait en contradiction avec les principes fondamentaux du droit pénal !* »⁷²⁷. Est-il, en effet, envisageable de traiter sur un même plan un directeur de la publication qui tire bénéfice de contenus fixés préalablement sous sa direction et un intermédiaire technique qui transmet en quelques millisecondes des informations dont il n'a aucune connaissance ? L'argument se retourne aisément. Dire que le droit de la presse n'est pas adapté à des personnes qui ne contrôlent pas les contenus qu'ils permettent de publier, c'est convenir du rôle de ces personnes.

La question fût renouvelée par l'application par la Cour de cassation en 2010 du statut de producteur au sens de l'article 93-3 de la loi de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle⁷²⁸ à des blogs ou à des forums non modérés *a priori*⁷²⁹. Selon l'interprétation de

⁷²⁴ « [Les hébergeurs et les FAI] ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle » dispose l'art. 6-I.6 de la LCEN.

⁷²⁵ TI Puteaux, 28 sept. 1999 : Comm. com. électr., janv. 2000, comm. 26, obs. A. Lepage ; Gaz. Pal. 2000, 1, jur., p. 27 obs. É. Morain. – Voy. toutefois pour l'application du statut du producteur au créateur d'un service télématique : Crim., 8 déc. 1998, n° 97-83.709 : RSC 1999 p. 607 note J. Francillon.

⁷²⁶ Dès 1998, le Conseil d'État préconisait « *de maintenir la responsabilité éditoriale pour ce qui la concerne, c'est-à-dire la fonction d'édition de contenus, mais de retenir un régime de responsabilité de droit commun pour toutes les autres fonctions exercées sur le réseau et notamment les fonctions d'intermédiation technique ou d'ensemblier.* » (Internet et les réseaux numériques, Doc. fr., 1998, p. 128 (version PDF))

⁷²⁷ A. Joyandet, P. Hérisson et A. Türk, *L'entrée dans la société de l'information. Rapport d'information n° 436 de la Mission commune d'information sur l'entrée dans la société de l'information*, 1996 /1997 http://www.senat.fr/rap/r96-436/r96-436_mono.html : à l'appui de leur démonstration, les auteurs du rapport évoquent l'impossibilité matérielle pour les intermédiaires techniques d'« *exercer un contrôle fiable sur la nature des contenus mis en consultation, du fait de leur volume et surtout de leur volatilité* ».

⁷²⁸ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

⁷²⁹ Crim., 16 févr. 2010, n° 08-86.301, 09-81.064 : D. 2010 p. 2206, note E. Dreyer ; AJ pénal 2010 p. 285, obs.

la chambre criminelle, l'application du statut de producteur, subordonné à l'impossibilité d'identifier l'auteur du message, se dispense de la condition de fixation préalable⁷³⁰. Les créateurs de ces espaces de discussion, assimilés à des producteurs au sens audiovisuel du terme, devenaient donc responsables des messages déposés par des tiers. Un observateur autorisé a fait valoir qu'« *en traitant le producteur comme « auteur principal », le législateur a donc créé une présomption irréfragable de responsabilité qui défie les principes les mieux établis du droit pénal.* »⁷³¹. Le Conseil constitutionnel, par le jeu d'une question prioritaire de constitutionnalité, n'allait pas tarder à lui donner raison⁷³². C'en est depuis fini avec l'application du statut de producteur à des espaces d'expression non modérés *a priori*⁷³³. C'est heureux, car une responsabilité de ce type forcerait de nombreux intermédiaires à perdre leur neutralité pour prévenir des infractions qui ne recouvrent pourtant qu'une petite partie des actes illicites sur le réseau⁷³⁴.

IV. – Responsabilité personnelle étendue

189. – Faute présumée. Lorsqu'il est fait un usage illicite de l'infrastructure d'un intermédiaire technique, la faute de ce dernier pourrait être présumée. La technique est très efficace pour affirmer une politique juridique, elle est couramment utilisée⁷³⁵. Ce n'est plus alors véritablement le domaine de la faute⁷³⁶. Il ne s'agirait toutefois pas d'une responsabilité objective puisqu'en défense, l'intermédiaire pourrait opposer son absence de faute. Le comportement que cette faute imposerait aux intermédiaires techniques aurait toutefois des effets très proches de ceux d'une responsabilité objective. Pour se défaire de leur responsabilité, ils devraient prouver qu'ils n'ont pas commis de faute. Pour ce faire, le meilleur moyen serait de prouver les précautions prises. Or, ces précautions sont typiquement

G. Royer ; RSC 2010 p. 635, obs. J. Francillon ; RLDI 2010/59 n° 1959 obs. M.T. ; 2011/65 n° 2199 note E. Derieux ; Dr pén. 2010, comm. 80, obs. M. Véron ; JCP G 2010, n° 36, 873, obs. J. Huet

⁷³⁰ Sur ce sujet, voy. aussi *infra*, n° 573.

⁷³¹ E. Dreyer, D. 2010 p. 2206⁺, n° 8, note préc.

⁷³² Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164-QPC : Gaz. Pal. 12-13 oct. 2011, p. 11, note F. Fourment ; JCP G 2011, n° 46, 1247, note E. Dreyer ; D. 2011, p. 2444 note L. Castex : s'opposant à ce que « *le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne* ».

⁷³³ Crim. 31 janv. 2012, n° 11-80.010 : Dr pén. 2012, comm. 53, obs. M. Véron ; D. 2012, p. 1249, obs. C. Ravigneaux.

⁷³⁴ Sur la cohabitation de la neutralité avec l'art. 93-3 al. 4 de la loi du 29 juillet 1982, voir *infra*, n° 202-1.

⁷³⁵ Sur la présomption de faute : *Le Tourneau*, n° 2363-2364..

⁷³⁶ En ce sens, voy. l'étude de Louis Bach : « *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français* » (première partie), RTD civ. 1977, pp. 17-53 : « *la condition sine qua non pour qu'une responsabilité puisse être dite fondée sur l'idée de faute, du moins avec quelques apparences de vérité, est qu'une faute ait pu être relevée de la part du responsable.* » (p. 29, n° 34). « *Une responsabilité « pour faute » ne peut être qu'une responsabilité pour faute réelle, c'est-à-dire établie.* » (p. 49, n° 89).

des mesures proactives de contrôle des échanges ou de sélection des utilisateurs. En donnant naissance à ce type d'obligation, la faute présumée serait donc de nature à remettre en cause la neutralité des intermédiaires techniques.

190. – Une « vraie » responsabilité pour faute ? Une fois passés en revue les fondements extérieurs à la faute, il faut y revenir. La concernant, de nombreuses questions restent encore sans réponses. Est-elle de nature à condamner un comportement neutre ? Dans quelles hypothèses ? *A contrario*, n'est-elle pas pour les intermédiaires neutres synonyme d'une irresponsabilité totale que ne commande pas la neutralité ?

191. – Étape. Rien dans le droit positif de la responsabilité civile n'impose d'engager la responsabilité des intermédiaires neutres pour les contenus qu'ils véhiculent. Mais aucune raison ne permet, à l'inverse, d'écarter par principe leur responsabilité. La voie d'une responsabilité préservant la possibilité pour le réseau d'être neutre reste ouverte. L'intégration devra alors faire avec l'intervention de la loi rendue aussi prévisible que nécessaire en raison des incertitudes tenant à l'application du droit commun.

Section 2. – L'adéquation du fondement de la faute civile

192. – De la faute à la neutralité. Le régime de responsabilité des intermédiaires techniques illustre un « retour en grâce de la faute, une faute réelle et non virtuelle »⁷³⁷. Cette même faute qui a été dénoncée au cours du XX^e siècle comme ne permettant pas d'engager assez largement la responsabilité de ceux qui y sont soumis⁷³⁸. La construction de droit positif illustre, aujourd'hui encore, la difficulté qu'il y a à mettre en cause la responsabilité des intermédiaires techniques sur ce fondement (§ 1). L'absence de responsabilité quant aux contenus qui en découle est la première condition de viabilité de la neutralité. Au-delà, la neutralité peut éclairer l'interprétation des régimes juridiques très favorables qui ont été créés. Son intégration justifie et limite l'absence de responsabilité des intermédiaires techniques (§ 2).

⁷³⁷ C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, n° 314-1, p. 372 – Même sens : J.-P. Gasnier et O. Roux. « Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet », RLDI 2009/47, n° 1593, p. 89 : « En quelque sorte, le régime de responsabilité de l'hébergeur tel qu'énoncé par la LCEN, constitue une application raisonnable de l'article 1382. » – P.-Y. Gautier, « De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », D. 2011, p. 2054+, n° 8. – Comp. : C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012 p. 827⁺ : « il s'agit bien d'un cas spécial de responsabilité, dérogeant à l'article 1382 du code civil, en ce qu'il ne s'applique pas à « tout fait quelconque de l'homme » mais à un type de faute défini par la loi, une faute caractérisée ».

⁷³⁸ G. Viney (préf. A. Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, n° 246 s.

§ 1. – Une construction de droit positif

193. – Une construction partagée. En droit français, l'absence de responsabilité des intermédiaires techniques prospère sur un régime légal inspiré par l'Union européenne (I). Des solutions de droit comparé voisines viennent conforter les solutions dégagées (II).

I. – L'assise légale du régime

194. – Retour aux sources. Dans un mouvement inédit, l'Union européenne a imposé d'inscrire dans la loi des limitations de responsabilité au cœur du régime de responsabilité des intermédiaires techniques (A). Pourtant, si reconstruction il y a, ce sont les vieilles pierres de la faute civile qui servent de fondation. L'idée que les personnes qui participent à une activité socialement vertueuse bénéficient d'une responsabilité allégée n'est d'ailleurs pas nouvelle⁷³⁹. Loin d'une révolution, le régime de responsabilité qui en résulte témoigne d'un retour en grâce de la notion de faute (B).

A. – Des limitations de responsabilité au cœur du régime

195. – Réceptions des limitations de responsabilités. L'historique du régime de responsabilité des intermédiaires techniques a déjà été brièvement évoqué⁷⁴⁰. Sa principale caractéristique est de comporter, en son cœur, des limitations de responsabilité. La responsabilité civile les a parfaitement intégrées (1). À la lecture des textes, la responsabilité pénale semble au diapason, affectée des mêmes limitations de responsabilité. L'unité de régime se révèle pourtant un trompe-l'œil lorsqu'il s'agit de saisir un comportement neutre (2).

1. – Des limitations intégrées par la responsabilité civile

196. – L'exigence européenne d'une responsabilité limitée. L'ensemble des dispositions de droit français est marqué par des « *limitations de responsabilité* » qu'impose

⁷³⁹ En 1923, Demogue écrivait que « *celui qui a, qu'il se le soit donné ou qu'on le lui ait confié, une mission qui, dans l'usage commun, peut être considérée comme un poste social et qui ne fait que remplir cette mission ou fonction, ne commet pas d'acte illicite dans les atteintes qu'il peut porter aux droits déterminés d'autrui. Il ne commettrait d'acte illicite que s'il agissait par dol ou commettait une imprudence ou négligence grave* » (R. Demogue, *Des obligations en général. Sources des obligations*, t. III, Rousseau, 1923, n° 235, p. 384 : l'auteur y décrypte aux pages suivantes la jurisprudence de l'époque avec des exemples qui ne sont pas sans évoquer ceux déjà cités à propos du droit de nuire).

⁷⁴⁰ *Supra*, n°s 3 s. Sur ce point, voy. aussi : D. de Bellescize et L. Franceschini, *Droit de la communication*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2011, pp. 490-494

la Directive dite Commerce électronique du 8 juin 2000⁷⁴¹. L'exégèse des textes et des jurisprudences parfois contradictoires doit se faire à la lumière de cette Directive, d'autant plus que la CJUE joue un rôle important dans son application par le jeu des questions préjudicielles. En droit français, il appartient paradoxalement à la faute de traduire le détail d'un régime de responsabilité que d'aucuns disent dicté trop violemment par l'Union européenne⁷⁴².

197. – Économie générale du régime de droit positif. L'article 14 de la Directive, intitulé « Hébergement » impose aux États membres une responsabilité limitée que la LCEN a transposée en son article 6.-I.2. Celui-ci dispose que les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des contenus illicites qu'ils véhiculent à la demande des utilisateurs de leur service, sauf s'ils en ont eu connaissance et qu'ils n'ont pas réagi promptement pour empêcher leur diffusion⁷⁴³. Le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation importante⁷⁴⁴ précisant que l'article 6.-I.2, prévoyant donc la responsabilité civile de l'hébergeur, et l'article 6.-I.3, prévoyant sa responsabilité pénale, doivent être interprétés, conformément à l'article 14 de la Directive, comme ayant « *pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent* » ; c'est-à-dire le cas où l'hébergeur n'avait pas connaissance de la nature illicite des contenus, et celui où, en ayant eu connaissance, il a réagi promptement pour les mettre hors ligne.

197-1. – Cette construction se calque parfaitement sur ce que le professeur Michel Vivant défend de longue date comme « *une responsabilité de raison* »⁷⁴⁵ matérialisée par le triptyque « *pouvoir-savoir-inertie* »⁷⁴⁶. Les intermédiaires techniques ne devraient pas voir

⁷⁴¹ L'expression est employée au § 45 et au § 46 de la Directive 2000/31/CE.

⁷⁴² Le constat de l'importance des modifications rendues nécessaires par la Directive commerce électronique et de la faible marge de manœuvre laissée aux législateurs nationaux a invité Luc Grynbaum à une réflexion sur la nécessité d'un Code européen des obligations, « *non pas imposé par le seul souci de l'économie du libre-échange, mais éclairé par la raison* » : « *Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné* », D. 2004, p. 2213⁺.

⁷⁴³ Art. 6-I.2 de la LCEN : « *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 ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.* ».

⁷⁴⁴ Voy. Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, §9. Plus qu'une réserve, des auteurs y voient une « *leçon d'interprétation* » tant le Conseil s'en tient à la lecture du texte (Vivant et alii, n° 2507).

⁷⁴⁵ Vivant et alii, 2474.

⁷⁴⁶ M. Vivant, « *La responsabilité des intermédiaires de l'internet* », JCP G 1999, I, 180 ; Vivant et alii, n° 2480 s.

leur responsabilité engagée à moins qu'ils aient eu connaissance de la présence d'un contenu illicite, qu'ils aient été en pouvoir d'intervenir et qu'ils ne l'aient pas fait. Le professeur Vivant précise qu'il y a là tout sauf une responsabilité spécifique. C'est dans le cadre des principes généraux du droit de la responsabilité que le triptyque « *tend à éclairer le juge dans l'appréciation de l' « erreur de conduite » propre à justifier son intervention* ». ⁷⁴⁷. De fait, la faute des intermédiaires techniques est essentiellement une faute d'abstention. Une faute que Loysel résumait par la formule « *qui peut et n'empêche, pèche* ». La formule du jurisconsulte présente une proximité évidente avec le triptyque « savoir-pouvoir-inertie ». « *La modernité d'internet ne lui confère pas une singularité telle qu'elle le ferait échapper par principe aux critères traditionnels de résolution des litiges* » ⁷⁴⁸.

La loi prévoit un canal pour assurer l'information de l'hébergeur afin de le pousser à réagir. L'article 6.-I.5 de la LCEN met en place une procédure de notification de contenus illicites à l'hébergeur ⁷⁴⁹, remplissant ainsi la première étape du triptyque. Sa responsabilité ne sera caractérisée que s'il ne réagit pas promptement lorsqu'il reçoit une notification visant un contenu illicite ⁷⁵⁰. Sur cette base, un hébergeur ne peut voir sa responsabilité engagée *a priori*. Il lui appartient de contrôler les contenus qui lui sont notifiés, mais cela n'intervient qu'*a posteriori*.

197-2. – Si les FAI sont évoqués à l'article 6.-I.1 de la LCEN, c'est à l'article L. 32-3-3 du CPCE qu'ont été reprises les limitations de responsabilité de l'article 12 de la Directive, « *Simple transport ("Mère conduit")* » ⁷⁵¹. Il n'y a pas réellement été prévu de cas de responsabilité. Il est simplement précisé que le FAI à l'origine de la transmission, celui qui effectue une sélection des destinataires ou qui modifie les contenus est responsable. Mais dans ces hypothèses, l'opérateur n'est plus vraiment un intermédiaire, en tous les cas, il n'est pas neutre. Les possibilités d'intervention des FAI sur les contenus ont donc été jugées assez faibles pour ne pas prévoir de cas d'ouverture de responsabilité pour des contenus fournis par des tiers. Si les dispositions relatives aux hébergeurs ne s'appliquent pas aux FAI et autres transporteurs, ce n'est pas tant pour les soumettre à un régime de responsabilité différent que

⁷⁴⁷ M. Vivant, *op. cit.*, JCP G 1999, I, 180.

⁷⁴⁸ A. Lepage, « *Du sens de la mesure en matière de responsabilité sur l'internet* », D. 2001, p. 322, n° 17.

⁷⁴⁹ Sur le détail du contenu de la notification, voy. *infra*, n° 307-310

⁷⁵⁰ Le Conseil constitutionnel a précisé que ce ne pouvait être qu'une situation manifeste, cf. *infra* n° 321.

⁷⁵¹ Art. L. 32-3-3 du CPCE : « *Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.* »

parce que le triptyque ne peut s'y appliquer de la même manière. Certes, la condition du savoir est transposable. Celle du pouvoir doit être largement circonscrite⁷⁵². Les transporteurs n'ont pas les mêmes possibilités d'intervention sur les contenus, les obligations qu'il est possible de leur imposer sont donc moins étendues, ouvrant, du moins en apparence, un vaste champ d'irresponsabilité.

197-3. – La formulation des obligations des intermédiaires techniques selon leurs possibilités réelles d'intervention est à nouveau illustrée par les dispositions gouvernant les opérateurs de stockages intermédiaires. Leur fonction est très proche de celle d'un transporteur, à la différence près qu'ils stockent temporairement des contenus, afin d'en optimiser la transmission⁷⁵³. Les diverses dispositions de la LCEN se concentrent sur les hébergeurs et les FAI. Une disposition les concernant a toutefois été calquée sur l'article 13 de la Directive à l'article L. 32-3-4 du CPCE, ce qui ne laisse utilement subsister dans la loi que les deux principales catégories que sont les hébergeurs et les FAI. L'utilité de la troisième catégorie a d'ailleurs pu être mise en cause. « *L'activité de stockage définie par la directive en son article 13 présente une certaine redondance avec l'activité de fournisseur d'accès* » observe le professeur Luc Grynbaum⁷⁵⁴. Sur un plan pratique, l'usage des serveurs de *caching* visés par la Directive est loin d'être généralisé. Toujours est-il que le législateur français, conformément à la directive, a prévu que ce type d'intermédiaire ne peut voir sa responsabilité engagée sauf dans quelques cas. Celui où l'opérateur « *a modifié ces contenus, ne s'est pas conform[é] à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données* »⁷⁵⁵ lui est spécifique. Ensuite, l'opérateur est responsable s'il « *n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'[il] a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'[il] a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible* »⁷⁵⁶. Il y a là une parenté évidente avec les dispositions applicables aux hébergeurs, ce qui est parfaitement logique puisque les deux types d'intermédiaires sont amenés à stocker des fichiers. Ils disposent donc des mêmes pouvoirs sur les contenus. La

⁷⁵² Cette question sera évoquée en détail *infra* (n° 297 s.) dans la partie évoquant l'encadrement de la neutralité par la responsabilité civile. Il est ici question de son intégration, c'est-à-dire, pour schématiser, des conditions nécessaires à la neutralité.

⁷⁵³ Voy. les acteurs du réseau, *supra*, n° 39.

⁷⁵⁴ L. Grynbaum, « *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet* », *Comm. Com. électr.* 2004/9, Ét., n° 28, p. 37.

⁷⁵⁵ Art. L. 32-3-4 al. 2 du CPCE.

⁷⁵⁶ Art. L. 32-3-4 al. 3 du CPCE.

spécificité des opérateurs de *caching* apparaît en ce que leur connaissance peut porter sur la publication ou non du contenu. Il serait anormal qu'un contenu soit maintenu en ligne via l'opérateur de *caching* alors qu'il n'est plus accessible par ailleurs.

198. – Droit spécial ou limitation du droit commun. Alors que l'adoption de régimes spéciaux de responsabilité vise généralement l'indemnisation des victimes au moyen de quelques arrangements avec les grands principes issus du droit commun⁷⁵⁷, la LCEN semble parcourir le chemin inverse. L'émancipation des incertitudes attachée au droit commun fut à la fois un objectif communautaire – la directive affichait son objectif de réduire « *l'insécurité juridique des régimes nationaux applicables à ces services* »⁷⁵⁸ – et une ambition de la loi nationale. L'attention grandissante portée aux victimes ne s'est, en effet, pas faite sans ébranler le droit de la responsabilité dans ses fondements mêmes. La matière peine depuis à retrouver une cohérence⁷⁵⁹ un sens et une place dans notre système juridique⁷⁶⁰. « *Ce contexte alarmant fait naître des craintes légitimes pour la liberté individuelle, l'esprit d'initiative et la prise de risques* » juge le professeur Cécile Pérès, ainsi les lois restrictives de responsabilité lui semblent appelées à proliférer, car « *opérer à la marge, par délimitations successives du champ des responsabilités, apparaît d'emblée plus commode à mettre en œuvre qu'une réforme en profondeur de l'ensemble de la matière.* »⁷⁶¹. Le contexte et la méthode de la Directive commerce électronique se calquent parfaitement sur ce constat.

Les auteurs se sont interrogés sur le rattachement de ces régimes de responsabilité au droit commun. Certains ont soutenu qu'il s'agissait là d'un régime spécifique⁷⁶², alors que d'autres ont conclu que la LCEN n'ayant « *nullement déterminé de nouveaux cas de responsabilité* »,

⁷⁵⁷ En ce sens : F. Leduc, « *L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux* », in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif. Colloque des 7 et 8 déc. 2000, Chambéry, RCA, Hors-série*, juin 2001, pp. 50-57 (spé. n^{os} 3-14). Où l'auteur observe que, « *dans l'ensemble, les différents régimes législatifs spéciaux ont pour but d'améliorer le sort des victimes* » (n^o 3), leur contenu témoignant « *d'une philosophie de la réparation distincte de celle qui innerve le droit commun de la responsabilité.* » (n^o 14). – Voy. aussi, (même auteur), « *Le droit de la responsabilité civile hors le code civil* », LPA 6 juill. 2005, p. 3 s. – Pour une description générale du mouvement d'objectivisation, voy. l'étude d'Yvonne Lambert-Faivre, « *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation* », RTD. civ., 1987, pp. 1-19.

⁷⁵⁸ Directive 2000/31/CE, 5^{ème} considérant.

⁷⁵⁹ Voy. la thèse de Clothilde Grare proposant une rénovation : *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, 436 p

⁷⁶⁰ G. Viney (préf. A. Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, 416 p

⁷⁶¹ C. Pérès, « *L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité* », in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso Édition, 2008, pp. 809-810. – Pour une étude allant dans le même sens, mais dans une optique moins large : É. Barbry, « *Le droit de l'internet est devenu au fil des années un droit spécial* », Gaz. Pal., 23 oct. 2010, n^o 296, pp. 14 s.

⁷⁶² L. Grynbaum, « *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet* », Comm. Com. électr. 2004/9, ét. n^o 28, spé. n^{os} 5 s.

« seul le droit commun de la responsabilité peut dès lors venir envelopper ces fournisseurs »⁷⁶³. Il s'agit d'une simple question d'interprétation : est-ce que limiter la responsabilité équivaut à créer un régime spécifique ? La persistance des mécanismes de droit commun incite à répondre par la négative. Auquel cas, la maxime *exceptio est strictissimae interpretationis* pourrait trouver à s'appliquer⁷⁶⁴. D'aucuns y voient la possibilité de restreindre le champ d'application du régime de responsabilité limitée. Pourtant, l'herméneutique de la loi et de la Directive ne fait ressortir que des limites très floues et l'analyse de leurs esprits incite à penser que ce flou a été voulu afin de garantir l'adaptabilité des textes à des situations nouvelles. L'exception, si c'en est une, est donc prévue pour ne pas être strictement limitée. Cette maxime peine donc à en délimiter le champ d'application. La question la plus importante concerne en réalité la portée de cette législation. Conduit-elle à exclure d'autres législations spéciales de son champ d'application ?

199. – L'exclusion des législations spéciales. Il faut bien s'entendre sur la portée des limitations de responsabilités inscrites dans la Directive. Le Conseil constitutionnel les a interprétées comme ayant pour seule portée de limiter la responsabilité des intermédiaires techniques aux hypothèses qu'elles prévoient⁷⁶⁵. La LCEN apparaît donc comme l'une de ces dispositions de droit spécial inspirées « *par le souci de ménager les auteurs d'éventuels dommages en leur reconnaissant un espace de liberté* » que le droit commun ne peut que difficilement suppléer sans en violer les principes essentiels⁷⁶⁶. Plus encore, selon nous, aucune législation spéciale ne peut modifier les conditions de la responsabilité prévues par la Directive et transposées par la LCEN sous peine d'en modifier l'équilibre⁷⁶⁷. Manifestons dès à présent notre circonspection face à l'extension de la législation protectrice des données personnelles sans que ses points de frictions avec la Directive commerce électronique ne

⁷⁶³ S. Albrieux (dir. P.-Y. Gautier), *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas, 2004, n° 42, pp. 41-42. – Même sens : J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et M. Vivant, « *Droit de l'internet* », JCP E, 2005, I, 81, n° 1. ; L. Clerc-Renaud (dir. Ph. Brun), *Du Droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, th. dact. Univ. de Savoie, 2006, n° 109, p. 167.

⁷⁶⁴ Sur cette méthode d'interprétation et ses limites : L. Bach, « *Lois et décrets* », Répertoire de droit civil, sept. 2004 (act. mars 2014), n°s 351-352.

⁷⁶⁵ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, §9 : préc.

⁷⁶⁶ G. Viney, « *Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ?* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, spé. pp. 566-568, n° 18, prenant illustration de la loi de 1881 et de la liberté de la presse.

⁷⁶⁷ Comp., excluant l'application du test en trois étapes à un hébergeur : TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 29 janv. 2015, RG n° 13/09290 (Juriscom) : « *Les dispositions de la LCEN consacrées à la responsabilité des hébergeurs ne sauraient être considérées comme une exception aux droits conférés aux auteurs en vertu du traité de l'OMPI, devant être soumises au test prévu par l'article 10, 2ème de ce traité* ».

soient envisagés⁷⁶⁸.

Bien sûr, l'intervention de la Directive n'a pas mis fin au combat juridique. Celui-ci s'est simplement déplacé sur des questions d'interprétation et, surtout, de qualification. Les limitations de responsabilité ne valant que pour les acteurs qualifiés d'intermédiaires techniques, la qualification devient bien souvent la clé du litige⁷⁶⁹.

2. – La fausse unité de la responsabilité pénale

200. – L'apparence trompeuse d'une unité de régime. À la lecture des termes de la LCEN, la responsabilité civile et la responsabilité pénale semblent traitées de façon très voisine⁷⁷⁰. La matière criminelle comporte pourtant des particularités fortes qui lui posent des difficultés d'application à l'internet. Notre hypothèse d'une intégration de la neutralité par la responsabilité renforce ces difficultés, jusqu'à exclure que le droit pénal puisse s'appliquer à des acteurs neutres.

À vrai dire, en ce domaine, la mésentente est ancienne. L'application du droit pénal aux intermédiaires techniques s'est heurtée, en premier lieu, aux impératifs constitutionnels de légalité des délits et des peines qui motivèrent la censure d'une partie importante de la loi du 1^{er} août 2000⁷⁷¹, paralysant du même coup le régime de responsabilité civile prévu par ce texte. Le législateur de 2004 a pris la précaution d'isoler le régime de responsabilité pénale des hébergeurs à l'article 6.-I.3 de la LCEN⁷⁷². La réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel met clairement en lumière que le législateur n'a ici créé aucune nouvelle infraction⁷⁷³. Bien au contraire, il a prévu des cas où les hébergeurs ne seront soumis

⁷⁶⁸ Voy. nos développements *infra*, n° 286-287.

⁷⁶⁹ Sur cette question : *infra*, n° 252 s.

⁷⁷⁰ Des différences de rédactions subtiles ont par ailleurs été analysées, voy. *Vivant et alii*, n° 2509.

⁷⁷¹ L'article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication prévoyait, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2000, de limiter les cas de responsabilités pénales des hébergeurs à deux hypothèses, celle où, « *ayant été saisies par une autorité judiciaire, [ils] n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu* » et celle où, « *ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, [ils] n'ont pas procédé aux diligences appropriées* ». Dans sa décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 (§61, préc.), le Conseil constitutionnel censura cette dernière hypothèse pour ne pas avoir précisé les conditions de forme de la saisine et ne pas avoir déterminé les caractéristiques essentielles du comportement fautif visé. Cette censure fût critiquée, le Conseil ayant réagi comme si un texte d'incrimination lui était déféré, alors qu'il ne prévoyait pas de sanction spécifique (E. Dreyer, « *Interrogations sur la responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement* », *Légipresse*, n° 212, juin 2004, I, p. 89 : « *Une erreur que l'on ne pardonnerait pas à un étudiant de deuxième année* » pince le pénaliste).

⁷⁷² L'article 6.I.3 de la LCEN dispose que « *[les hébergeurs] ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si [ils] n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* ».

⁷⁷³ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, §9 : préc.

à aucune responsabilité⁷⁷⁴. La même volonté émane de l'article L. 32-3-3 du CPCE, issu de la loi du 9 juillet 2004, prévoyant qu'un FAI ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison des contenus qu'il transmet que dans le cas où il est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, dans celui où il sélectionne le destinataire de la transmission et, enfin, dans le cas où il sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.

Toutefois, le fait de soustraire un acteur à certains cas de responsabilité n'implique pas de le soustraire à tous les autres. Les mécanismes du droit criminel mettent pourtant, au minimum, en exergue l'originalité du dispositif⁷⁷⁵. La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel interdisant en 2011 l'application du statut de producteur à des acteurs qui n'avaient pas connaissance des usages illicites⁷⁷⁶ est utilement venue rappeler la spécificité du droit pénal qui s'était pourtant imposée au droit de l'internet dès ses prémices.

201. – L'impossible commission à titre principal d'une infraction par un acteur neutre. L'esprit des articles 6.-I.3 de la LCEN et L. 32-3-3 du CPCE est assurément de limiter la responsabilité pénale des intermédiaires techniques sans l'exclure. Cependant, ces dispositions ne sont pas des textes d'incrimination, il faut chercher dans la législation existante les infractions que pourrait commettre un intermédiaire technique. Or, la grande majorité des infractions pénales implique l'intention de leur auteur⁷⁷⁷, ce qui exclut, *de facto*, la possibilité pour un intermédiaire technique de commettre, à titre principal, un nombre considérable d'infractions pénales⁷⁷⁸. Cela est dû à la définition qui est faite des intermédiaires techniques. Le droit positif les définit comme des acteurs n'ayant pas la connaissance des contenus qu'ils véhiculent⁷⁷⁹. Or, la méconnaissance de l'agent ne peut se concilier avec l'élément intentionnel de l'infraction. Si l'intermédiaire technique a la connaissance de la nature des contenus qu'il véhicule, il peut être poursuivi pénalement... mais ce n'est alors pas un intermédiaire technique.

⁷⁷⁴ En ce sens : S. Albrieux, « *La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique* », Légipresse, n° 220, avril 2005, p. 40 – Adde : (même auteur) *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas, 2004, n°s 49-62.

⁷⁷⁵ E. Dreyer, *Responsabilité civile et pénale des médias*, LexisNexis, 3e éd., 2012, n° 808.

⁷⁷⁶ Sur ce point : *Supra*, n° 188.

⁷⁷⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2012, n° 827. Cette condition a toutefois perdu une part de son intensité. Au point qu'aujourd'hui « *les magistrats considèrent que celui qui agit en connaissance de cause le fait nécessairement avec intention.* » (n° 836, p. 571).

⁷⁷⁸ Il est assez évident que l'intention, que la doctrine pénaliste définit classiquement comme « *la volonté d'accomplir un acte que l'on sait défendu par la loi pénale ou de s'abstenir d'un acte que l'on sait ordonné par la loi* » (B. Bouloc, *op. cit.*, n° 271, p. 245), ne peut se concilier avec le comportement neutre définissant l'intermédiaire technique.

⁷⁷⁹ *Supra*, n°s 197 s.

Reste le cas des infractions involontaires. Elles sont rares. Lorsqu'il s'agit d'une personne physique⁷⁸⁰, l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal exige la violation « *manifestement délibérée [d']une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » ou la commission d'« *une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». Or, en la matière, la Directive et la loi prohibent toute obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques⁷⁸¹. Il ne peut donc être reproché à un intermédiaire technique de ne pas avoir surveillé son infrastructure sur ce fondement. Toutefois, l'alinéa 4 de l'article 121-3 ne vaut que pour les personnes physiques. La jurisprudence n'a pas les mêmes exigences pour engager la responsabilité pénale des personnes morales⁷⁸². Il faut revenir aux conditions posées par l'alinéa 3 de l'article 121-3 applicable à tous les délits non intentionnels⁷⁸³. Or, ce texte, « *au lieu d'exonérer l'auteur des faits qui démontrerait avoir accompli toutes diligences normales, impose d'établir que l'auteur n'a pas satisfait aux exigences s'imposant à lui.* »⁷⁸⁴. Ce qui renvoie à la même difficulté que celle qui vient d'être évoquée : comment concilier le constat de la violation d'une obligation avec une Directive et une loi qui interdisent d'en créer ?

Le constat de la difficulté à engager la responsabilité pénale des intermédiaires techniques ne fait que se renforcer en utilisant le prisme de la neutralité. S'il n'effectue aucun choix vis-à-vis des contenus qu'il véhicule, il est bien impossible de considérer que l'intermédiaire avait l'intention de commettre une infraction en les transmettant⁷⁸⁵. Lui imposer des obligations de surveillance ou de prudence portant sur les contenus serait nier sa neutralité.

202. – La difficile association d'un acteur neutre à une infraction déjà commise.
L'hypothèse est celle d'un intermédiaire technique qui se rendrait complice d'un crime ou

⁷⁸⁰ L'hypothèse n'est pas exclue, l'art. 6-I.2 de la LCEN disposant expressément qu'un hébergeur peut être une personne physique.

⁷⁸¹ Sur ce point : *infra*, n° 221.

⁷⁸² Crim. 24 oct. 2000, n° 00-80.378 (D. 2002 p.1801 obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2001 p. 371 obs. B. Bouloc ; RSC 2001 p. 824 obs. G. Giudicelli-Delage) : « *il résulte des articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal [...] que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires* ».

⁷⁸³ Art. 121-3 du code pénal : « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.* »

⁷⁸⁴ Bouloc, *op. cit.*, n° 291, p. 258.

⁷⁸⁵ Il ne pourrait pas même s'agir d'un dol indéterminé. Certes, en ce cas, l'auteur n'a ni souhaité la gravité du résultat, ni visé la personne atteinte, mais son intention était bien présente même si les résultats ne sont pas en rapport (J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 562, p. 459).

d'un délit commis par un tiers grâce aux moyens qu'il met à sa disposition⁷⁸⁶. Typiquement, il pourrait s'agir du cas d'un hébergeur qui, en permettant à un utilisateur de publier des contenus contrefaisants, se serait associé à l'infraction de contrefaçon. Si l'esprit des articles 6.-I.3 de la LCEN et L. 32-3-3 du CPCE est de laisser cette hypothèse ouverte, leur mise en œuvre fait face à des obstacles qui paraissent insurmontables, ce que n'a pas manqué de soulever une brillante doctrine⁷⁸⁷.

La démonstration part des conditions nécessaires pour retenir la complicité dont dispose l'article 121-7 du Code pénal en des termes bien connus⁷⁸⁸. Les éléments psychologiques et matériels exigés par ce texte semblent impossibles à réunir en l'état du droit positif. Il faut tout d'abord que l'infraction principale soit toujours punissable. Ce qui est déjà, dans certains cas, une première difficulté au vu notamment des délais de prescription applicables au droit de la presse. La difficulté est renforcée par le point de départ du délai qui doit être fixé, selon l'interprétation de la Cour de cassation, « à la date du premier acte de publication »⁷⁸⁹. Plus encore, il a été souligné qu'« en adoptant cette solution, la Cour de cassation affirme qu'une infraction commise sur l'internet, à l'instar de celle commise sur les supports traditionnels de publication, constitue une infraction instantanée et non continue. »⁷⁹⁰. De même, la majorité

⁷⁸⁶ Rappelons que la complicité n'est pas ouverte en matière de contravention, sauf en cas de provocation (art. 121-7 al. 2 du code pénal). Rappelons aussi qu'il n'existe pas de responsabilité du fait d'autrui en droit pénal (B. Bouloc, *op. cit.*, n° 368, p. 315), le principe de la responsabilité pénale de son propre fait ayant été rappelé explicitement à l'art. 121-1 du nouveau code pénal.

⁷⁸⁷ Not. : E. Dreyer, « Interrogations sur la responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement », *Légipresse*, juin 2004, n° 212, pp. 89-90 – S. Albrieux, *op. cit.*, *Légipresse*, n° 220, avril 2005, pp. 40-46 — Adde M. Vivant, *La responsabilité des intermédiaires de l'internet*, JCP G 1999, I, 180, évoquant dès 1999 les difficultés à concilier les principes gouvernant la matière criminelle avec la responsabilité pénale des intermédiaires techniques de l'internet.

⁷⁸⁸ Art. 121-7 du Code pénal : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. »

⁷⁸⁹ Crim. 30 janv. 2001, n° 00-81.309 et Crim. 16 oct. 2001, n° 00-85.728 : voy. *infra* n° 574. – Voy. aussi la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004, DC 2004-496 (préc.), qui a censuré les dispositions de la LCEN prévoyant, spécifiquement pour les écrits publiés sur l'internet, que le délai devait courir « à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public ». « C'était là reconnaître implicitement que les délits de presse, exclusivement commis par voie électronique, devaient recevoir la qualification d'infraction continue » relève justement Sandrine Albrieux (*op. cit.* p. 42). Cependant, pour les sages la différence de régime ainsi instaurée dépassait « manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique. » (§ 14).

⁷⁹⁰ S. Albrieux, *op. cit.*, *Légipresse*, n° 220, avril 2005, p. 41. – Sandrine Albrieux avait développé les mêmes idées dans sa thèse de doctorat, elle y expose son opposition à la qualification de délits instantanés. Nous avouons notre réserve sur un risque qu'elle évacue : celui de créer des infractions imprescriptibles en reculant le point de départ du délai de prescription à la dépublication du contenu. « Soit le propriétaire, écrit-elle, se désintéresse de son site et ne renouvelle pas son nom de domaine et le site disparaît du réseau, faute d'adresse électronique, soit il renouvelle son nom de domaine et manifeste alors sa volonté coupable de maintenir les données litigieuses, s'il est l'auteur ou l'éditeur de contenus illicites » (S. Albrieux, *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas, 2004, n° 84, p. 77). Cela vaut peut-être dans cette hypothèse particulière, encore faut-il adhérer à l'idée que le fait de renouveler annuellement un nom de domaine manifeste une quelconque intention sur l'ensemble du contenu d'un site alors que l'infraction en question se prescrit normalement par bref délai. De plus, il existe bien des solutions pour

des infractions commises au moyen de l'internet sont des infractions continues⁷⁹¹. Quant à la contrefaçon, elle devrait en toute logique être qualifiée d'infraction instantanée, même s'il faut souligner que la question n'est pas définitivement tranchée⁷⁹². L'hypothèse d'un intermédiaire qui se rendrait complice d'une infraction en ne retirant pas un contenu qui lui serait signalé se heurte à l'impossibilité de réunir en même temps l'élément matériel de la complicité et son élément psychologique⁷⁹³. Même si la Cour de cassation venait à changer de doctrine en qualifiant les infractions commises sur l'internet de délits continus, il faudrait alors franchir les affres de la caractérisation de la complicité par abstention⁷⁹⁴. Face à ces difficultés, la qualification de recel apparaît *a priori* comme un puissant palliatif, même si elle s'émancipe de l'esprit de la loi. Pourtant, il faudrait pour pouvoir la retenir considérer la possibilité du recel de choses immatérielles. Or, la solution ne s'impose pas d'évidence⁷⁹⁵.

202-1. – Malgré quelques rares décisions condamnant pénalement des intermédiaires techniques⁷⁹⁶, cette voie semble donc difficilement praticable. En effet, tels qu'ils sont définis, les intermédiaires techniques n'ont pas la connaissance des contenus qu'ils véhiculent. Il ne s'agit pas d'un simple constat général, mais d'un critère de leur qualification. Ce n'est qu'a

héberger gratuitement des écrits qui, une fois en ligne, ne demandent strictement aucune action pour y rester. Leur auteur peut les avoir oubliés et ne plus y avoir accès, ces solutions d'hébergement sont souvent durables.

⁷⁹¹ Pour rappel, les infraction instantanée sont celles qui « se réalisent par une action ou omission exécutée en un instant ou dont la durée d'exécution plus ou moins longue est indifférente à la réalisation de l'infraction », peu importe « que ses effets se prolongent dans le temps » (B. Bouloc, *op. cit.*, n° 230, p. 217-218), à l'inverse les infractions continues sont constituées par « une action ou une omission qui se prolonge dans le temps et qui s'y prolonge par la répétition constante de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial. » (n° 231, p. 219).

⁷⁹² Sirinelli et alii, n° 151-52.

⁷⁹³ En ce sens : A.-S. Lampe, « La protection d'œuvres illicitement partagées sur les sites communautaires du Web 2.0 », RLDI 2007/32 n° 1093.

⁷⁹⁴ La doctrine enseigne traditionnellement que la complicité doit être caractérisée par un acte positif. Elle relève toutefois quelques décisions ambiguës dont la spécificité ou l'artificialité est patente (J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^e éd., 2014, n°s 498-499, pp. 225-226).

⁷⁹⁵ Pour un avis négatif : A.-S. Lampe, *op. cit.* – La possibilité du recel d'informations est traditionnellement écartée (Crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569, *Canard enchaîné* : RSC, 1995, p. 599, obs. J. Francillon ; p. 821 R. Ottenhof). Toutefois, la Cour de cassation a opéré une ouverture à l'immatériel en admettant le recel d'abus de confiance (sur ce point : B. de Lamy, « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005 p. 411), elle a aussi reconnu la possibilité du recel du délit de fixation, enregistrement ou transmission, en vue de leur diffusion, d'images pornographiques de mineurs (Crim., 28 sept. 2005, n° 04-85.024 : RTD Com. 2006 p. 496, obs. B. Bouloc). La solution a cependant perdu son utilité, dans ce deuxième cas, depuis l'entrée en vigueur de l'al. 5 de l'art. 227-23 du code pénal condamnant désormais directement le fait de détenir ce type de contenus. – Le recel de contrefaçon, retenu à l'encontre d'eBay par Cour d'appel de Paris est plus probant (CA Paris, pôle 5, ch. 12, 23 janv. 2012 *eBay International / Burberry et a.* : Legalis). Pourtant, la Cour a cru utile d'établir les profits réalisés à l'occasion du recel, et surtout, d'exclure la qualification d'hébergeur pour parvenir à cette solution (« le site « eBay » n'occupe pas une position neutre entre le client vendeur et les acheteurs potentiels, mais joue un rôle actif »).

⁷⁹⁶ T. com. Paris, ch. 8, 20 févr. 2008, *Sté Flach Film et a. c/ Sté Google France et a.* : RLDI 2008/36 n° 1197 obs. L. C. (Google vidéo qualifié d'hébergeur, mais condamné pour contrefaçon pour la diffusion d'un film après la notification) – TGI Brest, ch. correctionnelle, 11 juin 2013 : Legalis (« la responsabilité pénale de la société Overblog qui, en sa qualité d'hébergeur du blog de Mme L., n'a pas retiré les contenus litigieux malgré la connaissance qu'elle en avait, est donc engagée »).

posteriori qu'ils pourront acquérir cette connaissance. Alors, la connaissance du projet délictueux sera constatée après la consommation de l'infraction. Or, cette connaissance doit exister au moment de la fourniture de l'aide en matière de complicité, ce qui s'avère une impossibilité logique⁷⁹⁷.

Faut-il alors plaider pour un changement de doctrine de la Cour de cassation ? Il est permis d'en douter. Si les infractions de presse et la contrefaçon devenaient des délits continus sur l'internet⁷⁹⁸, l'acte de publication ne faisant plus partir le délai de prescription, le risque serait de créer des infractions pouvant être perpétuellement poursuivies. Des années ou des dizaines d'années après les faits l'auteur pourrait en être puni sous la simple condition que le contenu litigieux soit encore publié. Un changement de doctrine en ce domaine devrait s'accompagner de distinctions élaborées dont l'opportunité, au sein d'un environnement déjà complexe, ne s'impose pas d'évidence.

202-1. Le retour contestable de la responsabilité éditorial. Ces constructions ont été brouillées davantage encore par l'intervention en 2009 de la loi dite HADOPI 1 qui a inséré un alinéa 4 à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Celui-ci prévoit que la responsabilité pénale du directeur de la publication ne peut être « *engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message* ». Des auteurs se demandent s'il est « *besoin de souligner combien cette disposition fait penser à celles relatives à la responsabilité de l'hébergeur* »⁷⁹⁹. Ce texte peut, en premier lieu, être interprété comme limitant la responsabilité du directeur de la publication en cas de modération *a priori* des commentaires. En ce cas, le régime de responsabilité des hébergeurs peut, sans difficulté, être écarté. Les régimes ne risquent pas de se superposer. Mais les juridictions appliquent aussi ce texte à des blogs modérés *a posteriori*⁸⁰⁰. Elles estiment qu'en prenant connaissance du caractère illicite des messages, le directeur de la publication en devient éditeur, mais qu'il n'engage pas sa responsabilité avant l'écoulement du prompt délai. Ainsi interprété, cet article « *étend la*

⁷⁹⁷ En ce sens : S. Albrieux, *op. cit.*, Légipresse, n° 220, avril 2005, p. 45.

⁷⁹⁸ Ce qui ne serait pas totalement inédit, la jurisprudence ayant parfois considéré comme infractions continues des infractions qui, de toute évidence, ont un caractère instantané (J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 408, p. 346).

⁷⁹⁹ *Vivant et alii*, n° 2464.

⁸⁰⁰ Crim., 30 oct. 2012, n° 11-88.562 : D. 2013, p. 457 obs. E. Dreyer ; RLDI 2012/88, n°2949, obs. L. C. (illustrant la mise en œuvre de la responsabilité pénale du directeur de la publication pour ne pas avoir retiré promptement un commentaire, il est important de souligner qu'en l'espèce, le prévenu avait avoué avoir eu connaissance des messages).

responsabilité du directeur de publication au lieu de la limiter »⁸⁰¹. Il permet d'engager la responsabilité pénale du directeur de la publication en l'absence de fixation préalable et sans s'exposer aux affres de la preuve de la complicité d'une infraction instantanée. « *La loi de 1881 en sort dénaturée* » estime le professeur Emmanuel Dreyer⁸⁰².

Du point de vue du régime de responsabilité limitée, pour éviter le risque d'interaction, la condition de la connaissance et celle du prompt délai prévues par les deux régimes doivent se calquer parfaitement l'une sur l'autre. L'ampleur du contentieux ne permet pas, pour l'instant, d'en juger avec certitude⁸⁰³. Le risque paraît toutefois important tant les textes répondent aux mêmes logiques sans être insérés dans un même régime. Un retour à la première interprétation de ce texte en tant que limitation de la responsabilité en cas de modération *a priori* serait bienvenu pour préserver la cohérence des deux régimes. Cette interprétation serait d'autant plus souhaitable qu'elle ne risque pas de contrarier les mécanismes au cœur de la Directive de 2000.

202-2. – Quoi qu'il en soit des ambiguïtés du droit positif, il faut constater que les limitations de responsabilité imposées par le droit de l'Union ne sont pas loin d'exclure la responsabilité pénale des intermédiaires techniques. Cette absence de responsabilité a été dénoncée comme porteuse d'une « *impunité choquante* »⁸⁰⁴. Il y a pourtant simplement ici le témoignage qu'une activité neutre ne peut, en elle-même, être susceptible de responsabilité pénale. Le droit pénal s'avère simplement ne pas être le plus adapté à la sanction d'un acteur reconnu comme neutre *a priori*. Fort heureusement, le droit civil n'est lui pas démuné.

B. – Le retour en grâce de la faute civile

203. – Un retour incontournable ? Il est aujourd'hui entendu que la faute est au centre du régime de responsabilité des intermédiaires techniques⁸⁰⁵. Ainsi, « *cette construction venue d'ailleurs et estampillée « UE » n'est pas si éloignée des grands principes de notre droit de la*

⁸⁰¹ E. Dreyer, D. 2013 p. 457 obs. ss. Crim., 30 oct. 2012.

⁸⁰² E. Dreyer, D. 2013 p. 457 obs. ss. Crim., 30 oct. 2012.

⁸⁰³ Sur l'application de l'art. 93-3, alinéa 5, de la loi de 1982 et la mise en cause de la responsabilité pénale du directeur de la publication pour ne pas avoir retiré promptement un commentaire : Crim., 30 oct. 2012, n° 11-88.562: RLDI 2012/88, n° 2949, obs. L. Costes.

⁸⁰⁴ S. Albrieux, *op. cit.*, Légipresse, n° 220, avril 2005, p. 43.

⁸⁰⁵ L. Grynbaum, « *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet* », Comm. Com. électr. 2004/9, Ét. n° 28, n° 10. – De même, à l'aune de la jurisprudence de la CJUE : P.-Y. Gautier, « *De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile)* », D. 2011, p. 2054+, p. 8. – Déjà, sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000 : N. Marchet (dir. J. Larrieu), « *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet* », th. Toulouse I, 2003, n° 150 s.

responsabilité civile. »⁸⁰⁶. Elle appartient à la vaste famille des régimes de responsabilité pour faute en ce que les cas de responsabilité qu'elle laisse ouverts sanctionnent un comportement qui aurait dû être, et qui pouvait être, différent. Les responsabilités objectives font elles l'économie de cette évaluation⁸⁰⁷.

Des auteurs y ont vu « un retour vers l'individualisme juridique du XIX^e siècle fondé sur la faute en matière de responsabilité délictuelle »⁸⁰⁸. Il est vrai que Saleilles écrivait dès la fin du XIX^e siècle, en commentaire de l'arrêt Teffaine, que « l'idée de faute, dans sa conception traditionnelle, en tant que recherche d'intention, en tant qu'analyse de volonté, est vivement, et de plus en plus, attaquée. »⁸⁰⁹. Les attaques depuis ont été sans cesse renouvelées, mais la faute a toujours résisté. « Le vieux fleuve du droit subjectif continue de couler à côté de celui du droit objectif. »⁸¹⁰. La plasticité de la faute lui permet de s'adapter à toute situation avec des raffinements parfois étonnants. Le professeur Philippe Le Tourneau, s'émerveillant dès 1997 de l'adaptation des articles 1382 et 1383 à l'internet, écrivait que « rien n'est plus révélateur de l'éternelle jeunesse de la responsabilité subjective que son application à la dernière trouvaille de l'esprit humain »⁸¹¹. Le droit de l'internet n'est pas le seul domaine émergeant où se manifeste ce phénomène⁸¹², mais il est l'un des plus spectaculaires. Le mouvement général de spécialisation du droit de l'internet⁸¹³ a ainsi paradoxalement consacré le retour par la loi aux fondements traditionnels de la responsabilité civile⁸¹⁴.

⁸⁰⁶ L. Marino, « Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs », RCA, 2011, n° 6, ét. 8, n° 11.

⁸⁰⁷ Pour un rappel : H. Mazeaud, « La « faute objective » et la responsabilité sans faute », D. 1985, chron., pp. 13-14.

⁸⁰⁸ Grynbaum L., « La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », JCP G, 2001, n° 12, I, 307.

⁸⁰⁹ R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, 1897, p. 4.

⁸¹⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 19 (cité par G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 223).

⁸¹¹ Ph. Le Tourneau, « Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^e journée R. Savatier, PUF, 1997, p. 33.

⁸¹² Pour une description du phénomène en droit de l'environnement : F. Arhab, « Les nouveaux territoires de la faute », RCA 2003, n° spé. « La responsabilité pour faute », Chron. 16, pp. 43-55, spé. 53-55. – Comp. : G. Martin, « Principe de précaution et responsabilités », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, pp. 415-421 : si le professeur Gilles Martin formule l'espoir que le retour à la fonction normative « classique » de la responsabilité puisse, grâce à l'apport du principe de précaution, être présenté comme « une avancée et non comme une régression » (p. 418), il confesse aussi sa crainte que la « normativité « subjective » » (c'est-à-dire celle découlant de la faute) conduise à « un recul global de la régulation juridique de nos sociétés. » (p. 421).

⁸¹³ G. Azzaria et C. Castets-Renard, « Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. Actes et colloques, sept. 2011, pp. 265-282.

⁸¹⁴ Comp. Luc Grynbaum (« LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet », *Comm. Com. électr.* 2004/9, Ét. n° 28, p. 36⁺) qui voit là l'abandon « d'un régime de droit commun inspiré d'une responsabilité pour risque ». Ce qui est donc pour certains une « immunité relative » ne traduit pour les autres que le retour à l'idée de faute « véritable ». À notre sens, les qualificatifs sont ici plus significatifs de l'opinion des auteurs sur l'objectivisation de la responsabilité civile que de la nature véritable du régime observé.

Il serait osé de tirer argument de l'idée selon laquelle les lois « *les plus anciennes sont, par leur âge même, les meilleures* »⁸¹⁵, mais il faut constater avec le professeur François Terré que « *lorsque le fondement classique – dit de la faute, et même, pour beaucoup, de la culpabilité (serait-elle légère, très légère) – a cessé d'être satisfaisant, on en a difficilement trouvé d'autres, chaque auteur étant d'ordinaire mieux apte à détruire qu'à construire.* »⁸¹⁶.

204. – L'adaptabilité d'une notion souple. La souplesse de la faute est un atout sur l'internet, car des « *notions à contenu variable se prêtent plus particulièrement à de nouvelles applications que des concepts matériels précisément définis.* »⁸¹⁷. La faute est de celle-là, car elle est encore aujourd'hui largement indéfinissable. L'histoire suggère que Domat se serait appuyé sur Grotius pour formuler un principe général de responsabilité pour faute qui inspira le Code civil⁸¹⁸. En l'absence de définition textuelle⁸¹⁹, de multiples tentatives de définition ont été produites. Cette « *norme fondamentale de comportement* »⁸²⁰ est classiquement définie comme une contravention « *à une obligation préexistante* » selon la célèbre formule de Planiol⁸²¹. La doctrine moderne s'en inspire pour définir la faute comme la violation « *d'un devoir ou d'une obligation imposée par l'ordre juridique* »⁸²². D'autres s'y opposent et voient dans la faute une erreur de conduite⁸²³. Des définitions plurielles⁸²⁴ qui mettent en lumière que

⁸¹⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 21.

⁸¹⁶ F. Terré, « *Propos sur la responsabilité civile* », Arch. philo. dr., 1977, n° 22, p. 42.

⁸¹⁷ J.-L. Bergel, « *Le processus des concepts émergents* » in E. le Doly (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, p. 442, n° 13.

⁸¹⁸ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd, 2010, n° 638, p. 948. – Sur l'héritage des auteurs de l'ancien droit et la prudence qu'il faut manifester vis-à-vis de l'idée selon laquelle ils auraient inventé le principe général de responsabilité pour faute : J.-L. Gazzaniga, « *Notes sur l'histoire de la faute* », Droits, n° 5, 1987, pp. 17-28 (spé. pp. 24-26).

⁸¹⁹ L'avant-projet « Catala » de réforme du droit des obligations de 2005 a proposé de définir la faute comme « *la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.* » (art. 1352 al. 2 de l'avant-projet). – Une définition proche de celle du projet « Terré » de 2011 qui a choisi de s'ancrer sur la définition du fait illicite : « *La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. [al. 1^{er}] Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence. [al. 2]* » (art. 5 du projet).

⁸²⁰ M. Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, n° 31 s., pp. 50 s.

⁸²¹ *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., 1923, t. II, n° 863, p. 281. – *Adde* : M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1952, t. VII Obligations. Deuxième partie, n° 505, pp. 689-690.

⁸²² Viney et Jourdain, t. II, n° 455. *Adde* : Le Tourneau, n° 6705 donnant la définition suivante de la faute, non sans avoir précisé les limites de l'entreprise (voy. note infra) « *La faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement* ».

⁸²³ Voy. not. Brun, n° 293, considérant la définition de la faute donnée par H. et L. Mazeaud et A. Tunc dans leur traité (voy. 6^e éd., 1965, t. I, spé. n° 395 s.) comme résultant d'une défaillance ou d'une erreur de conduite comme « *plus réaliste* ». – Pour la défense de la définition de Planiol : M. Puech, *op. cit.*, nos 54 s., pp. 54 s. – Planiol lui-même : « *Études sur la responsabilité civile* », Rev. crit. lég. jur., 1905, p. 285 s. (spé. p. 287).

⁸²⁴ Qu'il faut toutefois relativiser comme le relève le professeur Cyril Bloch : « *qu'est ce que « l'erreur », « la défaillance » ou « l'écart » de conduite sinon la violation d'une règle de conduite à laquelle était tenu l'auteur ?* » (C. Bloch, « *Définition de la faute* », in Terré F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 114). – *Adde*, même sens : Viney et Jourdain, t. II, n° 443.

« la faute oppose aux définitions une résistance particulière ; possédant son existence la plus certaine au cœur de l'homme, elle se résigne mal à n'être qu'essence. »⁸²⁵. La Cour de cassation ne donne pas plus de pistes fiables à l'observateur. Bien que contrôlant la qualification de la faute par les juges du fond, elle s'abstient généralement de formuler des directives d'ordre général pour son appréciation⁸²⁶.

Alors, ce qui définit le mieux la faute, c'est peut-être justement ce caractère indéfinissable, aujourd'hui renforcé par l'absence d'unité de la notion. « La faute, autrefois, une notion unique, s'est désintégrée en une poussière de fautes ; elle forme maintenant une nébuleuse, dans tous les sens du terme. »⁸²⁷. Le processus par lequel le juge jauge le comportement du prétendu responsable est sans doute plus parlant. Classiquement, « si le bon père de famille avait adopté une conduite différente de celle de l'auteur du dommage, la faute sera démontrée. »⁸²⁸. Par l'application d'une responsabilité pour faute, le juge devra donc définir – ou découvrir, c'est selon – le comportement du bon hébergeur ou du bon intermédiaire. La faute lui laisse une marge d'interprétation importante. Celle-ci est indispensable, dans un milieu très évolutif. La sécurité juridique ne serait sans doute pas mieux garantie par la création de nombreux régimes spéciaux, forcément à contre coup, tentant de suivre l'apparition de nouveaux acteurs. « C'est aujourd'hui le législateur qui bouleverse le droit, la jurisprudence qui le maintient. » écrivait déjà Georges Ripert⁸²⁹.

205. – Un régime ouvert à l'interprétation. Le temps est loin où Montesquieu écrivait que les juges ne sont que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »⁸³⁰. L'ensemble de notre droit de la responsabilité civile hérite ses caractères de sa nature largement jurisprudentielle⁸³¹. Le revers de cette généralité est, du moins dans un premier temps, le flou et l'imprécision par ailleurs gage d'adaptabilité. Il faut attendre que la jurisprudence dégage des obligations précises à partir de la généralité d'un régime de responsabilité pour faute afin que les destinataires de la règle puissent facilement adopter le comportement attendu. S'agissant d'une notion floue, « ce phénomène de récurrence des critères retenus est important en ce qu'il traduit la

⁸²⁵ Le Tourneau, n° 6705.

⁸²⁶ Viney et Jourdain, t. II, n° 440.

⁸²⁷ B. Starck, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », RTD civ. 1958, p. 480, n° 6.

⁸²⁸ G. Maitre (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 152, p. 77.

⁸²⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 390.

⁸³⁰ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Librairie Firmin-Didot, 1862, pp. 134-135.

⁸³¹ Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », RTD civ. 1998, p. 1⁺ : « l'édifice imposant que représente notre droit de la responsabilité civile est pour l'essentiel jurisprudentiel, ce qui lui confère une faculté d'adaptation que la loi, lente dans son élaboration et brutale dans sa mise en œuvre, ne possède pas ».

construction par le juge d'un cadre structurel invariant, véritable microsystème normatif. »⁸³².

En notre domaine, la tâche de la jurisprudence peut sembler allégée. La Directive de 2000 et la LCEN ont prévu de nombreux mécanismes qui dispensent la jurisprudence de créer *ex nihilo* des obligations. L'affirmation du caractère positif de ces obligations est une chose, leur formulation précise en est une autre. De sorte, la jurisprudence ne se trouve que peu dessaisie de ses pouvoirs créateurs et modérateurs. Ils sont simplement canalisés. L'imprécision des textes et l'inventivité de la pratique donnent à l'interprétation jurisprudentielle l'occasion de constructions dont les impacts peuvent être tout aussi importants que ceux de la loi.

II. – L'appui des solutions de droit comparé

206. – Des solutions globalisées. Il est remarquable qu'un même nouveau support engendre des solutions proches dans des systèmes juridiques pourtant très différents. Le constat a été fait pour de nombreux pays⁸³³ d'une législation protectrice des intermédiaires techniques (*safe harbor*) conçue sur les mêmes principes fondamentaux⁸³⁴. Que les législations soient spontanément allées dans la même direction ou qu'elles aient été contaminées par l'américanisation du droit⁸³⁵, il faut constater que la législation des États-Unis a servi de modèle à beaucoup d'autres. Le fait que l'invention de l'internet soit elle-même, en bonne partie, américaine, n'y est sans doute pas étranger.

207. – L'impact du droit américain. Aux États-Unis, la décision *Sony Betamax* de 1983⁸³⁶ a été décrite comme préfigurant l'exonération de responsabilité des FAI. La Cour suprême y a jugé qu'un fabricant de magnétoscopes ne peut être tenu pour responsable des reproductions illicites produites avec son matériel fautive, pour lui, d'en avoir le contrôle⁸³⁷. Un parallèle est souvent effectué avec l'absence de responsabilité des intermédiaires techniques

⁸³² V. Fortier, « *La fonction normative des notions floues* », RRJ 1991, n° 3, p. 765.

⁸³³ J. de Beer et C. D. Clemmer, *Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?*, Jurimetrics, vol. 49, 2009, pp. 375-410. Les auteurs citent l'Australie, le Canada, la Chine, le Japon, la Nouvelle Zélande, Singapour, la Corée du Sud, le Royaume Unis, les États-Unis ainsi que les pays de l'Union européenne, dont la France (spé. pp. 377-378).

⁸³⁴ Jeremy de Beer et Christopher D. Clemmer relèvent : « *There is a consistent global theme underlying these provisions, which requires intermediaries that provide carriage or hosting services to act passively and neutrally. [...] The global norm is to establish passive-reactive schemes that require or permit intervention in third-party communications upon receiving allegations of copyright infringement.* » (op. cit., p. 377).

⁸³⁵ Thème sur lequel, voy. les Archives de Philosophie du Droit, 2001, tome n° 45.

⁸³⁶ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁸³⁷ En ce sens : G. Azzaria et C. Castets-Renard, « *Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet* », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. « Actes et colloques », sept. 2011, p. 274.

qui n'ont pas le contrôle de ce que font les utilisateurs du réseau. Il est vrai que la Cour suprême a, depuis l'affaire *Reno v. ACLU*, joué un rôle important dans la protection des libertés sur l'internet⁸³⁸.

Sur le plan qui nous occupe précisément, c'est le *Telecommunications Act* de 1996 qui a consacré l'absence de responsabilité des fournisseurs d'accès et de services pour l'usage que les tiers font de leur infrastructure⁸³⁹. Cette approche horizontale, voisine des méthodes européennes⁸⁴⁰, s'est complétée d'une approche plus verticale⁸⁴¹. En effet, aux États-Unis comme au Canada, les règles gouvernant effectivement les acteurs de l'internet puisent, pour l'essentiel, leurs sources dans les lois portant sur le *copyright*⁸⁴². Le paradoxe veut que le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), adopté aux États-Unis en 1998 en transposition du traité OMPI⁸⁴³, a largement inspiré le législateur européen pour l'élaboration des règles de responsabilité générale qu'il a prévu dans la Directive commerce électronique⁸⁴⁴. De fait, les solutions adoptées partagent la logique similaire⁸⁴⁵ d'une « responsabilité limitée »⁸⁴⁶. En particulier, les deux législations ne mettent à la charge des intermédiaires techniques aucune obligation de surveillance généralisée⁸⁴⁷ et subordonnent la responsabilité de l'hébergeur à son inaction alors qu'il avait connaissance du caractère illicite ou contrefaisant des contenus⁸⁴⁸. La Directive n'est toutefois pas allée jusqu'à créer une procédure de *notice and take down* inspirée du DMCA⁸⁴⁹. Cette procédure a toutefois inspiré le législateur, français

⁸³⁸ Voy. *supra*, n° 91.

⁸³⁹ J. Reidenberg, « L'encadrement juridique de l'internet aux États-Unis » in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. « Légispresse », 2001, p. 154.

⁸⁴⁰ Avant même l'intervention de ce qui s'appelait encore le droit communautaire, la loi allemande sur les téléservices, entrée en vigueur le 1^{er} août 1997, avait consacré des solutions proches de celles que devait adopter la Directive. Voy. P. de Coëtlogon et Ph. Koch, « Le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement sur Internet en droit allemand », *Légipresse*, déc. 1999, n° 167, pp. 155-158. ; C. Rojinsky, « Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe », *Gaz. Pal.*, 24 juin 2000 n° 176, p. 18⁺, n° 5.

⁸⁴¹ *Sirinelli et alii*, n° 521-3.

⁸⁴² G. Azzaria et C. Castets-Renard, « Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. « Actes et colloques », sept. 2011, p. 271.

⁸⁴³ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) (1996).

⁸⁴⁴ N. Marchet (dir. J. Larrieu), « La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet », th. Toulouse I, 2003, n° 43 et 279. – Christophe Caron écrit de manière imagée que « la LCEN a pour père la directive de 2000 et pour grand-père le DMCA américain de 1998 » (C. Caron, « Le web 2.0 vu d'Outre-Atlantique », *Comm. Com. électr.* 2010/9, comm. 83).

⁸⁴⁵ En ce sens : C. Rojinsky, « Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe », *Gaz. Pal.*, 24 juin 2000 n° 176, p. 18⁺, n° 6.

⁸⁴⁶ J. Reidenberg, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁴⁷ N. Marchet, *op. cit.*, n° 53-62.

⁸⁴⁸ N. Marchet, *op. cit.*, n° 65-75.

⁸⁴⁹ Sur laquelle, voy. V. Sédallian, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique », *Cahiers*

cette fois, lors de la rédaction de la LCEN⁸⁵⁰. Celui-ci a prévu une procédure de notification de contenus illicites qui, si elle diffère sur le plan fonctionnel de celle mise en place par le DMCA⁸⁵¹, s'inscrit dans le même esprit.

Même l'émergence du web 2.0 et les interprétations jurisprudentielles qu'il rend nécessaires ne semblent pas avoir éloigné les solutions des deux côtés de l'atlantique⁸⁵². Il faut toutefois insister sur un point : le champ d'application de la directive européenne ne se limite pas à des questions de *copyright* ou de droit d'auteur. La démarche européenne apparaît intuitivement comme plus compatible avec notre responsabilité civile aux visées universalistes.

§ 2. – Les apports de l'intégration de la neutralité

208. – La neutralité en ombres chinoises. Le régime de responsabilité des intermédiaires techniques, âprement disputé, parfois fluctuant en jurisprudence, peut utilement s'enrichir d'un concept commun à toute activité sur le réseau tel que la neutralité. Cette hypothèse en forme de proposition ancre son intérêt dans le droit positif. En effet, le premier constat, déjà pressenti, est que les motivations de l'intervention de la loi recoupent les enjeux liés à la neutralité (I). Le constat se renforce par l'analyse du régime de la responsabilité applicable aux intermédiaires techniques à la lumière du concept de neutralité. Il apparaît une véritable osmose entre les conditions de leur responsabilité et de leur neutralité (II).

I. – La confirmation de motivations concordantes

209. – Un débat aux racines encore vivaces. Par la faute d'une lisibilité insuffisante, les premières jurisprudences définissant les contours de la responsabilité des intermédiaires techniques ont suscité de vives inquiétudes. Le réseau qu'elles devaient gouverner a donné à ces décisions une diffusion importante. Le faible nombre d'internautes a accentué le

du Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 110, janv. 1999.

⁸⁵⁰ N. Marchet, *op. cit.*, n° 84

⁸⁵¹ La procédure américaine se singularise essentiellement par l'obligation faite à l'hébergeur notifié de retirer le contenu (*notice and take down*). Cette obligation s'accompagne d'une possible procédure de contre notification ouverte au titulaire du site (*put back*). L'auteur dispose alors d'un délai de 10 jours pour saisir la justice pendant lequel le site doit rester hors ligne. Voy. : J. Larrieu, *Droit de l'internet*, Ellipses, coll. « Mise au Point », 2^e éd., 2010, pp. 162-163. – V. Sédallian, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique », Cahiers du Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 110, janv. 1999.

⁸⁵² G. Azzaria et C. Castets-Renard, « Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. Actes et colloques, 2011, p. 275, citant la décision *Viacom International Inc v. YouTube*, n° 07 Civ. 2103 n'ayant pas engagé la responsabilité de YouTube, car la plateforme a retiré promptement les vidéos litigieuses.

sentiment, sans doute excessif, d'appartenir à une communauté en danger⁸⁵³. Pourtant, au-delà du phénomène communautaire, les intérêts fondamentaux attachés à la responsabilité des intermédiaires techniques ont été mis en avant très tôt. Il est remarquable que le débat contemporain portant sur la neutralité du réseau se pose dans des termes extrêmement voisins de ceux mis en avant dès ces prémices.

210. – Les motivations du régime de responsabilité allégé. Le constat est fait, fusse pour le critiquer, « *que dès l'origine la législation sur le commerce électronique a tendu vers l'objectif unique de favoriser absolument les échanges commerciaux par Internet.* »⁸⁵⁴. La directive de 2000 vise à faciliter le développement du commerce électronique avec des espoirs affichés qui ne sont pas sans évoquer ceux qui sont aujourd'hui attachés à la neutralité⁸⁵⁵. Ne pas désigner les intermédiaires techniques comme les répondants des dommages causés par le réseau démontrent un choix effectué en faveur de l'utilité sociale de l'internet au détriment de l'indemnisation de tous les préjudices⁸⁵⁶. Or, « *ce choix est politique. Rien en effet n'autorise à ériger en principe que la responsabilité des intermédiaires sur les réseaux numériques ne pourrait être engagée qu'en cas de faute prouvée.* »⁸⁵⁷. La législation en ce domaine se fonde, non pas sur l'idée de réparation, mais sur l'idée de liberté ; liberté des usages dont la neutralité des intermédiaires techniques est la condition. Les « *impératifs budgétaires* » mis en exergues par Marie-Ève Roujou de Boubée au stade de la réparation⁸⁵⁸ n'y sont certainement pas étrangers. Ne pas faire peser sur les intermédiaires le poids d'une indemnisation excessive est jugé vital pour qu'ils contribuent au développement de l'économie numérique et du partage des savoirs. Le dessein est d'autant plus cohérent que les motivations économiques de la législation sont perceptibles dans les intitulés mêmes de la LCEN et de la Directive qu'elle transpose⁸⁵⁹. L'ambition affichée s'ancre dans un certain

⁸⁵³ Ce qui, par bien des aspects, peut être relié à la théorie du *cyberspace* : *infra*, n° 520 s.

⁸⁵⁴ L. Grynbaum, « *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet* », *Comm. Com. électr.* 2004, ét. n° 28, n° 1.

⁸⁵⁵ Le deuxième considérant de la directive Directive 2000/31/CE énonce que « *le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet.* »

⁸⁵⁶ En ce sens, le magistrat Marc Robert souligne que « *l'irresponsabilité de principe* » des intermédiaires techniques a « *pour finalité d'assurer la neutralité et donc la crédibilité de l'Internet* » (M. Robert, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, Ministère de la Justice, févr. 2014, p. 165).

⁸⁵⁷ A. Lucas, « *La responsabilité des différents intermédiaires de l'internet* », in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. LÉGISPRESSE, 2001, pp. 239-240.

⁸⁵⁸ *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 342 s.

⁸⁵⁹ Sur les considérations économiques imprégnant ces législations : *supra*, n° 94.

laissé faire dont les effets imprévisibles sont pressentis comme vertueux⁸⁶⁰. La défense de la neutralité de l'internet s'inscrit exactement dans le même esprit, y compris en ce qu'elle place généralement des considérations économiques au premier plan.

Aujourd'hui, les limitations de responsabilité prévues par la Directive commerce électronique recourent celles rendues nécessaires plus récemment par le mouvement de fondamentalisation de l'accès à l'internet⁸⁶¹. Il s'agit toujours d'affirmer que le rôle des intermédiaires techniques n'est pas de contrôler les contenus, leur fonction n'est pas de faire « la police du net ». La régulation de contenus, aussi nécessaire soit-elle, n'a pas à être effectuée par des acteurs privés craignant pour leur responsabilité. Voilà l'idée commune à ces deux phases de la limitation de la responsabilité des intermédiaires techniques. L'objectif premier fait de faveurs pour le commerce électronique et l'innovation se complète de garanties directement attachées aux libertés fondamentales des utilisateurs.

211. – Le prisme de la neutralité. Si la responsabilité civile intègre les valeurs liées à la neutralité, elle peut – elle devrait – s'inspirer des idées qu'elle exprime pour assurer sa juste et efficace application. Alors que la jurisprudence a élargi le champ d'application du régime de responsabilité limitée, il importe de savoir si cet élargissement favorise bien les objectifs qui étaient ceux du législateur ; si la faveur que le droit fait à ces nouveaux acteurs est méritée. Le concept de neutralité sera d'une aide précieuse pour effectuer cette vérification, car il chapeaute les vertus attendues de l'internet⁸⁶². En se rapprochant de l'idée ayant présidé à la construction du réseau, ces régimes bénéficient d'un nouvel éclairage.

II. – L'osmose des conditions de la responsabilité et de la neutralité

212. – Apports réciproques. André Tunc a démontré qu'à la différence de l'erreur, la faute implique un choix⁸⁶³. Elle paraît ainsi apte à délimiter les contours de la neutralité

⁸⁶⁰ « Si certains secteurs ont particulièrement su tirer parti du commerce électronique, d'autres sont encore en attente d'une plus grande réussite » déclarait la ministre déléguée à l'industrie, Nicole Fontaine, lors de sa présentation du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (JOAN, 26 févr. 2003, 2^{ème} séance, p. 1359).

⁸⁶¹ Sur ce mouvement : *supra*, n° 91.

⁸⁶² Il a été justement souligné que « le souhait exprimé par certains de conférer au principe de neutralité de l'Internet une valeur normative, loin d'affirmer la neutralité du Droit, traduit au contraire une volonté d'imprimer au fonctionnement de la technologie les valeurs de la société de l'information » (A. Robin, « Le principe de neutralité de l'internet : les tentatives de neutralité de la technologie », in V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La neutralité et le droit*, Éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, p. 114).

⁸⁶³ A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, coll. « Études juridiques comparatives », 1989, 2^{ème} éd., n°s 149-152, spé. p. 115. Le professeur Tunc critiquait l'assimilation de la faute (définie comme une conduite socialement blâmable et évitable) à l'erreur (définie comme, en principe, évitable et n'impliquant aucun choix).

définie comme une absence de choix⁸⁶⁴. Car, selon ce schéma, les activités neutres ne doivent être sanctionnées que lorsque l'intermédiaire neutre est mis en position de faire un choix. C'est-à-dire lorsqu'il n'est déjà plus neutre. Le régime de responsabilité défini par la LCEN s'inscrit dans les grandes lignes de ce découpage exigé par la neutralité. Il laisse assez de latitude pour qu'une interprétation plus poussée soit proposée⁸⁶⁵. Sur cette base, la responsabilité des intermédiaires techniques apparaît pénétrée d'une condition d'imputabilité définissant en miroir les limites de la neutralité (A). Ces limites posées, il s'avère que le régime de responsabilité des intermédiaires techniques comporte tous les éléments nécessaires pour garantir la licéité de leur neutralité (B).

A. – Une condition d'imputabilité définissant la limite de la neutralité

213. – Des limites de la faute à la limite de la neutralité. Le professeur Agathe Lepage a bien exprimé que le triptyque du professeur Michel Vivant « pouvoir-savoir-inertie » signifie « *savoir-pouvoir-devoir* », c'est-à-dire qu' « *en rendant matériellement possible une action, la connaissance permet de la rendre juridiquement obligatoire* »⁸⁶⁶. Si la neutralité implique l'absence de choix, l'action implique un choix. Alors, la restauration de la possibilité de faire un choix s'analyse comme la restauration d'une condition d'imputabilité spécifique (1). La responsabilité des intermédiaires techniques en est d'autant plus favorable – et la neutralité solidement intégrée – que la restauration de cette condition doit être prouvée (2).

1. – Une condition d'imputabilité spécifique

214. – Un parfum de subjectivité. Traditionnellement, la faute est décrite comme comportant deux éléments, l'un objectif, le fait illicite ou anormal, l'autre subjectif, l'imputabilité⁸⁶⁷. Il est bien connu que la condition subjective a été supprimée par l'intervention de la loi, puis de la jurisprudence⁸⁶⁸. Pour autant, la condition d'imputabilité conserve toute sa pertinence pour la qualification de certaines fautes, en particulier les fautes

Si la distinction est parfois délicate, pour André Tunc, l'assimilation de la faute et de l'erreur n'est pas une solution qui peut être regardée comme juste ou efficace (spé. n° 152).

⁸⁶⁴ *Supra*, n° 165.

⁸⁶⁵ Une interprétation que Kelsen qualifierait d'interprétation scientifique. Autrement dit, l'interprétation de la doctrine, qui ne peut, à son sens, « *rien faire d'autre ni plus que dégager les significations possibles des normes juridiques*. » (H. Kelsen (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, n° 47, p. 462).

⁸⁶⁶ A. Lepage, « *Du sens de la mesure en matière de responsabilité sur l'internet* », D. 2001, p. 322⁺, n° 17.

⁸⁶⁷ Demogue R., *Des obligations en général. Sources des obligations*, t. III, Rousseau, 1923, n° 225 s. ; Viney et Jourdain, t. II, n° 442 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., 1871, t. IV, § 444.

⁸⁶⁸ H. Mazeaud, « *La « faute objective » et la responsabilité sans faute* », D. 1985, Chron., p. 13.

intentionnelles⁸⁶⁹. La LCEN semble *a priori* illustrer l'un de ces cas particuliers.

Tout d'abord, la responsabilité subjective présente certaines similitudes fonctionnelles, du moins pour ses laudateurs, avec le principe de neutralité, elle est « *liée à la liberté, facilite l'esprit d'initiative, pousse à l'action, alors que la théorie du risque incite à l'immobilisme, au mortel attentisme.* »⁸⁷⁰. Au risque de passer par quelques anachronismes, il n'est pas interdit de voir dans les racines libérales communes des deux notions la raison de cette parenté. De manière plus visible, la responsabilité des intermédiaires techniques faisant apparaître comme condition leur connaissance des contenus, leur faute peut apparaître comme une faute pleinement subjective ; une faute qualifiée en ce qu'elle exige des éléments exorbitants au droit commun. En effet, pour qu'un hébergeur soit déclaré responsable de contenus ou d'usages illicites, il faut qu'il ait eu « *effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère* »⁸⁷¹. Pour qu'il soit responsable, un élément doit donc lui révéler ce caractère illicite. Avant même la LCEN, la connaissance de l'illicite apparaissait comme le « *critère essentiel d'engagement de la responsabilité* » de l'hébergeur⁸⁷². Le raisonnement est le suivant : par la preuve d'un fait, l'intermédiaire technique est présumé avoir la connaissance effective de ce qu'il véhicule⁸⁷³. Il s'agira en droit positif d'une notification faite à l'hébergeur ou d'une injonction de l'autorité judiciaire⁸⁷⁴.

La neutralité semble très bien s'accommoder de cette interprétation, car elle implique l'absence de responsabilité des intermédiaires techniques pour leurs activités neutres. Les flux de données immenses, augmentant de manière exponentielle, impliquent qu'une faute subjective est très difficile à caractériser *a priori*. Les intermédiaires ne peuvent contrôler, et donc acquérir la connaissance, des données qui circulent ou sont publiées sur leur infrastructure. Cette interprétation recouvre une bonne part de la réalité de droit positif, mais l'on aurait tort d'assimiler pleinement la faute des intermédiaires à la faute subjective.

215. – Le rejet d'une condition d'imputabilité interne à la faute. À vrai dire, ni la méthode d'évaluation de la faute objective ni celle de la faute subjective ne semblent à même

⁸⁶⁹ Le Tourneau, n° 6707.

⁸⁷⁰ Ph. Le Tourneau, « *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)* », RTD. civ., 1988, p. 557.

⁸⁷¹ Art. 6-I.2 LCEN.

⁸⁷² N. Marchet (dir. J. Larrieu), « *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet* », th. Toulouse I, 2003, n° 167, p. 79.

⁸⁷³ C'est du reste ce que dit la loi concernant les hébergeurs : « *La connaissance des faits litigieux est présumée acquise [par la notification]* » (art. 6-I.5 de la LCEN).

⁸⁷⁴ *Infra*, n° 299 s.

de justifier les solutions observées. Classiquement, pour évaluer un comportement à l'aune d'une faute objective, le juge « *doit examiner l'acte fautif en lui-même, détaché de l'agent, procéder par comparaison, se demander ce qu'aurait fait un autre individu, un type abstrait : apprécier la faute in abstracto.* »⁸⁷⁵. Ce raisonnement ne peut, en bonne justice, être poussé trop loin. « *Il serait en effet tout aussi néfaste de juger un comportement sans tenir compte des circonstances auxquelles son auteur a eu à faire face que de prendre en considération toutes les particularités du sujet, y compris son caractère et ses habitudes, au risque d'encourager la négligence et la dissimulation* »⁸⁷⁶. Les partisans de la faute objective sont bien conscients de ces enjeux et proposent de la définir en fonction des circonstances externes, sans tenir compte des circonstances internes au sujet⁸⁷⁷. Or, évidemment, un intermédiaire technique ne devrait pas, pour se dégager de sa responsabilité, pouvoir arguer qu'il a été incapable de comprendre ce qui lui était demandé, qu'il est incompetent ou mal organisé. C'est effectivement la solution de droit positif⁸⁷⁸ et il n'est pas souhaitable qu'il en soit autrement. Sa faute est donc de nature objective est-on tenté de répondre. Pourtant, à suivre les termes de la loi, un hébergeur peut invoquer utilement sa méconnaissance des faits pour justifier son inaction qui, sans ça, aurait été fautive. Une faute objective devrait le lui interdire.

Avant l'avènement de la faute objective, la jurisprudence avait édifié des mécanismes correcteurs pour déclarer fautives des personnes n'ayant pas de discernement au moment du fait dommageable, mais méritant condamnation⁸⁷⁹. Ne faut-il pas simplement considérer que la faute des intermédiaires techniques est subjective et qu'il est fautif pour eux de ne pas être en mesure de prendre conscience de la nature des contenus lorsque des éléments auraient dû les y inciter ? En dehors du caractère artificiel de ces solutions, les intermédiaires techniques sont principalement des personnes morales. Or, « *le concept d'imputabilité, entendu comme une aptitude au discernement ne concerne en rien les personnes morales.* »⁸⁸⁰. Le caractère objectif de leur faute serait alors une suite logique et nécessaire de leur nature⁸⁸¹.

⁸⁷⁵ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965, 6^e éd., t. I, n° 423, p. 494.

⁸⁷⁶ Viney et Jourdain, t. II., n° 462, p. 401.

⁸⁷⁷ H. Mazeaud, « *La « faute objective » et la responsabilité sans faute* », D. 1985, chron., pp. 13-14, spé. 14.

⁸⁷⁸ *Infra*, spé. n° 313 s.

⁸⁷⁹ Voy. not : R. Demogue, *Des obligations en général. Sources des obligations*, t. III, Rousseau, 1923, n° 307, p. 507 : La condamnation d'un homme ivre, objectivement privé de discernement, était justifiée par l'idée que l'ivresse « *a été presque toujours précédée d'une faute* ».

⁸⁸⁰ Viney et Jourdain, t. II., n° 444-2.

⁸⁸¹ Voy. Brun, n° 302 sur les rapprochements entre faute objective et personne morale. – Comp. : A. Bories, « *La responsabilité civile des personnes morales* », R.R.J. 2006-3, p. 1331, n° 4 : « *Le choix de fonder la*

216. – Une condition d'imputabilité extérieure à la faute. L'analyse est sans doute mieux orientée en adoptant le point de vue de la doctrine qui place l'imputabilité « *en dehors de la faute* »⁸⁸². Le professeur Patrice Jourdain, qui a défendu cette idée dans sa thèse, explique que « *cette analyse rend compatible l'exigence de l'imputabilité et l'appréciation in abstracto de la faute, y compris pour les fautes qualifiées. Rien n'empêche en effet d'apprécier la faute de façon abstraite tout en exigeant son imputabilité à l'agent* »⁸⁸³. Seule cette voie paraît adaptée, car ce n'est pas directement le discernement des intermédiaires techniques qui est une condition de leur responsabilité, mais le fait qu'ils aient été mis en situation de faire le choix de véhiculer, ou non, un contenu. Du fait de leur nature neutre, ils n'ont pas la conscience nécessaire à ce choix *a priori*. Ils n'en ont pas la connaissance effective des contenus. Mais là où la faute subjective aurait dû leur permettre de prouver en défense leur méconnaissance des faits, une condition d'imputabilité placée en dehors de la faute le leur interdit dans bien des cas. Cela explique les solutions jurisprudentielles condamnant un hébergeur pour ne pas avoir été en mesure de réceptionner la notification qui lui a été adressée, et donc de prendre conscience de la nature des contenus qu'il héberge⁸⁸⁴. Autrement dit, la condition d'imputabilité n'étant pas subordonnée à la conscience de l'intermédiaire, le fait de ne pas s'être ménagé une capacité de discernement suffisante pour éviter le dommage peut être sanctionné de manière indirecte. La condition d'imputabilité est donc clairement différenciée de l'élément subjectif traditionnellement attaché à la faute, lequel n'est caractérisé que « *si l'agent a pu avoir conscience de son acte, ce qui suppose qu'il ait la capacité de discerner, au moment de la commission, le caractère défaillant de son comportement* »⁸⁸⁵.

217. – Une condition d'imputabilité recouvrant la possibilité d'un choix. Afin d'obtenir une action de la part de l'intermédiaire, l'information à même d'éveiller sa conscience doit le placer en position de faire un choix. C'est donc là une condition d'imputabilité ayant un but spécifique. Car sur l'internet, il ne s'agit pas tant d'indemniser le dommage que d'y mettre fin. Dans cette mission d'assainissement, les intermédiaires

responsabilité civile des personnes morales sur la faute repose sur un fragile postulat d'anthropomorphisme, à défaut d'une quelconque démonstration d'ordre juridique. ». L'auteur fonde sa démonstration sur une définition subjective de la faute avant de proposer de considérer la responsabilité des personnes morales comme une forme de responsabilité du fait d'autrui.

⁸⁸² Viney et Jourdain, t. II, n° 444-1.

⁸⁸³ P. Jourdain, « *Retour sur l'imputabilité* », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 516.

⁸⁸⁴ *Infra*, n° 238.

⁸⁸⁵ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 500, n° 5.

techniques occupent une place centrale⁸⁸⁶.

L'appréciation de cette condition doit donc se faire selon des critères objectifs qu'il convient d'adapter à l'activité visée. En effet, les FAI et les hébergeurs sont dans des situations très différentes. Leurs possibilités de réactions ne sont pas du tout les mêmes. Le droit positif en a tenu compte en ménageant des voies propres à caractériser facilement cette condition d'imputabilité pour les hébergeurs⁸⁸⁷. À l'inverse, les FAI n'ayant qu'un pouvoir d'intervention réduit et malhabile semblent bénéficier d'une absence de responsabilité beaucoup plus solide⁸⁸⁸. Ce caractère ne tient pas tant dans une différence dans les fondements de leur responsabilité qu'à leur possibilité d'intervention. Celles des FAI étant limitées, voire dangereuses, elles engendrent des obligations réduites et encadrées.

2. – La nécessaire preuve de l'imputabilité

218. – Une imputabilité devant être prouvée. En droit commun, la faute doit être prouvée. Ce qui implique, *a contrario*, que chaque fois qu'elle ne l'est pas, il n'y a pas de responsabilité. Ici s'explique l'apparente contradiction entre l'affirmation selon laquelle les intermédiaires neutres sont soumis à un régime de responsabilité pour faute et celle selon laquelle ils n'encourent pas de responsabilité. La preuve qu'ils ont commis une faute, une faute accompagnée d'une condition d'imputabilité spécifique, implique qu'ils aient eu le choix d'adopter ou non un comportement qualifié de fautif. Or, cette preuve se révèle quasiment impossible à rapporter *a priori* sans recourir au mécanisme de la présomption. D'une part, ils ne peuvent acquérir la connaissance *a priori* de la masse des contenus qu'ils font transiter. Or celle-ci est nécessaire à ce qu'ils effectuent un choix. D'autre part, la possibilité de faire un choix doit être appréciée différemment selon la nature de l'intermédiaire. FAI et hébergeurs, ne sont, de ce point de vue pas du tout dans la même situation.

219. – De la preuve de l'imputabilité à la suppression de la neutralité. La limite au-delà de laquelle un intermédiaire technique n'est plus neutre doit être soigneusement définie, car c'est sur elle que repose une bonne part de l'espoir d'une conciliation. S'agissant de répondre d'actes dont ils ne sont pas à l'origine, c'est leur liberté de choix qui doit être rétablie. Par l'information qui leur est apportée, ils devront décider de continuer à adopter un comportement neutre ou intervenir directement s'ils en ont le pouvoir. La mise en œuvre de

⁸⁸⁶ *Infra*, n° 297 s.

⁸⁸⁷ Principalement au moyen de la procédure de notification : *infra*, n°s 301 s.

⁸⁸⁸ Leur intervention nécessite l'injonction d'un juge : *infra*, n°s 386 s.

ces modalités ressort de l'encadrement de la neutralité⁸⁸⁹.

B. – Un régime juridique garantissant la licéité de la neutralité

220. – La normalité de la neutralité. Pour un intermédiaire technique, un comportement neutre est un comportement normal. Le droit l'intègre en interdisant d'édifier une obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques (1). À défaut, la condition d'imputabilité pourrait être trop facilement caractérisée. La nécessité de la prouver ne serait pas entière. Cette interdiction achève l'intégration de la neutralité dans les conditions de la responsabilité des intermédiaires techniques, car elle garantit l'autonomie de leur faute vis-à-vis de la responsabilité des utilisateurs (2). Autrement dit, elle inscrit dans leur régime de responsabilité la différenciation entre le réseau et les usages que la neutralité postule.

1. – L'interdiction d'édifier une obligation générale de surveillance

221. – Une réponse à la spécificité de la faute d'abstention. Pour se prémunir contre une interprétation extensive des obligations des intermédiaires techniques, la directive Commerce électronique a interdit aux États membres de créer « *une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.* »⁸⁹⁰. Le risque était bien réel. Le doyen Carbonnier enseignait déjà que « *la responsabilité de celui qui a mis en circulation les instruments du dommage n'est pas toujours supprimée par la présence des utilisateurs intermédiaires qui l'ont matériellement causé. Une imprudence ou une négligence peut lui être imputée dans le choix ou le contrôle de ces utilisateurs.* »⁸⁹¹. Dans bien des cas, une personne est, en effet, responsable parce qu'un dommage qui peut lui être rattaché fait présumer son comportement défectueux⁸⁹². S'agissant ici spécifiquement d'une faute d'abstention, le risque était d'autant plus présent. Celle-ci est réputée facilement

⁸⁸⁹ *Infra*, n° 297 s.

⁸⁹⁰ Art. 15.1 de la Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 : « *Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.* ».

⁸⁹¹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les Obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2000, 22^{ème} éd., t. IV, n° 213, p. 392.

⁸⁹² Noël Dejean de la Bâtie voyait dans ce mécanisme la preuve que l'idée générale sous-tendant la responsabilité civile, quel que soit son fondement, repose sur l'exigence d'un comportement défectueux : N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle in Aubry et Rau, Droit civil français*, Librairies techniques, 8^{ème} éd., 1989, t. VI-2, n° 4.

caractérisée s'il existe à la charge du sujet une obligation de surveillance quelconque⁸⁹³. Les critiques soulevant les dangers d'une faute d'abstention appréciée de manière trop souple sont bien connues⁸⁹⁴. De plus, la faute d'abstention des intermédiaires techniques n'est pas une « *abstention pure et simple* », mais une « *abstention dans l'action* », classiquement désignée comme plus facilement génératrice de responsabilités⁸⁹⁵. Pour certains auteurs, seule la première hypothèse présente une particularité⁸⁹⁶. Toujours est-il que l'abstention dans l'action, en ce qu'elle « *s'insère dans une activité positive* »⁸⁹⁷, libère des considérations métaphysiques tenant à la causalité⁸⁹⁸. C'est le cas ici. La faute de l'intermédiaire technique qui s'abstient de retirer un contenu est bien la cause des dommages qui en résultent ; c'est son action – son activité – qui a permis au contenu de se diffuser. Il était indispensable de parer un éventuel retour d'une responsabilité entendue par cette voie.

221-1. – En pratique, la prohibition issue de la Directive interdit, en présence d'un dommage, de présumer le caractère défectueux de la surveillance de l'intermédiaire technique par lequel a été causé le dommage ; cette surveillance ne pouvant être une obligation. Cette disposition est fondamentale pour garantir l'esprit de la responsabilité des intermédiaires techniques⁸⁹⁹ ainsi qu'un véritable régime de responsabilité pour faute⁹⁰⁰. La commission

⁸⁹³ Pour cette démonstration, voy. N. Dejean de la Bâtie, JCP 1969, II, 16027, obs. sous Civ. 2, 29 janv. 1969, *d^{elle} Nègre c/ époux Fraioli*.

⁸⁹⁴ Voy. la Célèbre critique de Carbonnier de l'arrêt *Branly* (Civ. 27 févr. 1951 : D. 1951, P. 329, note H. Desbois) : « *Le silence et la gloire* », D. 1951, chron., pp. 119-122. À bien y réfléchir, les enjeux ne sont pas si différents de ceux qui nous préoccupent : il s'agit aussi d'assurer la protection de l'expression.

⁸⁹⁵ R. Demogue., *Des obligations en général. Sources des obligations*, t. III, Rousseau, 1923, n° 259.

⁸⁹⁶ Viney et Jourdain, t. II, n° 456 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, coll. « Droit privé », 6^e éd., 2013, n° 61. – Comp. H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965, 6^e éd., t. I, n°s 535-537. – À noter que des auteurs assimilent la faute d'abstention à la faute de commission en constatant que, « *dans les deux cas, il s'agit bien de rechercher ce qu'aurait fait, placé dans les mêmes circonstances, l'individu choisi comme type normal de comparaison.* » (J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations. Le fait juridique*, Sirey, 13^e éd., 2009, t. II, n° 115, p. 131) tout en reconnaissant parfois que « *la détermination du modèle de référence peut être éventuellement plus délicate qu'en ce qui concerne les fautes de commission* » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 721, p. 780 – Même sens : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd., 2012, t. V., n° 162).

⁸⁹⁷ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 275.

⁸⁹⁸ N. Dejean de la Bâtie, JCP 1969, II, 16027, obs. sous Civ. 2, 29 janv. 1969, *d^{elle} Nègre c/ époux Fraioli*, estime que l'abstention pure et simple, même en tant que condition *sine qua non* du dommage, « *ne peut pas être assimilée aux causes positives, puisqu'elle est, tout au contraire, l'absence d'intervention causale.* ». – Contra : H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965, 6^e éd., t. I, n° 527 qui rejettent les objections tenant à la causalité en affirmant qu'il existe, en ce cas, plusieurs liens causals, dont l'un mène à l'abstention.

⁸⁹⁹ En ce sens : É. Montéro et Q. Van Enis, « *Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?* », RLDI 2010/61, n° 2028, p. 93, n° 25 : « *S'il n'avait été expressément interdit d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance, bien réel était le risque de glissement vers une objectivation de leur responsabilité (civile), tant eût été grande la tentation pour les juges, en présence d'une information illicite, de supposer l'insuffisance du contrôle et d'en déduire une faute dans le chef de l'intermédiaire critiqué. Cette attitude, conforme à l'évolution des idées en matière de responsabilité civile, eût été aux antipodes des intentions du législateur européen.* ».

confirme dans son premier rapport sur l'application de la directive « Commerce électronique » qu'une obligation générale de surveillance « *déboucherait sur une charge disproportionnée pour les prestataires intermédiaires et sur des coûts d'accès plus élevés aux services de base pour les utilisateurs.* »⁹⁰¹. Si une obligation de surveillance générale est prohibée, il reste la possibilité d'une surveillance ciblée⁹⁰². Celle-ci présente certaines garanties en ce qu'elle doit être prononcée par un juge qui voit de plus son pouvoir limité puisqu'il ne peut prononcer qu'une obligation temporaire⁹⁰³.

L'absence d'une obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques apparaît aujourd'hui comme la pierre angulaire de la protection de la liberté de communication en ligne. Elle garantit que la faute de l'intermédiaire sera toujours une faute d'abstention, reconnaissant ainsi sa neutralité *a priori*⁹⁰⁴. En pratique, elle rejette toute obligation de filtrage généralisée, qui serait contraire à la neutralité. Autrement dit, la neutralité est l'état normal du réseau⁹⁰⁵. Il est normal pour un intermédiaire technique d'exécuter sa tâche sans égard pour la nature des contenus qui lui sont soumis.

⁹⁰⁰ Noël Dejean de la Bâtie relevait que la responsabilité de ceux « *qui, spécialement bien placés pour surveiller des personnes ou des choses, se sont abstenus de le faire [...] masque une responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses* » (N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle* in Aubry et Rau, *Droit civil français*, Librairies techniques, 8^{ème} éd., 1989, t. VI-2, n° 38, pp. 65-66). L'interdiction d'édifier une obligation générale de surveillance apparaît alors, *in fine*, comme la garantie du caractère strictement personnel de la responsabilité de l'hébergeur.

⁹⁰¹ 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/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, COM(2003) 702 final, p. 15.

⁹⁰² À noter que le Considérant 47 de la directive, du moins dans sa rédaction française, a pu susciter quelques doutes : « *l'interdiction [...] ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique* ». Fallait-il en conclure qu'une telle obligation pouvait concerner un type spécifique de contenu ? La question a été posée lors de l'élaboration de la LCEN, la Commission européenne a alors précisé à la France que cette possibilité ne concernait que « *le cas où un hébergeur déterminé est soumis, dans le cadre d'une procédure judiciaire, à une obligation de surveillance précise, temporaire et encadrée concernant un site spécifique* » (courrier de la Commission au ministre de l'Industrie, cité par P. Herisson et B. Sido, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rapport du Sénat, n° 232, annexé au procès-verbal de la séance du 3 mars 2004, p. 23). Cette interprétation est heureuse et prévisible, car une obligation de surveillance portant sur des contenus particuliers implique une surveillance généralisée, ne serait-ce que pour les détecter.

⁹⁰³ L'al. 2 de l'art 6.-I.7 de la LCEN dispose que l'interdiction d'édifier une obligation générale de surveillance « *est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire* ».

⁹⁰⁴ Comp. : A. Robin, « *Neutralité du Net : vers une consécration européenne du principe ?* », *Comm. com. électr.*, 2015/6, ét. 12, n° 7, affirmant que cette règle « *postule sans le dire la neutralité des fournisseurs d'accès* ».

⁹⁰⁵ Pour une description de l'anormalité comme essentielle à la mise en œuvre d'une juste responsabilité : J.-C. Saint-Pau, « *Responsabilité civile et anormalité* », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 105-118, l'auteur conclue, p. 118 : « *L'anormalité du dommage, et ainsi l'indemnisation, résulteraient de la pesée des intérêts contradictoires : le droit à la sécurité de la victime ; le droit de nuire de l'auteur. N'est-ce pas restituer à la responsabilité civile sa véritable signification ?* »

2. – L'autonomie de la faute de l'intermédiaire technique

222. – L'absence de confusion entre la faute de l'intermédiaire technique et la faute de l'utilisateur. L'article 6-I.2 de la LCEN subordonne la responsabilité des hébergeurs « *du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire* » à la connaissance effective de leur caractère illicite. Il est bien question d'une responsabilité « du fait » des usages illicites, mais cette responsabilité n'est pas engagée si l'hébergeur a agi promptement pour retirer les contenus visés. L'illicéité des usages n'est donc pas un élément suffisant pour engager la responsabilité de l'hébergeur. L'interdiction d'édifier une obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques achève l'autonomie de leur responsabilité. Elle exclut toute présomption en exigeant que l'écart de conduite de l'hébergeur soit caractérisé en lui-même. Cet écart de conduite ne se confond pas avec celui de l'utilisateur : l'écart de conduite de l'utilisateur du service, c'est d'avoir publié ou consulté un contenu illicite, celui de l'intermédiaire, c'est de ne pas avoir empêché sa diffusion alors qu'il était en possibilité de le faire. L'élément illicite se trouve dans le comportement de l'intermédiaire face à des usages illicites. Une différenciation nette permet de rendre l'action de l'intermédiaire indépendante de l'illicéité véritable du contenu, ce qui présente un fort intérêt pratique⁹⁰⁶.

La neutralité se calque parfaitement sur cette interprétation. Depuis ses origines techniques, elle sépare la couche réseau de la couche usage, chacune évoluant séparément⁹⁰⁷. De son point de vue, les responsabilités de ces deux couches ne pouvaient qu'être indépendantes.

223. – Une faute maintenue dans le domaine de la responsabilité. Du fait de la consécration de la neutralité des intermédiaires techniques comme un comportement normal, le régime de droit positif est souvent décrit comme porteur d'une irresponsabilité pour les intermédiaires techniques⁹⁰⁸. Avant d'en conclure par un jugement de valeur, il faut s'entendre sur le sens des mots. Les mots irresponsabilité et irresponsable sont apparus très tôt après le mot responsable⁹⁰⁹, ils sont probablement contemporains de la rédaction du Code civil⁹¹⁰. Ce qui peut déjà faire pressentir leur lien avec la notion de faute. Aujourd'hui encore,

⁹⁰⁶ En particulier dans la perspective du droit à l'oubli numérique, voy. *infra*, n° 317-320.

⁹⁰⁷ Voy. *supra*, n° 9.

⁹⁰⁸ Voy. les qualificatifs utilisés par la doctrine : *supra*, n° 4.

⁹⁰⁹ Le mot responsabilité ne serait lui-même apparu que tardivement, probablement peu de temps avant la Révolution, voy. J. Henriot, « *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsable* » », Arch. philo. dr., n° 22, 1977, pp. 59-62 (spé. p. 60).

⁹¹⁰ J. Henriot, *op. cit.*, p. 61.

l'idée d'associer la notion de faute à la responsabilité est très présente en doctrine⁹¹¹. « *L'on ne peut véritablement rompre avec la faute qu'en rompant avec la responsabilité civile* » assène le professeur Jean Mouly⁹¹². Les intermédiaires techniques étant soumis à une responsabilité pour faute, il est à tout le moins possible de soutenir qu'il n'y a pas d'irresponsabilité là où il y a une responsabilité pour faute. Que la faute soit inapte à engager la responsabilité d'un agent économique dans son activité courante n'a rien d'anormal. Le professeur Michel Villey soutenait lui que la notion de responsabilité n'est en rien attachée à la notion de faute⁹¹³. Le sens le plus juste que peuvent donner des juristes au mot « responsable » serait, selon le professeur Villey, de considérer qu'il désigne « *ceux qui peuvent être convoqués devant quelque tribunal, parce que pèse sur eux une certaine obligation, que leur dette procède ou non d'un acte de volonté libre.* »⁹¹⁴. Or, même à adopter cette définition, les intermédiaires techniques ne sont pas irresponsables. Ils peuvent être convoqués devant un tribunal. S'ils ne peuvent pas y être condamnés simplement pour avoir exercé leur activité normalement, l'illicite n'est pas inatteignable lorsque l'intermédiaire est mis en position de faire un choix. La jurisprudence illustre de nombreux cas de condamnation d'intermédiaires techniques ayant transmis des contenus illicites alors qu'ils ne devaient pas le faire⁹¹⁵.

Si une telle responsabilité apparaît aujourd'hui comme un privilège au sein de notre droit, les intermédiaires techniques n'en sont pas moins responsables. Ils ne sont pas considérés comme des personnes incapables de répondre de leurs actes, leur absence de choix n'est pas une cause de non-imputabilité morale, elle est la justification de la licéité de leur activité. Classiquement, la faute délimite un espace de liberté dans lequel les justiciables peuvent agir sans engager leur responsabilité. Que la faute, dans ce secteur particulier, soit encadrée pour épouser une activité qui n'a rien d'anormal n'ôte pas aux opérateurs leur caractère responsable.

224. – Une faute assurable. L'assurabilité de la faute des intermédiaires techniques peut

⁹¹¹ C. Radé, « *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile* », D. 1998, p. 301 s.

⁹¹² « *L'abandon de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile du fait des choses. Enjeux et perspectives* », D. 2011, p. 690⁺.

⁹¹³ Cette idée serait pour le professeur Villey une construction doctrinale, aucun argument historique ne plaçant en ce sens, et l'article 1382 du Code civil évitant tout emploi du terme responsable. Pour lui, l'idée d'une « *théorie générale de la responsabilité civile* », toute entière placée sous l'égide de la responsabilité morale, est un produit académique, un produit des débordements de l'esprit de système ; échafaudé sur le modèle des « constructions » de l'école historique allemande, et se ressent de l'influence de la philosophie kantienne. » (M. Villey, « *Esquisse historique sur le mot responsable* », Arch. philo. dr., n° 22, 1977, p. 56).

⁹¹⁴ M. Villey, « *Esquisse historique sur le mot responsable* », Arch. philo. dr., n° 22, 1977, p. 51.

⁹¹⁵ C'est-à-dire qu'il n'était plus neutre selon notre interprétation, *infra*, n° 301 s., spé. n° 346 et 355.

paraître incertaine. Il est connu que la faute intentionnelle n'est pas assurable⁹¹⁶, étant précisé que « *l'intention ne s'applique pas à la faute (fait générateur), mais au dommage* »⁹¹⁷. Le dommage causé intentionnellement n'est donc pas assurable⁹¹⁸. Un intermédiaire neutre ne commet-il que des fautes intentionnelles ? Ce serait confondre conscience et intention. Le caractère extérieur à la faute de la condition d'imputabilité confirme nettement cette différence. L'appréciation restrictive de l'intention de causer le dommage⁹¹⁹ invite à restreindre d'autant plus les cas où la faute de l'intermédiaire ne pourrait pas être couverte par une assurance. Même assurable, la faute des intermédiaires garde une part de normativité, car il s'agit d'une assurance souscrite en fonction de la personne. L'assureur opérant un choix et pouvant moduler la prime en fonction de son client⁹²⁰.

225. – Étape. La définition de la faute encadrant l'activité des intermédiaires techniques est déjà en l'état du droit positif remarquablement compatible avec le principe de neutralité. Une nouvelle interprétation à sa lumière révèle des apports réciproques, sans qu'aucun des deux concepts ne s'en trouve dénaturé.

226. – Conclusion du Chapitre 2. En partant de la définition d'un comportement neutre tel que défini en Chapitre premier – c'est-à-dire, une absence de choix au cours d'une activité d'intermédiation de contenus⁹²¹ – aucune raison impérative d'engager la responsabilité des intermédiaires techniques pour avoir eu un comportement neutre n'a été découverte. Bien au contraire, la classique faute civile s'est révélée l'instrument idéal pour consacrer cette absence de responsabilité. L'intégration, à cette étape, ne semble donc pas contrarier des principes fondamentaux de la responsabilité civile. Les conditions de la responsabilité mises en place par la LCEN en témoignent de manière étonnante. Elles épousent parfaitement les contours de la neutralité des intermédiaires techniques. En poursuivant notre interprétation par le prisme de la neutralité, il faut constater qu'en retour, la responsabilité civile donne une coloration morale à la neutralité. La responsabilité impose, en particulier, des limites à la neutralité des

⁹¹⁶ L. 113-1 du code des assurances.

⁹¹⁷ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « précis », 13^{ème} éd., 2011, n° 385, p. 304.

⁹¹⁸ Ce qui est normativement incorrect relève Clothilde Grare qui en donne un exemple parlant : qu'un coup de feu atteigne une personne visée, il sera inassurable, qu'il en atteigne une autre, il sera assurable. Comment justifier qu'une telle différence pénalise celui qui s'est fait des ennemis ? (C. Grare, (préf. Lequette Y.), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, n° 193, pp. 142-143).

⁹¹⁹ Une jurisprudence restrictive « *au-delà du raisonnable* » selon Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur : *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « précis », 13^{ème} éd., 2011, n° 394, p. 308. C'est en particulier l'identité exigée par la jurisprudence entre le dommage recherché et le dommage réalisé que les auteurs mettent en avant.

⁹²⁰ Voy. aussi la normativité de la responsabilité pour risque couverte par l'assurance, *supra*, n° 42 s.

⁹²¹ *Supra*, n° 170.

intermédiaires techniques. Un comportement ne peut plus être vu comme neutre lorsque l'absence de choix de l'intermédiaire ne peut plus être regardée comme légitime. Cet aspect moral était jusqu'à présent inconnu du principe de neutralité.

Sur ce constat, il est déjà perceptible que les avantages liés à la qualification d'intermédiaires techniques doivent être réservés aux acteurs que les méritent.

Chapitre 3. – La définition de critères de qualification pertinents

227. – La qualification des acteurs neutres ou la frontière de la neutralité. L'acte de qualification « révèle la vérité » du droit⁹²². Évoquant les querelles de qualification juridique suscitées par l'internet, le professeur Marie-Anne Frison-Roche rappelle que « *le premier pouvoir du droit, le premier pouvoir en droit, tient dans l'exercice de qualification* »⁹²³. Ce pouvoir qui lui est propre, le droit l'a exercé en d'infinis domaines en reconnaissant les situations entraînant son application dans un environnement nouveau créé par l'internet. Cela ne s'est pas fait sans questionnements et débats, mais là où le droit manque le plus de repères, c'est pour qualifier le nouvel objet qu'est le réseau internet lui-même. Un régime de responsabilité réputé favorable lui étant concédé, ses frontières sont très disputées en jurisprudence. La typologie des acteurs structurants déjà évoquée identifie les différentes fonctions du réseau, mais elle ne commande rien⁹²⁴.

228. – Positionnement du problème. À l'interrogation « cet acteur est-il neutre ? », il est utile de substituer « cette activité est-elle neutre ? ». Car, si être neutre suppose de ne pas effectuer de choix au cours d'une activité d'intermédiation de contenus⁹²⁵, le constat selon lequel toute activité humaine découle d'un choix conduit à refuser l'hypothèse d'une qualification unitaire. Être neutre ne peut être une activité à part entière. Le choix d'exercer une activité d'intermédiaire n'est pas neutre, la promotion ou la gestion d'un réseau neutre ne

⁹²² O. Cayla, « *La qualification ou la vérité du droit* », *Droits* 1994, n° 18, p. 4.

⁹²³ M.-A. Frison-Roche, « *Les bouleversements du droit par l'internet* », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 55.

⁹²⁴ *Supra*, n° 33.

⁹²⁵ Sur la définition de la neutralité, *supra*, n° 170.

sont même pas des activités d'intermédiation de contenus. Des activités non neutres complètent forcément l'activité neutre. Le principe d'une qualification distributive de l'activité des intermédiaires techniques doit ainsi être affirmé (Section 1) avant même la recherche des critères de qualification les plus adaptés (Section 2).

Section 1. – Le principe d'une qualification distributive

229. – Le constat de l'exercice d'activités plurielles par un même acteur. Déjà en 1998, le Conseil d'État observait qu' « *un même acteur peut exercer plusieurs fonctions ; la plupart des fournisseurs d'accès sont ainsi hébergeurs, voire éditeurs de contenus* »⁹²⁶. La graduation de la neutralité⁹²⁷ est très apparente chez les acteurs du web 2.0 qui réunissent sur un même site des activités d'intermédiation et des activités d'édition. Dans ce contexte, la qualification distributive apparaît d'une grande utilité (§ 1). Elle connaît pourtant, comme tout principe, ses exceptions. En particulier, lorsque cette pluralité d'activités est globalement tournée vers l'illicite, aucune part de neutralité ne doit être reconnue à l'intermédiaire. Il ne peut bénéficier d'un régime de responsabilité qu'il ne mérite pas (§ 2).

§ 1. – L'utilité d'une qualification distributive

230. – L'ambition de réserver l'applicabilité du régime le plus adapté pour chacune des activités. Face à la diversité des fonctions exercées par un même acteur, aucun régime ne semble pouvoir s'appliquer à un acteur à l'exclusion de tous les autres⁹²⁸. Le débat, souvent encore vif de nos jours, gagnerait sans doute à s'accorder sur l'exigence d'une qualification distributive. Celle-ci présente la double utilité de préserver l'applicabilité du régime de responsabilité limitée pour les activités neutres (I) et de maintenir la souplesse des mécanismes de droit commun pour celles qui ne le sont pas (II). Certains critères ne permettent pas cette préservation en ce qu'ils imposent une qualification unitaire. Il importe de les identifier pour les exclure (III).

⁹²⁶ *Internet et les réseaux numériques*, Rapport du Conseil d'État, Doc. fr., 1998, p. 121 (version pdf).

⁹²⁷ Sur notre proposition d'une neutralité graduée : *supra*, n° 168.

⁹²⁸ En ce sens : É. Montero, « *Les responsabilités liées au web 2.0* », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2008/32, pp. 368-369 ; A. Saint Martin : « *Proposition d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0* », *RLDI* 2007/32 n° 1070, spé. n° 22-32.

I. – L'utilité de préserver l'applicabilité du régime de responsabilité limitée pour les activités neutres

231. – La préservation des obligations des intermédiaires techniques. C'est en délimitant strictement la part de ce qui est neutre et de ce qui ne l'est pas qu'il est possible de déterminer des régimes de responsabilité adaptés à chaque activité. Les activités de tous les intermédiaires sont d'autant mieux encadrées que leur part de neutralité, même minime, est reconnue.

Le fait de faire le choix d'exercer une activité d'intermédiaire technique impose le respect d'obligations. Autrement dit, « *en contrepartie de leur responsabilité limitée, les hébergeurs ont des obligations que les éditeurs n'ont pas* »⁹²⁹. Ces obligations n'interfèrent schématiquement en rien avec la neutralité. Il s'agit en premier lieu de l'obligation d'identifier les personnes utilisant le réseau⁹³⁰. Il est facile de percevoir l'intérêt que présentent ces obligations pour les victimes. Des obligations de cessation de l'illicite accompagnent aussi le régime de responsabilité limitée des hébergeurs⁹³¹ et des obligations de lutte contre les contenus dits odieux sont applicables à tous les intermédiaires techniques. Elles s'accompagnent de mesures d'ouverture et de prudence trop vastes pour être évoquées dès à présent⁹³². Ce qu'il importe de percevoir, c'est qu'à défaut de qualification distributive, ces mécanismes seraient à reconstruire au cas par cas, le régime de responsabilité les consacrant étant écarté.

Il paraît plus raisonnable de se baser sur l'existant, en constatant que de nombreux services en ligne mélangent des activités d'hébergement et des activités d'édition⁹³³.

232. – Illustration par l'exemple du web 2.0. L'exemple des sites web 2.0 est particulièrement illustratif de l'utilité qu'il y a à préserver le régime de responsabilité allégée. Le maintien des précieux mécanismes de cessation de l'illicite appuyés sur la faute de l'intermédiaire est salutaire pour l'assainissement du réseau. Le droit des victimes est préservé en ce qu'elles peuvent demander à un hébergeur 2.0, par la voie connue et balisée de la notification, que soit mis hors ligne un contenu manifestement illicite. La poursuite des auteurs de la mise en ligne des contenus sera facilitée par les obligations d'identification

⁹²⁹ J. Dionis du Séjour et C. Erhel, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, 23 janv. 2008, p. 22.

⁹³⁰ Sur le détail de ces obligations, voy. *infra*, n° 525 s.

⁹³¹ Voy. *infra*, n° 301 s.

⁹³² Voy. *infra*, n° 409 s.

⁹³³ En ce sens : *Sirinelli et alii*, n° 464-49.

pesant sur les intermédiaires techniques.

À défaut de qualification distributive, un hébergeur 2.0 ne serait pas soumis à cet ensemble d'obligations pourtant indispensable. Au minimum, il faudrait reconstruire sur la base du droit commun ce qui existe déjà... ou appliquer le régime de responsabilité limitée sans le dire, uniquement pour sa part utile⁹³⁴.

II. – L'utilité de préserver les mécanismes de droit commun pour les activités non neutres

233. – Identifier dans l'activité des intermédiaires techniques ce qu'elle a de neutre, c'est identifier une donnée constante dans l'activité de tous les acteurs du réseau. Les données variables – activités non neutres – dépendent alors du régime de responsabilité qui leur convient le mieux, ce qui s'avère source d'une précieuse adaptabilité dans un environnement évolutif (A). À l'inverse, qualifier de manière unitaire les activités des intermédiaires techniques serait se condamner à adapter leur régime de responsabilité au fil de l'évolution de leur activité (B).

A. – Une garantie d'adaptabilité

234. – Souplesse de la méthode. En soustrayant les activités non neutres au régime de responsabilité limitée, le droit commun est naturellement sollicité. Celui-ci a fait la preuve de sa capacité d'absorption⁹³⁵. Alors que la LCEN est parfois décrite comme un retour aux racines du droit commun, il n'y a pas de contradiction à affirmer qu'en dehors de son champ d'application, le droit commun retrouve son empire. C'est que le droit commun est plus souple, et potentiellement plus sévère, que les régimes de responsabilité des intermédiaires techniques⁹³⁶. De plus, la réponse du droit commun appliqué à des activités non neutres peut ne pas être la même, car une activité neutre et une activité non neutre sont foncièrement différentes.

L'idée qu'à défaut de neutralité, l'intermédiaire sera soumis à un régime de responsabilité de droit commun n'est cependant pas inhérente à la qualification distributive de leur activité.

⁹³⁴ Principalement les obligations de cessation de l'illicite et d'identification des utilisateurs.

⁹³⁵ Sur l'idée d'utiliser les richesses du droit commun pour adapter la responsabilité des acteurs du web 2.0, voy. la très pertinente étude d'Axel Saint Martin : « Proposition d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0 », RLDI 2007/32 n° 1070, spé. 20-27.

⁹³⁶ Pour illustration : TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 18 nov. 2010, *Les Échos c/ Sedo GmbH et a.* : RLDI 2011/67 n° 2198 obs. L. C : « soumise au droit commun de la responsabilité, il appartient à la société Sedo de prendre toutes les précautions utiles afin d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux droits des tiers ».

L'activité non neutre peut tout aussi bien être soumise à un régime spécial, du moment que ses conditions d'application sont réunies. Le risque d'interactions avec le régime de responsabilité limitée doit être prévenu, comme en cas d'application du droit commun, par une définition précise de ce qu'est un comportement neutre. Cette méthode réserve les limitations de responsabilité aux activités qui permettent réellement aux libertés des utilisateurs de s'exprimer.

Faute de neutralité, il ne doit pas, pour autant, y avoir d'aspect punitif. La faute n'est pas automatiquement caractérisée sur la base du droit commun ou d'un autre régime de responsabilité, même si elle peut l'être plus facilement que sur la base de la LCEN. Il est légitime pour un hébergeur de choisir certains contenus, d'assurer par exemple leur qualité et de les mettre en avant, mais il doit pour ceux-là assumer une responsabilité plus grande que pour ceux que les visiteurs de son service déposent sans qu'il ait opéré de choix. Les conditions de la responsabilité sont simplement libérées du cadre limitatif du régime de responsabilité des intermédiaires techniques.

235. – Utilité du droit commun. Pour les activités non neutres, l'illicite prend sa source dans les choix de l'intermédiaire. Il doit donc être caractérisé différemment. D'une part, il doit pouvoir être qualifié plus tôt, sans même qu'un élément extérieur vienne informer de manière effective l'intermédiaire. Les activités non neutres, relevant d'un choix de l'intermédiaire, doivent pouvoir engager sa responsabilité à tout moment ou, en cas de faute d'abstention, dès le moment où un manquement est constaté. Des mesures de cessation peuvent ainsi être ordonnées beaucoup plus tôt, sans même qu'un contenu illicite soit apparu sur l'infrastructure. D'autre part, l'illicite n'est pas caractérisé selon les mêmes critères. Les activités non neutres résultant d'un choix, les notions de raisonnable, d'imprudence ou d'abus retrouvent une application qui leur est fermée par l'encadrement de la faute des prestataires techniques.

L'orientation donnée aux activités neutres, choix conscient par excellence, doit éclairer l'évaluation des activités non neutres. Des mesures de prudence ou de coopération doivent être exigées de la part des hébergeurs qui s'orientent vers une activité exposée à un risque spécifique⁹³⁷. Leur absence ou leur insuffisance relève du droit commun. Les activités neutres restent elles soumises au régime de responsabilité limitée. Il faudra alors veiller à ce que les obligations portant sur les activités non neutres ne débordent de leur champ en obérant les activités neutres sous peine de dénaturer le régime de responsabilité limitée. De manière plus surprenante, l'encadrement des activités non neutres peut conduire à mieux garantir la

⁹³⁷ Voy. *infra*, n^{os} 431 s.

neutralité⁹³⁸.

B. – Le refus de céder à la casuistique

236. – Une typologie en constante évolution. Dès 2004, le professeur Emmanuel Derieux soulignait qu'« à vouloir constamment courir, par des mesures législatives particulières, derrière la technique, le droit ne pourra, de toute façon, que se laisser distancer. »⁹³⁹. L'application du statut d'hébergeur aux acteurs du web 2.0 a pourtant incité les rédacteurs du rapport d'information sur la LCEN à proposer de « légiférer pour adapter la loi à la diversification de l'activité d'hébergeur (en tenant compte, par exemple des spécificités de l'activité d'hébergeur de sites collaboratifs ou de sites de vente aux enchères) »⁹⁴⁰. Un rapport d'information du Sénat a depuis proposé la création d'un statut intermédiaire (lui aussi), celui d'éditeur de services, adapté au rôle « actif » des hébergeurs 2.0⁹⁴¹. En réponse, il a été souligné avec sagesse que « l'innovation technologique renouvelant sans cesse les questions juridiques, il semble vain de légiférer sur des hypothèses particulières. »⁹⁴².

Il faut résister à la tentation de créer un régime autonome de responsabilité chaque fois qu'un nouveau type d'acteurs apparaît. Les évolutions sont trop rapides, imprévisibles, parfois fugaces, pour que le droit y réponde au coup par coup. La solution doit plutôt être recherchée

⁹³⁸ Voy. *infra*, n° 447 s..

⁹³⁹ E. Derieux, « Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique », LPA, 17 nov. 2004, n° 230, p. 37⁺.

⁹⁴⁰ J. Dionis du Séjour et C. Erhel, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, déposé le 23 janvier 2008, p. 26 (proposition n° 1). Sur ce point, voir les observations critiques de Christophe Caron, « Faut-il réformer la LCEN », *Comm. Com. électr.* 2008/6, repère 6.

⁹⁴¹ L. Bétéille et R. Yung, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, 9 févr. 2011, n° 296, pp. 42-48 : ce statut d'hébergeur de service, « plus clément que celui de l'éditeur mais également plus sévère que celui de l'hébergeur » (p. 47), serait applicable lorsqu'un opérateur de la société de l'information « retire un avantage économique direct de la consultation des contenus hébergés » (p. 46). La différence principale avec le statut d'hébergeur serait l'obligation faite aux éditeurs de service de mettre en place « un système de surveillance » conforme à « l'état de l'art » et s'assimilant à une « obligation de moyens » (p. 48). Le critère de l'avantage économique direct ressemble à celui de la présentation du site lorsque ce dernier vise la présence de publicités. Or, ce critère est loin d'être dénué d'inconvénients (*supra*, n° 243). Quant à l'obligation de surveillance proposée, elle ne semble pas compatible avec l'article 15.1 de la directive commerce électronique (*supra*, n° 221). Le statut d'éditeur de service proposé devrait ainsi passer sous les fourches caudines de la CJUE, qui a pourtant toujours exclu un critère tenant à la présentation du site ou au bénéfice qui en est tiré (*infra*, n° 255). – Cette proposition doit être clairement différenciée de celle formulée plus récemment par le Conseil d'État visant à « définir la catégorie juridique des plateformes, distincte de celle des simples hébergeurs passifs » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr., 2014, Proposition n° 3, pp. 272-274). Cette catégorie juridique laisserait clairement subsister pour les plateformes le régime de responsabilité limitée propre aux intermédiaires (Proposition n° 28), sa raison d'être serait de « capturer ce qui caractérise la plateforme » pour lui imposer des obligations spécifiques (p. 273). Cela s'avère compatible avec notre proposition d'une neutralité graduée ; des obligations spécifiques pouvant venir se greffer sur les activités non neutres des intermédiaires (*infra*, n° 409 s).

⁹⁴² A.-S. Lampe, « De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN », *RLDI* 2008/39, n° 1298, p. 39

dans la définition de critères stables permettant de qualifier les diverses fonctions de chaque acteur. La qualification distributive de l'activité des prestataires techniques en général, et des hébergeurs en particulier, est porteuse d'une solution raisonnable. Elle implique de différencier les activités neutres de celles qui ne le sont pas. En pratique, il s'agit de différencier l'activité d'intermédiaire, relativement invariable, et l'intelligence déployée « autour », foisonnant souvent d'innovations.

237. – Ouverture de la jurisprudence à la qualification distributive. Sans que l'on puisse donner à la qualification distributive une valeur concrète en droit positif⁹⁴³, il est autorisé de voir dans certaines décisions une préférence pour cette solution. D'abord de manière ambiguë⁹⁴⁴ puis beaucoup plus marquée⁹⁴⁵, la jurisprudence identifie des activités d'hébergement et des activités d'édition sur un même service. Ailleurs en Europe, la majorité des tribunaux a choisi d'opter pour une qualification distributive⁹⁴⁶. En France, les difficultés à affirmer clairement ce principe ne sont pas étrangères à l'utilisation passée de critères de qualification portant à confusion.

III. – Le rejet des critères portant à confusion

238. – Les racines de la confusion. En 2007, une décision de référé dans laquelle le défenseur avait négligé l'affaire au point de ne pas désigner d'avocat⁹⁴⁷ a été le point d'origine de l'application aux acteurs du web 2.0 du critère technique (A) et de celui tenant à

⁹⁴³ Sur ce sujet, il a été relevé que, « malheureusement, une fois de plus les réponses judiciaires ne sont pas homogènes » (Sirinelli et alii, n° 476-20).

⁹⁴⁴ TGI Troyes, ch. civile, 4 juin 2008 : RLDI 2008/39, n° 1296 obs. J.-B. A.

⁹⁴⁵ TGI Paris, ch. 3, 13 mai 2009, n° 07/11365, *Sté L'Oréal et a. c/ Sté eBay France et a.* : Comm. com. électr. 2009, comm. 79 obs. A. Debet ; D. 2009, p. 2910 obs. J. Huet ; RLDI 2009/50 n° 1651 obs. L.C., 2009/51 n° 1664 note N. Dreyfus. – CA Riom, 14 avril 2010, *Sté. Fugam c/ R. et T. G.* : RLDI 2010/62, n° 2051 – TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, *TF1 et a. c/ Dailymotion* : Comm. com. électr., nov. 2012, comm. n° 122, obs. A. Debet. ; RLDI 2012/86, n° 2895 obs. L. C. ; 2013/88 n° 2948 note B. Vandeveld ; 2013/89 n° 2971 note. A. Saint Martin.

⁹⁴⁶ C. Gateau et T. Rouhette, « Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique », RLDI 2011/72, n° 2399, p. 59. – Ajoutons qu'il est, de plus, possible de voir dans l'arrêt *eBay* de la CJUE (CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09 : RLDI 2011/74, n° 2459, note L. Grynbaum ; n° 2460, note C. Castets-Renard ; D. 2011 p. 1965, obs. C. Manara ; p. 2054 note P.-Y. Gautier ; p. 2372, obs. P. Tréfigny-Goy ; RTD eur. 2011. 847, obs. E. Treppoz) une « analyse circonstancielle des activités d'eBay [qui] permet de conclure à une ventilation de la responsabilité par objet et implique une qualification distributive et circonstanciée de la responsabilité suivant la fonction et non plus le métier. » (C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012, p. 827⁺).

⁹⁴⁷ TGI Paris, réf., 22 juin 2007 *Jean Yves L. c/ Myspace* (Légalis ; Comm. Com. électr. 2007, comm. 143 obs. C. Caron ; RLDI 2007/29, n° 966, obs. J.-B. A.) : dans cette décision, le juge des référés illustre les deux critères ayant présidé à la confusion en ce qu'il tranche que la société exploitant le site en question, en « imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, [...] a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités ».

la rémunération (B). Or, ces critères impliquent une qualification unitaire de l'activité de nombreux services internet⁹⁴⁸, car ils embrassent l'ensemble de l'activité de l'intermédiaire. S'ils ne sont pas forcément la seule voie menant à une qualification unitaire, ils sont l'assurance de se priver des subtilités du régime de responsabilité limitée sur l'autel d'une sévérité qui, sur la base d'une qualification distributive, peut plus utilement se porter sur les activités non neutres. Il faudra plusieurs années pour qu'ils soient progressivement abandonnés.

A. – Le critère technique

239. – Simplicité et cohérence apparentes du critère. Les intermédiaires techniques peuvent être définis, *a priori*, comme les opérateurs détenant les équipements physiques qui composent le réseau : câbles, routeurs et serveurs de stockage. L'absence de toute intervention de l'intermédiaire technique, le fait qu'il transmette les contenus qui lui ont été soumis « tels quels », semble être un critère satisfaisant. Il est vrai que lorsque la Directive de 2000 est intervenue, la notion d'hébergeur – celle qui prête aujourd'hui le plus à discussions – évoquait avant tout un rôle purement technique ; celui d'un intermédiaire mettant à disposition d'un tiers un espace de stockage en ligne afin qu'il y dépose ses propres contenus.

Suivant ce critère, les activités excédant ce simple rôle technique ne seraient pas soumises au régime de responsabilité limitée. Toute intervention sur les contenus ferait obstacle à l'application du régime de responsabilité limitée. Cette interprétation a le double mérite de sembler à la fois simple et conforme à l'esprit de la loi. Le terme même d'intermédiaire technique semble commander l'application de ce critère. Cette vraisemblance ne résiste pourtant pas à l'analyse.

240. – L'envers du critère technique : le critère de la présentation du site. La description des activités que peut recouvrir le critère technique n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Si les activités techniques désignent celles de la couche réseau de l'internet, il faudrait en exclure les hébergeurs. Or, toutes les formulations du critère technique ont toujours reconnu le statut d'hébergeur prévu par la loi, mais elles en ont exclu les acteurs du web

⁹⁴⁸ Remarquons que des décisions ont parfois adopté ces critères tout en affirmant que les qualifications d'hébergeur et d'éditeur cohabitent (voy. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 7 juin 2006, *Tiscali Media c/ Dargaud Lombard et a.* : RLDI 2006/17, n° 510). C'est pourtant une impossibilité logique. Le professeur Montero ne s'y trompe pas en qualifiant ces deux critères de « *critères de disqualification* » du statut d'hébergeur (« *Les responsabilités liées au web 2.0* », Revue du Droit des Technologies de l'Information, 2008/32, p. 377). Ces critères rendent l'hébergeur éditeur, et donc responsable, des contenus déposés par des tiers. Comment justifier que cette solution préserve un régime limitant strictement les possibilités d'engager la responsabilité de l'hébergeur du fait de ces mêmes contenus ?

2.0⁹⁴⁹. Le critère technique applicable aux hébergeurs devient alors difficile à formuler précisément. Acteurs du web 2.0 et hébergeurs de sites traditionnels partagent de nombreuses caractéristiques : ils reçoivent des contenus provenant de tiers, ils les publient sur le web, ils fournissent des outils pour faciliter cette publication. La véritable révolution du web 2.0 tient dans la facilité avec laquelle les utilisateurs sont dorénavant invités à publier. C'est cette invitation formulée au moyen d'une interface pratique, d'une organisation des contenus claire, qui exclut du critère technique les acteurs du web 2.0. Cette activité relevant d'une activité éditoriale, il est alors exclu d'appliquer à ces acteurs le régime de responsabilité limitée. Le critère technique confond volontairement les différents « masques » de certains hébergeurs.

Il est pourtant excessif de considérer qu'une activité éditoriale sur une partie d'un service « contamine » toutes les autres. Présenter, hiérarchiser et faciliter la mise en ligne de contenus n'est pas une activité d'hébergement, mais ce peut être l'accessoire d'une telle activité. Rien ne s'oppose à utiliser une qualification distributive, dont les vertus ont été exposées, pour appliquer le régime juridique le plus approprié à chaque activité.

241. – Un critère en manque de sens. L'adoption d'un régime de responsabilité spécifique aux intermédiaires techniques a été motivée par la volonté de ne pas entraver le développement de l'économie numérique et le partage des savoirs⁹⁵⁰. Or, le critère technique implique une analyse tout objective : soit l'activité est technique, soit elle ne l'est pas. Rien ne dit pourtant qu'une activité purement technique sera favorable à ce développement et qu'une activité qui irait au-delà d'un simple rôle technique n'y serait pas favorable. La première illustration en est l'exclusion par le critère technique des acteurs du web 2.0. En application de ce critère, les utilisateurs dont la liberté d'expression est la mieux protégée sont ceux disposant de compétences techniques, sachant utiliser des outils demandant une bonne connaissance de la technologie et pouvant donc se passer des interfaces fournies par les outils du web 2.0.

Le critère technique ne garantit pas que les activités qu'il embrasse sont des activités neutres. Un routeur peut être configuré pour opérer des choix selon la provenance ou la nature des données transmises. Ces choix peuvent être commandés par l'objectif de discriminer un type d'usage particulier ou l'accès à certains services, par exemple dans le but de pénaliser un concurrent. Peu importe en application d'un critère purement technique puisque ces activités

⁹⁴⁹ Même la décision de référé du TGI de Paris du 22 juin 2007 précitée indique qu'« *il est incontestable que la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement* » avant d'exclure la qualification d'hébergement dans le cas d'espèce.

⁹⁵⁰ *Infra*, n^{os} 209-211.

restent celles d'un serveur inséré dans le réseau. Il n'y a donc aucun sens à dire qu'un intermédiaire technique s'est rendu responsable des contenus qu'il a véhiculés alors qu'il n'a fait qu'endosser le rôle de vecteur neutre qui sous-tend son régime de responsabilité. La jurisprudence a fini par y revenir.

242. – Déclin du critère technique. En référé, le critère de la présentation a connu des succès isolés⁹⁵¹. Les juges du fond s'y montrant souvent hostiles⁹⁵². L'arrêt *Tiscali* de la première chambre civile, consacrant le critère de la rémunération⁹⁵³, avait pu faire naître quelques doutes tant le critère technique y est souvent associé. Il a fallu attendre deux arrêts du 17 février 2011⁹⁵⁴, dont le fameux arrêt *Dailymotion*, pour lever toute ambiguïté. La première chambre civile y approuve la Cour d'appel de Paris⁹⁵⁵ pour avoir dit que « *la mise en place de cadres de présentation et la mise à disposition d'outils de classification des contenus sont justifiées par la seule nécessité, encore en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur sans pour autant lui commander un quelconque choix quant au contenu qu'il entend mettre en ligne* »⁹⁵⁶.

Le critère technique pouvait encore revenir par une autre porte. La technologie elle-même implique parfois que le contenu publié par l'hébergeur ne soit pas tout à fait le même que celui qui lui est soumis à l'origine. Les images et les vidéos doivent couramment subir un retraitement afin de les adapter à la publication en ligne. L'arrêt *Dailymotion* est, sur ce point aussi, très clair. La Cour d'appel y est approuvée pour avoir dit que « *le réencodage de nature à assurer la compatibilité de la vidéo à l'interface de visualisation, de même que le formatage destiné à optimiser la capacité d'intégration du serveur en imposant une limite à la taille des fichiers postés, sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne* »⁹⁵⁷. C'est reconnaître que les nécessités de la publication en ligne peuvent amener à

⁹⁵¹ TGI Paris, réf., 26 mars 2008, *Olivier M. c/ Sté Bloox Net*, n° 08/52453 : RLDI 2008/37 n° 1144 obs. L. C.

⁹⁵² TGI Paris, ch. 3, sect. 1, 15 avr. 2008, *J.-Y. L. et a. c/ Sté DailyMotion et a.* : RLDI 2008/38 n° 1262 obs. J.-B. A. ; 2008/39 n° 1297 note N. Dreyfus – CA Paris, ch. 14, 21 nov. 2008, n° 08/07801 : RLDI 2008/44 n° 1464 obs. M. T. ; 2009/45 n° 1486 note A. Saint Martin.

⁹⁵³ Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, sur lequel, voy. *infra*, n° 244.

⁹⁵⁴ Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*) : D. 2011 p. 1113, note. L. Grynbaum ; Comm. Com. électr. 2011 comm. 32 obs. C. Caron ; RLDI 2011/69 n° 2258, note C. Castets-Renard ; 2011/70 n° 2308 note V. Dahan et H. Tempier, n° 2309 note A. Saint Martin, 2011/71 n° 2351 note M. Barbier et V. Geeraert ; D. 2011, p. 668, note C. Manara, JCP G 2011, n° 18, 520, note A. Debet, RTD com. 2011, p. 351, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁹⁵⁵ CA Paris, ch. 4, 6 mai 2009, *Sté Dailymotion c/ M.C. C. et a.*, n° 07/14097 : RLDI 2009/49 n° 1619 obs. L. C.

⁹⁵⁶ Civ. 1., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : préc.

⁹⁵⁷ Civ. 1., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : préc.

modifier les contenus sans que l'intermédiaire technique se les soit appropriés. Une condition indispensable pour beaucoup d'intermédiaires du web 2.0 qui ne peut valoir que tant que le contenu transformé reste globalement identique à l'original. C'est généralement le sens des retraitements appliqués en vue d'une publication en ligne.

B. – Le critère de la rémunération

243. – Critère de la rémunération... publicitaire. Le critère de la rémunération s'inscrit dans la lignée de la théorie du risque-profit. La loi étant intervenue pour l'exclure des fondements de la responsabilité, le débat se déporte sur des questions de qualification. Sur un plan très utilitaire, ce critère permet de désigner une « poche profonde » à même d'indemniser les victimes. Quoique séduisant, ce critère a vocation à embrasser l'immense majorité des acteurs de l'internet. Il existe bien des services gratuits, situés en dehors de l'économie marchande. Leur importance dans la genèse de l'internet est première. Aujourd'hui encore l'encyclopédie *Wikipédia* illustre qu'un très vaste service peut se développer sur des bases non commerciales. Pourtant, en dehors de quelques cas particuliers, les intermédiaires ont généralement vocation à être rémunérés. Que ce soit de manière directe tels les FAI ou les hébergeurs généralistes qui perçoivent une rémunération périodique de leurs clients, ou de manière indirecte comme la plupart des services gratuits que se rémunèrent par la publicité ou l'exploitation de données personnelles. Très peu de services sont réellement « gratuits ». *There is no free lunch* disent les Anglo-saxons. L'utilisation qui a pu être faite du critère de la rémunération n'est toutefois pas entrée dans ces considérations. Ce critère s'est, en réalité, mué en critère tenant à la présence de publicités sur le service, se rapprochant alors du critère de la présentation puisque différenciant les divers services rémunérés par un critère faisant cas de l'apparence du site. En interdisant à un service doté de publicité de bénéficier du régime de responsabilité limitée, il impose une qualification unitaire de l'activité de la majorité de services de l'internet.

244. – Fortune et déclin du critère de la rémunération. Alors que le critère de la rémunération, en même temps que le critère de la présentation, semblait peu à peu s'effacer devant les juges du fond⁹⁵⁸, l'arrêt *Tiscali* du 14 janvier 2010 a été reçu avec circonspection⁹⁵⁹. La première chambre civile y a affirmé que « *la société Tiscali média a*

⁹⁵⁸ Voy. note *supra*.

⁹⁵⁹ Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali* : D. 2010 p. 837 obs. L. Thoumyre ; p. 1966 spé. p. 1974, obs. J. Larrieu ; RTD com. 2010 p. 307, obs. F. Pollaud-Dulian ; Comm. com. électr. 2010, comm. n° 25 obs. Ph. Stoffel-Munck ; RLDI 2010/56 n° 1864 obs. L.C. ; 2010/58 n° 1933 note A. Cousin ; n° 1934 note C. Castets-

offert à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et proposé aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion ; que par ces seules constatations souveraines faisant ressortir que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage, visées par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2000 ». Par ces derniers mots, la première chambre a pris soin de souligner que sa décision est ancrée dans la loi du 1^{er} août 2000. Or, l'article 43-8 de cette loi faisait référence au critère du stockage direct et permanent qui n'est plus de droit depuis la LCEN. Est-ce parce que l'ancienne loi l'exigeait que la qualification d'hébergeur fut refusée⁹⁶⁰ ? Est-ce l'argumentation de Tiscali qui, en suggérant de soumettre l'ensemble de son activité au statut d'hébergeur, s'est retournée contre elle⁹⁶¹ ? Cette solution allait-elle être transposée aux acteurs du web 2.0 vivant dans leur immense majorité de la publicité ?

L'avantage de la concision cède ici à l'inconvénient de l'incertitude, permettant au doute de planer durablement au-dessus de questions sur lesquelles il ne devrait pas y en avoir. En effet, le critère de la rémunération, bien plus que le critère technique, heurte foncièrement l'esprit de la loi. Exclure du champ d'application d'un régime pris au nom de l'économie numérique et du commerce électronique des services tirant bénéfice de leurs activités est incohérent⁹⁶². Les juges du fond avaient pu explicitement le relever⁹⁶³. Une déstabilisation de l'édifice en pleine construction s'annonçait. *« Tout revirement, même nécessaire et excellent, est forcément, en même temps, cause d'une sorte de trouble dans la société, et créateur d'une injustice pour les plaideurs antérieurs, parfois de la veille. »*⁹⁶⁴. Un revirement s'imposait pourtant.

Ce fut l'arrêt *Dailymotion*⁹⁶⁵ qui posa un point d'arrêt au doute quant à la qualification des acteurs du web 2.0. La Cour d'appel de Paris y est approuvée pour avoir dit que *« l'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induit pas une*

Renard, n° 1935 note A. Saint-Martin, 2010/59, n° 1951 note M. Schaffner et G. Sroussi; JCP G 2010, 112, obs. E. Derieux.

⁹⁶⁰ S'interrogeant : R. Hardouin, « L'hébergeur et la publicité : la neutralité comme condition d'une coexistence », RLDI 2010/62, n° 2041, spé. p. 50-51.

⁹⁶¹ S'interrogeant : A. Saint Martin, RLDI 2010/58 n° 1935, n° 21 note ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855 : préc.

⁹⁶² En ce sens : A. Saint Martin, « Proposition d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0 », RLDI 2007/32, n° 1070, n° 18.

⁹⁶³ TGI Paris, ch. 3, sect. 1, 15 avr. 2008, *J.-Y. L. et a. c/ Sté DailyMotion et a.* : préc. : « 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 ».

⁹⁶⁴ Ph. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, p. 34

⁹⁶⁵ Civ. 1., 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *Dailymotion* : préc.

capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne ». Voilà qui met clairement la France en conformité avec la doctrine de la CJUE qui avait affirmé dans son arrêt *Google* qu'« il y a lieu de relever que la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 »⁹⁶⁶.

Grâce à l'abandon de ces critères, la voie d'une qualification distributive reste ouverte. Celle-ci s'avère particulièrement adaptée aux acteurs du web 2.0 dont le rôle est d'éditer un site destiné à l'intermédiation. À défaut de qualification distributive, l'alternative serait, soit de faire bénéficier ces acteurs d'une véritable immunité qui aurait du mal à se justifier au sein de notre droit, soit de les exposer à des sanctions qui auraient pour effet de les dissuader d'exercer leur métier.

§ 2. – L'utilité résiduelle de la qualification unitaire

245. – La nécessité d'une activité globalement tournée vers l'illicite. La qualification distributive a vocation à s'appliquer à des prestataires ayant *réellement* plusieurs activités. Lorsqu'un système a été conçu dans l'optique de faciliter des échanges illicites, il n'y a pas différentes fonctions. Toutes ses activités concourent à la mise en ligne de contenus illicites (I). Les critères d'identification de ce type de service doivent être précis et mesurés pour ne pas courir le risque de contrevenir à la liberté de communication des utilisateurs et à la liberté d'entreprendre des intermédiaires (II).

I. – L'absence de neutralité des services globalement tournée vers l'illicite

246. – La spécificité d'un choix portant sur l'illicite. La qualification unitaire retrouve tous ses mérites lorsqu'elle s'applique à une activité globalement tournée vers l'illicite. Car orienter un service vers des échanges illicites est un choix grave et spécifique. Ce n'est pas effectuer un choix entre différentes possibilités au sein d'un espace de liberté, c'est viser ce qui fait le cœur de la responsabilité. *C'est faire le choix de recevoir des contenus illicites*. Les exemples les plus parlants viennent rapidement à l'esprit : hébergeurs de vidéos

⁹⁶⁶ CJUE, 23 mars 2010, *Google*, aff. C-236/08, § 116 : Gaz. Pal. 2010, 1, n° 114, note V. Brunot ; JCP E. 2010, act. 186, M. Schaffner ; Propriété industrielle, 2010, comm. 45 note J. Larrieu ; RLDI 2010/60 n° 1980 note obs. L. Grynbaum, n° 1994, note. F. Glaize et B. Pautrot, 2010/61 n° 1999 note C. Castets-Renard ; 2010/62 n° 2029 note E. Tardieu Guigues, n° 2309 note R. Hardouin.

contrefaisantes, forums axés sur le thème du piratage de logiciels ou d'échange de photos pédopornographiques, ce peut aussi être des exemples d'illicéités moins évidentes. Dans certains cas, la limite sera difficile à tracer. Car, même sur un système principalement utilisé pour des échanges illicites, il y aura toujours une part d'échanges, parfois non négligeables, licites. Il y a un arbitrage à faire entre la liberté de communication des personnes qui utilisent ces outils dans le respect du droit et la nécessité de mettre fin aux activités illicites d'un intermédiaire technique.

247. – Les moyens de la lutte. Ces services, parce que se plaçant en dehors du droit, ne doivent pas bénéficier des limitations de responsabilité issue de la Directive. L'ambition n'est pas de réguler leurs activités, mais d'y mettre fin et d'en sanctionner les auteurs⁹⁶⁷. Le droit pénal retrouve son empire. Nul besoin de la délicatesse de la faute civile pour sanctionner un service illicite. La fermeture d'établissement⁹⁶⁸ ou la confiscation du matériel⁹⁶⁹ sont des armes utiles. L'arsenal est vaste. D'autant que, sur l'idée que l'internet étant le véhicule de tous les accès de la liberté d'expression, la loi de référence en la matière devait s'en saisir, un article 50-1 a été inséré dans la loi 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁹⁷⁰ par loi du 5 mars 2007⁹⁷¹. Le législateur a visé très large en prévoyant la fermeture des services engendrant un trouble manifestement illicite par renvoi à l'article 24 de la loi de 1881 qui prohibe le fait de directement provoquer, sans que cela soit suivi d'effet, à commettre un panel très large d'infractions. Le renvoi à l'article 24 bis, punissant la contestation de crime contre l'humanité, est lui beaucoup plus ciblé. Les effets de cette disposition sont larges, mais limités par des éléments procéduraux⁹⁷².

La validation par la CEDH de la condamnation pénale des auteurs d'un système d'échange de fichiers illicites⁹⁷³ illustre la liberté d'appréciation dont disposent le législateur et le juge pour punir ce type de comportement. Il faut pourtant se garder de libérer trop facilement le bras de la répression pénale.

⁹⁶⁷ Pour une décision récente : TGI Paris, ch. corr. 31, 2 avril 2015 *SACEM et a. c/ D.M : Légalis* (condamnation à un an de prison ferme de l'administrateur du site Wawa-mania en fuite à l'étranger).

⁹⁶⁸ Art. 131-33 Code pénal.

⁹⁶⁹ Dans les termes prévus à l'art. 131-6 du Code pénal

⁹⁷⁰ Art. 50-1 de la loi 29 juillet 1881 : « Lorsque les faits visés par les articles 24 et 24 bis résultent de messages ou informations mis à disposition du public par un service de communication au public en ligne et qu'ils constituent un trouble manifestement illicite, l'arrêt de ce service peut être prononcé par le juge des référés, à la demande du ministère public et de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir. »

⁹⁷¹ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

⁹⁷² Voy. *infra*, n°s 377-3 et 388.

⁹⁷³ CEDH, 19 févr. 2013, n° 40397/12, aff. *Neij et Sunde Kolmisoppi c/ Suède*: préc.

II. – Les critères d'identification des activités globalement tournées vers l'illicite

248. – Nécessaire précision des critères. Écartons l'hypothèse où l'intermédiaire sélectionnerait des fichiers illicites ou les publierait lui-même, il ne pourrait, bien sûr, se prévaloir de sa neutralité et se verrait appliquer une responsabilité de type éditoriale⁹⁷⁴. Le cas de l'intermédiaire n'effectuant aucun contrôle est plus délicat. D'un point de vue technique, il reste neutre. Il faut alors analyser l'ensemble de ses activités, à commencer par celles qui excèdent ses activités d'intermédiaires. La vigilance est de mise, car de tels services n'affichent pas nécessairement leur objet. Parallèlement, tout intermédiaire peut être le vecteur de contenus illicites sans l'avoir voulu. Le risque de faire bénéficier un « coupable » d'un régime protecteur côtoie celui de condamner un « innocent ».

249. – L'insuffisance des éléments statistiques. La tentation est grande, face à un service hébergeant de nombreux contenus illicites, de considérer que ce service est lui-même illicite. Ce simple constat ne peut pourtant faire d'un service neutre un service illicite. En effet, tout service neutre peut, à un moment, être utilisé pour des activités illicites. D'autres éléments doivent obligatoirement intervenir pour garantir une qualification juste. Une qualification trop lâche présente le risque que des services utilisés de manière illicite « par accident » soient considérés comme totalement prohibés.

250. – L'insuffisance des éléments liés aux profits de l'intermédiaire. Si un intermédiaire tire une large part de ses profits de contenus illicites, il est naturellement suspect d'être tourné vers ces activités dont il bénéficie. Pourtant, ce simple critère s'avère insuffisant. D'une part, il peut s'avérer inopérant tant, en ces temps de guerre entre « anciens » et « nouveaux », certains services peuvent se contenter, en guise de rétribution, de nuire aux tenants des intérêts adverses. D'autre part, les sources de revenus d'un service ne sont pas facilement identifiables, les ventiler précisément en fonction de la nature des contenus est une tâche impossible. Un critère efficace se doit d'être plus facilement évalué.

251. – Le critère pertinent : le rapport à la loi de l'intermédiaire. Le vague des critères pouvant être proposés pour écarter l'application distributive, conjuguée à l'efficacité de cette qualification dans la lutte contre l'illicite, conduit à préconiser que l'activité ne soit déclarée

⁹⁷⁴ Le considérant 44 de la Directive 2000/31/CE relative au Commerce électronique rappelle qu'« un prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de « simple transport » ou de « caching » et, dès lors, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activité. ».

comme globalement illicite que lorsque des indices témoignent directement d'une volonté de ne pas respecter la loi.

1° - *L'orientation affichée du service*. Lorsque le service présente lui-même sa vocation et que celle-ci est illicite, la qualification est aisée. Il ne s'agit pas de revenir sur le critère de la présentation du site tel que la jurisprudence a pu l'interpréter à une époque, mais de déterminer la destination exacte du service. L'exemple le plus trivial est celui du service se présentant ouvertement comme destiné au « piratage ». Cela se voit couramment⁹⁷⁵. Souvent, la destination illicite du service est moins évidente. Son caractère public ou non, la fréquence et la proportion de contenus illicites, de même que leur classification, peuvent attester d'une destination illicite.

L'illicéité n'a pas à être particulièrement « crue » ou évidente. L'ensemble d'une activité peut se révéler tournée vers l'illicite qu'après un débat judiciaire, ce caractère n'ayant *a priori* rien de manifeste⁹⁷⁶.

2° - *La volonté manifeste de ne pas se soumettre au régime de responsabilité limitée*. Les manquements du service aux obligations des intermédiaires, tels que le non-respect des obligations d'identification ou la non-réponse aux notifications, sont des indices précieux. Lorsque ces manquements sont généralisés et s'accompagnent d'activités illicites importantes, il faut en conclure que l'intermédiaire refuse de se soumettre au régime de responsabilité des hébergeurs. La qualification distributive se justifie largement par l'utilité qu'il a à conserver la validité des obligations accessoires à la neutralité. Un hébergeur qui refuse de s'y soumettre n'a pas à bénéficier, par ailleurs, de ce régime de responsabilité.

Ce rapport à la loi peut être révélé plus indirectement en revenant sur des éléments statistiques. Une infrastructure apparemment neutre, mais qui devient au fil du temps un moyen privilégié d'échanges illicites doit inciter celui qui l'exploite à prendre certaines mesures de prudence. Ces mesures s'inscrivent à la marge de sa neutralité, elles ne découlent pas de la LCEN. De l'information qu'il donne à ses utilisateurs à son degré de collaboration avec les victimes, il y a de nombreux indices qui peuvent prouver que son activité n'est pas

⁹⁷⁵ Cela peut apparaître dès la désignation du service. À titre d'exemple, le forum Wawa Mania a ainsi été nommé en référence au terme *warez* désignant des pratiques d'échanges illicites. Le nom du site fut l'un des éléments utilisés pour déclarer son administrateur coupable de contrefaçon et le condamner à un an de prison ferme (TGI Paris, 31^e ch. corr., 2 avr. 2015 : Légalis ; RLDI 2015/118 n° 3810 obs. J. de R.).

⁹⁷⁶ Pour illustration, un site de notation de professeurs sur l'internet a été considéré comme illicite du fait de non-respect de l'article 7 de la loi du 6 janv. 1978 (traitement de manière automatique des données à caractère personnel sans le consentement des personnes intéressées) : TGI Paris, ord. réf., 3 mars 2008, X. c/ *Note2be.com* : Comm. Com. électr. 2008/4, comm. 58 obs. A. Lepage.

raisonnable⁹⁷⁷. Avant de pouvoir considérer ces services comme globalement tournés vers l'illicite, il faut que ce caractère atteigne un degré tel qu'elle confine à une fraude à la loi.

Section 2. – La qualification des activités neutres

252. – Nécessaire stabilité des critères. La justesse et l'équilibre des limitations de responsabilité mises en place dépendent grandement de la qualification des activités qui en bénéficient. Cette question, depuis l'origine âprement débattue en jurisprudence comme en doctrine, gagne à être envisagée à l'aune du concept de neutralité, car les choix effectués par les intermédiaires techniques peuvent aider à délimiter leur neutralité comme ils ont aidé à mieux comprendre les mécanismes de la faute qui encadre leur activité. La même grille de lecture d'apparence simple – les activités neutres sont celles qui ne résultent pas d'un choix de l'intermédiaire – est plus complexe à appliquer à des questions de qualification du fait de l'infinie variété des activités candidates à la neutralité. Il faut, pour aborder cette question complexe, tout d'abord observer qu'il est cohérent, au regard du régime de responsabilité à appliquer, de recourir à un critère de neutralité (§ 1). Ce n'est qu'ensuite que les éventuels apports de ce critère pourront être envisagés (§ 2).

§ 1. – La cohérence d'un critère de neutralité

253. – *Nota bene* : ne pas être neutre n'est pas fautif ! La précision s'impose. L'analyse du contentieux témoigne de l'importance qu'il y a, pour établir ou non la responsabilité d'un intermédiaire, à savoir s'il est soumis au régime de responsabilité limitée. La jurisprudence est contre-intuitive. Lorsque le bénéfice du régime de responsabilité limitée est refusé à un intermédiaire, celui-ci est généralement condamné. Il faut pourtant bien différencier les critères de qualification et les conditions de la responsabilité. À titre d'illustration, un intermédiaire peut ne pas être soumis au régime de responsabilité limitée parce qu'il sélectionne les contenus qui lui sont soumis, mais il n'engagera pas sa responsabilité lorsque cette sélection est efficace. À l'inverse, un intermédiaire peut être qualifié de neutre, mais condamné parce que fautif pour ne pas avoir réagi à une notification.

254. – La neutralité comme guide. Dans un environnement hautement évolutif, la stabilité du critère de qualification des intermédiaires techniques est un impératif cardinal d'une politique soucieuse de sécurité juridique. La neutralité présente une première qualité

⁹⁷⁷ Bien avant d'être déclarés globalement tournés vers l'illicite, ces services pourront voir leur responsabilité engagée du fait de ces insuffisances, voy. *infra*, n^{os} 410 s.

comme candidate à ce rôle, car elle est une constante du réseau depuis ses origines. Elle semble, de plus, poursuivre les objectifs ayant présidé à la construction du régime de responsabilité limitée⁹⁷⁸. En tant que critère de qualification, elle présente donc toutes les qualités nécessaires pour parfaire la cohérence de l'édifice (II). Avant de s'y attarder, il faut tout d'abord constater que le critère de neutralité se rapproche du critère du rôle actif adopté en jurisprudence depuis quelques années. Or, bien que porteur de nombreuses avancées, le critère du rôle actif nécessite encore d'être affiné (I).

I. – La nécessité d'affiner le critère du rôle actif

255. – Critère de droit positif. La jurisprudence utilise depuis quelques années un critère tenant au rôle actif de l'intermédiaire. Dans ses arrêts *Google Adwords*, la CJUE a indiqué que n'est pas un hébergeur le prestataire qui a eu un « *un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* »⁹⁷⁹. Dans le même arrêt, la Cour de Luxembourg a formulé un véritable critère de neutralité en précisant qu'« *il convient d'examiner si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke* »⁹⁸⁰. Des auteurs autorisés y ont vu la neutralité comme idée centrale de cette jurisprudence⁹⁸¹. Le critère du rôle actif a ensuite été réaffirmé dans l'arrêt *eBay*⁹⁸². Les juridictions nationales l'ont repris, particulièrement dans le contentieux des plateformes commerciales⁹⁸³. En France, l'arrêt *Dailymotion*, qui a clairement inclus les acteurs du web 2.0 dans le champ d'application de la LCEN, n'en fait pas expressément mention, mais l'arrêt *Fuzz* du même jour l'a repris avec une formulation tronquée⁹⁸⁴.

Quelle que soit la formulation exacte, tous les intermédiaires de contenus, indépendamment de l'apparence de leur interface et de leur modèle économique, sont désormais soumis au

⁹⁷⁸ Voy. *infra*, n°s 209-211.

⁹⁷⁹ CJUE, 23 mars 2010, *Google*, C-236/08 ; C-237/08, C-238/08, §120 : préc.

⁹⁸⁰ § 114.

⁹⁸¹ *Vivant et alii*, n° 2518. – *Adde*, décrivant de manière critique une extension de la notion d'hébergeur fondée sur le critère de la « neutralité technique » : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., n°s 1269-1283.

⁹⁸² CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 113 et § 116 : préc.

⁹⁸³ Com. 3 mai 2012, n° 11-10.508 : Dalloz Actualité, 11 mai 2012, obs. C. Manara ; JCP G 2012, n° 27, 789, obs. A. Debet, D. 2012, p. 1684, L. Mauger-Vielpeau – Com., 13 juil. 2010 n° 08-13.944, n° 06-20.230, n° 05-14.331, n° 06-15.136 : Juriscom, 19 juill. 2010, note R. Hardouin ; RLDI 2010/63 n° 2063 note C. Castets-Renard, n° 2082 obs. L. C., 2010/64 n° 2102 note M. Schaffner et S. Georges – CA Paris, pôle 5, ch. 1, 17 avr. 2013, *Sedo GmbH, Sedo.com c/ DNXC Corp et a.*, RG n° 10/14270 : Dalloz Actualités, 13 mai 2013, obs. C. Manara.

⁹⁸⁴ Civ. 1., 17 févr. 2011, 09-13.202, *Fuzz* (préc.) : l'intermédiaire « *ne jouait pas un rôle actif de connaissance ou de contrôle des données stockées* ».

régime de responsabilité allégée à la seule condition qu'ils n'aient pas eu un rôle actif de nature à leur conférer une connaissance ou un contrôle des contenus. La voie est donc ouverte pour que les acteurs du web 2.0 soient considérés comme des hébergeurs. Certains critiquent une qualification que n'avait pas à l'esprit le législateur au moment où il la loi fut votée⁹⁸⁵. Pour cette raison, l'assimilation de sites web 2.0 à des hébergeurs est dénoncée comme un « *dévoiement de la notion d'hébergeur* »⁹⁸⁶. En admettant provisoirement que cette affirmation soit valable, elle ne suffirait pas à condamner définitivement cette jurisprudence. Face à des évolutions, imprévues et imprévisibles – c'est le lot de l'innovation –, d'autres concèdent que « *ceci n'est pas forcément juste, mais va dans le sens de l'histoire et de la réalité sociale.* »⁹⁸⁷. Faisant ainsi écho à ceux qui ont souligné, bien avant, qu'« *il n'y a pas nécessairement que des inconvénients à s'accommoder des qualifications juridiques « erronées » à titre de moyens certes impurs, mais au moins efficaces, si c'est pour les mettre au service d'une fin honorable* »⁹⁸⁸.

Cependant, à notre sens, nul besoin de recourir à des théories modernes de l'interprétation pour justifier ces solutions, l'exégèse de la loi y suffit. En effet, la référence au « stockage direct et permanent », présente dans la loi du 1^{er} août 2000, n'a pas été reprise par la LCEN⁹⁸⁹. La volonté du législateur était d'ouvrir la qualification d'hébergeur à des acteurs n'assurant pas directement le stockage des données, notamment les forums de discussions⁹⁹⁰. Ainsi, la volonté du législateur, sa conscience d'être intervenu dans un domaine évolutif, l'intitulé même de la loi faisant référence au développement économique, sont autant de pistes plaçant pour une ouverture du champ d'application du régime de responsabilité mis en place. C'est « *bien là le rôle de la jurisprudence que de permettre de faire évoluer les concepts juridiques*

⁹⁸⁵ L. Grynbaum, « *Dailymotion : une immunité imméritée* », 2011 p. 1113 s.

⁹⁸⁶ É. Ricbourg-Attal (dir. J. Julien), *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, th. Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 235.

⁹⁸⁷ N. Dreyfus, RLDI 2008/39 n° 1297 obs. ss. TGI Paris, ch. 3., sect. 1, 15 avr. 2008 préc.

⁹⁸⁸ O. Cayla, « *La qualification ou la vérité du droit* », *Droits* 1994, n° 18, p. 18.

⁹⁸⁹ Rappelons qu'il s'agit de la principale explication de la différence entre l'arrêt *Tiscali*, rendu sous l'empire de la loi de 2000, et l'arrêt *Dailymotion*, rendu en application de la LCEN.

⁹⁹⁰ Cette volonté apparaît clairement dans les débats parlementaires. M. Patrice Martin-Lalande, citant à titre d'exemple les « *forums de discussion, ou certaines activités de courtage en ligne* », indiquait en défense d'un amendement ne reprenant pas la référence du stockage direct et permanent qu'elle « *a été élaborée à une époque où le législateur visait les hébergements au sens strict du terme, c'est-à-dire ceux assurant le stockage physique des données* » et qu'« *elle ne permet pas de prendre clairement en compte les nouveaux métiers de l'intermédiation* » (JOAN, 27 févr. 2003, p. 1443). De même, lors de la discussion au Sénat, le rapporteur M. Bruno Sido s'est inquiété que le critère du stockage direct et permanent exclut « *les hébergeurs offrant aux utilisateurs des forums de discussion.* ». Ce à quoi la ministre déléguée Nicole Fontaine s'en est remise à la sagesse du Sénat tout en précisant, qu'à ses yeux, le « *choix de la thématique du forum* » est un élément capital pour apprécier le régime de responsabilité applicable (Séance du 25 juin 2003, compte rendu intégral des débats, disponible sur le site du Sénat, senat.fr).

*pour les faire coller aux réalités techniques et culturelles. »*⁹⁹¹. Cette solution a enfin pour elle d'aller dans le même sens que les droits étrangers⁹⁹².

256. – Cohérence globale du critère du rôle actif. Le rôle actif de l'intermédiaire, pour le priver de la qualification d'hébergeur, doit avoir pour effet, selon la formule de la CJUE, de conférer à l'intermédiaire « *une connaissance ou un contrôle* » des données. Ce critère doit être regardé à la lumière des conditions de la responsabilité des intermédiaires techniques. Celles-ci supposent la conscience de la nature illicite des contenus transmis en l'absence d'obligation de contrôle sur ces mêmes contenus, ce qui est doublement cohérent au regard du critère arboré par la CJUE.

En effet, il serait illogique de considérer que des personnes qui ont une telle connaissance *a priori* soient soumises à un régime qui définit soigneusement les moyens de restaurer cette connaissance *a posteriori*. Si l'intermédiaire avait une connaissance effective du contenu au moment où il a fourni les moyens de le publier, il ne devrait pas pouvoir se réclamer de ce régime de responsabilité limitée. Ainsi, la qualification d'intermédiaire technique ne doit pas s'appliquer à des personnes connaissant la nature des contenus qu'elles véhiculent dès leur mise en ligne.

257. – Nécessaire clarification. Il a été regretté, bien avant l'apparition de l'internet, que face « *à une situation nouvelle ou quand la jurisprudence antérieure n'est pas claire* » le juge français ne puisse « *livrer le fond de sa pensée, [expliquer] vraiment pourquoi il statue dans un certain sens, sans rien cacher des éléments qu'il prend en considération.* »⁹⁹³. Le critère du rôle actif illustre que des décisions beaucoup moins concises que celles de notre Cour de cassation peuvent elles aussi laisser place au doute. Dans un domaine aussi vaste et évolutif, ce peut vite devenir une source d'insécurité juridique. En effet, si le rôle actif paraît globalement cohérent, il présente encore quelques imprécisions qui empêchent de l'adopter sans réserve comme l'envers du critère de neutralité auxquels les juridictions semblent l'attacher. Inférer le contrôle et la connaissance d'un rôle actif, c'est laisser planer de nombreuses incertitudes. Faut-il y voir une improbable référence au rôle actif de la chose en droit français de la responsabilité civile ? L'intermédiaire non neutre a-t-il le pouvoir de

⁹⁹¹ M. Boizard, « *Détermination de la qualité d'hébergeur : voyage en eaux troubles* », RLDI 2013/101, n° 4970, p. 22.

⁹⁹² Voy. les observations du professeur Christophe Caron : « *Le web 2.0 vu d'Outre-Atlantique* », Comm. Com. électr. 2010, comm. 83 s'appuyant sur la décision US District Court, southern district of New-York, 23 juin 2010, *Viacom et a. c/ You Tube*.

⁹⁹³ A. Touffait et A. Tunc, « *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celle de la Cour de cassation* », RTD civ. 1974, p. 502, n° 13.

contrôle, d'usage et de direction, des données dont il est désigné comme responsable ? Il y aurait, sur cette voie, une source de confusion entre les critères qualification et les conditions de la responsabilité.

Un auteur a estimé, en le replaçant dans la tradition juridique, que « *le rôle actif peut se définir comme l'existence d'un fait causal et illicite déterminant, fût-il non exclusif, dans la production d'un dommage, ou l'exonération du responsable.* »⁹⁹⁴. Mais si le fait actif doit être de nature à « *conférer une connaissance ou un contrôle des données stockées* », c'est que tout rôle actif n'a pas cette nature. Il est vrai, qu'en retournant le problème, un rôle passif n'est pas de nature à exclure la connaissance ou la possibilité d'un contrôle. Alors, le rôle actif de nature à conférer la connaissance ou un contrôle s'apparente-t-il à un simple critère psychologique ? Dans les affaires qui lui ont été soumises, la CJUE a donné quelques illustrations. Lorsque l'exploitant « *a prêté une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres* »⁹⁹⁵. Il n'est pas précisé quelle est cette assistance, une assistance purement technique suffit-elle ? Cela paraît improbable puisqu'il est dans la nature du web 2.0 de fournir une telle assistance⁹⁹⁶. L'indication peut sembler plus claire en ce qui concerne le fait de promouvoir une offre illicite. Mais s'il est sûr que promouvoir une offre fait sortir l'intermédiaire de sa neutralité, il n'est pas certain que ce soit de nature à lui conférer un contrôle ou une connaissance des données qu'il fait transiter.

258. – Au vu de ces incertitudes, il est loin d'être incohérent de tenter d'utiliser directement un critère de neutralité. En définissant la neutralité en termes positifs plutôt qu'en disant ce qu'elle n'est pas, outre une salutaire clarification, il peut être espéré un meilleur respect des objectifs et de l'esprit du régime de responsabilité limitée.

II. – Le recours au critère de neutralité

259. – **La neutralité comme absence de choix dans une activité d'intermédiaire.** Sera retenue la définition de la neutralité telle que proposée *ab initio*, à savoir : une absence de

⁹⁹⁴ P.-Y. Gautier, « De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », D. 2011, p. 2054, n° 1.

⁹⁹⁵ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, §116 : préc.

⁹⁹⁶ Sur ce point, voy. aussi : *infra*, n°s 336 et 429.

choix au cours d'une activité d'intermédiaire⁹⁹⁷. Le schéma est simple : si l'activité témoigne que l'intermédiaire choisit les contenus qu'il véhicule, son activité dépend du droit commun, à l'inverse le régime de responsabilité limitée sera applicable. Autrement dit, le choix de publier un contenu doit émaner du destinataire du service. Comment alors sanctionner l'intermédiaire qui ne choisit pas les contenus, mais qui positionne son activité sur un secteur porteur de risque ? La réponse tient dans la question : ce positionnement est un choix. Il peut être générateur d'obligations particulières et sanctionné en lui-même. Plus ce choix est orienté et risqué, plus il peut donner naissance à des obligations importantes. Il y a donc une graduation dans la neutralité, chose déjà identifiée⁹⁹⁸. Plus l'intermédiaire oriente son activité, plus il aura choisi les contenus qu'il véhicule, moins sa part de neutralité sera étendue. Il n'est pas nécessaire que ses choix lui donnent une connaissance effective de la nature individuelle des contenus. Une connaissance simplement générale de leur nature et des risques qui y sont attachés suffit à caractériser un choix.

260. – Cohérence de la politique du « droit de l'internet ». Le pouvoir de qualification du droit n'est pas tant lié à la nature des choses qu'à ce que le droit veut en faire. La qualification, a-t-on dit, *« se ramène à un fondamental acte d'évaluation, c'est-à-dire consiste à donner le nom non pas qui « revient » à la chose, mais que « mérite » la chose, ou encore qui « convient » non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on veut lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques »*⁹⁹⁹. Ces déterminations ont déjà été formulées, en termes parfois dispersés, lorsque les juridictions constitutionnelles ont reconnu la valeur des droits et libertés exercés grâce à l'internet ou, et c'est ce qui est essentiel ici, lorsque les régimes de responsabilité limitée ont été construits. Ces régimes trouvent leur justification dans des enjeux qu'ils partagent avec la neutralité, il semble donc logique d'en définir le champ d'application en cohérence avec ce principe.

Il faut encore insister sur la nécessaire cohérence entre le régime juridique et ses conditions d'application. Le critère proposé épouse la neutralité comme la faute de l'intermédiaire a pu le faire¹⁰⁰⁰. Il n'y aurait aucune cohérence à soumettre des acteurs qui choisissent les contenus *a priori* à un régime qui subordonne leur sanction à un choix effectué *a posteriori*. Ainsi, les activités soumises au régime de responsabilité limitée ne devraient être que celles qui ne témoignent pas d'un choix vis-à-vis des contenus véhiculés. À l'étape de la qualification, ce

⁹⁹⁷ *Supra*, n^{os} 164 s.

⁹⁹⁸ *Supra*, n^o 168.

⁹⁹⁹ O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1994, n^o 18, pp. 9-10.

¹⁰⁰⁰ Sur ce point : *supra*, n^{os} 212 s.

choix n'a pas à être illégitime, puisqu'il ne s'agit pas d'engager la responsabilité de l'intermédiaire. Il ne s'agit que de se libérer des limitations de responsabilité attachées à la qualification d'intermédiaires techniques.

261. – Des choix témoignant de la spécialité de l'intermédiaire. Il importe d'inscrire ce critère dans une qualification distributive, car des décisions illustrent qu'un critère tenant aux choix de l'intermédiaire peut aboutir à le considérer comme un éditeur sans part de neutralité¹⁰⁰¹. Il ne s'agit pas de dire que des intermédiaires effectuant des choix ne sont pas des intermédiaires neutres. La qualification distributive garde toute sa validité et tous ses avantages. Les choix effectués par un intermédiaire neutre ne sont pas neutres et ne relèvent donc pas du régime de responsabilité limitée. Alors que les activités neutres bénéficient de la garantie d'une faute caractérisée, les activités non neutres doivent être soumises à la souplesse du droit commun ou de tout régime juridique qui trouverait à s'y appliquer.

Prenons l'exemple d'une vidéo publiée sur une plateforme dédiée à ce type de contenus. Celui qui a fait le choix de publier cette vidéo, celle-là de manière individualisée, c'est l'utilisateur de la plateforme. Mais c'est la plateforme qui a fait le choix de publier des vidéos en tant que contenu générique. Elle doit en répondre sur la base du droit commun. La frontière entre ce qui est neutre et ce qui ne l'est pas ne sépare donc pas le réseau de ses usages. Elle sépare les activités des intermédiaires techniques.

Signalons enfin que ce critère devrait pouvoir être adopté par la jurisprudence sans modification de la loi ou de la directive Commerce électronique. La LCEN laisse une large liberté au juge dans l'exercice de son pouvoir de qualification. Les contraintes posées par la CJUE, bien qu'ouvertes à l'interprétation¹⁰⁰², sont plus précises, c'est la raison pour laquelle nous essayerons de percer ce qui, déjà, dans les diverses jurisprudences, est compatible avec nos propositions.

§ 2. – Les apports d'un critère de neutralité

¹⁰⁰¹ TGI Nanterre, réf., 28 févr. 2008, *Oliver. D. c/ E. D* (RLDI 2008/36, n° 1213, obs. J.-B. Auroux), le juge des référés tranche que l'auteur d'un site effectue « un choix éditorial » en présentant le contenu d'un flux RSS sur un thème particulier, il « doit en assumer les responsabilités ». Selon notre grille de lecture, il s'agit bien d'un choix, mais il n'obère pas entièrement la neutralité du service (voy. *infra*, n° 285).

¹⁰⁰² En dehors des cas qu'elle définit, elle indique dans l'arrêt *eBay* que c'est dans le « droit national que les conditions pour constater une telle responsabilité doivent être recherchées » (CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 107). Elle avait déjà indiqué dans l'arrêt *Google* qu'« il appartient à la juridiction nationale, qui est la mieux à même de connaître les modalités concrètes de la fourniture du service dans les affaires au principal, d'apprécier si le rôle ainsi exercé par Google correspond à celui décrit au point 114 [rôle neutre] » (pt. 119).

262. – Identification des choix. Un critère de neutralité, compris comme une absence de choix, doit partir du constat que tout intermédiaire opère des choix. À partir de cette simple proposition, il est possible d'unifier les critères de qualification des FAI et des hébergeurs. Car le premier des choix d'un intermédiaire porte sur la nature de l'activité qu'il exerce. Les FAI et les opérateurs de transit ont fait le choix d'exercer une activité de transport. La clarification de la qualification de ces activités est fondamentale, car elle précise les contours de l'internet (I). Les hébergeurs ont, eux, fait le choix d'exercer une activité nécessitant le stockage des données. Or, il y a une infinité d'activités qui nécessitent d'effectuer ce choix et toutes ne sont pas neutres. De fait, les activités d'hébergement concentrent l'essentiel du contentieux tenant à la qualification des intermédiaires techniques. La difficulté, particulièrement depuis l'avènement du web 2.0, est d'identifier ce qui dans les contenus hébergés l'a été dans le cadre d'une activité d'intermédiaire neutre et ce qui l'a été à l'initiative de l'hébergeur (II).

I. – La clarification de la qualification d'intermédiaires de transport

263. – Dans un contexte multipliant des points d'accès à l'internet en tout lieu, des travaux ont déjà soulevé les insuffisances des critères actuels de qualification des FAI¹⁰⁰³. Alors que la neutralité de ces acteurs est très apparente, un critère de neutralité implique d'identifier la part d'activités non neutres dans la fourniture d'accès (1). La question se présente sous une configuration particulière pour ceux qui fournissent un accès à l'internet via un réseau privé, généralement à leurs employés ou à leurs clients. Ces réseaux ne faisant pas partie de l'internet, ils doivent en principe être exclus du champ d'application d'un régime de responsabilité prévu pour des intermédiaires de l'internet (2).

A. – L'identification de la part d'activité non neutre dans la fourniture d'accès

264. – Présentation schématique. Les FAI et autres intermédiaires de transports sont les archétypes des intermédiaires neutres. Ils transmettent indifféremment l'infinie variété des

¹⁰⁰³ Voy. la distinction proposée, dans sa thèse, par Willy Duhén entre fournisseurs d'accès primaires et fournisseurs d'accès secondaires : W. Duhén (avant-propos H. Isar, préf. J. Frayssinet), *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet*, PUAM, 2013, n^{os} 541-572, pp. 458-476. Pour l'auteur, les fournisseurs d'accès secondaires seraient soumis à des obligations réduites. Ils seraient identifiables en constatant que la fourniture d'accès est nécessaire à une activité principale (n^{os} 559 s.) ou que l'accès est fourni à titre d'agrément (n^{os} 565 s.) ou dans le cadre familial (n^{os} 569 s.). – Comp. nos propositions *infra*, n^{os} 266 s. et 559 s.

données que leurs clients et les services en lignes génèrent. L'instantanéité de ces transmissions s'oppose à ce que soient caractérisés leur connaissance et leur pouvoir de contrôler ces usages.

Il est pourtant des hypothèses où un FAI effectue des choix lors de son activité de transport. Un FAI qui favorise le transit vers certains sites n'a pas un comportement neutre. Un autre qui favorise certaines sources ou qui bride certains protocoles opère autant de choix qui ne sont pas neutres. Toutefois, il n'est pas envisageable d'affirmer, sans plus de précision, que du fait de cette absence de neutralité, l'intermédiaire est responsable des contenus qu'il fait transiter. Un FAI dont certaines activités d'intermédiation peuvent être considérées comme non neutres – parce que bloquant certains services par exemple – laisse tout de même une latitude importante à ses utilisateurs. Il n'a pas fait le choix de transmettre chacun des contenus qu'il véhicule. Pour cela, sa neutralité doit être reconnue. La part non neutre de son activité, c'est le choix qu'il a fait de favoriser certains services et d'en pénaliser d'autres. Ces choix, pour affirmés qu'ils soient, ne peuvent engager automatiquement sa responsabilité. Toutefois, il est indispensable de les soustraire à l'empire du régime de responsabilité limitée afin de les réguler.

265. – L'impossibilité de sanctionner une atteinte à la neutralité par le biais du régime de responsabilité limitée. L'activité de transport des FAI se trouve au cœur des questions de neutralité. La crainte que certains d'entre eux ne permettent plus d'accéder à tout l'internet est à la base des travaux plaidant pour la préservation de la neutralité du *net*¹⁰⁰⁴. Dans cette perspective, un critère de neutralité présidant à l'application du régime de responsabilité limitée peut être une puissante incitation à adopter un comportement neutre. L'attrait suscité par le caractère favorable de ce régime n'est plus à démontrer. Toutefois, ce régime est incapable de garantir de manière plus intense la neutralité du réseau. Car, si une activité est en infraction avec la neutralité, un critère de neutralité la fait nécessairement échapper au champ d'application du régime de responsabilité limitée. Un tel critère exclut donc qu'il soit possible de sanctionner, sur cette base, l'absence de neutralité d'un intermédiaire. Ce régime embrasse les activités neutres qu'il préserve d'une trop lourde responsabilité, mais il ne fait rien de plus.

Ce n'est pas dire que la responsabilité ne peut sanctionner un comportement non neutre. Au contraire ! Le critère de neutralité soustrait ces choix au champ d'application des limitations de responsabilité, ce qui ne veut pas dire, non plus, que ces choix seront nécessairement

¹⁰⁰⁴ *Supra*, n° 12.

générateurs de responsabilité. Il faudra pour les évaluer recourir à d'autres règles d'évaluation des comportements¹⁰⁰⁵. Elles auront toute latitude pour engager la responsabilité d'un FAI pour avoir adopté un comportement non neutre.

B. – L'exclusion des réseaux privés du champ d'application de la neutralité

266. – L'accès via un réseau privé. Le réseau domestique qui permet à plusieurs membres d'une même famille de se connecter peut être neutre ou ne pas l'être, il ne fait pas partie de l'internet et les enjeux relatifs à la neutralité y sont réduits. Pourtant, il peut arriver que le réseau privé dépasse largement la dimension familiale. Les réseaux d'entreprise donnent parfois accès à l'internet à des milliers de personnes et les cybercafés ont pour objet de fournir un tel accès. La question se pose de savoir si ceux qui possèdent ces réseaux doivent être qualifiés d'intermédiaires techniques avec les limitations de responsabilité, mais aussi les obligations, attachées à ce régime.

Au premier abord, il y a des éléments pour répondre positivement. Si ces réseaux donnent accès à tout l'internet, lorsque des entreprises se comportent comme le feraient des intermédiaires techniques, notamment en collectant et en stockant des éléments d'identification, il est tentant de considérer qu'elles sont bien des intermédiaires techniques. Ce raisonnement a pu être adopté en jurisprudence¹⁰⁰⁶. L'article L. 34-1 I alinéa 2 du CPCE, issue de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, est venu conforter cette interprétation en soumettant aux mêmes obligations que les opérateurs de communication électronique toute personne fournissant un accès « *au titre d'une activité professionnelle principale ou accessoire* », « *y compris à titre gratuit* ».

267. – Pourtant, cette assimilation est discutable sur plusieurs points. Tout d'abord, ces personnes ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration préalable¹⁰⁰⁷. Leur identification

¹⁰⁰⁵ Voy. en particulier le standard du prestataire ouvert : *infra*, n°s 454 s.

¹⁰⁰⁶ Il a été utilisé pour imposer des obligations d'identification à des entreprises qui ne sont pas des intermédiaires techniques à titre principal. Ici une banque : CA Paris, ch. 14, sect. B., 4 févr. 2005, *SA BNP Paribas c/ Sté World Press Online* : Comm. Com. électr. avril 2005, n° 4, comm. n° 71 obs L. Grynbaum. La banque faisait valoir que l'IP publique à l'origine des messages litigieux ne lui permet pas de connaître « *l'identité exacte de son auteur dans la mesure où l'adresse xxx.xx.xxx.x correspond à une machine qui concentre tous les flux de la navigation entre les postes du groupe BNP Paribas – en France et pour partie l'étranger – et l'internet* ». – À notre sens, la solution n'aurait pas dû être de soumettre la banque à un statut d'intermédiaire technique de l'internet, alors qu'il a construit un réseau privé, mais de déterminer en quoi elle peut être responsable de son réseau privé (cf. nos développements *infra*, n°s 549 s.).

¹⁰⁰⁷ L'art. L. 33-1 I. al. 2 du CPCE prévoit que « *la déclaration n'est pas exigée pour l'établissement et l'exploitation des réseaux internes ouverts au public et pour la fourniture au public de services de communications électroniques sur ces réseaux* ». S'il n'est pas dit, en l'état de la jurisprudence, que l'absence

ne présente donc pas les mêmes garanties que celle de véritables FAI. Ensuite, les soustraire au champ d'application du régime de responsabilité limitée permet de conserver la nature propre du régime de responsabilité de chacune de ces personnes. Certaines sont soumises à une responsabilité personnelle, d'autres à une responsabilité du fait d'autrui. Les parents sont responsables du fait de leurs enfants mineurs cohabitant avec eux et les commettants doivent répondre de leurs préposés¹⁰⁰⁸. Lorsque leurs conditions d'application sont réunies, ces régimes juridiques doivent décider du degré de responsabilité de ces diverses personnes pour les usages qu'elles permettent. Le régime de responsabilité limitée doit alors être exclu. Des obligations de sécurisation, de filtrage ou de contrôle sont donc parfaitement envisageables. À défaut, le raisonnement ne peut que déboucher sur des apories¹⁰⁰⁹. Le régime de responsabilité de certaines personnes fournissant un accès à titre accessoire peut toutefois se rapprocher de celui des FAI, particulièrement lorsqu'elles sont soumises au droit commun, sans toutefois ne jamais pouvoir s'y confondre¹⁰¹⁰.

En se plaçant du côté des victimes, d'autres arguments plaident pour l'exclusion du régime de responsabilité limitée. La fourniture d'un accès à titre accessoire implique que toutes les communications passent par une adresse IP publique unique. Vis-à-vis des tiers, la seule adresse de tous les utilisateurs du réseau privé est cette même adresse IP publique. C'est l'élément d'identification qu'ils ont en leur possession. Le tiers est en droit de penser que le titulaire de l'adresse publique est à l'origine des faits qu'il a constatés. Il s'adressera naturellement au titulaire de l'adresse IP en pensant avoir à faire à l'auteur des faits qu'il a constatés¹⁰¹¹. Il appartient au titulaire de l'adresse IP de prouver qu'il n'est pas l'auteur véritable de faits si son régime de responsabilité le lui permet. L'article L. 34-1 I alinéa 2 du CPCE pourrait alors être interprété comme lui imposant de collecter des éléments de preuve

de déclaration soit un motif d'exclusion de la qualification de FAI, la déclaration implique nécessairement cette qualification. Voy. Com., 21 janv. 2014, n° 13-11.704 et 13-15.548, *Darty Télécom c/ Arjel* (Légalis ; D. 2014. p. 2317 obs. J. Larrieu ; Comm. Com. électr. 2013, comm. 114 obs. A. Debet) : « *qu'ayant constaté que la société Darty Télécom s'était déclarée en qualité de fournisseur d'accès à internet auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la cour d'appel en a exactement déduit que cette société avait qualité pour défendre à la demande d'injonction formée à son encontre* ».

¹⁰⁰⁸ *Infra*, n° 554 s.

¹⁰⁰⁹ À propos de la responsabilité découlant des art. 1384 al. 6 et L. 911-4 du code de l'éducation, Willy Duhén regrette dans sa thèse que l'obligation de surveillance à la charge des enseignants empiète sur les limitations de responsabilité prévues par la directive (W. Duhén, *op. cit.*, n° 269). Il nous semble plus adapté d'exclure totalement la qualification de FAI pour que l'activité d'enseignement reste dans l'ensemble soumise au régime de responsabilité qui lui est propre (voy. *infra*, n° 554 s.).

¹⁰¹⁰ *Infra*, n° 553.

¹⁰¹¹ Tel a été le cas dans l'affaire BNP : CA Paris, ch. 14, sect. B., 4 févr. 2005, *SA BNP Paribas c/ Sté World Press Online* : préc.

sous peine de devoir assumer les usages faits de sa connexion¹⁰¹².

Devrait également s'inscrire dans ce cadre la majorité des accès à l'internet depuis un mobile, car ceux-ci sont généralement des accès à l'internet *via* à un réseau privé et une adresse IP partagée. Il s'ensuit des limitations en ce qui concerne l'utilisation des protocoles du fait de l'impossibilité pour un ordinateur de l'internet de communiquer directement avec une machine sur un réseau privé. Là aussi, le premier répondant devrait être le titulaire de l'adresse IP, c'est-à-dire le FAI fournissant un accès mobile, à charge pour lui d'apporter la preuve que les usages litigieux sont le fait de ses clients. Ce ne devrait, en pratique, pas être une difficulté pour lui, puisqu'il collecte ces données automatiquement.

268. – Au vu de ces considérations, le simple fait de fournir une adresse IP est-il de nature à entraîner la qualification de FAI ? Il faut s'entendre sur qui fournit cette adresse. Lorsqu'un FAI ou un opérateur fournit un équipement à un particulier permettant d'ouvrir, via WiFi, une connexion publique, celui qui fournit l'adresse IP, c'est le FAI du client et non le client lui-même¹⁰¹³. Le même degré de neutralité et les mêmes obligations devraient alors s'imposer au FAI pour cette activité que pour ses activités de fourniture d'accès au moyen de l'équipement directement fourni au client. L'identification de celui qui utilise son réseau est une obligation cardinale. Quant au sort du client qui décide de laisser son réseau Wifi ouvert à tous, il s'agit là aussi d'un fait qui devra être évalué en lui-même parce que découlant d'un choix¹⁰¹⁴.

269. – Étape. Il faut résister à la tentation d'étendre indéfiniment le régime responsabilité des FAI. Tout d'abord, y soustraire des activités qui relèvent d'un choix permet de soumettre les pratiques contraires à la neutralité du *net* au droit commun ou à tout autre régime juridique approprié. Nul doute qu'ils disposent d'armes plus affûtées qu'un régime de responsabilité *limitée* pour la faire respecter¹⁰¹⁵. D'autre part, tous ceux qui fournissent un accès à l'internet comme l'accessoire d'une activité principale ne sont pas des intermédiaires. Ils doivent être soumis à leur propre régime juridique. Celui-ci peut être proche de celui des FAI, mais il peut aussi s'en éloigner fortement. Le cas d'usages illicites causés par des salariés agissant sous l'autorité de leur employeur leur ayant fourni une connexion est une bonne illustration de l'intérêt de préserver l'applicabilité, dans ce cas, du régime de responsabilité des commettants

¹⁰¹² Les réseaux privés n'étant pas, selon notre avis, concernés par le concept de neutralité du *net*, leur encadrement se détache de la question de l'intégration de la neutralité et doit être étudié au registre de la mise en cause de la responsabilité des utilisateurs du réseau : *infra*, n° 552 s.

¹⁰¹³ La plupart des « box » des opérateurs émettent un deuxième signal Wifi destiné à créer un point d'accès à l'internet pour les clients du voisinage. Les offres commerciales sont multiples : SFR wifi, Orange Wifi, Free Wifi, Fon, etc.

¹⁰¹⁴ *Infra*, n° 562.

¹⁰¹⁵ Sur les obligations d'ouverture, voy. *infra*, n° 454.

du fait de leurs préposés¹⁰¹⁶.

II. – La graduation de la qualification d’hébergeur

270. – Une graduation très apparente. De la neutralité « entière » de l’hébergeur généraliste qui choisit d’accueillir tout contenu provenant d’un éditeur de site¹⁰¹⁷, à la neutralité réduite d’un hébergeur de vidéos ayant choisi de se spécialiser sur un thème bien particulier, un critère de qualification tenant à la neutralité doit permettre d’appliquer le régime le plus adapté à chacune des activités. Or, la diversité des activités des hébergeurs n’est limitée que par l’inventivité de la pratique et des classifications. Pour exposer les apports du critère proposé, des choix doivent être faits. Parmi les grandes « familles » d’hébergeurs, il a été choisi celles qui prêtent le plus à débats quant à leur neutralité.

La catégorie la plus évidente est sans doute celle des acteurs publiant des contenus fournis par des tiers (1). Elle est particulièrement vaste, d’autant plus depuis l’avènement du web 2.0. Le sort des acteurs ayant pour objet principal des contenus hébergés par des tiers est plus difficile à saisir (2). Les contenus qu’ils stockent ont pour objet principal de présenter des liens vers des contenus qu’ils ne maîtrisent pas.

A. – Les hébergeurs publiant des contenus fournis par des tiers

271. – La publication de contenus qu’opèrent des hébergeurs à la demande des tiers peut avoir pour objet direct la publication de ces contenus (a). Elle peut aussi avoir un objet plus lointain, en particulier celui de mettre en relation des personnes. Elle est alors effectuée à titre accessoire (b).

1. – Les hébergeurs ayant pour objet la publication des contenus

272. – Un point commun : les contenus générés par les utilisateurs. Le web 2.0 a vu

¹⁰¹⁶ Sur ce point, voy. *infra*, n° 555.

¹⁰¹⁷ Le professeur Luc Grynbaum a proposé de faire de l’entièreté de la neutralité le critère unique de qualification de l’activité. Il estime que lorsque « l’objet de l’activité de l’entreprise est neutre et que son identification s’efface derrière l’infinie variété des contenus hébergés, il s’agit d’un véritable hébergeur. » (L. Grynbaum, « *Dailymotion : une immunité imméritée* », 2011 p. 1113⁺). Adde, proposant de remplacer le critère de la « neutralité technique » (de droit positif), par celui de l’objet de l’activité : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *op. cit.*, n° 1285. Le critère proposé n’est pas très différent de celui envisagé dans ces pages à la différence fondamentale près que la spécialisation d’un service semble exclure, pour le professeur Luc Grynbaum, toute application du régime de responsabilité limitée, alors que nous plaçons, au contraire, pour une application large de celui-ci, mais de manière distributive en différenciant les activités neutres de celles qui ne le sont pas

émerger des sites accueillant toute sorte de contenus fournis par les utilisateurs. Sur ce fonctionnement, des acteurs très divers sont apparus. *YouTube*, *Facebook*, *Dailymotion* ou *Twitter* sont autant de sites qui ne sont qu'une interface de présentation, plus ou moins orientée, pour des contenus fournis par des tiers. Leur neutralité pose question, car à la différence des hébergeurs généralistes, ils orientent les contenus qu'ils permettent de publier et ils les présentent dans une interface adaptée à ce ciblage. Leur apparence de simples sites internet a pu suggérer une responsabilité de type éditoriale. La jurisprudence rejette aujourd'hui cette qualification pour celle d'hébergeur¹⁰¹⁸ ; un rejet qui conditionne la viabilité de ces plateformes. Parallèlement, de plus en plus d'obligations leur sont imposées pour lutter contre les contenus illicites sans pour autant remettre en question la qualification d'intermédiaire technique¹⁰¹⁹. C'est, à notre sens, que leur neutralité n'est pas entière. Elle doit être reconnue pour sa part, les autres activités de l'intermédiaire étant susceptibles d'obligations commandées par les choix qu'ils ont effectués.

273. – Illustration par l'exemple des plateformes vidéo. Ce qui fait la différence entre les plateformes vidéo et les hébergeurs généralistes, c'est leur spécialisation. Ces plateformes ne peuvent pas arguer du fait qu'elles n'ont aucune idée des contenus qui leur seront soumis. Alors qu'un hébergeur généraliste peut être le réceptacle de contenus extrêmement variés, une plateforme d'hébergement de vidéos « sait » qu'elle hébergera ce type de fichier. Cela relève d'un choix. Elle met généralement en place divers outils destinés à faciliter leur mise en ligne. En application d'un critère de neutralité, l'activité relevant du régime de responsabilité limitée est réduite à l'espace pour lequel il n'a pas effectué de choix. Dans notre exemple, le choix de l'intermédiaire porte sur l'hébergement de vidéos (activité non neutre), mais n'importe quelle vidéo (activité neutre).

Le fait de connaître le type de fichier qui sera hébergé n'implique pas de connaître leurs contenus individuellement et encore moins les droits qui y sont attachés. Pourtant, la spécialisation de ces plateformes implique qu'elles connaissent le risque attaché à ce type de publication¹⁰²⁰. Le choix de se spécialiser doit être regardé comme imposant potentiellement des obligations calquées sur cette spécialisation. Il faut prendre garde à ce que celles-ci ne débordent pas de leur champ pour obérer les activités neutres. Ainsi, les obligations de

¹⁰¹⁸ Voy. not. l'arrêt *Dailymotion* (Civ. 1., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : préc.).

¹⁰¹⁹ Voy. l'obligation de collaboration (*infra*, n° 431 s.), l'obligation de lutte contre les contenus odieux (*infra*, n° 419) ou la défunte obligation de *stay down* (*infra*, n° 351).

¹⁰²⁰ La tentative d'adapter leur régime de responsabilité pour les soumettre à une responsabilité plus stricte que celle des hébergeurs généralistes est grande (voy. *supra*, n° 236 les rapports d'informations déjà évoqués de l'Assemblée nationale et du Sénat concernant la LCEN). Il nous semble pourtant que l'adaptation peut se faire sans créer un régime qui leur est spécifique.

contrôle qui peuvent peser sur ces plateformes en dehors de leurs activités neutres ne doivent pas enfreindre l'interdiction d'instaurer une obligation de contrôle généralisé prévue par la Directive. Les obligations les plus évidentes seront alors celles ayant trait à l'information des utilisateurs quant aux risques d'atteintes au droit spécifiquement attaché à la publication de vidéos¹⁰²¹. La question de savoir si le choix de s'exposer à ce type de risque donne aux victimes le droit d'exiger des mesures proactives de ces plateformes est débattue. Le risque d'obérer la neutralité de l'intermédiaire par des mesures de filtrage *a priori* est important. Cette question sera traitée au registre de l'encadrement de la neutralité¹⁰²², mais il est d'ores et déjà important de souligner que ces mesures sont envisageables à la condition qu'elles ne portent pas sur le respect du droit en général, mais sur des contenus spécifiquement identifiés lors d'un processus de collaboration entre victimes et hébergeurs.

274. – Illustration à partir des magasins d'applications (*Market, App Store*). Il s'agit de l'un des exemples où la neutralité de l'intermédiaire apparaît la plus réduite¹⁰²³. Les applications que proposent ces services sont l'accessoire d'un système d'exploitation, elles ne fonctionnent que sur celui-ci, elles font généralement l'objet d'une validation. Les contrôles sont parfois approfondis en vue de s'assurer de la sécurité ou de la « respectabilité » de l'application. Ils se calquent sur les choix effectués par l'intermédiaire, c'est-à-dire qu'ils sont nécessaires à la bonne tenue d'un magasin d'application, à sa sécurité et à sa réputation. Il ne s'agit donc pas d'une activité neutre, la porte est ouverte pour transformer ce contrôle en obligation. Il est malgré tout possible de considérer qu'il y a une activité neutre dans ces magasins. Ils reçoivent de tiers des applications qu'ils n'ont pas choisies. Les contrôles effectués sont ciblés sur certains points, ils ne portent pas spécifiquement sur le respect du droit. Constaté qu'il y a là une activité d'intermédiaire qui ne relève pas d'un choix permet de préserver une part de neutralité à ce type d'acteur. Ils sont ainsi automatiquement soumis aux obligations de retraits et d'identification propres aux hébergeurs. Ce qui est grandement utile pour obtenir la mise hors ligne d'une application illicite et pour identifier son auteur.

2. – Les hébergeurs publiant des contenus à titre accessoire

275. – Variation autour de la mise en relation. Vendre, acheter, louer, échanger,

¹⁰²¹ *Infra*, n° 443.

¹⁰²² *Infra*, n°s 425 s.

¹⁰²³ Si la question de leur neutralité a été évoquée (not. : Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n° 2014-2), Rapport, 2014, 118 p.), le concept d'ouverture semble, les concernant, plus adapté à une démarche prescriptive (*infra*, n°s 449 s. et 473 s.).

rencontrer ; de nombreux sites ont pour objet la mise en relation de personnes, principalement en vue d'aboutir à une opération juridique. L'idée à l'origine de ces plateformes va au-delà de l'intermédiation de contenus. Cette dernière existe bien, mais uniquement pour la réalisation d'une opération juridique. Car, au-delà de cette fonction d'intermédiation de contenus, elles sont des intermédiaires en matière contractuelle. Certaines jurisprudences ont pu en déduire que l'activité d'intermédiation de contenu n'est que l'accessoire d'une activité de courtage, l'activité principale devant présider à l'ensemble du régime juridique¹⁰²⁴. Il est vrai que l'idée commune aux services et à ses utilisateurs est d'aboutir à une opération juridique définie à l'avance. La finalité est plus précise que pour beaucoup de services en ligne.

Est-ce suffisant pour conclure que ces services ne méritent pas d'être qualifiés de neutres ? À première vue, certains éléments peuvent tout aussi bien plaider pour la neutralité de ces plateformes. Une plateforme commerciale, si elle fait preuve de neutralité vis-à-vis des vendeurs et des clients, est susceptible de générer l'apparition d'offres concurrentielles ou inédites dont le consommateur peut profiter¹⁰²⁵. Cependant, la vérification de cette neutralité implique des analyses souvent complexes. Pour que ces plateformes soient réellement neutres, il faudrait qu'elles ne discriminent aucune offre, ce qui implique de délimiter le marché sur lequel elles exercent puis de vérifier qu'elles offrent des conditions d'entrée et de visibilité comparables à tous les acteurs. Ces conditions ne sont pas aptes à subordonner l'application d'un régime de responsabilité spécialement élaboré pour des intermédiaires de contenus. Cette voie est d'autant moins adaptée qu'à y regarder de plus près, la mise en relation n'est pas toujours destinée à aboutir à une opération juridique. Les sites de rencontre en sont le principal exemple. Cette neutralité, si c'en est une, n'est pas une neutralité dans l'intermédiation de contenus, mais dans une autre intermédiation, contractuelle ou amoureuse.

276. – Présentation schématique des apports du critère de neutralité. La part de neutralité de ces plateformes se situe dans la publication des textes et d'images accompagnant les annonces. C'est uniquement ici que le régime de responsabilité limitée devrait s'appliquer.

¹⁰²⁴ Cette affirmation est parfois exprimée particulièrement clairement, not. : CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010, *sté. eBay c/ sté. Christian Dior et a* (Légalis ; Comm. com. électr. 2010, comm. 110, obs. A. Debet ; RLDI 2010/64, n° 2121, obs. L.C.) : l'activité de d'eBay « ne saurait donc être artificiellement démembrée en une activité d'hébergement et une activité de courtage ; qu'il convient de prendre en considération l'ensemble de l'opération qu'elles proposent aux utilisateurs en hébergeant leurs annonces sur leur site, pour qualifier juridiquement leur prestation ».

¹⁰²⁵ C'est ce que dit en substance le Conseil d'État lorsqu'il affirme, à l'appui de sa proposition visant à « aligner le régime de responsabilité civile et pénale des plateformes sur celui des hébergeurs », que « si la responsabilité des plateformes est définie de manière trop large, elles risquent de pratiquer une censure plus active, ce qui pourrait nuire à la liberté d'expression ou à la liberté d'entreprendre » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr, 2014, p. 304, proposition n° 28).

Toutes les autres activités de ces plateformes ne relèvent pas de ce régime. En particulier l'assistance qu'elles fournissent n'est clairement pas une activité neutre, elle doit donc être appropriée et raisonnable. La spécialisation de ces plateformes les expose à causer des dommages spécifiques à leur activité. Ainsi, en dehors de leurs activités neutres, il doit leur être imposé des obligations ciblées, tenant à l'information des vendeurs comme des acheteurs et à une collaboration renforcée avec les tiers victimes de l'usage de leur plateforme. Ces activités peuvent engager leur responsabilité lorsqu'elles sont inefficaces, insuffisantes ou inexistantes¹⁰²⁶. L'autre hypothèse de mise en cause de leur responsabilité touche de plus près la neutralité. Ce type d'intermédiaire propose généralement de faire une promotion particulière pour certaines offres. Elles sont parfois laissées à l'initiative de l'utilisateur, mais ce peut aussi être la plateforme elle-même qui décide d'en faire la promotion. Selon un critère de neutralité, celui qui devrait en répondre devait être celui qui en a effectué ce choix.

277. – Illustration par le contentieux portant sur les plateformes d'enchères. Les plateformes de ventes aux enchères se rémunèrent, avant tout, sur le prix de la transaction qu'elles facilitent. Ce dernier point a suscité de nombreuses réticences pour leur reconnaître un caractère neutre. La première de ces plateformes, l'Américaine *eBay*, est de manière récurrente au cœur du contentieux. Son activité a donné lieu à l'un des arrêts les plus importants de la CJUE en matière d'application de l'article 14 de la Directive Commerce électronique¹⁰²⁷. La Cour y précise l'interprétation qu'il convient d'en faire dans la lignée de l'arrêt *Google*. L'un des enseignements principaux de cette décision est que l'exploitant de ce type de plateforme ne peut se prévaloir de la qualité d'hébergeur lorsqu'il a « *prêté une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres* »¹⁰²⁸. La Cour ajoute qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si *eBay* a joué un rôle actif¹⁰²⁹. L'interprétation des juridictions nationales est donc là encore primordiale.

L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 mai 2012¹⁰³⁰ est particulièrement illustratif des apports d'un critère de neutralité. La Cour d'appel de Paris y est approuvée pour avoir dit qu'*eBay* n'est pas un hébergeur à partir du constat selon lequel ce site fournit « *à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes* », qu'il les assiste « *dans la définition et la description des objets mis en vente en*

¹⁰²⁶ Voy. le standard du prestataire raisonnable : *infra*, n^{os} 428 s.

¹⁰²⁷ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09 : préc.

¹⁰²⁸ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 116.

¹⁰²⁹ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 117.

¹⁰³⁰ Com., 3 mai 2012, n^o 11-10.508 : préc.

leur proposant notamment de créer un espace personnalisé de mise en vente ou de bénéficier « d'assistants vendeurs » », qu'ils envoient « des messages spontanés à l'attention des acheteurs » et enfin qu'ils incitent « l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets ». La Chambre commerciale en conclut, en reprenant la formule de la CJUE, qu'eBay a joué un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance ou le contrôle des données stockées¹⁰³¹. La notion de rôle actif n'en sort pas mieux définie. L'assistance fournie par eBay semble avant tout technique. Dans le prolongement de la jurisprudence assimilant les sites web 2.0 à des hébergeurs, ce seul point ne devrait pas exclure la qualification d'hébergeur. Il n'est pas plus prouvé que le fait d'envoyer des messages aux acheteurs ou de les rediriger vers d'autres offres confère un contrôle ou une connaissance des contenus.

Au regard d'un critère de neutralité, la solution peut mieux s'expliquer. L'ensemble des points soulevés par la Cour d'appel relève d'activités non neutres, car à la question « qui a fait ce choix ? », il faut répondre eBay par trois fois. Toutes les activités visées ne sont cependant pas susceptibles d'engager sa responsabilité. Elles doivent être envisagées au regard des standards de comportement encadrant les activités non neutres¹⁰³² et de leur capacité à porter des usages illicites à la connaissance d'eBay¹⁰³³. L'assistance, toute technique, fournie au vendeur devrait, pour engager la responsabilité d'eBay envers des tiers, témoigner d'une incitation à publier des offres illicites ou d'un manque de précaution particulier, ce qui ne semble pas être le cas. L'envoi de message aux acheteurs et la redirection vers des offres illicites devraient être plus susceptibles d'engager sa responsabilité. L'activité de promotion des offres des vendeurs devrait s'accompagner d'un minimum de précaution pour s'assurer de ne pas mettre en avant des offres illicites. Or, ces précautions peuvent être de nature à conférer la connaissance des offres illicites.

La responsabilité d'eBay devrait donc être caractérisée indépendamment, sans opérer de confusion avec la responsabilité de ses utilisateurs. Il s'avère, ici encore, indispensable à la régulation de la plateforme et à l'identification de ses utilisateurs de lui reconnaître une part de neutralité.

278. – La spécificité des *parkings* de domaines. Voilà une activité peu connue du grand

¹⁰³¹ S'agissant de sanctionner une revente hors réseau de distribution sélective, l'arrêt est cassé au visa de l'art. L. 442-6-I 6° du code de commerce pour ne pas avoir constaté que les ventes accomplies par de simples particuliers ne sont pas susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'interdiction de revente hors réseau.

¹⁰³² *Infra*, n°s 409 s.

¹⁰³³ Voy. sur ce point : *infra*, n°s 429-430.

public qui a donné lieu à un contentieux important. Ce que l'on appelle un *parking* de domaine est un service proposant d'héberger sur un nom de domaine non utilisé des publicités. Si le nom de domaine est attractif, il génère quelques revenus, mais ce « parking » est avant tout un « lieu » où le domaine est placé en vue de le vendre.

À l'époque où la qualification d'hébergeur était encore appréciée de manière restrictive, son bénéfice avait été sans surprise refusé aux sociétés qui proposent ce type de services¹⁰³⁴. Le professeur Jacques Larrieu avait très justement souligné que cette exclusion pouvait apparaître justifiée dans la mesure où ce type de service « *ne se contente pas de mettre en valeur les contenus postés par les internautes, mais intervient directement dans la composition des sites hébergés et l'optimisation de leurs contenus* »¹⁰³⁵. Depuis, ce contentieux a été l'un des rares à résister au mouvement de libéralisation¹⁰³⁶. Cédric Manara semble partager nos interrogations en relevant que « *c'est bien le titulaire du nom de domaine qui est, et reste, maître de l'usage qui en sera fait* »¹⁰³⁷. En application du critère du rôle actif, il faudrait, au minimum, déterminer en quoi le rôle de ce type de prestataire lui confère une connaissance ou un contrôle des données.

Selon un critère de neutralité, celui qui a effectué le choix d'héberger son domaine sur ce type de plateforme, c'est son titulaire. Le prestataire répercute les paramètres qu'il a définis. C'est par la manière de fournir les outils à la disposition du titulaire du nom de domaine, par le choix des annonceurs et par la promotion des domaines à la vente, que l'intermédiaire devrait voir sa responsabilité engagée. La fourniture de contenus associés automatiquement à un nom de domaine ne devrait pas, en elle-même, exclure entièrement la neutralité du prestataire.

B. – Les hébergeurs renvoyant vers des contenus publiés par des tiers

279. – Certains prestataires stockent des contenus très réduits. Leur objet est simplement la construction de liens hypertextes menant vers des contenus qu'ils n'hébergent pas. Exposé ainsi, le lecteur aura reconnu le rôle des moteurs de recherche ou des régies publicitaires. Il

¹⁰³⁴ Com., 21 oct. 2008, n° 07-14.979 : RLDI 2008/43 n° 1412 obs. L. C. ; 2008/44 n° 1441 obs. N. Dreyfus (ce fut la première décision de la Cour de cassation à se prononcer sur l'application du régime de responsabilité des hébergeurs).

¹⁰³⁵ J. Larrieu, *Propriété industrielle*, 2010, comm. 25 note ss. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 sept. 2009, n° 07/20549.

¹⁰³⁶ TGI Paris, 3e ch., 12 mars 2010 : RLDI 2010/60 n° 1970 obs. L.C. – Confirmé par : CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 17 avr. 2013, *Sedo GmbH et a. / DNXC Corp et a.* : préc.

¹⁰³⁷ C. Manara, *Dalloz Actualités*, 13 mai 2013, obs ss. CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 17 avr. 2013, préc.

n'est pas évident qu'ils doivent être qualifiés d'hébergeurs tant les contenus qu'ils publient peuvent sembler réduits et orientés. Pour commencer l'analyse, il faut différencier le cas des moteurs de recherche (a) et des systèmes de lien publicitaires (b), car il y a une différence fondamentale entre le fait d'établir des publicités à la demande de tiers et celui d'indexer des pages web de sa propre initiative.

1. – Les moteurs de recherche

280. – Le statut d'hébergeur ne devrait pas être refusé par principe au moteur de recherche. Il importe simplement d'intégrer les particularités d'une indexation automatique pour déterminer ce qui dans leurs activités découle d'un choix (a). Le régime de responsabilité limitée n'est alors pas le seul à tenter de réguler l'activité des moteurs de recherche. Il subit la concurrence pressante de la législation relative aux données personnelles (b). Les domaines de ces deux régimes ne sont pas, à l'heure actuelle, parfaitement délimités.

a) La particularité d'une indexation automatique

281. – **L'absence de neutralité du classement créé par les moteurs de recherche.** La part d'intermédiation de contenus des moteurs de recherche est sujette à interprétation. Le rôle propre d'un moteur de recherche est d'établir un classement parmi des millions de pages web en fonction des mots clés entrés par l'utilisateur. L'établissement de ce classement, popularisé sous l'appellation *Pagerank* par Google, est censé être le reflet de la popularité des pages indexées. Il suppose d'effectuer des choix dont la pertinence détermine toute la valeur du service. Cette activité n'est donc pas neutre. Elle doit être envisagée en tant que telle¹⁰³⁸. L'idée que le classement d'un moteur de recherche puisse témoigner de sa neutralité doit être rejetée. Outre les difficultés pratiques pour établir que ce classement est objectif, cette ambition aboutit à confondre les notions de neutralité et d'ouverture¹⁰³⁹.

282. – **La neutralité dans l'activité d'indexation.** Il paraît extrêmement utile de reconnaître une part de neutralité aux moteurs de recherche¹⁰⁴⁰. Leur activité d'indexation relève d'un choix peut-on objecter. Mais toute activité d'intermédiaire ne relève-t-elle pas, à la base, d'un choix ? La réelle spécificité de la neutralité des moteurs de recherche est de

¹⁰³⁸ *Infra*, n° 484 s.

¹⁰³⁹ *Infra*, n° 451.

¹⁰⁴⁰ L'applicabilité de la procédure de notification prévue par la LCEN à Google en témoigne, voy. : TGI Paris, réf., 15 févr. 2012, *D. Z. c/ Google* : Comm. com. électr. 2012, comm. 54, obs. A. Lepage. Ce constat n'a pas toujours été partagé en jurisprudence, voy. sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000 : CA Paris, ch. 14, sect. A, 15 mai 2002, *Altavista c/ Matelsom et a.* : Juriscom.

s'inscrire dans un rôle actif. Les moteurs de recherche présentent des contenus qu'ils ont volontairement indexés. Ils ne sont pas de simples intermédiaires, les pages qu'ils affichent le sont bien « à la demande d'un destinataire du service »¹⁰⁴¹, mais ces pages présentent des contenus qu'ils ont indexés puis hiérarchisés afin de placer ceux qu'ils estiment les plus pertinents en premier¹⁰⁴². Pour qualifier d'hébergeurs les moteurs de recherche sans trahir le texte de la Directive, il faut considérer que la simple publication d'une page web est une demande d'indexation et que les éditeurs de site sont destinataires des services des moteurs de recherche. La solution n'est pas aussi artificielle qu'il y paraît¹⁰⁴³. Il est d'usage d'utiliser un fichier *robots.txt* placé à la racine du site ou une balise meta « noindex » pour exclure certains contenus de l'indexation¹⁰⁴⁴. Selon les usages du web, le consentement à l'indexation est donc la règle, l'opposition l'exception. Publier une page sur le web suppose un minimum d'acceptation de ses usages

Notre critère de neutralité se distingue ici fortement du critère du rôle actif. Car, objectivement, l'activité d'indexation est active. Le critère de neutralité s'appuie, lui, sur le constat selon lequel les moteurs de recherche indexent le web sans égard pour son contenu, ils n'effectuent donc aucun choix dans cette activité. En indexant l'ensemble des pages ne s'opposant pas à l'être, un moteur de recherche traite tous les contenus de la même manière. La présentation qu'ils font de ces pages est ensuite réalisée à l'initiative des utilisateurs de leurs services. Pour cela, le régime de responsabilité allégé est adapté. Il devrait permettre, à la fois d'assurer une sécurité juridique suffisante au moteur de recherche et d'assainir ses résultats en le soumettant à des obligations de retrait propres aux intermédiaires techniques¹⁰⁴⁵. Sur ce point, l'activité neutre des moteurs de recherche devrait générer des obligations proches de celles d'un hébergeur.

283. – Un rôle s'apparentant à celui d'un prestataire de stockage intermédiaire. Le

¹⁰⁴¹ Art. 14.1 de la Directive du 8 juin 2000.

¹⁰⁴² Comp. É. Ricbourg-Attal (dir. J. Julien), *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, th. Toulouse 1 Capitole, 2012, n° 271, voyant là un « véritable pouvoir éditorial » et évoquant « une qualité d'hébergeur usurpée » (p. 263).

¹⁰⁴³ Certaines jurisprudences l'attestent : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 26 janv. 2011 (RLDI 2011/68 n° 244 obs. L. C., 2011/70 ; n° 2295 note J. Lacker) : Google Image qualifié d'hébergeur, car il agit sur des images trouvées sur « des sites en ayant permis l'indexation » et qu'il est possible de les désindexer.

¹⁰⁴⁴ Comp. l'exigence de la Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche du 13 oct. 2010 qui engage, en son art. 2.1, ses signataires (dont ne fait pas partie Google) à « collaborer avec les sites de publication pour faciliter la non-indexation de certains contenus. ». À notre sens, il s'agit surtout de l'obligation pour les réseaux sociaux de s'assurer que des données destinées à une publication privée ne soient pas visibles publiquement. À défaut, et en l'absence de balises *no-index* ou de fichier *robot.txt*, les moteurs de recherche n'ont aucun moyen de savoir si une donnée publiée sur le web peut être indexée.

¹⁰⁴⁵ Cette obligation de retrait s'imposera à son activité d'indexation automatique qu'il devra adapter pour ne pas qu'un contenu déjà dénoncé réapparaisse : *infra*, n° 349.

fonctionnement des moteurs de recherche peut s'apparenter à celui des opérateurs de stockage intermédiaire en ce qu'ils stockent des bribes de contenus déjà publiés et l'adresse permettant de les consulter, voire même des contenus entiers via leur fonction de « cache ». Les moteurs de recherche devaient être soumis à ce statut hybride¹⁰⁴⁶ à condition que ce dernier ne fasse pas échec à l'emploi de la procédure de notification de contenus prévue pour les hébergeurs. Du fait même de la nature hybride de ce statut, il ne semble pas y avoir beaucoup d'obstacles sur cette voie. Soumettre les moteurs de recherche au régime des opérateurs de stockage intermédiaires permet de s'assurer que les résultats qu'ils présentent sont bien le reflet de ce qui est réellement en ligne¹⁰⁴⁷. Il s'agit de l'un des éléments de construction du droit à l'oubli numérique¹⁰⁴⁸ en ce qu'il oblige à ne plus afficher sur un moteur de recherche ce qui a été mis hors ligne sur le web.

284. – L'activité accessoire de suggestions de recherche. Sur ces services, les internautes se sont très vite habitués à ce que les mots clés qu'ils entrent dans les champs de recherche soient complétés automatiquement. Cette fonctionnalité popularisée par Google et son service *Suggest* passe de très pratique, lorsqu'elle complète le nom d'un auteur, à dangereuse, lorsqu'elle suggère des termes péjoratifs après son nom ou un moyen de se procurer ses œuvres de manière illicite. Face à des suggestions insultantes ou diffamatoires, le droit pénal s'avère inapte, car elles résultent d'un processus automatique exclusif de toute volonté de l'exploitant¹⁰⁴⁹. La responsabilité civile peut le suppléer. Le TGI de Paris a pu estimer, alors que lui était rappelé l'impossibilité d'invoquer la responsabilité civile pour des propos injurieux, que ce principe ne saurait être applicable « *dès lors qu'il a été fait droit à l'argumentation des défendeurs selon laquelle les propos incriminés ne sont pas le fruit de l'expression humaine, mais de résultats mathématiques, automatiquement produits par une*

¹⁰⁴⁶ L'art. L. 32-3-4 du CPCE prévoit des obligations s'apparentant à la fois à celles des hébergeurs et à celles des FAI (*supra*, n° 197-3).

¹⁰⁴⁷ L'art. L32-3-4 2° du CPCE ouvre la responsabilité de ces acteurs au cas où ils ont eu connaissance du fait que les « *contenus transmis initialement ont été retirés du réseau* ». Leur activité d'indexation, parce qu'active, est, à notre sens, de nature à leur conférer la connaissance du fait qu'un contenu n'est plus en ligne.

¹⁰⁴⁸ Sur lequel : *infra*, n° 317 s.

¹⁰⁴⁹ Civ. 1, 19 juin 2013, n° 12-17.591 (D. 2013 p. 2487 obs. J. Larrieu ; RLDI 2013/96 n° 3203 note E. Derieux, n° 3204 note C. Castets-Renard) au visa des articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 la première chambre civile tranche que lorsque « *la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats, de sorte que l'affichage des « mots clés » qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (en cassation de l'arrêt de la CA de Paris du 14 déc. 2011 (Comm. com. élect. 2012, comm. 42, obs. A. Lepage) qui avait condamné Google pour injure publique envers un particulier.)

machine »¹⁰⁵⁰. Toutefois, en ce que la solution aboutit à condamner le moteur de recherche *a priori*, elle est contestable. Les mots clés et les associations sont le fruit des recherches déjà effectuées par ses utilisateurs. Or, le moteur de recherche ne choisit pas les recherches qui sont effectuées sur son service. Ainsi, les suggestions devraient, en elles-mêmes, dépendre du régime de responsabilité limitée¹⁰⁵¹. À l'inverse, l'ordre dans lequel les suggestions sont affichées est, lui, le fruit d'un processus qui n'est pas neutre. Il devrait être possible de prouver qu'il est établi de manière imprudente. La question, par sa difficulté, rejoint celle de l'évaluation de l'ouverture d'un moteur de recherche¹⁰⁵². La preuve semble particulièrement difficile à rapporter. Toutefois, le fait que ces suggestions puissent être l'objet de notification est de nature à largement relativiser la *probatio diabolica* portant sur le caractère peu raisonnable d'un algorithme secret.

285. – La question connexe des agrégateurs. Il convient d'associer aux moteurs de recherche les sites agrégeant des nouvelles à partir des Flux RSS. Ces dernières sont en réalité des pages web, publiées dans un format particulier, et mises à jour en continu. L'éditeur d'un flux RSS peut tout aussi bien être le gestionnaire d'un petit blog personnel qu'une agence de presse. Les agrégateurs de flux sont des sites qui choisissent de présenter des flux qu'ils ont sélectionnés dans une interface qu'ils ont conçue eux-mêmes. Généralement, chaque nouvelle n'est présentée que sous la forme d'un résumé accompagné d'un lien vers le contenu original. Ils ont été qualifiés d'éditeurs dans un premier temps¹⁰⁵³, avant que le statut d'hébergeur semble s'imposer¹⁰⁵⁴.

Afin de reconnaître la part de neutralité de ces acteurs, le même raisonnement que celui appliqué aux moteurs de recherche peut être effectué. La publication d'un flux RSS expose à ce qu'il soit repris, c'est d'ailleurs tout son intérêt. Le choix de sélectionner un flux n'est pas neutre, mais le contenu de ce flux n'a pas été choisi par l'agrégateur. Au contenu du flux, les garanties et les obligations découlant de la neutralité, à l'orientation de l'agrégateur, le standard de prudence et de raison.

b) La concurrence pressante de la législation protectrice des données personnelles.

¹⁰⁵⁰ TGI Paris, ch. 17, 23 oct. 2013 : Légalis ; RLDI 2013/99 n° 3297 obs. L. C.

¹⁰⁵¹ Reconnaissant la qualité d'hébergeur du service *Google Suggest* : CA Paris, pôle 2, ch. 7, 11 déc. 2013, Google c/ Olivier M. : RLDI 2014/101 n° 3362 obs. L. C. ; CA Versailles, ch. 12, 25 mars 2014, RG n° 12/07.079 : RLDI 2014/104 n° 3476 obs. L. C.

¹⁰⁵² *Infra*, n° 486.

¹⁰⁵³ TGI Nanterre, réf., 28 févr. 2008, *Oliver. D. c/ E. D* : préc.

¹⁰⁵⁴ TGI Nanterre, ch. 1, 25 juin 2009, *Olivier D. c/ Sté Wikio* : RLDI 2009/51, n° 1685 obs. L.C – CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 nov. 2013, *Overblog c/ Paperblog* : Légalis.

286. – Une concurrence très visible. Un intermédiaire technique peut être amené à traiter des données personnelles ; il en collecte auprès de ses clients et utilisateurs et il en utilise pour ses campagnes publicitaires. Lorsqu'un moteur de recherche, en indexant le web de sa propre initiative, rencontre des données personnelles, les dispositions gouvernant la responsabilité des intermédiaires techniques et celles protégeant les données personnelles entrent en concurrence. Faut-il appliquer l'un ou l'autre corps de règles ou les deux en même temps ?

À notre sens, les limitations de responsabilité issues de la Directive sont une source d'exclusion pour des régimes juridiques prévoyant des conditions de responsabilité incompatibles¹⁰⁵⁵. Pourtant, la législation protectrice des données personnelles par le biais de la loi informatique et liberté¹⁰⁵⁶ tend à concurrencer le régime de responsabilité des hébergeurs issue de la LCEN. Il a notamment été jugé que « *l'application de [LCEN] n'est pas exclusive de l'application de la loi [informatique et liberté]* »¹⁰⁵⁷. La condamnation de Google pour son service de suggestion de mots clés sur le fondement de cette même loi illustre cette tendance¹⁰⁵⁸. La portée des limitations de responsabilité implique, à notre sens, qu'il ne peut s'agir que d'une question de qualification. Dire que les moteurs de recherche peuvent être responsables, en dehors des conditions de la Directive de 2000, des données à caractère personnel qu'ils indexent, c'est exclure de facto l'application de cette Directive¹⁰⁵⁹.

287. – Des risques mal délimités. C'est sur cette voie que la CJUE nous semble s'être aventurée¹⁰⁶⁰. Elle a clairement considéré qu'un moteur de recherche, par son activité d'indexation de pages web, effectue un traitement de données personnelles¹⁰⁶¹ au sens de la directive 95/46/CE¹⁰⁶². La décision illustre l'emprise grandissante de la législation protectrice des données personnelles et elle va beaucoup trop loin. Elle ouvre la voie à ce que l'exploitant

¹⁰⁵⁵ *Infra*, n° 199.

¹⁰⁵⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés en son article 2 visant les traitements automatisés de données à caractère personnel.

¹⁰⁵⁷ CA Montpellier, ch. 5, sect. A, 15 déc. 2011, *Jean-Marc D. c/ JFG Networks* (Comm. com. électr. 2012, comm. 41 obs. A. Debet ; RLDI 2012/79, n° 2644 obs. L.C.) : l'affirmation permet en l'espèce de constater qu'un hébergeur qui organise et indexe ses contenus effectue un traitement de données personnelles lorsque ces contenus contiennent des données permettant l'identification de personne.

¹⁰⁵⁸ T. com., Paris, ch. 1, 28 janv. 2014, *M. X. c/ Google et a.* : *Légalis* ; RLDI 2014/103, n° 3438, obs. L. C..

¹⁰⁵⁹ Il importe de bien différencier l'hypothèse d'une responsabilité superposée, que nous excluons, et celle d'une qualification distributive, que nous faisons nôtre. Il s'agit ici d'une responsabilité superposée parce que mettant en concurrence deux régimes de responsabilité pour les mêmes activités.

¹⁰⁶⁰ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.* : Comm. Com. électr. 2014, ét. 13 note. A. Debet ; D. 2014 p. 1476 note V.-L. Benabou et J. Rochfeld, p. 1481 note M. Martial-Braz et J. Rochfeld, p. 2014 p. 2317 obs. J. Larrieu ; JCP E 2014, 1327 note G. Busseuil ; JCP G, 2014, 768 note L. Marino ; RLDI 2014/106, n° 3535 note C. Castets-Renard.

¹⁰⁶¹ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 28.

¹⁰⁶² Art. 2 b) de la Directive 95/46/CE du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

soit obligé de déréférencer des pages licites¹⁰⁶³, car leur indexation cause une atteinte spécifique à la vie privée¹⁰⁶⁴. Le simple passage du temps étant parfois de nature à rendre le traitement illégitime¹⁰⁶⁵. Si la Cour se place bien sur une question de qualification¹⁰⁶⁶, sa solution peut s'expliquer, si ce n'est se justifier, à la lumière du critère de neutralité. Les moteurs de recherche ne peuvent ignorer qu'en parcourant l'ensemble du web, ils seront amenés à indexer des données personnelles. La solution serait alors strictement limitée à l'activité d'indexation parce qu'elle implique un choix. À défaut d'une telle limitation, toute législation pourrait prétendre apporter ses exceptions à des limitations de responsabilité se réduisant à mesure.

288. – Les ressources sous-estimées de la LCEN. Plus fondamentalement, les deux législations en concurrence poursuivent des buts voisins. Les conditions de la responsabilité qu'elles posent, si elles sont différentes, ne sont pas aussi opposées qu'elles le paraissent. Leurs mécanismes les plus utiles sont voisins. Pour illustration, des juges faisant application de la loi informatique et liberté ont affirmé qu'ils auraient tout aussi bien pu se fonder sur la LCEN¹⁰⁶⁷. S'agissant généralement pour les victimes de faire valoir leur droit d'opposition au traitement, il y a une forte parenté avec la procédure de notification de contenu illicite prévue par la LCEN. Les mêmes garanties ne sont pourtant pas attachées aux deux procédures. Celle issue de la Directive Commerce électronique est construite pour garantir la liberté de communication, celle relative aux données personnelles n'est pas pénétrée de mêmes impératifs parce qu'elle n'est tout simplement pas prévue pour limiter la liberté d'expression. Il paraît hautement préférable de rechercher les voies d'un droit à l'oubli numérique sur le fondement de la LCEN, car elle n'est pas exposée aux mêmes dérives. Ainsi, même cantonnée aux moteurs de recherche, la solution inspire de très grandes réserves. Le régime de responsabilité limitée n'a pas apporté la preuve de son impuissance à résoudre les enjeux liés au droit à l'oubli. Bien au contraire, ses ressources nous paraissent insoupçonnées¹⁰⁶⁸.

2. – L'édition de liens commerciaux

¹⁰⁶³ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 88.

¹⁰⁶⁴ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 38.

¹⁰⁶⁵ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 93. – Ce que les premières juridictions amenées à statuer n'ont pas manqué de relever : TGI Paris, réf., 19 déc. 2014 (RLDI 2015/112, n°3676, obs. LC., 2015/113 n° 3686 note O. Pignatari).

¹⁰⁶⁶ Ce qui n'est pas certain : *infra*, n° 319.

¹⁰⁶⁷ La CA de Montpellier, dans son arrêt du 15 déc. 2011 précité, l'avait affirmé à titre d'observation : « il peut être également enjoint à la société JFG Networks de procéder à ladite suppression en sa seule qualité d'hébergeur et par application des dispositions de la loi du 24 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique ».

¹⁰⁶⁸ Voy. *infra*, n° 317 s.

289. – Les régies publicitaires au cœur du contentieux et des enjeux. La publicité est la principale source de revenus des nombreux services en ligne et le principal pourvoyeur de clients pour de nombreux services commerciaux. Google, deuxième capitalisation boursière au monde en 2014, ne tient sa valeur presque que de la publicité en ligne¹⁰⁶⁹. Un important contentieux l'a opposé à d'autres grandes entreprises dont il permettait d'utiliser les marques en tant que mot clé. Les acteurs de ce contentieux donnent une idée des enjeux et des moyens déployés dans cette lutte juridique dont la France a été un terrain privilégié.

En dehors de ses apports directs aux questions de qualification, ce contentieux a également été source de précisions importantes pour le droit des marques. Du fait de son service *Adwords*, Google avait été condamné pour contrefaçon de marque¹⁰⁷⁰, mais aussi parfois pour concurrence déloyale¹⁰⁷¹. La CJUE, saisie d'une question préjudicielle par la chambre commerciale¹⁰⁷², a indiqué qu'un tel service ne fait pas « *usage* » de la marque au sens de la directive 89/104 et du règlement n° 40/94¹⁰⁷³. Les décisions nationales se sont dès lors alignées¹⁰⁷⁴.

Il faut revenir, une fois de plus, sur les arrêts *Google* de la CJUE du 23 mars 2010 qui ont posé le critère du rôle actif¹⁰⁷⁵. L'interprétation faite de ce critère par les juridictions nationales, qui sont les « *mieux à même de connaître les modalités concrètes de la fourniture du service* »¹⁰⁷⁶, n'a pas toujours servi à clarifier le rôle actif en question¹⁰⁷⁷. La Cour d'appel de Paris a toutefois rendu un arrêt intéressant par lequel elle relève que « *le processus de création de l'annonce a été le fait de l'annonceur [qui seul] a rédigé le contenu des liens commerciaux, et a fait le choix des mots clés* » la cour relevant que l'annonceur « *n'a pas*

¹⁰⁶⁹ 96,4% des revenus de Google proviennent de la vente d'espaces publicitaires selon les données financières publiées par la société en 2014.

¹⁰⁷⁰ CA Aix-en-Provence, ch. 2, 6 déc. 2007 : RLDI 2008/34, n° 1137, obs. J.-B. Auroux – CA Paris, ch. 4, 1^{er} févr. 2008 : RLDI 2008/35, n° 1171, obs. L. Costes – TGI Lyon, ch. 3, 13 mars 2008, n° 03/01600 : RLDI 2008/37 n° 1134 obs. L. C.

¹⁰⁷¹ T. com. Paris, ch. 15, 23 oct. 2008, *Sté Cobrason c/ Google et a.* : RLDI 2008/44 n° 1460 obs. L.C.

¹⁰⁷² Com., 20 mai 2008 n° 06-20.230, n° 05-14.331, n° 06-15.136 : RLDI 2008/38 n° 1292 obs. L. C., 2008/40 ; n° 1318 note É. Tardieu-Guigues, 2008/40, n° 1318 ; M. Malaurie Vignal, Contrats, conc., consom. 2008, comm. 187, n° 7 ; Légipresse 2009, n° 293, p. 87, note B. Pautrot.

¹⁰⁷³ CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, § 58 : préc.

¹⁰⁷⁴ Com., 10 juill. 2010, n° 06-20.230, 05-14.331 et 08-13.944 : RLDI 2010/63, n° 2063, note Castets-Renard – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 17 nov. 2010 : RLDI 2010/66 n° 2169 obs. L.C.

¹⁰⁷⁵ Pour rappel, ceux-ci ont jugé que « *l'article 14 de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées.* » (CJUE, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, § 120 : préc.).

¹⁰⁷⁶ CJUE, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, § 119 : préc.

¹⁰⁷⁷ La Chambre commerciale dans ses arrêts du 10 juill. 2010, en prononçant la cassation pour manque de base légale, ne précise en rien les critères indiqués par la CJUE. Céline Castets-Renard regrette « *une certaine frilosité* » de la Cour de cassation (RLDI, 2010/63, n° 2063, spé. pp. 17-18, note ss. Com., 10 juill. 2010, n° 06-20.230, 05-14.331 et 08-13.944).

contesté avoir eu ce rôle dans l'établissement de l'annonce incriminée », d'où elle infère la qualité d'hébergeur de Google¹⁰⁷⁸.

La Cour d'appel n'est pas loin d'utiliser le critère de neutralité proposé dans ces pages. Ce qui lui permet d'identifier l'hébergeur, c'est que ce n'est pas lui qui a effectué le choix de publier le lien en question. Selon notre grille de lecture, c'est dire que l'hébergeur est neutre. Sa responsabilité ne devrait pas pouvoir être engagée *a priori* pour cette activité. *A posteriori*, tous les avantages d'une qualification distributive devraient perdurer. Car, si les contenus qu'ils hébergent se limitent à quelques mots, une adresse et éventuellement quelques images, leur suppression ou l'identification de leur auteur peuvent être de première importance.

L'apport principal d'un critère de neutralité est donc ici de tracer une ligne claire entre ce qui ressort du régime de responsabilité limitée et ce qui ressort d'un autre régime juridique. Cette ligne semble apte à préserver la viabilité de l'écosystème de l'internet sans pour autant faire bénéficier des acteurs qui ont les moyens de répondre de leurs actes d'une immunité choquante. Au regard des choix effectués, des obligations de collaboration avec les titulaires de marques sont particulièrement envisageables¹⁰⁷⁹.

290. – Étapes. L'utilisation d'un critère de neutralité, tel que défini, implique que ne devraient bénéficier du régime de responsabilité limitée que les activités d'intermédiaires qui ne témoignent pas d'un choix. Cela permet de graduer la neutralité, sans la supprimer. L'empire des limitations de responsabilité se réduisant à mesure qu'un intermédiaire effectue des choix, c'est-à-dire qu'il oriente son activité vers des contenus spécifiques. Ce critère apparaît comme l'envers de celui du rôle actif, encore flou sur bien des points. Notre expérimentation théorique du critère de neutralité permet de résoudre certaines difficultés de qualification apparues en jurisprudence. Soulignons que ces solutions doivent être prises avec la distance que nécessite toute approche théorique. Elles ont au moins le mérite d'inscrire la qualification des intermédiaires techniques dans un ensemble cohérent. Par la force d'attraction du régime de responsabilité limitée, elles constituent une incitation à la neutralité sans que l'absence de neutralité soit automatiquement sanctionnée.

291. – Conclusion du Chapitre 3. Le régime de responsabilité limitée, relativement rigide, interdit d'utiliser la souplesse du droit commun pour déterminer de nouveaux cas de responsabilité. Les victimes ne se sont pas résolues à cette faveur faite aux services en ligne.

¹⁰⁷⁸ CA Paris, pôle 2, ch. 7, 11 déc. 2013, *Google c/ Olivier M.* : Légalis, RLDI 2014/101 n° 3362 obs. L. C. – *Adde* (même sens) : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 9 avril 2014, *Google c/ Voyageurs du monde et a.* : Légalis.

¹⁰⁷⁹ *Infra*, n° 432.

La lutte s'est déplacée sur des questions de qualification. Être ou ne pas être qualifié d'intermédiaire technique revenant, bien souvent, à être ou ne pas être responsable. Ce mouvement, pour compréhensible qu'il soit, est source de confusion entre les critères de qualification et les conditions de la responsabilité.

Le concept de neutralité appliqué sur ces questions est instructif. Le premier constat qu'il impose est qu'aucun service en ligne n'est entièrement neutre, ce qui conduit à adopter comme un principe la qualification distributive des activités des intermédiaires techniques. Celle-ci fait bénéficier les activités neutres, relativement invariables d'un prestataire à l'autre, d'un régime de responsabilité favorable, mais prévoyant des mécanismes déjà éprouvés d'assainissement du réseau. Elle réserve aux activités non neutres, d'une variété infinie, la souplesse du droit commun ou l'application d'un régime juridique spécifique. La notion d'hébergeur, en particulier, s'en trouve graduée. Il ne s'agit plus de déterminer si tel type d'acteur est un hébergeur, mais de déterminer son degré de spécialité par l'identification de sa part de neutralité. Celle-ci découle des choix qu'il a effectués. Tout choix qui spécialise son activité l'expose à un risque spécifique. Ce choix ne peut donc être regardé comme neutre. Or, en dehors des activités neutres, la responsabilité retrouve tout son empire.

292. – Conclusion du Titre 2. L'intégration de la neutralité du *net* par la responsabilité civile peut s'appuyer sur des constructions de droit positif déjà bien établies. Selon la définition construite au fur et à mesure de la démonstration, la neutralité apparaît comme une absence de choix au cours d'une activité d'intermédiation de contenus. Or, la faute d'abstention qui aurait pu sanctionner cette absence de choix a été particulièrement encadrée par la Directive commerce électronique et par la LCEN. La condition essentielle de viabilité de la neutralité est donc remplie. Cependant, les contours de cette absence de responsabilité restent souvent discutés, non seulement au travers de la définition précise de la faute des intermédiaires, mais aussi et surtout sur le terrain de la qualification. En la matière, face au mouvement perpétuel de création de nouveaux services en ligne, la jurisprudence peine à définir des lignes claires.

Une intégration plus aboutie de la neutralité du *net* permet de clarifier de nombreux points d'instabilité. Elle conduit, tout d'abord, à mieux respecter l'esprit du régime de responsabilité limitée issu de la Directive. En effet, la neutralité recouvre une bonne part des objectifs que le droit de l'Union et le droit français poursuivent depuis le début des années 2000. L'intégration proposée garantit que seules des activités concourant réellement à la réalisation de ces objectifs bénéficient des limitations de responsabilité issues de la Directive. Pour cela, calquer

les critères de qualification des intermédiaires techniques sur un critère de neutralité s'avère d'une précieuse aide. Les activités ainsi qualifiées bénéficient de la protection du régime de responsabilité limitée. Pour autant, cette protection doit tomber dans le cas où l'intermédiaire perd sa neutralité. Le régime de responsabilité des intermédiaires techniques s'en trouve éclairé d'un nouveau jour : celui qui a été qualifié de neutre n'engage sa responsabilité que s'il perd sa neutralité. L'absence de neutralité peut alors être définie comme une condition d'imputabilité spécifique. La définition du passage du neutre au non neutre est donc capitale. L'intégration implique de regarder celui qui est mis en position d'effectuer un choix comme non neutre. Une interprétation qui s'avère à la fois compatible avec les termes du régime de responsabilité limitée et avec les grands principes de la responsabilité civile.

Cela conduit à une interprétation du régime de responsabilité des intermédiaires techniques résumée dans le tableau suivant :

	Critères de qualification	Conditions de la responsabilité
<i>Activités neutres</i>	L'activité ne découle pas d'un choix de l'intermédiaire	Un élément d'imputabilité : l'illégitimité de l'absence de choix Un élément matériel : l'absence de choix
<i>Activités non neutres</i>	L'activité découle d'un choix de l'intermédiaire	Un élément d'illicéité

Il s'agit, en quelques mots, de réserver l'application du régime de responsabilité limitée à la neutralité de l'intermédiaire et sa responsabilité à son absence de neutralité. Bien loin d'une révolution, cette intégration clarifie des questions d'interprétation souvent fluctuantes. Elle ne s'oppose en rien à la régulation des usages selon les termes de la LCEN, elle formule même quelques promesses en ce domaine par le biais de la qualification distributive que nous y attachons.

293. – Conclusion de la Première partie. Alors que la neutralité du *net* émerge en tant que concept juridique, il est souvent oublié que la responsabilité civile est l'une de ses conditions de viabilité essentielles. Charger les intermédiaires techniques de la responsabilité des usages qu'ils permettent serait le plus sûr moyen de les contraindre à ne pas être neutres.

Dans cette perspective, les limitations de responsabilité issues de la Directive commerce électronique se comprennent mieux lorsqu'elles sont interprétées comme permettant la

neutralité des intermédiaires techniques. Le mouvement de fondamentalisation du droit de l'internet, dans lequel s'inscrit la neutralité, donne un nouvel appui aux ambitions initiales d'une législation soucieuse de favoriser la liberté de communication et le développement économique. Une approbation sans réserve du principe de neutralité n'était pourtant pas possible au regard des risques et des dommages associés au libre usage du réseau. Le caractère incomplet de la neutralité juridique a sauvé l'ambition de notre entreprise. Il a permis de construire une définition de la neutralité adaptée au droit de la responsabilité.

Selon la définition proposée, doit être considéré comme neutre par le droit de la responsabilité celui qui n'opère pas de choix dans une activité d'intermédiation de contenus. Cette définition a permis de préciser les conditions de la responsabilité des intermédiaires techniques ainsi que leurs critères de qualification. Elle conduit à exclure qu'un régime de responsabilité adopté pour favoriser le sain développement de l'internet bénéficie à des intermédiaires qui n'adoptent pas un comportement réellement favorable aux libertés des utilisateurs. Mieux, elle permet, pour un même intermédiaire, de déterminer quelles sont ses activités neutres et celles qui ne le sont pas. Aux activités neutres la sécurité d'un régime de responsabilité limitée, aux activités non neutres la souplesse du droit commun ou l'application du régime juridique le plus adapté. À la lumière de cette analyse, le droit positif n'est pas loin d'intégrer la neutralité. Son application se fait pourtant fluctuante en jurisprudence, une meilleure considération de la neutralité devrait, à notre sens, renforcer la cohérence de la matière.

L'ensemble dessiné découvre de vastes champs d'activités non neutres sur lesquels la responsabilité peut se porter sans entrave. Là commence le domaine de l'encadrement de la neutralité. Son intégration laisse, en effet, de nombreuses questions en suspens. Elle n'a pas permis de définir précisément ses limites, ni les conditions de la responsabilité dues à des activités non neutres, ni même la manière dont la pérennité de la neutralité peut être garantie. Autant de questions essentielles qui échoient en grande partie à la responsabilité civile.

Partie II. : L'encadrement de la neutralité du *net* par la responsabilité civile

« La responsabilité est un corrélat du pouvoir et de la
liberté »

Yvonne Lambert-Faivre¹⁰⁸⁰

294. – Un espace de liberté borné par la responsabilité. Des auteurs se sont légitimement inquiétés que la neutralité conduise, par l'attention qu'elle porte aux usages vertueux, à oublier les méfaits de l'internet. « *L'internet ne véhicule-t-il pas ainsi le meilleur et le pire, l'information la plus rigoureuse et la plus pertinente et les plus abjectes rumeurs ? Au nom du principe de neutralité, tout cela mérite-t-il la même attention et le même traitement ?* » s'inquiète le professeur Derieux¹⁰⁸¹. Il est bien évident qu'il y a des valeurs à défendre sur l'internet et que le droit a vocation à s'y appliquer¹⁰⁸². La neutralité ne peut être raisonnablement comprise que comme formant un espace de liberté bornée par la

¹⁰⁸⁰ « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1.

¹⁰⁸¹ E. Derieux, « Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'internet », *RLDI* 2011/74, n° 2464, p. 88.

¹⁰⁸² La synthèse de la consultation publique sur la neutralité du *net* met bien en lumière l'absence de débat suscité sur ce point : « les contributions reconnaissent que l'ensemble du corpus juridique, et notamment celui applicable aux contenus, doit s'appliquer sur Internet ; le débat porte sur la manière dont il s'applique. » (Secrétariat d'État à la Prospective et au Développement de l'économie numérique, *Consultation publique sur la « neutralité du net »*. Synthèse des réponses, 2010, p. 4).

responsabilité. « *L'homme n'est conscient et libre que responsable.* »¹⁰⁸³. Toute la question est de savoir à quel moment et avec quels moyens la responsabilité doit intervenir. Ainsi, la responsabilité est tout sauf un accessoire de la neutralité, elle la complète en bornant les libertés que la neutralité met en exergue. Cette mission essentielle revient à la responsabilité civile en premier lieu, non seulement car elle s'applique de manière privilégiée aux intermédiaires techniques, mais aussi parce qu'elle place l'illicite au cœur de ses mécanismes. Ces derniers sont indispensables pour insuffler un caractère raisonnable à la neutralité. Pour que l'édifice ait un sens, ils devront trouver leur place sans obérer les constructions imposées par l'intégration de la neutralité.

295. – Plan. Les acteurs du réseau, fussent-ils neutres, conservent leur qualité de sujet de droit. Leur neutralité n'est jamais entière et elle n'est pas éternelle. La régulation de leurs activités constitue une voie privilégiée permettant de prévenir des usages illicites ou d'y mettre fin (Titre 1). Il s'agit là de la condition essentielle d'une régulation efficace des usages sur un réseau neutre. Mais elle ne peut opérer qu'à l'image de la régulation du cours d'une rivière ; c'est-à-dire, sans en tarir la source. Or, c'est l'une des promesses de la neutralité que de canaliser la responsabilité aux extrémités du réseau. Sur un réseau neutre, s'ajoute alors à la nécessaire régulation des usages, l'impératif d'une pleine responsabilité des personnes véritablement à l'origine des usages illicites que sont les utilisateurs du réseau (Titre 2).

¹⁰⁸³ Ph. Le Tourneau, « *Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective* », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^e journée R. Savatier, PUF, 1997, p. 21.

Titre I. – La régulation des activités des intermédiaires techniques

« L'essor technique présente ainsi, sans cesse, des creux, à combler par l'œuvre juridique. La tâche déjà accomplie par le Droit est grande. Nous risquons de la voir singulièrement s'accroître. »

René Savatier¹⁰⁸⁴

296. – Limiter la neutralité. La neutralité a été définie juridiquement, particulièrement aux États-Unis¹⁰⁸⁵, comme ne pouvant porter que sur des contenus licites¹⁰⁸⁶. Les FAI et les hébergeurs étant les vecteurs nécessaires de tous les usages illicites, ici réside une bonne part des possibilités de régulation d'un internet neutre. C'est aussi là que peut prospérer une remise en cause radicale de la neutralité. Car si elle ne vaut que pour les contenus licites, il peut être tentant de rendre les intermédiaires techniques responsables des contenus illicites. La neutralité aboutirait alors à une aporie : les intermédiaires techniques tenus pour responsables des contenus illicites devraient vérifier tous les contenus qu'ils transportent afin de ne pas engager leur responsabilité. Cette vérification leur ferait alors nécessairement perdre leur neutralité. Afin de *préserver les domaines de chacune des institutions*, il faut revenir à un

¹⁰⁸⁴ « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* » in C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968 p. 523.

¹⁰⁸⁵ W. Maxwell, « *La neutralité du net et la liberté d'expression* », *Légipresse*, n° 273, juin 2010, p. 59.

¹⁰⁸⁶ Voy. la définition de la neutralité par la FCC : *supra*, n°s 13 et 62.

constat déjà effectué : les FAI et les hébergeurs ne sont jamais entièrement neutres¹⁰⁸⁷. Une part de leur activité, parfois une part importante, n'est pas neutre et ne relève donc pas du régime de responsabilité limitée. Il revient à la responsabilité civile d'apprécier si ces activités sont génératrices de responsabilité (Chapitre 2). Cet encadrement serait incomplet s'il s'interdisait de réévaluer le caractère neutre de certaines activités. En effet, il importe d'ajouter un élément temporel à l'appréciation de la neutralité. Des activités initialement neutres peuvent être source de responsabilité si des éléments font apparaître qu'elles ne le sont plus. C'est une manière très efficace de limiter la neutralité que de permettre à des tiers, ou à des victimes, de faire « tomber » la neutralité d'un intermédiaire technique (Chapitre 1).

¹⁰⁸⁷ Sur ce point : *supra*, n° 168.

Chapitre 1. – La régulation des activités neutres

297. – Le rôle essentiel des intermédiaires techniques dans la cessation de l'illicite sur l'internet. Lorsqu'un fait illicite se produit sur l'internet, il ne s'agit pas seulement de savoir s'il existe un responsable de ce fait. Il s'agit, bien souvent, de faire face à une situation illicite qui perdure. L'article diffamatoire persiste en ligne, la publication d'un fichier contrefaisant est susceptible d'engendrer de nouvelles contrefaçons, etc. Le premier impératif est alors de mettre fin au trouble engendré par cette situation. Lorsque la neutralité de l'intermédiaire technique qui a permis cette publication a été reconnue, sa responsabilité ne peut être engagée *a priori*. C'est alors la question de la persistance de sa neutralité qui se pose. Une neutralité pleinement juridique ne peut être considérée comme définitivement acquise. Il est des cas où elle peut devenir illégitime. Alors, le droit de la responsabilité doit retrouver son empire. Cette division conceptuelle semble commander une requalification de l'activité neutre pour la soumettre au droit commun. Pourtant, un même régime juridique, avec la faute en point de mire, s'avère apte à appréhender le passage du neutre au non neutre.

Formulées en termes de neutralité, les limitations de responsabilité prévues par la directive commerce électronique et par la LCEN se calquent sur les activités neutres et les hypothèses de responsabilité qu'elles définissent illustrent les cas où la neutralité n'est plus légitime¹⁰⁸⁸. La neutralité des intermédiaires techniques n'est donc pas éternelle, son caractère raisonnable tient avant tout dans ses limites. La fonction normative de la responsabilité civile qui « conduit à envisager l'illicéité tout à la fois comme un produit et une condition de la faute (et

¹⁰⁸⁸ *Supra*, n^{os} 212 s.

inversement, la faute, tout à la fois comme une source et un produit de l'illicéité) »¹⁰⁸⁹ a un rôle primordial à jouer pour obliger les intermédiaires techniques, à proportion de leurs pouvoirs, à participer à la régulation du réseau.

298. – Du pouvoir à l'obligation. Réguler les activités neutres des intermédiaires techniques revient à les obliger à intervenir dans les échanges qu'ils permettent. Des mécanismes de cessation de l'illicite ont rapidement été vus comme les moyens idoines d'obtenir cette intervention¹⁰⁹⁰. Parallèlement, cette responsabilité caractérisée *a posteriori*, laisse sa chance à la liberté des utilisateurs¹⁰⁹¹. Tous les intermédiaires n'ont toutefois pas le même pouvoir sur les contenus, ce qui se manifeste par des obligations très différenciées. La faute d'abstention joue ici de toute sa force normative. En d'autres domaines, les différences d'appréciation de cette faute ont été expliquées par la présence d'une personne « *spécialement bien placée pour agir* » ou, au contraire, d'une personne « *que rien ne désigne spécialement* »¹⁰⁹². Sur l'internet, la personne spécialement bien placée, c'est l'hébergeur. Celui-ci dispose des moyens techniques de mettre fin à une situation illicite, l'efficacité de l'encadrement de sa neutralité est avérée (Section 1). À l'inverse, il existe de nombreuses incertitudes touchant l'encadrement de la neutralité des FAI, car leurs pouvoirs sont imparfaits (Section 2).

Section 1. – La régulation des activités neutres des hébergeurs

299. – Une régulation essentielle. Entre le public et les personnes à l'origine de la publication des contenus se trouvent les hébergeurs. Cette position centrale les place au cœur

¹⁰⁸⁹ C. Bloch, *op. cit.*, in Terré F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 104.

¹⁰⁹⁰ Ce qui se trouve en accord avec le considérant n° 45 de la Directive 2000/31/CE relative au Commerce électronique qui indique que « *les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible.* »

¹⁰⁹¹ Remarquons que cette possibilité respecte ce qui a pu être désigné comme la « *règle d'or* » de la publication sur l'internet, à savoir le « *déplacement d'un contrôle éditorial a priori vers un contrôle a posteriori* » (D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 39).

¹⁰⁹² N. Dejean de la Bâtie, JCP 1969, II, 16027, obs. sous Civ. 2, 29 janv. 1969, *d^{elle} Nègre c/ époux Fraioli* : l'auteur lie ces différences au pouvoir causal de chacune des abstentions. L'analyse convaincante se doit d'être précisée lorsqu'il s'agit d'expliquer les différences d'application entre hébergeur et FAI. Le pouvoir causal de l'hébergeur est entier : sans son intervention, le contenu illicite ne serait tout simplement pas en ligne. Le pouvoir causal du FAI est beaucoup plus diffus : il n'est la condition de la présence en ligne du contenu que pour ses propres abonnés. Son pouvoir causal est donc moins fort alors même que son intervention est malaisée (sur ce point, voy *infra*, n° 364 s.).

de la régulation des contenus. Leur neutralité, reconnue au stade de la qualification, ne doit pas les exonérer d'un rôle que leurs pouvoirs impliquent. Il importe ainsi de savoir y poser des limites lorsque des éléments la remettent en cause. La régulation des activités neutres des hébergeurs doit être facilitée (§ 1), car elle s'avère souvent la seule voie pour réguler efficacement l'ensemble du réseau (§ 2).

§ 1. – Une régulation facilitée

300. – Les voies de la remise en cause de la neutralité. Lorsque l'intermédiaire a été qualifié d'hébergeur, sa neutralité vis-à-vis des contenus que des tiers lui soumettent a été reconnue comme légitime. Toutefois, des éléments apparus après la mise en ligne de ces contenus doivent pouvoir remettre en cause sa neutralité initiale. Si ces éléments sont de nature à le mettre en position de faire un choix, rien ne s'oppose à ce qu'il contribue, à hauteur de ses pouvoirs, à la régulation de l'internet. La procédure de notification de contenus est la voie privilégiée de cette remise en cause (I). D'autres mécanismes, moins usités, font exception à la notification, mais aboutissent à une même remise en cause (II).

I. – La voie privilégiée de la notification

301. – Information et connaissance. Alors que les limitations de responsabilité instaurées par la Directive commerce électronique sont la condition de la neutralité, la procédure de notification prévue par la LCEN¹⁰⁹³ permet la remise en cause extrajudiciaire de cette même neutralité (A). Cette procédure prévoit le détail de l'information qui doit être apportée à l'hébergeur pour qu'il puisse être responsable des contenus qu'il véhicule. Contrairement au DMCA américain¹⁰⁹⁴, la LCEN n'oblige donc pas l'hébergeur à retirer le contenu qui lui est notifié. Il devra contrôler la réalité de l'illicéité qui lui est notifiée (B).

A. – Une forme de remise en cause extrajudiciaire de la neutralité

302. – Efficacité et dangerosité. Il n'y a pas grand obstacle pour considérer que la neutralité d'un hébergeur conscient de transmettre des contenus illicites n'est pas légitime. C'est dans la preuve de la connaissance nécessaire à ce qu'il puisse effectuer un choix que

¹⁰⁹³ La Directive, sans prévoir explicitement la procédure de notification, a suggéré aux États membres la mise en place d'une procédure, dans le cadre des droits nationaux, de cessation de l'illicéité (considérant 45 et art. 14.3 *in fine*).

¹⁰⁹⁴ J. Larrieu, *Droit de l'internet*, Ellipses, coll. « Mise au Point », 2^e éd., 2010, pp. 162-163.

réside la difficulté principale. La notification assoit utilement ses effets juridiques sur sa fonction probatoire (1). Ce mécanisme, en ce qu'il permet d'obtenir rapidement la mise hors ligne d'un contenu porté à la connaissance de l'hébergeur, est indispensable à la régulation de l'internet. Ses effets ont toutefois été jugés suffisamment dangereux pour que la loi prévoie des sanctions en cas de notification abusive (2).

1. – La fonction probatoire de la notification

303. – De la preuve de l'information à celle de la connaissance. Pour être efficace, la notification doit permettre d'imputer à l'hébergeur la responsabilité des usages. La présomption de connaissance des faits litigieux attachée à la notification est la première étape sur cette voie (a). Pourtant, la mise en cause de la responsabilité de l'hébergeur n'est pas le premier objectif de la notification. Elle vise, au contraire, à obtenir qu'il retire les contenus visés et qu'il n'engage donc pas sa responsabilité. Pour cela, la notification doit contenir les éléments d'information permettant à l'hébergeur d'acquérir la connaissance des faits litigieux. La présomption ne devrait donc jouer que si elle porte sur ces éléments (b).

a) La présomption de connaissance attachée à la notification

304. – Une preuve par delà les limitations de responsabilité. Les limitations de responsabilité inscrites au cœur du régime de responsabilité des intermédiaires techniques constituent une véritable condition d'imputabilité spécifique¹⁰⁹⁵. En ce qu'elle est extérieure à la faute, elle doit permettre « *un jugement de réalité relatif à la personne du responsable.* »¹⁰⁹⁶. Sans la notification, ce jugement de réalité aurait été très difficile à effectuer.

Le premier obstacle tient dans le fait que pour sanctionner l'absence d'intervention d'un hébergeur, c'est une faute d'abstention qu'il faut caractériser. Or, celle-ci est réputée difficile à établir, sauf dans l'hypothèse où il existe une « *obligation formelle d'agir* »¹⁰⁹⁷. Or, la Directive de 2000 a prohibé toute obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques. Il était donc particulièrement utile de prévoir un mécanisme apte à préciser dans quelles mesures l'hébergeur peut être obligé d'agir sous peine d'engager sa responsabilité. Pour ce faire, un deuxième obstacle se trouve dans le principe de l'absence de

¹⁰⁹⁵ Voy. notre avis : *supra*, n^{os} 214-217.

¹⁰⁹⁶ P. Jourdain, « *Retour sur l'imputabilité* », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 517.

¹⁰⁹⁷ Viney et Jourdain, t. II., n^o 452.

responsabilité de l'hébergeur qui n'a pas connaissance d'être le véhicule d'usages illicites¹⁰⁹⁸. Le fait même qu'un acteur soit qualifié d'hébergeur indique qu'il n'avait pas cette connaissance *a priori*. La caractériser *a posteriori* est la condition pour engager sa responsabilité. Il s'avère donc pertinent qu'un mécanisme permette et sécurise la preuve de la connaissance des faits litigieux par l'hébergeur.

305. – De la preuve de la notification à la présomption de connaissance. L'article 6-I.5 de la LCEN prévoit que « *la connaissance des faits litigieux est présumée acquise* » par l'hébergeur lorsqu'il se voit notifier des éléments dont il donne la liste. Grâce à cette présomption, il ne s'agit plus de prouver la connaissance des faits litigieux, mais de prouver qu'une notification comportant les éléments utiles à cette connaissance a été transmise à l'hébergeur. L'objet de la preuve est donc d'avoir transmis à l'hébergeur les informations de nature à éveiller sa connaissance et non pas de prouver sa connaissance. Autrement dit, de la notification, la loi présume la connaissance de l'hébergeur. Le fardeau de la preuve s'en trouve allégé. Le fait connu et le fait inconnu dont on présume l'existence peuvent paraître très proches. C'est que la notification a une fonction informative et une fonction probatoire. La première vise à permettre à l'hébergeur d'exercer son pouvoir de régulation, la seconde est la condition de la sanction juridique de cette régulation. Ce mécanisme permet de préserver l'ambition de porter réellement à la connaissance de l'hébergeur les faits litigieux tout en s'autorisant à ne pas se préoccuper de la connaissance réelle de celui qui ne réceptionne pas une notification, qui la néglige ou qui n'est pas capable de la comprendre. Il évite utilement toute appréciation trop subjective : c'est parce que l'hébergeur notifié devrait avoir connaissance des faits litigieux que cette présomption existe¹⁰⁹⁹. Ce jeu met une nouvelle fois en lumière la « *complexité intrinsèque* » de la notion de présomption¹¹⁰⁰.

306. – Une présomption en accord avec le principe de neutralité. Il était indispensable de créer une procédure ciblée au regard des enjeux qui y sont attachés. La notification ne peut remettre en cause l'ensemble de la neutralité de l'hébergeur. Elle n'impose des choix à l'hébergeur qu'envers certains contenus déjà publiés. En juger autrement serait amener l'hébergeur à effectuer une recherche qui s'apparenterait à une surveillance de son infrastructure prohibée par la Directive. Même lorsqu'elle n'oblige qu'à un contrôle ciblé, la

¹⁰⁹⁸ *Supra*, n° 197.

¹⁰⁹⁹ Ainsi, la dangerosité attachée au « *calcul de probabilité* » inhérent à toute présomption légale (M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1954, t. VII, *Obligations. Deuxième partie*, n° 1548, p. 1010) apparaît ici réduite, car il n'y aura décalage entre la présomption et la situation réelle que dans de rares cas où l'hébergeur s'avère gravement négligent.

¹¹⁰⁰ E. Vergès, « *Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé* », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexis, 2012, p. 869.

remise en cause de la neutralité de l'hébergeur peut porter gravement atteinte au droit d'un tiers ayant légitimement publié un contenu. L'hébergeur n'est qu'une simple personne privée, tout autant que celui qui formule la notification. La sécurisation de la procédure de notification était impérative pour que les libertés en jeu n'encourent pas le risque d'être injustement obérées. La présomption inhérente au mécanisme de la notification ne fait que renforcer cet impératif. Car présumer la connaissance par l'hébergeur des contenus qu'il héberge, c'est l'inciter à pratiquer une censure de ceux qu'il pense pouvoir engager sa responsabilité. Pour que l'hébergeur n'exerce pas une censure systématique ou, à l'inverse, qu'il ne néglige pas sa fonction de régulation, il convient de préciser, autant que possible, les cas où sa connaissance sera présumée.

b) *Les éléments nécessaires à la présomption*

307. – De l'utilité au caractère obligatoire du formalisme. La remise en cause de la neutralité de l'hébergeur devrait faire apparaître les cas où elle n'est plus légitime. C'est sur cette affirmation de bon sens que devrait être appréciée la question de savoir si tous les éléments listés à l'article 6-1.5 de la LCEN sont nécessaires et obligatoires pour que la connaissance des faits litigieux soit « *présumée acquise* ». Il a été relevé la parenté entre les éléments de la notification et les mentions requises pour l'assignation en justice¹¹⁰¹. Si le rôle de la notification est bien différent¹¹⁰², la jurisprudence semble exiger le strict respect de son formalisme¹¹⁰³. Certes, les éléments de la notification paraissent pertinents, et dans bien des cas, chacun sera nécessaire pour que l'hébergeur soit mis en position d'effectuer un choix. À l'inverse, une application toute formaliste de la procédure de notification risque de créer un décalage entre la connaissance réelle de l'hébergeur et la protection que la condition d'imputabilité devrait lui offrir. L'idée de restaurer de manière effective sa capacité d'action devrait guider l'interprétation, car c'est bien la raison d'être de la procédure de notification que de faire en sorte que l'hébergeur régule efficacement les contenus qui lui sont

¹¹⁰¹ S. Grayot (préf. G. Viney), *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, 2009, n° 427. Voy. art. 56 et 648 CPC.

¹¹⁰² Elle ne porte aucun différend devant une juridiction, pas plus qu'elle ne saisit une juridiction en la personne de l'hébergeur. La fonction juridictionnelle de l'hébergeur n'est qu'un mirage : *infra*, n° 322.

¹¹⁰³ CA Paris, ch. 1, 8 nov. 2006 : RLDI 2006/29, n° 709 – TGI Paris, ch. 17, 13 oct. 2008 : RLDI 2008/43 n° 1424 obs. L.C., 2008/44 ; n° 1454 obs. J.-L. Fandiari. – Voy. surtout : CA Paris, 4^e ch, 6 mai 2009, Dailymotion c/ M.C. C., préc., confirmé par l'arrêt *Dailymotion* de la Cour de cassation (Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896, préc.). L'arrêt *Amen* du même jour (Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-15857, préc) indique explicitement que la juridiction de fond devait « *rechercher si, comme il le lui était demandé, la notification délivrée en application de la loi susvisée [LCEN] comportait l'ensemble des mentions prescrites par ce texte* ». Sur renvoi, la Cour d'appel de Bordeaux a jugé que l'omission de la profession, du domicile, de la nationalité, ainsi que des date et lieu de naissance du notifiant, s'oppose à reconnaître l'efficacité de la notification (CA Bordeaux, ch. 1, sect. B, 10 mai 2012 : Légalis). Il s'agissait, en l'espèce, d'une atteinte à la vie privée, ce qui ne devait pas être insignifiant (il s'agit d'un cas d'illicéité révélée par la notification : voy. *infra*, n° 324).

notifiés. Chacune des exigences de l'article 6-I.5 doit être évoquée, car elles n'ont pas toutes la même fonction et ne devraient donc pas être interprétées de la même manière.

308. – Les éléments nécessaires à la connaissance des faits litigieux. Il est parfaitement adapté que la loi exige à l'article 6-I.5 al. 2 que la notification soit datée et, à l'article 6-I.5 al. 4 LCEN, qu'elle comporte la mention du nom et de l'adresse de son destinataire. Ces mentions permettent de sanctionner une réaction tardive et de s'assurer que la notification a été transmise à la bonne personne. Il faut, de plus, approuver la jurisprudence qui complète ce dispositif en exigeant que, pour que la notification fasse preuve, elle doive être transmise par un moyen assurant la preuve de sa réception¹¹⁰⁴. Quant à la mention de la localisation précise des faits litigieux et celle de leur description exigées par l'alinéa 5 de l'article 6-I.5, elle est une condition nécessaire pour que l'hébergeur ne se trouve pas soumis à une obligation d'effectuer des recherches systématiques prohibées par la Directive¹¹⁰⁵. Pour autant, la jurisprudence valide des notifications comprenant des erreurs légères dans la localisation des faits litigieux¹¹⁰⁶, ce qui apparaît légitime.

309. – L'illicéité des faits litigieux placée hors de la présomption. Il faut insister sur le fait que la présomption ne porte pas sur la connaissance du caractère illicite des contenus ou des usages, mais sur la simple connaissance des faits litigieux. L'alinéa 5 de l'article 6-I.5 qui exige que soient notifiés « *les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits* » doit être interprété en ce sens. Il est patent que l'objectif de ce texte est de permettre et de faciliter le contrôle opéré par l'hébergeur. Or, ce contrôle est situé en dehors du champ de la présomption : ce n'est pas la connaissance de l'illicite qui est présumée. Que les éléments transmis soient insuffisants pour démontrer à l'hébergeur le caractère illicite des faits dénoncés ne devrait pas être de nature à écarter la présomption, quitte à considérer que leur insuffisance ne permet pas à l'hébergeur de constater l'illicéité avec l'évidence requise. Le maintien de la présomption est indispensable à la souplesse du contrôle. Car celui-ci doit être envisagé, non seulement au regard de la notification, mais également de la nature de l'hébergeur¹¹⁰⁷. Les exigences de l'alinéa 5 de l'article 6-I.5 ne se prêtent donc pas à une interprétation stricte. Certes, *a minima*, le notifiant devra dire pourquoi il souhaite voir un contenu retiré. Au registre des

¹¹⁰⁴ En ce sens : TGI Paris, réf., 29 oct. 2007, *M. B. et a c/ Wikimedia Foundation Inc.* : D. 2007 p. 3000 note C. Manara.

¹¹⁰⁵ Des réclamations vagues et générales ne peuvent s'assimiler à une notification. En ce sens : CA Versailles, ch. 14, 12 déc. 2007, *Les Arnaques.com c/ E.R.F.* : RLDI 2008/34, n° 1148, obs. A. Saint Martin.

¹¹⁰⁶ TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, *M. K. c/ Sté Amen et a.* (RLDI 2008/38 n° 1177 obs. J.-B. A.) : confusion entre le .com et le .fr.

¹¹⁰⁷ Sur ce point, voy. notre avis : *infra*, n° 326-327.

justifications, tout élément de preuve doit pouvoir être transmis à l'hébergeur. Car en matière de preuve, « *seule la liberté permet de s'approcher des faits et donc de l'objectif de recherche de la vérité* »¹¹⁰⁸. Un constat d'huissier devrait naturellement faire impression, mais il n'est pas opportun d'exiger qu'il y soit recouru dans tous les cas comme a pu le laisser penser l'arrêt *Dailymotion*¹¹⁰⁹. « *La haute juridiction semble ajouter au texte* », dénonce sur ce point le professeur Luc Grynbaum¹¹¹⁰.

L'exigence de la mention des dispositions légales devrait elle aussi être interprétée au regard de son utilité dans la preuve de l'illicite. Dans la plupart des cas, la simple mention des droits défendus par le notifiant semble suffisante dans le cadre d'un contrôle portant sur des situations évidentes.

310. – Les éléments témoignant de la légitimité du recours à la notification. L'art. 6-I.5 *in fine* de la LCEN exige que la notification s'accompagne de « *la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.* ». Par cette exigence, il est reconnu que le premier responsable de la mise en ligne d'un contenu est l'utilisateur, même pour ce qui est de la cessation de l'illicite. Cette subsidiarité, que la doctrine a pu qualifier de « *mécanisme à double détente* »¹¹¹¹, doit en pratique laisser le temps à l'auteur du contenu de réagir¹¹¹². Elle se justifie par le simple constat que l'hébergeur n'est pas l'auteur de la mise en ligne et s'inscrit parfaitement dans le schéma de responsabilité que nous proposons¹¹¹³. Plus encore, elle doit être regardée comme utile dans la plupart des cas, car elle atteste de la légitimité du recours à l'hébergeur. Toutefois, il est des cas où, en fonction de la nature de l'activité de l'hébergeur, elle ne sera pas nécessaire. Un hébergeur généraliste qui accueille des sites ayant désigné un directeur de la publication pourra pleinement s'en prévaloir. À l'inverse, le fonctionnement de certains hébergeurs 2.0 proposant de publier des contenus sans imposer à leurs utilisateurs de s'identifier publiquement rend impossible de contacter l'auteur ou l'éditeur du contenu.

¹¹⁰⁸ E. Vergès, « *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer* », D. 2014, p. 617⁺.

¹¹⁰⁹ Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *Dailymotion* : préc.

¹¹¹⁰ L. Grynbaum, « *Dailymotion : une immunité imméritée* », 2011 p. 1113⁺.

¹¹¹¹ L. Grynbaum, « *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet* », Comm. Com. électr. 2004/9, Ét., n° 28, p. 36⁺.

¹¹¹² Il a not. été jugé qu'une notification envoyée dès le lendemain de la demande formulée auprès de l'auteur ou de l'éditeur n'a pas rempli la condition d'une sollicitation de ces personnes (TGI Paris, réf., 16 juin 2008, *Sté. Paris Promotion c/ Sté. JFG Networks et a.* : Légalis).

¹¹¹³ *Infra*, n°s 513 s.

Enfin, l'alinéa 3 de l'article 6-I.5 qui impose que le notifiant s'identifie précisément¹¹¹⁴ doit être regardé dans la même perspective. Si cette exigence est parfois utile pour la détermination de l'illicite¹¹¹⁵, elle doit avant tout être exigée afin que puissent être sanctionnés les auteurs de notifications abusives.

2. – La sanction des notifications abusives

311. – Une sanction en forme de garde-fou. Il est dans la nature humaine d'avoir envie d'obtenir la mise hors ligne des contenus qui déplaisent sans qu'ils soient forcément illicites. C'est une chose de trouver un texte politique détestable, une présentation peu flatteuse, une innovation dangereuse ou une photo provocatrice, c'est autre chose que de tenter de faire censurer ces contenus. Au moment de la rédaction de la LCEN, il a été craint que le dispositif de notification de contenus illicites soit couramment utilisé de manière abusive. L'article 6-I.4 a donc créé une infraction dissuasive, punissant d'une peine d'amende et de prison le fait de notifier des contenus tout en étant conscient de leur caractère licite¹¹¹⁶.

En pratique, les hébergeurs reçoivent inévitablement certaines demandes non fondées, dont la répétition révèle souvent le caractère abusif. Le simple rappel des sanctions encourues suffit souvent à mettre fin aux velléités de censure privée qui animent l'auteur de la notification. La règle de droit pénal fait preuve de sa force dissuasive. Ainsi, rares sont les contentieux à être portés devant les juridictions¹¹¹⁷. Lorsqu'ils le sont, les juges appuient logiquement leur décision sur des règles propres à la matière criminelle. La Cour d'appel de Paris a notamment pu préciser que l'élément intentionnel devait s'apprécier « *au moment de la présentation du contenu ou de l'activité comme étant illicite* »¹¹¹⁸. La preuve d'une telle intention ne pouvant, pour la juridiction parisienne, s'inférer d'éléments postérieurs, comme une décision de justice se prononçant sur la licéité des contenus visés. Une interprétation en accord avec l'esprit du régime de droit civil. Seule la volonté avérée d'utiliser la procédure de notification pour obtenir une censure illégitime se doit d'être punie. La simple erreur,

¹¹¹⁴ Art. 6-I.5 al. 3 LCEN : « Si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement »

¹¹¹⁵ *Infra*, n° 324.

¹¹¹⁶ Art. 6-I.4 LCEN : « Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées au 2 un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. » Il peut être soulevé que cette disposition participe à accréditer l'idée que l'hébergeur a une fonction quasi-juridictionnelle en ce qu'elle évoque l'art. 226-10 du code pénal prohibant les dénunciations calomnieuses, not. lorsqu'elles sont adressées « à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire »

¹¹¹⁷ Voy. cep. : TGI Paris, ch. 2, sect. 2, 4 avr. 2014 : RLDI 2014/107 n° 3562 obs. J. de R. ; CA Lyon, ch. civ. 1, 18 déc. 2014, RG n° 13/10118 : RLDI 2015/112 n° 3668 obs. J. de R.

¹¹¹⁸ CA Paris, ch. 2, 15 déc. 2010 : Légalis ; Légipresse, avr. 2011, n° 282, p. 224.

éventuellement relevée ultérieurement, doit être exclue de cette hypothèse.

312. – Une forme de sanction de la tentative de remise en cause injustifiée de la neutralité. Les craintes d'atteintes disproportionnées à la liberté de communication ont justifié la mise en place de sanctions de droit pénal. Peut être perçue dans ce mécanisme, dont il faut toutefois garder en tête la portée limitée, une première forme de protection contre la remise en cause injustifiée de la neutralité des intermédiaires techniques. En effet, selon notre grille de lecture, le régime de responsabilité limitée poursuit globalement les mêmes objectifs que la neutralité. Remettre en cause de manière injustifiée les limitations de responsabilité revient alors à remettre en cause de manière injustifiée la neutralité de l'intermédiaire.

B. – L'obligation de contrôle après notification

313. – Les obligations de l'hébergeur ayant perdu sa neutralité. La notification ne permet que de présumer la connaissance des « *faits litigieux* » selon les termes de l'article 6-I.5 de la LCEN. La présomption ne porte donc pas sur le caractère illicite des contenus ou des usages. Pourtant, l'article 6-I.2 de la même loi pose la connaissance de ce caractère illicite en condition de la responsabilité des hébergeurs. La connaissance des faits litigieux entraîne ainsi l'obligation de contrôler leur licéité afin d'acquérir la connaissance de leur éventuel caractère illicite (2). L'hébergeur n'est toutefois qu'une personne privée dont on ne peut attendre qu'un contrôle portant sur des situations manifestes (1).

1. – Un contrôle portant sur l'illicite

314. – S'il a pu être regretté que la doctrine et le droit français négligent l'étude de la notion d'illicite pourtant au cœur de la matière¹¹¹⁹, des travaux contemporains ont apporté des lumières importantes sur la question¹¹²⁰. C'est une notion particulièrement adaptée à l'appréciation de l'hébergeur en ce qu'elle est autonome (a). Sa flexibilité autorise d'envisager le contrôle de l'hébergeur dans la perspective de la réalisation du droit à l'oubli numérique (b).

a) L'autonomie de la notion d'illicite

315. – L'autonomie vis-à-vis du préjudice Marie-Ève Roujou de Boubée avait observé que « *les mesures tendant à supprimer le préjudice [...], agissent directement sur le préjudice*

¹¹¹⁹ G. Marty, « *Illicéité et responsabilité* », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, pp. 339-350.

¹¹²⁰ C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Th. Aix-Marseille III, Dalloz coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2008, 673 p.

lui-même. Les mesures supprimant la situation illicite agissent, elles, sur la cause efficiente du préjudice, elles en tarissent la source. »¹¹²¹. Il s'ensuit que les mesures de cessation de l'illicite sont indifférentes à la réalisation du préjudice personnel. Il a été proposé de remplacer le critère du préjudice par celui de trouble¹¹²². Appliqué à la notification de contenus illicites, il s'agit bien entendu d'une importante facilité probatoire pour la victime. Même si la défense de droits subjectifs était déjà de nature à réduire les exigences en ce domaine¹¹²³, l'utilité de cette distinction est bien plus qu'un cas d'école. Lorsqu'un contenu n'est pas encore consulté ou indexé, il ne produit objectivement pas de préjudice. La victime devrait cependant pouvoir obtenir la cessation de sa publication.

316. – L'autonomie vis-à-vis de l'illicéité initiale. L'illicite que doit analyser l'hébergeur ne doit pas être compris comme un élément de la faute ou une condition de la responsabilité de l'utilisateur. Il est des cas où la différence devrait apparaître clairement. En particulier, l'illicite devrait pouvoir être reconnu par l'hébergeur lorsque les faits qui lui sont notifiés ne peuvent engager la responsabilité de leur auteur du fait de l'écoulement du délai de prescription¹¹²⁴. Sans même revenir sur le « vieux débat »¹¹²⁵ jamais tranché entre « processualistes » et « substantialistes »¹¹²⁶, considérer que l'hébergeur peut – et doit – reconnaître l'illicite passé le délai de prescription apparaît à la fois logique et nécessaire.

Logique, car s'il est fait interdiction aux juges de relever d'office un moyen résultant de la prescription¹¹²⁷, sauf lorsqu'elle est d'ordre public¹¹²⁸, l'hébergeur ne devrait pas y être plus

¹¹²¹ M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 211.

¹¹²² Voy. : C. Bloch, *op. cit.*, n° 384-407.

¹¹²³ La simple atteinte est de nature à générer la responsabilité. Voy. not. : Civ. 1, 5 nov. 1995, n° 94-14.798 (JCP 1997, II, 22805, note J. Ravanais) : « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ».

¹¹²⁴ *Contra* : C. Bigot, « Le point sur les règles de notification de contenus illicites », Légicom, 2014, n° 52, p. 71. Concédant toutefois que « cette question est actuellement un peu flottante ».

¹¹²⁵ T. Le Bars, « La nature de la prescription, une question sans réponse ? » in Ph. Casson et Ph. Pierre (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin réglé ?*, Dalloz, 2010, p. 4.

¹¹²⁶ La question de savoir si la prescription porte sur le droit d'agir en justice (conception processualiste) ou si elle porte atteinte au droit substantiel (conception substantialiste) reste discutée (sur laquelle, voy. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet D. et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. « Manuel », 13^e éd., 2014, n° 919-920). Devant une jurisprudence « peu nette » (A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 231, p. 294), des auteurs évoquent « le désordre de la matière » (A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, LGDJ, coll. « Domat », 14^e éd., 2014, n° 922, p. 663). Au vu de l'absence de choix effectuée lors de la réforme de 2008, le professeur Thierry Le Bars a conclu que « le silence du législateur laisse à la doctrine la liberté d'élaborer des schémas de lecture de l'univers juridique ; ses prises de position, pas forcément cohérentes ni pertinentes, risqueraient au contraire de stériliser la pensée juridique en la condamnant à un rôle purement critique. » (T. Le Bars, *op. cit.*, p. 10). – Dans la perspective qui nous occupe, il n'y a pas de difficulté à prendre parti pour les « processualistes » (voy. toutefois pour la défense de la conception substantielle : B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2014, n° 578), du moins en ce que c'est le caractère manifeste de la prescription extinctive qu'il s'agit d'appréhender.

¹¹²⁷ Art. 2247 du Code civil. Des auteurs ont relevé que « la règle repose sur une idée morale : lorsqu'il n'a pas payé, le débiteur peut estimer qu'il est contraire à sa conscience d'invoquer ce mode de libération. » (J. Flour,

obligé. Et ce d'autant moins que la procédure auprès de l'hébergeur n'est pas contradictoire, ce dernier n'a aucun moyen certain de connaître l'effet de l'écoulement du temps sur les droits des parties¹¹²⁹. Une appréciation limitée à des situations manifestes¹¹³⁰ n'invite d'ailleurs pas à vérifier le point de départ du délai de prescription. Aux yeux de l'hébergeur, passé le délai de prescription, l'illicéité subsiste donc en ce qu'elle est contraire au droit – à un droit que l'on ne peut définir comme un ordre de contrainte¹¹³¹. Les juges du fond sont parfois allés en ce sens en ordonnant la cessation après l'écoulement du délai de prescription¹¹³². La solution s'impose encore davantage pour l'hébergeur, simple personne privée.

La solution apparaît ensuite nécessaire, car la cessation pratiquée par l'hébergeur est à même de combler les lacunes d'autres branches du droit, en particulier celles du droit de la presse. Elle permet à une victime d'obtenir la mise hors ligne de contenus dommageables, non susceptibles d'une action en responsabilité du fait du caractère obligatoire du droit de la presse¹¹³³ et d'un délai de prescription décrit comme trop bref dans l'univers numérique. L'exigence d'une action impossible auprès de l'auteur principal prend alors un sens bien particulier. Libre à la jurisprudence, sur cette base, de définir des limites raisonnables au délai d'action qui pourrait se calquer sur la prescription de droit commun. Chose qu'elle gagnerait à

J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 3 *Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^e éd., 2011, n° 502). À noter que cette règle est, depuis la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, écartée en matière de droit de la consommation (art. L. 141-4 c. conso.). Toutefois, passé le délai de prescription, l'obligation semble, dans tous les cas, subsister sous forme d'obligation naturelle (note, *infra*), ce qui peut être relié à l'art. 2249 du Code civil : « le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré. ».

¹¹²⁸ Ce qui est not. le cas des infractions de presse : Civ. 2, 24 juin 1998, n° 95-18.131 (D. 1999 p.164, obs. C. Bigot) ; Civ. 2, 29 nov. 2001, n° 99-18.559 (D. 2002, IR p. 44).

¹¹²⁹ Rappelons, en outre, que la prescription est susceptible de renonciation (art. 2250 à 2253 du code civil).

¹¹³⁰ Voy. *infra*, n° 321.

¹¹³¹ Le débiteur de la dette prescrite est classiquement décrit comme tenu d'une obligation naturelle (voy. not. : J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, vol. II, n° 1272, p. 2516. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, coll. « Droit privé », 6^e éd., 2013, n° 1227 ; R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, Coll. « Précis », 4^e éd., n° 329, p. 388). – Adde C. Bloch, *op. cit.*, n°s 254 à 254-2 : affirmant fermement que l'illicite est la violation d'une règle de conduite impérative, ce qui pourrait contredire notre analyse en ce qu'une règle impérative est généralement définie comme sanctionnée. Le professeur Bloch souligne toutefois que l'illicite ne se confond pas avec la sanction en prenant not. pour illustration les règles de droit « mou », non sanctionnées. Si ce n'est certes pas valider notre thèse, c'est déjà clairement détacher l'illicéité de la possibilité de sa sanction.

¹¹³² CA Paris, pôle 1, ch. 2, 4 avr. 2013, *Mme B. / JFG Networks* (Légalis ; RLDI 2014/95 n° 3159 note O. Roux) : « si l'action au fond possible contre l'auteur sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 était prescrite, Mme 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 » en confirmation de TGI Paris, réf. 12 juin 2012, *Mme B. / JFG Networks*.

¹¹³³ Plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 posant que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». – Civ. 1, 6 oct. 2011, n° 10-18.142 affirmant que « les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réprimés que par la loi du 29 juillet 1881 ».

faire dans la perspective du droit à l'oubli numérique.

b) *Une perspective de réalisation pour le droit à l'oubli numérique.*

317. – Un droit en construction. Aucun droit ne peut imposer à des mémoires humaines de ne pas se souvenir de l'étudiant fêtard devenu un respectable diplômé ou de l'ex-délinquant réinséré. C'est pourtant dans cette perspective du déroulement d'une vie accompagnée de l'usage de l'internet que le droit à l'oubli s'inscrit¹¹³⁴. Les capacités de diffusion et de conservation du réseau mondial donnent une nouvelle dimension au débat sur le droit à l'oubli¹¹³⁵. Les expressions « droit à l'effacement »¹¹³⁶ et « *right to erasure* » parfois employées¹¹³⁷ apparaissent toutefois plus descriptives, car il s'agit moins d'oubli que de la reconnaissance d'un droit de faire effacer des données.

Alors que le droit mou est sollicité¹¹³⁸, que l'intervention du droit de l'Union est attendue¹¹³⁹, la jurisprudence déjà importante, cette question ne semble pas pouvoir être abordée par une seule branche du droit¹¹⁴⁰. Il faut s'enquérir en priorité des ressources du droit civil en ce domaine, car il est lui déjà opérationnel.

318. – Droit à l'oubli et illicéité initiale de la publication d'un tiers. Lorsqu'une publication illicite porte atteinte aux droits d'une personne, elle ne dispose sur la base du droit de la presse que d'un délai très court pour agir. Passé ce délai, les victimes d'atteinte à la vie

¹¹³⁴ La question se prolonge d'ailleurs au-delà de la vie de l'utilisateur. Voy. les communications de la CNIL publiées sur son site : « *Mort numérique : peut-on demander l'effacement des informations d'une personne décédée ?* » 29 oct. 2014 et « *Mort numérique ou éternité virtuelle : que deviennent vos données après la mort ?* », 31 oct. 2014. – Dans ce champ de recherche encore largement inexploré, on notera : E. Florestal et R. Perray, « *L'arrêt Ficoba et ses conséquences : premier pas d'un droit autonome des héritiers à la protection des données personnelles du défunt ?* », RLDI 2015/113 n° 3702 – J. Groffe, « *La mort numérique* », D. 2015 p. 1609 s., constatant que les droits reconnus aux héritiers sur le fondement de la loi informatique et liberté (art. 40 al. 6) se limitent à une demande de mise à jour (n° 13), l'auteur propose que les données numériques entrent dans la succession du défunt afin que les héritiers bénéficient, les concernant, de véritables droits (n° 14). La question est d'autant plus importante que la possibilité d'exercer un hypothétique « *droit à l'oubli post-mortem* » est très incertaine (n°s 6-8) et que le paramétrage du compte par l'utilisateur avant son décès se heurte à son imprévision et se limite aux services en ligne qui veulent bien proposer des fonctionnalités adéquates (n°s 9-11).

¹¹³⁵ Antérieurement à l'apparition de l'internet dans le paysage juridique français, voy. : X. Agostinelli, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, th. dact. Aix-Marseille, 1994, n°s 271-275.

¹¹³⁶ Utilisé dans la résolution législative du Parlement européen.

¹¹³⁷ Voy. la proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, COM/2012/011 final, le droit à l'effacement y est présenté comme renforçant le droit à l'oubli numérique (§ 54).

¹¹³⁸ Une charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche a été signée le 30 sept. 2010, nous y reviendrons *infra*, not. n° 478.

¹¹³⁹ Pour un avancement des travaux, voy. la résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, amendements 27 et 28.

¹¹⁴⁰ D. Forest, « *Piqûre de rappel sur le « droit à l'oubli numérique »* », RLDI 2011/70 n° 2321.

privée disposent encore du délai de droit commun pour agir, mais la procédure de notification semble permettre de combler bien d'autres lacunes. En effet, l'illicéité que doit analyser l'hébergeur est une illicéité apparente, qui devrait donc pouvoir se détacher de l'illicéité initiale, en particulier du point de vue de la prescription¹¹⁴¹. Le contenu devrait pouvoir faire l'objet d'un retrait alors même qu'il ne serait plus susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Droit à l'oubli et protection de la liberté d'expression trouveraient alors un point d'équilibre particulier. En l'état de la jurisprudence, une telle interprétation ne peut s'imposer avec certitude. Le législateur pourrait utilement préciser sur ce point particulier que l'illicéité que doit analyser l'hébergeur est l'illicéité initiale du contenu, particulièrement s'il porte atteinte à la vie privée ou à la réputation d'une personne.

Certains ont vu une application déguisée du droit à l'oubli numérique dans la décision du TGI de Paris datée du 6 novembre 2013¹¹⁴² ordonnant à *Google Images* de supprimer pendant une durée de 5 ans des photos portant atteinte à la vie privée et à la réputation d'une personnalité. En dehors d'une démarche peu orthodoxe¹¹⁴³, il faut souligner ce en quoi cette affaire se démarque de la question qui nous occupe. Le demandeur avait ici obtenu la suppression des images litigieuses avant qu'il ne constate leur réapparition. Il n'y avait aucune difficulté pour obtenir leur retrait, ces images étant illicites et le délai de prescription n'étant pas écoulé. De fait, la question était de savoir si le demandeur devait renouveler sans cesse ses démarches, les images litigieuses réapparaissant rapidement sur le web et Google Images les indexant au même rythme. L'affaire aurait donc dû mettre en avant l'obligation de *stay down* de l'hébergeur¹¹⁴⁴, mais il est vrai que celle-ci semble dorénavant largement fermée... Toutefois, s'agissant d'un moteur de recherche, l'appréciation de son obligation de retrait est nécessairement particulière, cette voix aurait pu être explorée plus avant¹¹⁴⁵. Malgré ses incertitudes, elle présente un potentiel plus consistant qu'un oubli qui ne durerait que 5 ans.

319. – Droit à l'oubli et apparition de l'illicéité *a posteriori*. S'agissant de publications

¹¹⁴¹ Voy. notre avis *supra*, n° 316.

¹¹⁴² TGI Paris, ch. 17, 6 nov. 2013, *Max M. / Google France, Google Inc.* : Légalis ; RLDI 2013/99, n° 3296, obs. L.C.

¹¹⁴³ La juridiction parisienne doute de la qualité d'hébergeur « *neutre et passif* » de Google Image avant d'y revenir pour considérer que l'article 6-I.5 de la LCEN « *ne saurait conduire à excludre, en toute hypothèse, la responsabilité de [l'hébergeur] s'il est établi par d'autres moyens qu'il ne peut ignorer ces faits et leur illicéité* » (sur ce point : *infra*, n° 429-430). Google aurait alors engagé sa responsabilité, car il « *avait connaissance de l'atteinte que ces images portaient à la vie privée du demandeur* ». Or, il ne s'agissait pas d'un classique « *refus de supprimer les images litigieuses* » comme l'évoque la juridiction, mais du refus d'empêcher leur réapparition.

¹¹⁴⁴ Sur laquelle voy. *infra*, n° 351.

¹¹⁴⁵ Leur obligation de retrait ne peut être regardée que comme une obligation de déréférencement : *infra*, n° 349.

licites faites à l'initiative d'un tiers, le droit à l'oubli numérique semble disposer que d'un espace réduit. Si la publication s'inscrit dans le bon exercice de la liberté d'expression, ce serait s'engager sur une voie dangereuse que de dire que le simple passage du temps peut les rendre illicites¹¹⁴⁶. En décider autrement serait entraver le droit à l'information, le travail des archivistes, journalistes et autres historiens¹¹⁴⁷. Le court délai de prescription de la loi de 1881 se justifie justement dans l'optique de la protection de la liberté d'expression¹¹⁴⁸. Aujourd'hui, les enjeux tenant à la liberté d'information ne sont plus exactement les mêmes. Ce bel édifice ne gouverne plus simplement des organes de presse et des médias publiant des informations supposées intéresser le public. Il s'applique à toute donnée publiée, y compris et surtout celles touchant des personnes ordinaires, sans limites dans le temps et sans considération pour leur intérêt.

La législation protectrice des données personnelles est l'instrument d'une révolution en ce domaine. C'est elle que la CJUE a utilisée pour considérer qu'un moteur de recherche indexant des pages contenant les nom et prénom d'une personne physique, puis les présentant lors d'une recherche portant sur ces éléments, procède à un traitement de données à caractère personnel¹¹⁴⁹. Ce constat permet à la Cour de détacher l'obligation d'effacer les données du caractère illicite de la publication à laquelle il est envoyé¹¹⁵⁰, le seul écoulement du temps pouvant suffire pour caractériser qu'un traitement n'est pas légitime¹¹⁵¹. L'articulation de la solution avec la Directive commerce électronique est incertaine. Une solution orthodoxe ne peut qu'aboutir à exclure en ce cas la qualification d'hébergeur¹¹⁵². Toutefois, il n'est pas exclu qu'une superposition de régimes s'impose contre toute logique. En ce cas, la procédure de notification et celle demandant le retrait de données personnelles devraient cohabiter. Un semblant de logique pourrait être retrouvé en considérant qu'une notification visant les dispositions adéquates demandant le retrait de données personnelles ferait apparaître que, faute d'y enjoindre, la situation serait manifestement illicite. Le contrôle de l'hébergeur serait

¹¹⁴⁶ Autre chose est d'envisager de faire des infractions de presse des délits continus, voy. *supra*, n° 202.

¹¹⁴⁷ En ce sens, avant l'avènement de l'internet, la première chambre civile (20 nov. 1990, 89-12580 : JCP 1992 II 21908 note J. Ravanas) avait jugé que « les faits touchant à la vie privée de Mme X avaient été livrés, en leur temps, à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale ; qu'ainsi ils avaient été licitement révélés et, partant, échappaient à sa vie privée, Mme X ne pouvant se prévaloir d'un droit à l'oubli pour empêcher qu'il en soit, à nouveau, fait état ».

¹¹⁴⁸ Voy. Civ. 2, 14 déc. 2000, n° 98-22.427 (D. 2001 p. 1344 obs. B. Beignier) : « la courte prescription, édictée par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, a pour objet de garantir la liberté d'expression ».

¹¹⁴⁹ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 23 (préc.).

¹¹⁵⁰ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 88. – Pour une application : TGI Paris, réf., 19 déc. 2014 (préc.).

¹¹⁵¹ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 93.

¹¹⁵² *Supra*, n°s 286-287.

toutefois différent. En effet, les données n'ont pas à être retirées, selon la Cour, s'il existe des « *raisons particulières justifiant un intérêt prépondérant du public* » d'avoir accès à ces informations¹¹⁵³. Le glissement d'un contrôle du manifestement illicite à celui de l'intérêt prépondérant du public devrait aboutir à un contrôle beaucoup plus lâche. *A minima*, la solution devrait être strictement limitée aux moteurs de recherche. Même en ce cas, elle devrait poser des obstacles à la recherche historique, journalistique ou même scientifique¹¹⁵⁴. La notion d'intérêt prépondérant du public ne peut intégrer, au moment où elle doit être évaluée, l'utilité qu'il y aura à effectuer ces recherches dans l'avenir. En considérant que la publication initiale peut être parfaitement licite et donner lieu à déréférencement, la CJUE ouvre la porte à ce que tout un chacun décide à son bon vouloir de ce qu'il souhaite afficher de son passé. Elle s'est engagée dans une voie des plus dangereuses alors que la directive Commerce électronique permettait d'atteindre des objectifs voisins tout en garantissant un meilleur respect du droit à l'information¹¹⁵⁵.

320. – Droit à l'oubli et publication par celui qui s'en réclame. La question du droit à l'oubli se pose aussi, voire principalement, pour les contenus que les utilisateurs ont mis eux-mêmes en ligne ou qu'ils ont générés¹¹⁵⁶. Ils disposent sur ces contenus d'un droit, et souvent d'un pouvoir effectif, qui ne fait aucun doute. Où est alors l'intérêt du droit à l'oubli si les utilisateurs disposent déjà du droit de supprimer les informations en question ? C'est que les services changent et les mots de passe s'oublient. Quand bien même ces contenus auraient été mis en ligne par l'utilisateur qui demande leur suppression, le droit d'accès, de rectification et d'opposition propre aux données personnelles peut être un allié¹¹⁵⁷. La solution ne se heurte pas aux mêmes objections en termes de droit à l'information qu'en cas de publication émanant d'un tiers.

2. – Un contrôle limité à des situations manifestes

321. – Des exigences raisonnables. À l'aube de la LCEN, le projet visant à faire de

¹¹⁵³ CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, § 98.

¹¹⁵⁴ Sur le caractère fondamental de l'outil internet dans la recherche scientifique contemporaine : M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, pp. 276-279.

¹¹⁵⁵ Est-ce parce que le Dir. Commerce électronique prévoit la possibilité, et non pas l'obligation (*supra*, n° 301), pour les États membres d'instituer des obligations de cessation que la Cour a cherché dans d'autres mécanismes la clé de sa solution ? L'effort d'interprétation ne paraissait pourtant pas plus beaucoup important sur le fondement de la Dir. Commerce électronique.

¹¹⁵⁶ La Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche du 30 sep. 2010 le rappelle en incitant à ce que soit facilitée la suppression de ses données par l'utilisateur (art. 3.2) ainsi que la suppression de son compte (art. 3.3).

¹¹⁵⁷ En ce sens : L. Marino, « *Les nouveaux territoires des droits de la personnalité* », Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, p. 22⁺, n° 11.

l'hébergeur un juge de l'illicite a suscité des réflexions inquiètes face à un mouvement de « *privatisation de la justice* »¹¹⁵⁸. Aujourd'hui, le risque de dérive n'est plus guère évoqué. Le Conseil constitutionnel a joué un rôle modérateur bienvenu. Saisi du contrôle de la LCEN, il a précisé, que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la LCEN gouvernant la responsabilité des hébergeurs « *ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* »¹¹⁵⁹. En utilisant l'adverbe manifestement, le Conseil constitutionnel limite l'appréciation de l'hébergeur aux cas d'illicéité les plus évidents. L'appréciation de l'hébergeur s'en trouve non seulement simplifiée (a), mais également circonstanciée (b), car le caractère manifeste d'une situation ne peut apparaître qu'en fonction des circonstances et des personnes.

a) Une appréciation simplifiée

322. – Une fonction juridictionnelle en trompe l'œil. La procédure française, à la différence de la procédure de *notice and take down* américaine¹¹⁶⁰, oblige l'hébergeur à porter un jugement sur les faits qui lui sont notifiés avant d'agir. L'hébergeur notifié se trouve dans la situation de devoir juger de l'existence d'une situation illicite. Son pouvoir de cessation est très voisin de celui d'un juge pour celui qui effectue la notification. L'ajout de l'adverbe manifestement évoque naturellement l'alinéa premier de l'article 809 du Code de procédure civile. Le processus décisionnel du juge des référés, décrit comme guidé par une sorte d'intuition liée à l'expérience¹¹⁶¹, présente sans doute quelques points communs avec celui de l'hébergeur. La parenté peut se renforcer au regard de ce que la CEDH indique être une fonction juridictionnelle, à savoir : « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »¹¹⁶². Il existe une procédure organisée – la procédure de notification – et les questions relevant de la compétence de l'hébergeur sont facilement identifiables – le contrôle et la mise hors ligne des contenus qu'il héberge.

¹¹⁵⁸ N. Marchet (dir. J. Larrieu), « *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet* », th. Toulouse I, 2003, n° 735.

¹¹⁵⁹ Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, §9 (préc.).

¹¹⁶⁰ Sur laquelle, voy. note *infra*, n° 359.

¹¹⁶¹ Le magistrat Jean Boyer décrit joliment ce processus comme « *une réaction d'antiquaire compétent étudiant un objet ; comme celui-ci sait presque au coup d'œil si l'objet correspond à la période et au style allégué avant de le démontrer, le président qui a généralement acquis quelques réflexes au fur et à mesure de sa carrière, perçoit souvent la valeur des arguments avant de les analyser systématiquement.* » (« *Le juge des référés peut... réflexion sur les pouvoirs du juge des référés* », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 140).

¹¹⁶² CEDH, 22 oct. 1984, n° 8790/79, aff. *Sramek c/ Autriche* – CEDH, 29 avr. 1988, n° 10328/83, aff. *Belilos c/ Suisse* – CEDH 27 août 1991, n° 13057/87, aff. *Demicoli c/ Malte*.

La source de l'obligation de contrôle de l'hébergeur se trouve pourtant dans sa responsabilité et non dans un quelconque pouvoir juridictionnel. C'est un véritable juge qui sanctionne sa mauvaise interprétation et détaille ses obligations par la définition de sa faute. Son obligation s'appuie donc sur des mécanismes très classiques du droit de la responsabilité. Le contrôle qu'il doit effectuer est celui d'une personne privée, souvent un professionnel, responsable des outils qu'il met à la disposition des tiers. Or, le bon professionnel ne peut se confondre avec un juge. Qu'il puisse porter atteinte à des droits considérés comme fondamentaux n'est pas plus de nature à l'en rapprocher. Bien au contraire, son obligation a été limitée à des situations manifestes pour cette raison. Cette limitation témoigne d'un « *équilibre entre la nécessaire irresponsabilité des fournisseurs d'hébergement en raison de la grande quantité des contenus gérés, et la non moins nécessaire régulation du réseau internet* »¹¹⁶³. Elle est également en accord avec l'exigence d'une réaction prompte qui exclut que des recherches importantes soient nécessaires pour que l'illicite apparaisse. Le rôle de chacun a ainsi été préservé. Le recours au juge reste nécessaire pour tous les cas qui ne devraient pas éveiller l'attention d'un professionnel diligent ou d'un hébergeur raisonnable.

323. – Une illicéité évidente¹¹⁶⁴. Dès les premières jurisprudences faisant application de la LCEN, il a été jugé que l'illicite que l'hébergeur doit analyser implique la violation d'une obligation juridiquement sanctionnée¹¹⁶⁵. Il n'est sans doute pas utile d'entrer présentement dans les questions que cette affirmation soulève¹¹⁶⁶. Les débats fondamentaux portant sur la question de la définition de l'illicite sont éludés par l'exigence d'une situation manifeste.

En effet, un contrôle portant sur des situations manifestes implique que l'hébergeur n'a pas à vérifier que la preuve est faite que la situation qui lui est dénoncée est illicite. Il doit seulement contrôler qu'il est vraisemblable qu'elle le soit. « *Il ne lui appartient pas de se substituer au juge pour apprécier le caractère illicite des faits dénoncés si ceux-ci ne*

¹¹⁶³ M. Lévy et E. Eskinazi, « *Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité* », Gaz. Pal, 19 avr. 2005, n° 109, p. 33⁺.

¹¹⁶⁴ À noter dans les cas les plus graves, ceux dénonçant des contenus « odieux », un régime dérogatoire est prévu : *infra*, n°s 330-333.

¹¹⁶⁵ TGI Paris, ch. 17, 15 nov. 2004 (RLDI 2005/1, n° 37) : l'espèce portait utilement sur un « cas limite ». Il s'agissait de savoir si la négation du génocide arménien pouvait être considérée comme manifestement illicite alors que la loi du 29 janv. 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien en 1915 est intervenue pour le reconnaître. Pour rejeter la responsabilité de l'hébergeur qui n'a pas retiré les contenus litigieux, le tribunal relève que cette loi ne met « *aucune obligation à la charge des particuliers et constitue seulement une prise de position officielle* », elle n'a pas pour effet d'étendre la portée de l'article 24 bis de la loi de 1881 réprimant la contestation de crimes contre l'humanité. Jugement confirmé par CA Paris, ch. 1, 8 nov. 2006 (préc.), mais sur le constat de l'absence de notification valide interdisant de s'interroger sur la connaissance de l'hébergeur.

¹¹⁶⁶ Voy. C. Bloch, *op. cit.*, n°s 250-254-1 qui, pour traiter la difficile question de la définition de l'illicite, aborde le thème de la définition du droit en tant qu'ordre de contraintes ou en tant qu'impératif catégorique (à laquelle il adhère). Sur cette seconde question, voy. nos modestes développements *infra*, n° 316.

ressortent pas à l'évidence » affirment des juges du fond¹¹⁶⁷. Ainsi, la jurisprudence estime que lorsque l'illicéité n'est pas manifeste, l'action auprès de l'auteur principal est d'autant plus nécessaire¹¹⁶⁸. Qu'il existe un fait illicite n'implique pas forcément que celui-ci apparaisse manifestement¹¹⁶⁹. Ce caractère manifeste sera parfois révélé par la notification elle-même.

324. – Les cas d'illicéité révélée. Lorsque le caractère illicite des faits litigieux ressort de ce qu'il est convenu d'appeler le droit objectif, l'auteur de la notification n'a que peu d'importance. Chacun contrôle tout le monde¹¹⁷⁰. Mais lorsque l'illicéité est due à une atteinte à un droit subjectif, la personne à l'origine de la notification est un élément primordial dans l'appréciation de la situation. C'est le cas de la notification visant des contenus contrefaisants ou un droit de propriété intellectuelle usurpé. L'identification précise de l'œuvre et de l'auteur de la notification est fondamentale pour permettre à l'hébergeur de déterminer si le contenu est publié en infraction aux droits d'un tiers.

L'hébergeur n'est pas une juridiction, il ne lui appartient pas de vérifier la qualité à agir des personnes qui lui soumettent une notification. Les éléments portés à sa connaissance doivent rendre vraisemblable une situation qui, sans eux, ne le serait pas. Ce sont les « *faits et circonstances* » visés à l'article 6-I-2 de la LCEN. Afin de mettre en relation les droits allégués et un contenu particulier, l'exigence d'une notification ciblée est particulièrement nécessaire en cas d'atteinte au droit d'auteur¹¹⁷¹ ou au droit des marques¹¹⁷². Si la preuve précise de chacun des droits afférents n'a pas à être exigée à titre impératif¹¹⁷³, il peut dans tous les cas être utile pour les auteurs de se préconstituer des preuves de leur droit.

¹¹⁶⁷ TGI Béziers, réf., 8 avril 2011, *Jean-Marc D. c/ JFG Networks* : Légalis.

¹¹⁶⁸ Illustration : TGI Paris, réf., 16 juin 2008, *Sté. Paris Promotion c/ Sté. JFG Networks et a.* : préc.

¹¹⁶⁹ TGI Paris, réf., 4 avr. 2013, *H&M et a. c/ Google* (Légalis ; RLDI 2013/94, n° 3129, obs. L.C.) : « *diffamation, à la supposer constituée, n'égale pas forcément trouble manifestement illicite.* ». Comp. plus ambiguë, car estimant que la situation n'était pas manifestement illicite faute d'illicéité à la base : CA Paris, pôle 1, ch. 2, 4 avr. 2013, *Mme B. c/ JFG Networks* : préc.

¹¹⁷⁰ Une configuration souvent associée à l'univers numérique, voy. D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 65.

¹¹⁷¹ TGI Paris, 18 déc. 2007, RG : 07/02707, *J.-Y. Lafesse et a. c/ Google et Google Inc.* : Juriscom – TGI Paris, réf., 9 janv. 2008 (n° 07/58929, n° 07/58913, n° 08/50112 et n° 07/58929) : RLDI 2008/35, n° 1169 obs. J.-B. Auroux – TGI Paris, 15 avr. 2008, *J.-Y. Lafesse et a. c/ Dailymotion et a.* : Légalis ; RLDI 2008/59 n° 1298 note A.-S. Lampe.

¹¹⁷² CA Paris, ch. 14, sect. A., 12 déc. 2007, *Google Inc. c/ Benetton Group et a.* : RLDI 2008/34, n° 1149, obs. Auroux J.-B. ; 2008/36 n° 1204 note A. Saint Martin.

¹¹⁷³ À titre d'illustration, le TGI Paris (ch. 3, sect. 1, 15 avr. 2008 : préc.), a pu se satisfaire de « *la vraisemblance de titularité des droits résultant éventuellement des mentions portées sur les supports de diffusion des oeuvres communiqués* ».

b) Une appréciation circonstanciée

325. – Une règle ouverte. « *La notion au contenu non prédéterminé réalise une ouverture de la règle de droit sur les évolutions incessantes de l'état social.* »¹¹⁷⁴. Sur l'internet, ces évolutions ont en quelques années redéfini la notion d'hébergeur avec l'apparition d'acteurs très variés issus de la mouvance du web 2.0. De par ce caractère très divers, il était naturel que les obligations ne soient pas définies par une règle rigide. Il est heureux que la notion de manifestement illicite se prête à diverses interprétations. « *Inclus dans un système normatif nécessairement précis, le concept flou y introduit la flexibilité et l'élasticité* »¹¹⁷⁵. À charge pour le système juridique de les stabiliser. Car l'adaptabilité peut, si l'on y prend garde, avoir pour revers l'instabilité et l'insécurité juridique¹¹⁷⁶. Pour s'en prémunir, le procès possède une fonction de référence spécifique. Le recours au juge aboutit à une décision publique à laquelle est donnée une certaine publicité. Cette décision « *rayonne ainsi au-delà de l'espèce qui oppose les parties. Elle participe à la formation de la jurisprudence, sous le contrôle des cours régulatrices* »¹¹⁷⁷. Ainsi, le contentieux judiciaire est souvent le prix à payer pour préciser les contours d'une notion floue.

Toutefois, la notion floue dont il est ici question est particulière. Elle ne s'adresse pas directement au juge afin qu'il évalue une situation¹¹⁷⁸, elle ne s'adresse pas non plus à une personne pour qu'elle adopte simplement un comportement donné¹¹⁷⁹. Elle s'adresse à un sujet de droit pour qu'il évalue un comportement et adapte son propre comportement à l'aune de cette évaluation. L'hébergeur doit donc lui-même reconstituer le contenu de la règle qu'il appliquera. Or, une règle ouverte nécessite de tenir compte « *des usages, des mœurs, des données sociales ou économiques, des circonstances...* »¹¹⁸⁰. On ne peut raisonnablement demander à l'hébergeur d'inclure dans sa décision que les éléments qu'il peut maîtriser ou qu'il peut percevoir.

¹¹⁷⁴ S. Chassagnard-Pinet, « *Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre* », in Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 158.

¹¹⁷⁵ V. Fortier, « *La fonction normative des notions floues* », *RRJ* 1991, p. 759.

¹¹⁷⁶ Évoquant le système de la libre découverte du droit (*freie Rechtsfindung*), un système sans législateur central, Kelsen écrivait qu'« *en conséquence de la décentralisation radicale de la création du droit qu'il implique, ce système se distingue par une grande flexibilité, mais, en contrepartie, il n'assure de ce fait même aucune sécurité juridique.* » (H. Kelsen, (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, p. 337). L'œuvre entière de Kelsen semble d'ailleurs pénétrée par l'impératif de sécurité juridique. L'une des idées maîtresses de la Théorie pure est d'attribuer aux juristes le rôle d'interprètes du droit afin de déterminer toutes les solutions pratiques possibles afin d'assurer la « *sécurité juridique* » (ces deux mots clôturent l'ouvrage).

¹¹⁷⁷ G. Maître. (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 478, p. 274.

¹¹⁷⁸ Telle la notion d'intérêt de l'enfant : V. Fortier, « *La fonction normative des notions floues* », *RRJ* 1991, n° 9, pp. 760-761 et n°s 17-19, pp. 765-766.

¹¹⁷⁹ Telle la notion de bonne foi : V. Fortier, *op. cit.*, n° 10, pp. 761-762 et n°s 20-23, pp. 766-767.

¹¹⁸⁰ V. Fortier, *op. cit.*, p. 759.

326. – Une appréciation circonstanciée par les risques liés au positionnement de l'hébergeur. C'est encore une fois, les activités non neutres de l'hébergeur qu'il faut regarder pour déterminer le détail de ses obligations. Un blog ayant fait le choix d'adopter une ligne éditoriale de type « presse à scandales » sera tenu d'une analyse fine des notifications dénonçant des commentaires diffamatoires ou portant atteinte à la vie privée. Ce ne sera pas le cas d'une plateforme spécialisée dans l'échange de fichiers musicaux, celle-ci devant porter l'attention que l'on devine aux notifications visant des contenus contrefaisants.

Il est ainsi juste de resserrer les exigences du contrôle selon le degré de spécialité de l'hébergeur. La notification cible déjà l'obligation de contrôle de l'hébergeur. La spécialisation de l'hébergeur renforce en elle-même ce ciblage puisque le contrôle ne porte alors que sur le type de contenu que le prestataire s'est fait une spécialité d'accueillir. En bon professionnel, l'hébergeur spécialisé doit témoigner d'une compétence particulière pour la détection de l'illicéité attachée à son activité, alors que l'on n'attend de l'hébergeur généraliste aucune compétence spécifique, à l'image de son activité.

Les hébergeurs de liens, en particulier les moteurs de recherche, doivent prêter une attention particulière aux liens pointant vers des contenus illicites ou vers des contenus susceptibles d'engendrer une infraction. Leur obligation de contrôle doit donc les amener à aller au-delà des contenus qu'ils hébergent¹¹⁸¹, éventuellement éclairés des soupçons que le site peut légitimement susciter.

327. – Une appréciation circonstanciée par la personne de l'hébergeur. La loi indique que l'hébergeur peut être une personne physique ou une personne morale. Au-delà de cette dichotomie, les personnes qualifiées d'hébergeurs sont très diverses. Un particulier tenant un forum de discussion cohabite dans le même régime juridique avec des structures multinationales disposant de personnel spécialement affecté à la réception des notifications. L'appréciation de l'illicéité par l'auteur d'un blog amateur, si tant est qu'il soit qualifié d'hébergeur, devrait sur ce plan suivre le même relâchement des exigences que concernant le contenu de ses propres écrits¹¹⁸².

De ceci découle que le risque attaché à l'activité de chaque hébergeur peut impliquer une organisation interne spécifique. En particulier, les grosses structures, génératrices d'un risque

¹¹⁸¹ Ceux-ci sont naturellement réduits, mais suffisants à notre sens pour justifier l'application de la LCEN : *supra*, n° 282.

¹¹⁸² Voy. TGI Paris, ch. 17, 17 mars 2006, *Commune de Puteaux c/ C. G.* (RLDI 2006/14, n° 419, p. 53 ; Comm. com. électr. 2006, comm. 84, note A. Lepage) ou TGI Paris, réf., 24 juin 2015, *Electro Clim / Nicolas D.* (décisions évoquées *infra*, n° 572.)

proportionnel à leur taille, doivent se doter de compétences spécifiques afin de traiter les demandes qui leur sont adressées. Ce sont autant d'éléments à prendre en considération pour évaluer ce qui peut être considéré comme manifestement illicite par un hébergeur individuellement.

II. – Les exceptions à la notification

328. – Des exceptions à l'utilité spécifique. Si la notification est la voie la plus usitée afin de remettre en cause *a posteriori* la neutralité des hébergeurs, elle n'est pas la seule. D'autres voies, forcément limitées dans leur champ d'application, permettent la remise en cause extrajudiciaire de la neutralité (A). La voie judiciaire est, bien entendu, toujours ouverte, elle présente une utilité spécifique pour combler les lacunes de la procédure de notification (B).

A. – La remise en cause extrajudiciaire de la neutralité sans notification

329. – La loi prévoit une exception à la notification. Celle-ci s'ancre dans une lutte spécifique contre les contenus odieux (1). Elle ne devrait pas, en théorie, remettre en cause l'économie générale du régime de responsabilité des hébergeurs. Il en va de même pour les mécanismes de droit commun permettant de prouver l'élément d'imputabilité en dehors de la procédure de notification (2).

1. – L'exception des contenus odieux

330. – Des obligations à la limite de la neutralité. La présence sur l'internet de contenus particulièrement choquants est historiquement un adjuvant de la responsabilité des intermédiaires techniques. Sans écarter le bénéfice d'un régime de responsabilité favorable, l'idée s'est imposée, dans un vif débat parlementaire¹¹⁸³, que les contenus les plus choquants, les plus répréhensibles, puissent justifier une action des intermédiaires techniques en dehors de la procédure de notification et les obliger à certaines actions proactives. La LCEN, en 2004, l'a inscrite à l'article 6-I.7 al. 3. Cet article présente la particularité d'associer hébergeurs et FAI dans une même obligation qui ne visait au départ que les contenus faisant l'apologie de crimes contre l'humanité, incitant à la haine raciale ou de nature pédopornographique. Cette liste a été étendue à l'incitation à la violence et aux atteintes à la

¹¹⁸³ La commission mixte paritaire, par laquelle le contenu de l'article 6.-I.7 al. 3 s'est stabilisé, a rappelé dans son rapport les oppositions qui se sont manifestées sur ce point pendant la longue genèse de la LCEN : Commission mixte paritaire, *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 27 avr. 2004, spé. pp. 4-10.

dignité humaine¹¹⁸⁴ et à la provocation à la commission d'actes de terrorisme ou leur apologie¹¹⁸⁵. Aussi condamnables que soient les comportements visés, cette extension n'est pas dénuée de risques. Car, sur cette idée, peut germer une remise en cause généralisée de la neutralité des intermédiaires techniques, ou du moins de la procédure encadrant la perte de leur neutralité.

331. – La tentation d'étendre la liste des contenus odieux. La question de l'élargissement de la liste des contenus de l'article 6.-I.7 al. 3 de la LCEN est toujours reposée. Quels que soient les bons sentiments poussant à cette extension, il importe de se garder d'étendre la définition des contenus odieux indéfiniment¹¹⁸⁶. Construire une catégorie juridique à partir de perceptions subjectives, aussi légitimes soient-elles, est risqué. Il en va, non seulement de la préservation de la neutralité du prestataire, mais aussi de l'efficacité de ces dispositifs d'alerte.

Aussi contre-intuitif que cela puisse paraître, il n'y a, à notre sens, que peu de clés à chercher du côté des victimes. La souffrance des unes est si facilement rapprochée de la perte des autres. Il faut plutôt se placer du côté de l'hébergeur, voire de la société tout entière. Quels sont les contenus qui doivent susciter à coup sûr chez une personne raisonnable un sentiment de répulsion intense ? De la formulation de la réponse dépend la justesse de l'exception. La question est cruciale, car ce mécanisme est de nature à obérer la neutralité de l'hébergeur.

332. – Des limites tenant aux obligations découlant des contenus odieux. Les obligations qu'impose la loi aux intermédiaires en ce domaine ne sont pertinentes que si elles portent sur des contenus réellement odieux. Schématiquement, il s'agit d'imposer, sous peine de sanctions pénales¹¹⁸⁷, aux intermédiaires de mettre en place un « *dispositif facilement accessible et visible* » afin de recueillir les signalements de contenus odieux puis d'informer les autorités compétentes de ce qu'ils reçoivent par cette voie¹¹⁸⁸. La justice a pu rappeler que

¹¹⁸⁴ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. La loi n° 2010-769 du 9 juill. 2010 a précisé que la violence devait également s'entendre de celle faite aux femmes.

¹¹⁸⁵ Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

¹¹⁸⁶ Ce qui ne doit pas exclure que d'autres obligations s'imposent à l'hébergeur selon le positionnement de son activité. Voy. la nécessité pour certains services créateurs d'un risque particulier de prendre des mesures de précaution spécifiques, au moyen par exemple de dispositifs de signalement : *infra*, n° 432.

¹¹⁸⁷ Art. 6.-VI.1 LCEN. – Sur ce point. voy. l'avis de S. Albrieux, *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas, 2004, n° 157, p. 125 : « cette prescription laisse aux fournisseurs d'accès et d'hébergement toute liberté d'appréciation dans la mise en œuvre du dispositif d'alerte. Aucun modèle de conduite circonstanciée ne leur est en effet imposé. Il s'agit là d'une obligation générale de prudence, incompatible avec le délit d'imprudence, tel qu'il est défini par la loi. ».

¹¹⁸⁸ L'art. 6.-I.7 al. 4 de la LCEN dispose, sur un seul alinéa, que les personnes qualifiées de FAI ou d'hébergeurs sont tenues de trois obligations qu'il convient de distinguer. Elles doivent tout d'abord « mettre en

pour répondre à ces critères, le dispositif doit être édité en français, accessible depuis la « *page active* »¹¹⁸⁹ et présenter clairement son objet¹¹⁹⁰.

Les hébergeurs partagent ces obligations avec les FAI, ils utilisent pareillement la plateforme PHAROS de la police nationale pour transmettre les signalements¹¹⁹¹. Si aucune obligation de contrôle ne pèse explicitement sur l'intermédiaire, il est exclu que celui-ci transmette aux autorités des signalements fantaisistes. Du fait de l'absence de formalisme du signalement, ce contrôle doit être particulièrement réduit. Les motifs du signalement ne sont pas exigés, le caractère odieux des contenus doit donc apparaître en dehors même de toute qualification juridique. Par une interprétation humaine presque instinctive, l'intermédiaire doit pouvoir déterminer la nature hautement illicite de ce qui lui est signalé. Il en découle que les contenus odieux doivent être illicites *per se*. Aucun autre élément que le contenu lui-même ne doit être nécessaire. Il est exclu que le signalement relève leur caractère illicite, en ce qu'il témoigne, par exemple, que le contenu est publié en infraction des droits d'une personne. Une extension de la liste des contenus odieux à des cas moins évidents pourrait conduire les intermédiaires à transmettre, dans le doute, de nombreux signalements mal fondés. La plateforme PHAROS tout comme les hébergeurs pourraient s'en trouver surchargés, au risque d'une efficacité réduite.

Depuis la loi du 13 novembre 2014¹¹⁹², l'hébergeur peut également recevoir de l'autorité administrative une demande de retrait de contenus pédopornographiques, provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie¹¹⁹³. L'extension de la liste des contenus odieux par cette voie peut sembler moins problématique puisque la question de leur appréciation par l'hébergeur ne se pose plus. Cependant, l'accroissement du pouvoir de l'autorité administrative au détriment de l'autorité judiciaire ne manque pas de susciter d'importantes réserves¹¹⁹⁴.

place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. » (1°). Elles doivent ensuite « *informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services* » (2°). Elles doivent enfin « *rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites.* » (3°).

¹¹⁸⁹ TGI Paris, réf., 24 janv. 2013, *UEJF et a. c/ Twitter* : D. 2013, p. 300 obs. C. Manara, p. 696 obs. A. Cousin ; RLDI 2013/90, n° 3003, obs. L.C., n° 2996 note E. Derieux.

¹¹⁹⁰ CA Paris, pôle 1, ch. 5, ord., 12 juin 2013, *UEJF c/ Twitter* : Légalis ; RLDI 2013/32 n° 3219 note F. Chafiol-Chaumont et A. Canivez.

¹¹⁹¹ Sur le rôle de celle-ci : *infra*, n° 583.

¹¹⁹² Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

¹¹⁹³ Nouvel art. 6-1 de la LCEN.

¹¹⁹⁴ La demande administrative de retrait auprès de l'hébergeur étant intimement liée à la demande de blocage administratif auprès du FAI, ces réserves seront étudiées *infra*, n°s 391-392.

333. – L'exécution de l'obligation de retrait de l'hébergeur. Une image pédopornographique, un texte appelant à la haine raciale, une vidéo faisant l'apologie de crime contre l'humanité... Ces contenus choquent l'esprit humain de manière quasi universelle. Toute personne raisonnable les qualifierait instinctivement d'odieux. Les cas inscrits dans la loi ne nécessitent presque aucune interprétation. Le contexte qui les entoure ou la personne qui s'exprime ne sont que de peu d'importance.

En parallèle, l'hébergeur doit utiliser son pouvoir à bon escient. Il est très important qu'il n'efface pas les contenus pour ne pas effacer de preuves. Doit-il, pour autant, rendre le contenu inaccessible ? Cela paraît évident¹¹⁹⁵. Il devrait y être obligé sans aucun doute dans tous les cas où le contenu est public. La nature hautement illicite du contenu suffisant à caractériser sa connaissance au sens de l'article 6-I.2 de la LCEN. Il y a là une raison supplémentaire de limiter la liste des contenus odieux sous peine de vider de son sens la procédure de notification et les garanties qui y sont attachées.

2. – L'utilité des mécanismes de droit commun

334. – Rejet des thèses maximalistes. L'article 6-I.2 de la LCEN évoque, pour exclure la responsabilité des hébergeurs, en plus du cas où ils ont une connaissance effective de l'illicéité de ce qu'ils hébergent, le cas « *de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère* ». Lorsque ce texte est conjugué avec l'article 6-I.5 prévoyant qu'en cas de notification « *la connaissance des faits litigieux est présumée* », deux interprétations doivent être exclues. La première, qui peut sembler logique, voudrait que des faits et circonstances, autres que la notification, puissent porter à la connaissance de l'hébergeur la présence de contenus illicites¹¹⁹⁶. En ce sens, les juridictions européennes n'accordent pas un rôle capital à la procédure de notification¹¹⁹⁷, ce qui peut paraître logique, la Directive ne la prévoyant pas explicitement. Cette interprétation aboutissant pour certains auteurs à considérer que « *l'accroissement excessif du taux de consultations enregistrées, les transferts de fichiers volumineux, ainsi que l'importance des téléchargements doivent éveiller les suspicions* »¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ À l'appui de cette opinion, il a été envisagé de notifier certains des signalements reçus par le biais de « PHAROS » aux hébergeurs : délibération de la CNIL n° 2013-223 du 18 juill. 2013 portant avis sur un projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé « PHAROS ».

¹¹⁹⁶ La jurisprudence l'a parfois affirmé clairement : la connaissance « *est certes présumée si une notification conforme à l'article 6-I-5 [a été adressée à l'hébergeur], mais peut également être prouvée par tous autres moyens* » (TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 10 juill. 2009, *Sté Bayard Presse c/ Sté YouTube LLC* : RLDI 2009/52 n° 1723 obs. L. C.).

¹¹⁹⁷ « *Toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances* » est à même de remettre en cause les limitations de responsabilité dont bénéficient les hébergeurs (CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 121 : préc.).

¹¹⁹⁸ S. Albrieux, *op. cit.*, n° 222, p. 170.

À ce compte, la publication des photos de vacances d'une famille comptant de nombreux amis, celle d'un test d'un nouveau produit ou d'une nouvelle version d'un logiciel serait de nature à éveiller la suspicion de l'hébergeur alors que ces activités sont tout aussi licites que banales. Surtout, comment les hébergeurs peuvent-ils détecter ces mouvements et confirmer leurs soupçons sans exercer une surveillance à laquelle la loi prend la précaution de dire qu'elle ne les soumet pas¹¹⁹⁹ ? Une deuxième interprétation voudrait que les faits et circonstances visés à l'article 6-I.5 recouvrent la notification. L'hébergeur n'étant pas responsable tant qu'il n'a pas reçu de notification, quelle que soit sa connaissance réelle des usages qui sont faits de son infrastructure. Il serait alors reconnu un statut neutre à un acteur qui objectivement ne l'est pas, ce qui a été justement dénoncé¹²⁰⁰. Qu'il soit attaché à la notification une présomption légale de connaissance des faits litigieux ne veut pas dire que cette connaissance ne peut pas être rapportée par tous les autres mécanismes du droit de la preuve. Attribuer à la procédure de notification la capacité exclusive de remplir les conditions de la responsabilité prévues par la Directive devrait contrevenir à cette même directive qui ne prévoit pas ce mécanisme¹²⁰¹.

335. – L'utilité ciblée des mécanismes de droit commun. Pour éviter le piège de toute interprétation maximaliste, il faut différencier le cas où la victime souhaite porter ces faits à la connaissance de l'hébergeur et celui où l'hébergeur acquiert de lui-même cette connaissance.

Dans la première hypothèse, il faut nuancer la critique d'une obligatoire notification. Lorsque l'illicite doit être révélé à l'hébergeur, la notification est logiquement obligatoire. Les faits et circonstances de l'article 6-I-2 peuvent s'interpréter comme les éléments de la notification faisant apparaître le caractère illicite d'un contenu qui ne l'est pas *per se* ; la notification révélant, par exemple, qu'une œuvre a été publiée sans l'autorisation de son auteur, chose inutile pour les contenus illicites *per se*, tels que des propos racistes ou insultants. C'est alors avant tout le formalisme obligatoire de la notification qu'il faut dénoncer. En effet, celui qui souhaite voir un contenu retiré doit bien entrer en contact, d'une manière ou d'une autre, avec l'hébergeur. La procédure de notification, en ce qu'elle est porteuse d'une présomption, est une chance pour lui. Elle ne devient un obstacle que si les éléments qu'elle contient sont interprétés en dehors de l'esprit devant présider à la remise en

¹¹⁹⁹ Sur ce point : *supra*, n° 221.

¹²⁰⁰ *Vivant et alii*, n° 2513.

¹²⁰¹ En ce sens : CSPLA, *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet* présidée par P. Sirinelli, 4 juill. 2008, p. 64.

cause de la neutralité de l'hébergeur¹²⁰². À vrai dire, toute demande de retrait, quelle que soit sa forme, devrait pouvoir s'analyser comme une notification de contenus illicites pour peu qu'elle réponde à ce critère.

L'hypothèse d'une connaissance apportée à l'hébergeur par des éléments extérieurs ne pouvant s'assimiler à une notification est beaucoup plus épineuse. À vrai dire, les cas concrets où cette connaissance pourra être caractérisée sans demande de retrait sont rares. Il s'agit, par exemple, de l'hypothèse où la presse se fait l'écho de l'information selon laquelle des données présentées comme illicites sont stockées par un hébergeur qu'elle nomme. Lorsque ce cas s'est présenté, les juges appelés à se prononcer sur requête par l'hébergeur ont marqué un embarras certain¹²⁰³. Les faits et circonstances de l'article 6.-I-2 ne devraient cependant pas être ceux-là. Un régime juridique qui place au cœur de ses préoccupations le respect de la liberté de communication ne devrait pas ouvrir la voie à ce qu'un contenu soit retiré alors que personne n'en a formulé la demande. De plus, agir sans que personne ne l'ait actionné serait pour l'hébergeur courir le risque d'engager sa responsabilité contractuelle. L'exception tenant aux contenus odieux révèle le principe général plus qu'elle l'amende.

336. – Le cas de l'hébergeur découvrant par lui-même une activité illicite. La CJUE dans son arrêt *eBay* a considéré qu'un exploitant de place de marché en ligne, ne peut se prévaloir de l'exonération de responsabilité de l'article 14 de la directive « *s'il a eu connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité des offres à la vente en cause* »¹²⁰⁴. Ceci permet de préciser, avant d'y revenir, le jeu des interactions entre les activités neutres et non neutres d'un intermédiaire.

Les annonces publiées par une place de marché en ligne sont le fait des utilisateurs du service. Le statut d'hébergeur n'a donc aucune raison de lui être refusé par principe. Mais ces annonces ont un objet spécifique, défini par la place de marché. Celui-ci implique de nombreuses activités non neutres qui spécialisent son activité. L'exercice de certaines d'entre elles peut conduire l'intermédiaire à acquérir la connaissance des annonces qu'il héberge. Elles limitent alors sa neutralité. Les hypothèses sont nombreuses. La Cour évoque

¹²⁰² Sur l'interprétation de droit positif et la critique qui peut en être faite : *supra*, n^{os} 307-310.

¹²⁰³ Voy. les décisions rendues dans l'aff. *Wikileaks* : TGI Lille, ord., 3 déc. 2010 : Légalis – 6 déc. 2010 : Légalis – TGI Paris, réf., 6 déc. 2010, *Sté OVH* : RLDI 2011/67 n° 2206 obs. L. Costes ; RLDI/68 n° 2231, note. E. Derieux.

¹²⁰⁴ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 124 (préc.) : en reprenant les termes de la Directive, l'arrêt précise que dans une telle hypothèse l'opérateur doit réagir promptement pour ne pas engager sa responsabilité.

l'assistance fournie par l'exploitant, « *laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres* », celle-ci étant « *de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres* »¹²⁰⁵. Ainsi, la preuve de la connaissance d'annonces illicites peut s'inférer du fait qu'elles sont optimisées ou promues par l'hébergeur. Cependant, la présomption légale attachée à la notification ne peut pas jouer. Or, pour la victime, rapporter directement la preuve que l'hébergeur a acquis cette connaissance s'avère matériellement impossible. Il faudra présumer cette connaissance sur la base de l'article 1353 du Code civil. Or, définir dans quel cas elle devra jouer, c'est dire dans quel cas l'intermédiaire aurait dû prendre des mesures de précaution suffisantes pour acquérir cette connaissance. Ceci ressort d'avantage de l'encadrement de ses activités non neutres, que de celui de ses activités neutres¹²⁰⁶.

B. – L'utilité persistante du recours au juge

337. – Une appréciation fine de l'illicéité. La lenteur de la réponse judiciaire est peu adaptée à l'univers numérique. La nécessité d'une réaction rapide impose de recourir en premier lieu aux acteurs susceptibles de mettre fin à une situation illicite¹²⁰⁷. Toutefois, il peut y avoir une utilité à recourir à un juge. La loi en prévoit d'ailleurs expressément la possibilité¹²⁰⁸. Une fois qu'il s'est prononcé, l'hébergeur n'a rien à contrôler. Son information et son obligation vont de pair. Le juge dispose de l'arme de l'astreinte pour faire respecter les mesures qu'il ordonne¹²⁰⁹. Son intervention peut, en particulier, être utile lorsque la demande de retrait porte sur un contenu dont l'illicéité est trop subtile pour apparaître avec évidence à un intermédiaire technique. Comme en matière de notification de contenus illicites, les juges rappellent aux plaideurs, qui voient dans l'hébergeur un répondant de première ligne, que le premier responsable reste l'auteur du contenu lorsque celui-ci est identifiable¹²¹⁰.

Le contentieux bien particulier des suggestions de recherche fournies par les moteurs de

¹²⁰⁵ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 116.

¹²⁰⁶ Dans cette perspective, voy. *infra*, n° 429.

¹²⁰⁷ Remarquons que cette dispense de recours aux tribunaux est un phénomène répandu face à toute sorte de situations urgentes. Voy. le constat déjà effectué par Michel Vasseur : « *Urgence et droit civil* », RTD civ., 1954, n° 11, pp. 421-422.

¹²⁰⁸ C'est en particulier l'article 6-I.8 de la LCEN qui ouvre cette possibilité. En ce qu'il permet d'ordonner, à titre subsidiaire, des mesures de régulation aux FAI, il sera étudié plus avant *infra* avec d'autres dispositions permettant cette régulation d'une irréductible particularité (n° 362 s.).

¹²⁰⁹ Illustration : TGI Paris, réf., 20 avr. 2010 : RLDI 2010/61, n° 2019, 2010/64 n° 2112 note J. Couard.

¹²¹⁰ Voy. TGI Paris, réf., 20 oct. 2010, *Alexandre B. c/ JFG Networks* (Légalis) : décidant que « *le demandeur qui a fait le choix de n'assigner que [l'hébergeur], alors que l'éditeur du blog, seul à pouvoir répondre de façon équilibrée et contradictoire de ses propres initiatives, était aisément identifiable, [sera] condamné à lui payer une somme de 1200 € sur le fondement de l'article 700 du CPC* ».

recherche a donné une bonne illustration de l'utile du recours au juge. Sur le fondement des articles L. 335-4 et L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation a censuré la Cour d'appel de Paris pour ne pas avoir ordonné la suppression de suggestions accolant les termes « torrents » et « megaupload » à des titres d'œuvre¹²¹¹. Or, ces associations ne semblent pas, en elles-mêmes, manifestement illicites. Il était utile de recourir au juge pour constater l'usage qui peut en être fait avant d'ordonner une mesure de cessation. Ce recours ne devrait pas être obligatoire lorsque les associations font apparaître une insulte ou une diffamation. Pour peu que ces caractères apparaissent avec suffisamment d'évidence, une simple notification devrait suffire à obliger le moteur de recherche à supprimer les associations litigieuses.

338. – La possibilité d'ordonner des mesures étendues. Le juge se prononce avec toutes les garanties attachées à la fonction juridictionnelle. Il peut ainsi ordonner des mesures qui vont au-delà des effets d'une simple notification. Alors qu'il a été exclu qu'une notification oblige envers des contenus qui n'ont pas encore été soumis à l'hébergeur la CJUE a affirmé que « *les juridictions nationales compétentes en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle [peuvent] enjoindre à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures qui contribuent, non seulement à mettre fin aux atteintes portées à ces droits par des utilisateurs de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes de cette nature* »¹²¹². C'est ouvrir la porte à une régulation beaucoup plus intense de l'hébergeur. Celle-ci devra tout de même se concilier avec la prohibition de l'article 15.1 de la Directive et les exigences dues aux respects des droits et libertés en cause.

L'intervention du juge permet, de plus, d'émanciper la régulation d'un régime de responsabilité particulier. Il peut prescrire des mesures de cessation à des personnes qui ne sont pas des hébergeurs, mais disposant du pouvoir de faire cesser une situation illicite¹²¹³. Les difficultés attachées à la question sont beaucoup moins importantes que lorsqu'une telle mesure est adressée à un FAI¹²¹⁴.

¹²¹¹ Civ. 1, 12 juill. 2012, n° 11-20.358, *SNEP c/ Google et a* : D. 2012 p. 2343 obs. J. Larrieu ; RTD Com. 2012 p. 771 obs. F. Pollaud-Dulian.

¹²¹² CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 144 : préc.

¹²¹³ Civ. 1., 13 mars 2007, n° 06-10.987 : RLDI 2007/26, n° 865, p. 49, obs. Auroux ; Comm. com. électr. 2007, comm. 136, note Ph. Stoffel-Munck (possibilité d'ordonner directement à l'auteur du contenu de le retirer sur la base de l'art. 809 du code de procédure civile).

¹²¹⁴ Voy. *infra*, sép. n°s 370 s.

§ 2. – Une régulation opportune

339. – Une régulation essentielle à l'assainissement du réseau. La remise en cause de la neutralité d'un intermédiaire n'a de sens que si elle peut l'amener à mettre fin à la situation portée à sa connaissance. L'hébergeur dispose d'un tel pouvoir. Dans de nombreux pays, le droit utilise ce pouvoir dans le but d'assainir le réseau¹²¹⁵. L'efficacité de ce pouvoir s'illustre en France par l'obligation de retrait de l'hébergeur (I). Lorsque celle-ci est mal ou pas exécutée, la sanction frappant l'hébergeur donne à l'obligation toute sa force normative (II).

I. – L'efficacité de l'obligation de retrait des hébergeurs

340. – Du pouvoir à l'obligation. Recourir à l'hébergeur est souvent la seule voie pour une régulation efficace de l'internet. Il est particulièrement juste et utile que son pouvoir de retirer des contenus devienne une obligation lorsqu'il a connaissance de leur nature illicite (A). L'appréciation du contenu et la bonne exécution de cette obligation dépendent de la nature de l'activité exercée. Ainsi, cette obligation se calque sur la neutralité initiale de l'hébergeur (B).

A. – Une obligation justifiée par les pouvoirs des hébergeurs

341. – Les hébergeurs comme répondants privilégiés de la cessation de l'illicite sur l'internet. Les hébergeurs ont un pouvoir sur la source des contenus, à la différence des FAI qui sont condamnés à effectuer une régulation en aval. Alors que la source s'écoule par bien d'autres canaux, les bien fragiles barrages que peuvent monter les FAI sur les quelques canaux qu'ils maîtrisent peuvent affecter d'autres sources – licites celles-ci – et céder rapidement. Or, « *l'homme raisonnable n'est pas unique, [...] il varie en fonction de la difficulté.* »¹²¹⁶. Ces difficultés justifient ici que l'hébergeur soit le répondant privilégié de la cessation de l'illicite¹²¹⁷. Le pouvoir que les intermédiaires techniques ont sur les contenus délimite donc leurs obligations.

¹²¹⁵ La procédure française est d'ailleurs proche de celle en vigueur aux États-Unis en vertu du DMCA. Sur l'ensemble de la procédure DMCA, voy. US District Court, southern district of New-York, 23 juin 2010, *Viacom et a. c/ You Tube* et les observations de C. Caron, « *Le web 2.0 vu d'Outre-Atlantique* », *Comm. Com. électr.* 2010/9, comm. 83 concluant, au regard de l'appréciation des éléments fournis à l'hébergeur et du délai de sa réaction, qu'« *en l'espèce, le droit comparé permet surtout de constater des ressemblances* ». Les procédures présentent toutefois certaines différences notables (voy. note *infra*, n° 359).

¹²¹⁶ *Viney et Jourdain*, t. II., n° 464, p. 402.

¹²¹⁷ Voy. *infra*, spé. n° 378 la question de la subsidiarité de l'action auprès du FAI.

342. – D'un usage des pouvoirs de l'hébergeur compatible avec sa neutralité. Le principe de neutralité a été traduit en terme de faute des intermédiaires techniques¹²¹⁸. L'hébergeur ne connaissant pas l'existence d'un contenu illicite sur son infrastructure ne peut voir sa responsabilité engagée. *A contrario*, la fonction normative de la faute apparaît avec force. L'hébergeur qui a conscience qu'il héberge un contenu illicite peut être déclaré responsable s'il n'adopte pas le comportement idoine. Il n'y a rien de contraire à la neutralité ici. L'hébergeur ayant la connaissance de la nature d'un contenu qu'il héberge n'est plus, *de facto*, neutre. Il est en position d'effectuer un choix : continuer à publier ce contenu ou en rendre l'accès impossible. Au-delà d'une simple compatibilité avec la neutralité, l'obligation de retrait apparaît comme le pendant du passage d'un contrôle éditorial *a priori* à un contrôle *a posteriori* propre à l'internet. Le caractère extérieur à la faute de la condition d'imputabilité est ici particulièrement visible puisque la caractérisation de la condition d'imputabilité précède dans le temps celle de la faute : la première née généralement avec la notification, la seconde est caractérisée par le non-respect de l'obligation de retrait.

343. – Une obligation imparable. Évacuons l'idée que les clauses limitatives de responsabilité ou exclusives de responsabilité que les hébergeurs insèrent dans les documents qu'ils font valider à leurs utilisateurs peuvent avoir le moindre effet juridique vis-à-vis des tiers. Si le principe de l'inopposabilité des clauses limitatives de responsabilité en matière délictuelle¹²¹⁹ doit être nuancé¹²²⁰, il est dans tous les cas impossible de leur reconnaître un effet entre personnes qui n'ont jamais eu la moindre relation avant que ne survienne le dommage.

344. – Des faits justificatifs improbables. L'hébergeur qui ne s'est pas ménagé de possibilité de retirer des contenus de son infrastructure n'est pas privé de sa liberté d'action. Il s'est lui-même privé de son propre pouvoir. Il n'y a rien d'irrésistible dans le fait de mal s'organiser. Il reste possible d'imaginer des cas de force majeure imprévisible et irrésistible pour l'hébergeur, mais ceux-ci sont largement des cas d'école : locaux brûlés ou catastrophe naturelle l'empêchant de procéder au retrait. L'inaction de l'employé de l'hébergeur ne

¹²¹⁸ *Supra* n° 312 s.

¹²¹⁹ Civ. 2, 17 févr. 1955 : D. 1956, p. 17, note P. Esmein ; GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 182. – Le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle se justifie généralement par le fait que « la victime ne sait pas par avance à quoi elle renonce puisqu'elle ne connaît pas l'étendue du dommage qu'elle risque de subir » (A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 113, p. 160).

¹²²⁰ Voy. not. : Brun, n° 98 – J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 3 *Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^e éd., 2011, n° 502, n° 175 – A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, LGDJ, coll. « Domat », 14^e éd., 2014, n° 524 – L'avant-projet Catala de réforme du droit de la responsabilité admet même le principe de la validité des limitations de responsabilité en son article 1382.

devrait, bien sûr, pas être un cas de force majeure, sauf peut-être en cas de grève imprévisible rendant le retrait impossible¹²²¹.

B. – Une obligation variant selon le degré de neutralité des hébergeurs

345. – Le retrait comme prix de la neutralité. L'obligation de retrait de l'hébergeur doit être vue comme la contrepartie de la reconnaissance de sa neutralité. Les modalités de l'exécution de son obligation peuvent varier en fonction de l'orientation qu'il donne à sa neutralité, des risques auxquels elle l'expose et de la situation concrète à laquelle il est confronté. Ces éléments influent en premier lieu sur l'appréciation du délai dans lequel l'hébergeur doit s'exécuter. Celui-ci, qualifié par la loi de prompt, est en pratique susceptible d'une marge d'appréciation importante (1). Les paramètres à prendre en compte sont bien plus complexes lorsqu'il s'agit d'analyser la portée de l'obligation. Une réponse unitaire s'avère impossible, car cette portée varie en fonction de la nature de l'hébergeur (2).

1. – Un délai souple

346. – Une appréciation fortement contextualisée. L'article 6-I.2 de la LCEN exclut la responsabilité de l'hébergeur dès lors qu'il a « *agi promptement pour retirer [les] données ou en rendre l'accès impossible* ». Sans surprise, la jurisprudence tranche que la réaction dans la journée même de la notification est prompte¹²²², mais qu'un délai de cinq mois ne l'est pas¹²²³. Entre ces deux extrêmes, un délai d'un mois et demi a pu être jugé comme insuffisant pour engager la responsabilité de l'hébergeur¹²²⁴, mais un délai de cinq jours n'a pas, dans d'autres cas, été vu comme prompt¹²²⁵.

Il est difficile d'extraire un délai précis de la jurisprudence et c'est heureux. Si la loi utilise le terme « prompt », c'est bien pour garantir l'adaptabilité de la règle aux situations concrètes. « *La disposition légale laisse délibérément une marge d'appréciation au juge qui pourra, devra même, tenir compte du contexte.* »¹²²⁶. L'appréciation de cette exigence doit ainsi se

¹²²¹ Sur un plan général, voy. *Le Tourneau*, n°s 1836-1841 et les exemples cités (le critère de l'extériorité restant discuté).

¹²²² TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, *M. K. c/ Sté Amen et a.* (préc.) : à signaler que les contenus étaient en l'espèce « particulièrement » manifestement illicites (diffusion d'écoutes téléphoniques).

¹²²³ TGI Paris, ch. 3, sect. 2., 10 juill. 2009 : préc.

¹²²⁴ TGI Créteil, ch. 1, sect. A., 14 déc. 2010, *INA c/ Sté YouTube* : RLDI 2011/67, n° 2194 obs. L. C. ; 2011/68, n° 2232 note M. Schaffner et G. Sroussi.

¹²²⁵ TGI Paris, ch. 3, sect. 1, 29 mai 2012, *TF1 et a. c/ YouTube* : Légalis ; RLDI 2012/83, n° 2795, obs. L.C. – De même pour des délais allant de sept à cinquante-neuf jours : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 2 déc. 2014 : RLDI 2015/112 n° 3362 note C. Castets-Renard.

¹²²⁶ *Vivant et alii*, n° 2513.

faire en fonction de l'hébergeur visé. La nature des contenus visés par la notification a également son importance. Il est exclu que l'appréciation d'une situation manifeste nécessite des recherches importantes ou la consultation de juristes spécialisés. Autre chose est le constat de la présence de personnes qualifiées à même d'éclairer l'hébergeur sur le comportement à adopter. Il devrait être exigé une appréciation plus fine d'une grosse structure disposant de compétences juridiques importantes que de petites structures d'hébergement. De même, une connaissance juridique particulière peut être exigée d'un hébergeur exposant les tiers à un risque spécifique¹²²⁷. Le délai de réaction de l'hébergeur peut dans certaines de ces hypothèses être allongé du fait des recherches à entreprendre. Si ce délai le conduit à une appréciation plus fine de l'illicite, personne n'a alors à s'en plaindre.

2. – Une portée variable

347. – Une portée dépendante à la nature du service. L'obligation de l'hébergeur peut varier en fonction de son positionnement, de son degré de spécialisation, autrement dit, de ses activités non neutres. Le constat peut paraître évident : le retrait de contenus ne s'exerce pas selon les mêmes modalités pour un hébergeur généraliste, une plateforme vidéo, un wiki ou un forum de discussion. Toutefois, au-delà de simples différences dans l'exécution matérielle de l'obligation, la portée de l'obligation de l'hébergeur mérite d'être précisée juridiquement, car elle s'impose différemment selon sa nature. De l'orientation du service dépend le contenu précis de l'obligation de retrait de l'hébergeur. La faute participe ici encore « *de la définition même du licite et de l'illicite.* »¹²²⁸.

Le cas du « sur-hébergeur » doit être différencié, car sa neutralité est généralement moins orientée que celle du service qu'il héberge (a). Les moteurs de recherche sont également dans une situation particulière, car ils adoptent un rôle actif dans l'indexation du web (b). Leur obligation de déréférencement peut s'apparenter à l'obligation de *stay down* débattue en jurisprudence. Celle-ci ne peut cependant être généralisée à tous les hébergeurs (c).

a) Le cas du « sur-hébergeur »

348. – L'hébergement en cascade. L'hébergeur généraliste voit varier son obligation de retrait essentiellement en fonction de ce qui lui a été dénoncé dans la notification. Il peut se voir notifier qu'il héberge un site illicite. Si ce caractère est manifeste, il doit alors couper l'accès au site entier. Il peut aussi se voir notifier un contenu particulier sur l'un des sites qu'il

¹²²⁷ Sur la même base que celle évoquée *supra* pour l'appréciation de l'illicite.

¹²²⁸ C. Bloch, « Définition de la faute », in Terré F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 102.

héberge. Alors, son obligation se limite à en rendre l'accès impossible. La situation n'est pas toujours aussi simple, car un hébergeur généraliste peut très bien accueillir un autre hébergeur, qu'il s'agisse d'un site web 2.0 bénéficiant de statut d'hébergeur ou d'un autre hébergeur généraliste qui utilise ses services pour proposer sa propre offre commerciale.

Les pouvoirs de chacun des acteurs en présence doivent circonscrire leurs obligations. Il ne semble pas que le sur-hébergeur doive être pour autant soumis à un régime spécifique¹²²⁹. Lorsque le sur-hébergeur a loué un serveur entier à son client, son pouvoir se limite à mettre hors ligne l'ensemble du serveur. Pour qu'il y soit obligé, il faut donc que la notification fasse apparaître l'illicéité d'un service entier. À défaut, la notification devrait être plus utilement adressée au « sous-hébergeur » ou hébergeur direct.

b) L'obligation de déréférencement des moteurs de recherche

349. – L'exigence d'un déréférencement pérenne. La neutralité des moteurs de recherche est particulière, car elle se déploie dans le cadre d'une activité d'indexation qui implique un rôle actif¹²³⁰. En effet, les moteurs de recherche indexent automatiquement l'ensemble du web grâce à des « robots » qui naviguent automatiquement de site en site. Leur neutralité doit pourtant être reconnue, car elle présente l'utilité d'imposer des mécanismes de cessation aux moteurs de recherche, ouvrant ainsi la possibilité de réduire largement la visibilité de certains contenus qui ne peuvent être mis hors ligne facilement¹²³¹. Le législateur l'a bien compris en permettant à l'autorité administrative de leur demander de retirer des liens vers des contenus pédopornographiques, appelant ou faisant l'apologie du terrorisme¹²³², au même titre qu'il a permis à l'autorité administrative de demander le retrait de ces contenus aux hébergeurs ou aux FAI¹²³³. L'obligation de retrait des moteurs de recherche est cependant particulière. Elle implique le déréférencement des pages notifiées. Lorsqu'un moteur de recherche répond positivement à une notification, il ne doit pas simplement supprimer le contenu qu'il a indexé pour s'exécuter correctement. Il doit aussi placer l'adresse où il a indexé le contenu dans une liste noire afin que ce contenu ne réapparaisse pas sur ses

¹²²⁹ En ce sens : TGI Paris, ch. 3, sect. 1, 3 juin 2008, *J.-Y. Lafesse c/ Sté OVH et a.*, n° 07/02914 : RLDI 2008/40 n° 1326 obs. J.-B.A. – *Contra*, soumettant le sur-hébergeur au droit commun sans retenir sa responsabilité en l'espèce : CA Paris, ch. 2, 11 déc. 2009 : RLDI 2010/57 n° 1884 M. T.

¹²³⁰ *Supra*, n°s 281-283.

¹²³¹ Plus de 26 millions de requêtes DMCA ont été reçues par Google au mois de juin 2014 afin d'obtenir le déréférencement de pages portant atteinte au *copyright*. Ces chiffres, à la croissance exponentielle, sont publiés par Google sur <http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/> (consulté le 1^{er} juillet 2014).

¹²³² Art. 6-1 al. 4 de la LCEN.

¹²³³ Voy. l'ensemble de l'art. 6-1 de la LCEN issu de la loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

services. À défaut, son retrait ne serait effectif que le temps que ses robots le réindexent. L'obligation de retrait des moteurs de recherche se prolonge donc naturellement.

350. – Les fonctions de suggestion de recherche doivent être envisagées en partant d'un constat voisin. Les utilisateurs du service ne demandent pas au moteur de recherche de stocker les mots-clés et les associations qu'ils effectuent. C'est le moteur qui, de sa propre initiative, décide de le faire. Ainsi, lorsque l'une de ces associations apparaît manifestement illicite, il lui appartient, lorsqu'il en est notifié, de faire en sorte que celles-ci ne réapparaissent pas. La solution paraît évidente, car l'identification d'un mot-clé est tout aussi simple que celle de l'adresse d'une page web. *A contrario*, lorsqu'il s'agit d'empêcher la réapparition de contenus identiques, mais provenant d'adresses différentes, la question devient plus épineuse. Elle rejoint celle de l'obligation de *stay down*.

c) L'impossible généralisation de l'obligation de « stay down »

351. – Variation autour d'une prétendue obligation de *stay down* après notification. Lorsqu'un hébergeur a procédé au retrait d'un contenu manifestement illicite, ce même contenu peut réapparaître très rapidement sur la plateforme du même hébergeur. Le phénomène est devenu particulièrement dommageable du fait de l'émergence du web 2.0 et plus particulièrement des plateformes vidéo. L'idée de rendre impossible la réapparition d'un contenu déjà notifié est connue aux États-Unis par la formule « *take down, stay down* » que certains prestataires ont adoptée spontanément¹²³⁴. Pour les partisans d'une telle obligation, il y a l'idée que l'hébergeur déjà notifié perd définitivement une part de sa neutralité.

Les difficultés pratiques sont nombreuses. Le contenu remis en ligne peut émaner d'une personne totalement différente de celle qui l'avait déposé une première fois. De ce fait, il est impossible pour un hébergeur de connaître les droits afférents à ce contenu. Certes, la première demande de retrait témoigne généralement d'une volonté de ne pas voir le contenu en question publié sur cette plateforme. Les causes de la notification peuvent pourtant différer. Il peut s'agir de ne pas vouloir voir apparaître un contenu avant une certaine date, de ne pas vouloir qu'un tiers le publie profitant d'éventuels revenus publicitaires ou qu'une vidéo de qualité dégradée affecte l'image de l'œuvre¹²³⁵. Ainsi, un contenu pour lequel une

¹²³⁴ CSPLA, *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet présidée par P. Sirinelli*, 4 juill. 2008, p. 68.

¹²³⁵ L'atteinte du droit moral de l'auteur a pu être constatée du fait de la mauvaise qualité de publications (TGI Paris, 15 avr. 2008, *J.-Y. Lafesse et a. c/ Dailymotion et a.*, : Légalis). – *Adde* : TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, *TF1 et a. c/ Dailymotion* : préc. (préjudice allégué, non pris en compte faute d'élément pour l'apprécier).

notification a déjà été effectuée peut réapparaître parfaitement légalement sur la même plateforme. Un mouvement général est d'ailleurs observé en ce sens sur les grandes plateformes vidéo contre lesquelles certains ayants droit ont autrefois lutté. Aujourd'hui, ils publient souvent eux-mêmes leurs contenus afin de les monétiser et collaborent avec ces plateformes pour supprimer ces mêmes contenus publiés par des tiers¹²³⁶.

352. – Condamnation d'une obligation généralisée de « stay down ». Les juges, principalement parisiens, ont initié une forte vague, de fond forcément, imposant une telle obligation aux hébergeurs¹²³⁷. Les prémices d'une remise en cause se sont fait jour assez tôt au niveau européen. D'abord de manière incidente¹²³⁸, puis plus clairement avec l'arrêt *Sabam*¹²³⁹. La Cour de cassation, en adoptant la méthode, a porté un coup qui a paru fatal aux constructions de la Cour d'appel de Paris par une série d'arrêts du 12 juillet 2012 les censurant¹²⁴⁰.

S'il est improbable que cette obligation puisse revenir sur une autre voie, car son rejet est en partie motivé par la volonté de ne pas instaurer une obligation de surveillance généralisée¹²⁴¹, il n'est pas exclu qu'une obligation voisine s'impose sous une forme collaborative. Les juridictions parisiennes l'avaient déjà initiée avant les arrêts de la Cour de cassation¹²⁴². Elles se sont senties autorisées à la confirmer depuis¹²⁴³. Ce qui ouvre la voie à

¹²³⁶ Voy. *infra*, n° 431 s., spé. n° 437.

¹²³⁷ TGI Paris, ch. 3, 19 oct. 2007, *Sté Zadig productions c/ Sté Google Inc.* : RLDI 2007/32, n° 1062 – TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 14 nov. 2008, J.-Y. Lafesse et a. c/ YouTube, n° 07/01780 : Légalis – TGI Paris, réf., 19 nov. 2008, J.-Y. Lafesse et a. c/ Dailymotion : RLDI 2008/44 n° 1462 obs. M.T – TGI Paris, réf., 5 mars 2009, R. Magdane et a. c/ YouTube : Légalis – TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 janv. 2011, RLDI 2011/68 n° 2247 obs. L.C. – TGI Paris, ch. 3, 10 avr. 2009, *Sté Zadig Productions et a. c/ Dailymotion*, n° 06/18473, RLDI 2009/49 n° 1618 obs. L.C. – TGI Créteil, ch. 1, sect. A., 14 déc. 2010 : préc. – TGI Paris, pôle 5, ch. 2, 14 janv. 2011 (4 aff. : *Google c/ The factory* (« L'affaire Clearstream »), *Google c/ Cie des phares et balises* (« Le génocide arménien »), *Google c/ Bac Fims et a.* (« Les dissimulateurs » ; *Google c/ Les films de La Croisade et a.* (« Mondovino »)) : RLDI 2011/70, n° 2306 note L. Grynbaum. – CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 févr. 2011, n° 09/21941, *André R. c/ Google et a.* : Légalis.

¹²³⁸ Cf. conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen du 9 déc. 2010 dans l'aff. *eBay*, C-324/09, (Comm. Com. électr. 2011/3, comm. 23, obs. A. Debet ; RLDI 2011/67 n° 2196, obs. L.C., 2011/68 n° 2220 note J.-P. Gasnier et O. Roux) : « il convient de partir du principe qu'il n'y a pas de connaissance effective de ce que B porte atteinte à la marque X parce que A porte atteinte ou a porté atteinte à la marque X. »,

¹²³⁹ CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c/ Netlog* : préc.

¹²⁴⁰ Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188, 11-13.666, 11-13.669 : Dalloz actualité, 18 juillet 2012, obs. C. Manara ; Comm. com. électr., 2012, comm. 91, obs. C. Caron ; D. 2012 p. 2075, obs. C. Manara ; p. 2075, note C. Castets-Renard, JCP E 2012, n° 1627, obs. J.-M. Bruguière.

¹²⁴¹ Les trois arrêts du 12 juill. 2012 visent, outre les art. 6-I.2 et 6-I.5 de la LCEN, l'art 6-I.7 qui reprend la prohibition de l'art. 15.1 de la Directive. Les trois décisions disent explicitement qu'une obligation de retirer ou de rendre l'accès impossible à des contenus qui n'ont pas fait l'objet d'une notification aboutirait à soumettre les intermédiaires techniques à une « obligation générale de surveillance ». La Cour de cassation prend ainsi le contrepied des rédacteurs du rapport d'information sur la LCEN qui n'avait vu dans cette obligation qu'une « obligation particulière de surveillance » compatible avec la prohibition issue de la Directive (J. Dionis du Séjour et C. Erhel, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, 23 janv. 2008, pp. 31-32).

¹²⁴² TGI Paris, ch. 3, sect. 3, 24 juin 2009, J.-Y. Lafesse et a. c/ Google et a. : RLDI 2009/51, n° 1686 obs. M.T.

une salubre obligation de collaboration. Celle-ci sera évoquée au registre de la régulation des activités non neutres des hébergeurs, car elle se greffe sur ces mêmes activités¹²⁴⁴.

II. – Les sanctions de la régulation pratiquée par les hébergeurs

353. – La non-utilisation du pouvoir de l'hébergeur est sanctionnée sur le fondement d'une faute d'abstention (A) alors que sa mauvaise utilisation l'est sur celui d'une faute de commission (B).

A. – La sanction de la faute d'abstention des hébergeurs

354. – **À faute autonome, sanction autonome.** Au stade de la sanction de l'obligation de l'hébergeur, l'autonomie de sa faute apparaît clairement. Cet acteur, initialement neutre, ne peut être responsable que du préjudice provoqué par son inaction. Ce préjudice doit donc être différencié du préjudice causé par l'utilisateur du service (1). S'agissant d'une faute d'abstention, il y aura, dans la majorité des cas, responsabilité superposée à partir de l'inaction fautive. Doit alors être envisagé, au stade de la contribution à la dette, le recours de l'hébergeur contre son utilisateur (2).

1. – Un préjudice détaché

355. – **L'étendue de la réparation.** L'hébergeur peut avoir pris connaissance du contenu notifié et ne pas réagir si son contrôle le conduit à juger que la situation n'est pas manifestement illicite. À condition que son contrôle ait été correctement effectué, il ne commettra aucune faute en continuant à adopter un comportement techniquement neutre alors qu'il ne l'est plus psychologiquement. À l'inverse, la mauvaise appréciation de l'illicite conduit le plus souvent à une absence de réaction qui devient l'une des causes du dommage. Cette faute d'abstention est le plus souvent directement liée à l'obligation de contrôle, même si elle peut aussi résulter d'une mauvaise réaction après un contrôle correct.

Le fait générateur de responsabilité de l'hébergeur sera décalé d'un temps par rapport à celui de l'utilisateur. La naissance de son obligation est nécessairement postérieure au fait initial. La voie de la complicité semble ainsi fermée¹²⁴⁵. L'éventualité d'une complicité de

– Surtout, conditionnant l'obligation de *stay down* à la collaboration des ayants droit : TGI Paris ch. 3, sect. 4, 28 avr. 2011, *SPPF c/ YouTube et a.* : Comm. com. électr. 2011, comm. 67 note A. Debet.

¹²⁴³ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 juin 2013, *SPPF c/ Youtube et a.* : Légalis.

¹²⁴⁴ Voy. *infra*, n°s 431 s.

¹²⁴⁵ Cf. notre avis *supra*, n° 202, voy. cep. n° 202-1.

nature civile a été soulevée¹²⁴⁶. Une condamnation civile pour des faits de contrefaçon a pu sembler ouverte¹²⁴⁷. Ces solutions ne semblent pas pouvoir être généralisées, le fait générateur de responsabilité de l'hébergeur étant spécifique, sa responsabilité devrait l'être également. Ce n'est que dans le cas où ce fait générateur spécifique se superpose avec les conditions de la responsabilité d'un autre régime de responsabilité qu'une « complicité » de nature civile peut être envisagée.

Dans tous les cas, lorsque celui qui est chargé de mettre fin à une situation illicite ne le fait pas, il ne peut être chargé du préjudice déjà causé. « *La cessation de l'illicite [...] laisse intact le préjudice déjà réalisé et empêche seulement pour l'avenir le renouvellement du préjudice, la naissance d'un nouveau préjudice.* »¹²⁴⁸. Il est ainsi logique de considérer que l'hébergeur fautif ne couvre pas le préjudice réalisé avant la naissance de son obligation. La jurisprudence en donne quelques illustrations¹²⁴⁹. Précisément, l'hébergeur devrait être responsable du préjudice causé par sa défaillance une fois écoulé le prompt délai qui lui est accordé pour réagir. L'hypothèse de la non-exécution de l'obligation de retrait alors que le contenu ne cause aucun préjudice est toujours possible s'agissant d'une action en cessation¹²⁵⁰. Elle devrait se régler, en cas d'action en justice, par une injonction de procéder à la cessation accompagnée de la condamnation aux dépens et éventuellement aux frais de procédures éventuellement accompagnée qu'une déclaration symbolique de responsabilité.

356. – L'obligation à la dette. Le lien de causalité entre la faute initiale et le dommage n'est pas brisé par l'inaction de l'hébergeur. Il s'ajoute simplement une cause au préjudice de la victime posant une question classique de responsabilités superposées où le principe du cumul est affirmé¹²⁵¹. Elle ne vaut, bien entendu, qu'autant que les conditions de la responsabilité de l'auteur principal sont réunies. Lorsque l'hébergeur et le responsable principal sont tous deux attirés en justice, la voie est naturellement ouverte à une condamnation *in solidum*¹²⁵². Au stade de l'obligation à la dette, la victime devrait donc avoir le choix de s'adresser à l'hébergeur, pour la part du préjudice subi à partir de l'écoulement du

¹²⁴⁶ Voy not. Gautier P.-Y., « De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », D. 2011, p. 2054⁺, n° 8.

¹²⁴⁷ TGI Créteil, ch. 1, sect. A., 14 déc. 2010, *INA c/ Sté YouTube*, préc.

¹²⁴⁸ M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 217.

¹²⁴⁹ TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, *TF1 et a. c/ Dailymotion* : préc. (indemnisation réduite du fait de « manquements très limités dans le temps ») – CA Paris, ch. 14, sect. A., 12 déc. 2007, *Google Inc. c/ Benetton Group et a.*, RLDI 2008/34, n° 1149, obs. J.-B. A. ; 2008/36 n° 1204 note A. Saint Martin (responsabilité de l'hébergeur défaillant engagée « à partir » de la date de la notification).

¹²⁵⁰ Sur ce point, *infra*, n° 315.

¹²⁵¹ F. Leduc, « Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun », RCA 2012, n° 2, dossier 10, p. 48⁺, n° 5. L'auteur identifie des exceptions au cumul (n° 6) qui sont toutes prévues par la loi.

¹²⁵² *Vivant et alii*, n° 2485 : « la responsabilité de l'un n'exclut pas celle de l'autre ».

prompt délai, ou à l'auteur principal, pour l'entier préjudice. C'est somme toute la solution la plus logique, mais peut-être pas la plus praticable. Condamner l'hébergeur au tout permettrait de faire l'économie d'un difficile découpage du préjudice dans le temps. L'aspect punitif serait alors très visible en ce que l'hébergeur subirait le poids de la faute d'un tiers alors qu'il n'avait nullement pour obligation de l'empêcher. Cette hypothèse, pour simplificatrice qu'elle soit, est source d'une confusion entre les usages et le réseau. Même si elle ne se manifeste que dans le cas d'une défaillance avérée de l'hébergeur, l'économie générale du régime de responsabilité des hébergeurs pourrait s'en trouver modifiée tant une notification peut être formulée bien longtemps après qu'un contenu ait commencé son œuvre dommageable. Quant à l'idée d'obliger l'hébergeur pour le tout, en lui ouvrant un entier recours contre son utilisateur pour la période précédant la naissance de son obligation, si elle est porteuse de sécurité pour la victime, elle ajouterait des subtilités à un découpage déjà complexe.

2. – La question des recours en contribution

358. – Configuration. Il y a deux faits générateurs distincts à partir du moment où l'hébergeur n'a pas réagi dans le prompt délai qui lui est accordé. L'un est l'autre sont, à partir de ce moment, la cause du préjudice de la victime. Il y a alors deux responsabilités superposées. Dans l'hypothèse d'une condamnation de l'un quelconque, ou même des deux, la question de la répartition finale du poids de la condamnation ne tarde pas à se poser. Il est bien plus probable que l'hébergeur exerce un recours contre son utilisateur que l'inverse. Mais l'hypothèse peut s'imaginer d'un utilisateur qui, ayant mis fautivement un contenu en ligne, ne peut être contacté par l'auteur de la notification. L'hébergeur ne réagissant pas, ni pour retirer le contenu ni pour en avertir l'utilisateur¹²⁵³, il permet au dommage de s'aggraver. Sa faute est alors d'un pouvoir causal supérieur à celle de l'utilisateur, ce qui ne devrait malheureusement pas être décisif dans l'appréciation de sa gravité.

358-1. – Les recours entre coresponsables se réalisent en considération du fondement respectif de leur condamnation¹²⁵⁴. En présence de deux fautes, il importe de peser la gravité des fautes respectives pour déterminer le poids de la responsabilité que supportera finalement

¹²⁵³ Lorsqu'un hébergeur généraliste reçoit une notification, particulièrement lorsque celle-ci n'est pas parfaitement formalisée, la pratique la plus répandue consiste à demander au client de retirer lui-même le contenu.

¹²⁵⁴ *Le Tourneau*, n^{os} 1757 s. – Il devrait se faire, pour être pleinement normatif, à l'aune de l'aptitude préventive de chaque coresponsable et non en fonction de la gravité de la faute ou du régime de responsabilité pour faute ou sans faute. Cf. G. Maitre, (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n^{os} 267-268, pp. 149-150.

chacun des coresponsables¹²⁵⁵. La victime déjà indemnisée, la jurisprudence s'autorise à revenir à une sorte de « *religion plus ou moins consciente d'une prévalence de la responsabilité pour faute* » dans une matière qui s'en émancipe de plus en plus¹²⁵⁶. L'exercice est éminemment subjectif. Une faute d'abstention pourrait être vue comme moins lourde qu'une faute de commission, mais ce serait oublier que la faute initiale peut être involontaire, découler d'une simple négligence, pendant que la faute de l'hébergeur peut très bien découler d'une intention coupable. Sa faute peut, plus couramment, être le fait d'une mauvaise organisation ou d'une négligence. En ce qu'elle sera imputable à un professionnel bénéficiant d'un régime de responsabilité limitée, cette faute devrait peser lourd dans la pesée du « mal » qu'impose sa répartition.

B. – La sanction de la faute de commission des hébergeurs

359. – L'éventualité d'une responsabilité due à un retrait. À la différence du DMCA américain¹²⁵⁷, le système mis en place par la LCEN implique que l'hébergeur, en cas de doute, peut-être enclin à retirer un contenu douteux. Il pense alors sa responsabilité écartée. Or, de la faute d'abstention à la faute de commission, il n'y a qu'un pas. L'hébergeur est obligé envers celui qui a déposé un contenu. Un contrat d'hébergement a été conclu. Ce contrat a pour objet la publication d'un ou de plusieurs contenus, à titre onéreux ou à titre gratuit¹²⁵⁸. Lorsqu'un hébergeur fait droit à une demande de retrait alors que le contenu n'est pas illicite, se pose la question de sa responsabilité vis-à-vis de son client. L'article 6-I.2 de la LCEN est, bien sûr, inapte à protéger l'hébergeur. Il n'aménage sa responsabilité que pour ce qui est des « *activités ou informations stockées* ». Or, nous serions ici face à une « banale » inexécution contractuelle ayant justement abouti à la suppression des activités ou informations stockées. La voie de la responsabilité contractuelle reste libre. Ainsi, l'activité de contrôle sur notification de l'hébergeur est doublement encadrée. « *Ne pas intervenir peut constituer une*

¹²⁵⁵ *Le Tourneau*, n° 1757.

¹²⁵⁶ *Brun*, n° 589, regrettant qu'il ne soit pas tenu compte franchement du pouvoir causal de chacun des faits générateurs de responsabilité dans la répartition finale de la réparation.

¹²⁵⁷ La procédure mise en place par le DMCA ne laisse pas place au doute. L'hébergeur doit retirer un contenu qui lui est notifié, mais il doit aussi en informer celui qui l'a mis en ligne, lequel peut formuler une contre notification. L'auteur de la notification doit alors former une action en justice à défaut de laquelle l'hébergeur doit remettre en ligne les contenus dans un délai de 10 à 14 jours. Voy. V. Sédallian, « *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique* », Cahiers du Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 110, janv. 1999, n° 1.4.

¹²⁵⁸ Remarquons que la gratuité n'est pas synonyme d'absence de rémunération, l'hébergeur se rémunérant grâce à la publicité qu'il affiche « autour » du contenu. D'où il faut tout de même déduire, du point de vue contractuel, qu'il y a « *absence de prix* » (voy. *Vivant et alii*, n° 2112).

faute. Intervenir également »¹²⁵⁹. Il ne doit pas trop peu agir, sous peine de voir sa responsabilité délictuelle engagée sur le fondement de la LCEN, mais il ne doit pas trop agir, sous peine de voir sa responsabilité contractuelle engagée.

360. – Ce sera au juge de décider si l'hébergeur a exercé son contrôle avec une légèreté fautive aboutissant à causer un préjudice illégitime à son cocontractant. Le cas d'un hébergeur ayant retiré à tort un contenu sans être fautif s'est vu en jurisprudence¹²⁶⁰. Son erreur doit en quelque sorte être commune et excusable, l'inexécution contractuelle qui en résulte devrait alors être considérée comme couverte par la permission de la loi¹²⁶¹. Or, la loi ne demande à l'hébergeur que de mettre hors ligne les contenus qui lui sont notifiés. Leur suppression pure et simple est de nature à caractériser une légèreté génératrice d'un préjudice spécifique. À l'inverse, le dommage subi par son client en sera d'autant plus réduit que les données ne sont pas perdues et qu'elles sont susceptibles d'une remise en ligne très rapide. C'est donc d'un ensemble de faits qui va de l'appréciation de l'illicite aux modalités du retrait que peut s'inférer une faute de commission de l'hébergeur.

Les parties sont libres d'aménager cette éventuelle responsabilité¹²⁶², sans que la responsabilité de l'hébergeur puisse être complètement éludée¹²⁶³. La clause conditionnant l'exécution de la prestation à l'absence de réclamation des tiers est de nature à affaiblir considérablement l'obligation essentielle de l'hébergeur. Ce point devrait être apprécié au cas

¹²⁵⁹ *Vivant et alii*, n° 2483.

¹²⁶⁰ TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 28 nov. 2013, *Laurence c/ Telfrance Serie, Facebook France* (RLDI 2014/100 n° 3321 obs. J. de R.) : la sté. Facebook France, en sa qualité d'hébergeur a été contrainte à remettre en ligne une page « non officielle » d'une série télévisée, alors qu'elle l'avait supprimée après avoir reçu une notification du titulaire de la marque. Le retrait n'est pas fautif, car cette « *demande pouvait apparaître fondée pour la société Facebook France* ». Il faut toutefois noter que le jugement a été réformé en ce qu'il a condamné Facebook France à rétablir la page litigieuse sans établir la qualité à agir de la structure française (CA Paris, pôle 5 ch. 2, 17 oct. 2014 : RLDL 2014/110 n° 3636 obs. J. de R.).

¹²⁶¹ S'il est nécessaire de ne pas engager la responsabilité de celui qui n'a fait que se conformer aux prescriptions de la loi, il n'est pas davantage envisageable qu'un fait justificatif exonère le responsable des devoirs qui sont les siens (*Brun*, n° 337). Il faut donc considérer que c'est uniquement dans le cas où l'hébergeur s'est strictement conformé à ses devoirs extracontractuels qu'il peut faire valoir un fait justificatif sur le plan contractuel.

¹²⁶² Certains contrats l'illustrent en pratique. Ainsi, OVH limite sa responsabilité en cas de suspension de service motivée par des « *raisons légitimes de penser* » que le client agit en violation des lois et règlements (art. 7 et 11 des conditions générales d'hébergement, version du 2 mars 2011). Du côté des hébergeurs 2.0, Dailymotion se contente de rappeler ses obligations de cessation de l'illicite en tant qu'hébergeur (art. 5 des conditions d'utilisation, version du 13 févr. 2014), mais Youtube stipule de très larges limitations de responsabilité qui s'étendent à toute forme de défaillance (13.3 des conditions d'utilisation, version du 9 juin 2010).

¹²⁶³ De la législation relative aux clauses abusives en matière de consommation, à celle résolvant en dommages et intérêts les clauses créant un déséquilibre significatif en matière commerciale en passant par l'utilisation de la notion de cause à la suite des arrêts *Chronopost*, les fondements pour sanctionner une clause dispensant l'hébergeur de toute responsabilité envers son client sont nombreux (en ce sens : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., n° 354). Dans ce contexte, ces mécanismes ne sont susceptibles d'avoir qu'un faible impact sur le principe de neutralité, il en va autrement de leur application au contrat d'accès à l'internet où ils méritent d'être envisagés plus avant (*infra*, n° 457-458, 472).

par cas si cette clause s'accompagne d'une réelle vérification ou si elle se justifie par un risque spécifique. Elle peut, par exemple, permettre à un service en ligne d'exercer une activité nouvelle porteuse d'une grande insécurité juridique à laquelle l'hébergeur souhaite se soustraire.

361. – Étape. Les pouvoirs dont disposent les hébergeurs pour mettre fin à des situations illicites justifient parfaitement la procédure de notification de contenus manifestement illicites issus de la LCEN. Elle s'inscrit, de plus, pleinement dans une acception raisonnable de la neutralité. La graduation de la neutralité observée en première partie¹²⁶⁴ permet d'inscrire les obligations des hébergeurs dans le contexte général de leurs activités, plus ou moins précises et risquées.

Section 2. – La régulation des activités neutres des transporteurs

362. – Persistance de la neutralité des transporteurs. Contrairement aux hébergeurs, les FAI ont une maîtrise réduite et éphémère des données qu'ils font transiter. Ils ne restent en possession des paquets électroniques qu'ils transmettent que quelques très courts instants alors que les hébergeurs les stockent durablement pour assurer leur persistance en ligne. Or, le pouvoir d'intervenir est « *une condition sine qua non* » de la responsabilité des intermédiaires techniques¹²⁶⁵, ce qui explique que la responsabilité des hébergeurs soit mise en avant. À la lecture de la Directive, la conscience de transporter un contenu illicite n'est pas de nature à remettre en question l'exonération de responsabilité des FAI¹²⁶⁶. C'est que sanctionner cette conscience reviendrait à demander aux FAI d'intervenir. Or, les possibilités d'intervention des transporteurs sont réduites et imparfaites. Le recours à leurs pouvoirs de régulation doit être encadré (§ 1) et leur mise en œuvre doit être limitée à des cas où elle est strictement nécessaire (§ 2).

§ 1. – L'encadrement du recours aux pouvoirs de régulation des transporteurs

363. – Une régulation malaisée. La régulation de la neutralité des transporteurs est d'une

¹²⁶⁴ *Infra*, n° 168.

¹²⁶⁵ *Vivant et alii*, n° 2507.

¹²⁶⁶ E. Montero, « *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet* », *Revue Ubiquité*, 2000/5, pp. 105-106.

efficacité incertaine (I). Elle ne doit pas être la première forme de régulation du réseau. Bien au contraire, son caractère imparfait implique d'entourer son usage de garanties (II).

I. – Des pouvoirs imparfaits

364. – Des pouvoirs limités. À la différence des hébergeurs, les transporteurs sont des acteurs dont l'activité est assez homogène. Ils disposent globalement tous des mêmes pouvoirs de régulation. Aucun n'est totalement efficace, les techniques à leur disposition ont des effets incertains (A), ce qui comporte des risques non négligeables pour les droits des utilisateurs (B).

A. – Des techniques aux effets incertains

365. – Les pouvoirs dont disposent les transporteurs pour réguler les contenus qu'ils véhiculent sont réputés imparfaits, voire risqués. Les différentes techniques envisageables n'ont cependant pas toutes les mêmes effets. Le caractère intrusif de ces techniques croît à mesure de leurs ambitions en termes d'efficacité. Suivant l'évolution de cette courbe, seront évoquées les mesures de blocage (1), relativement peu efficaces et peu intrusives, puis les mesures de filtrage (2), potentiellement très efficaces, mais porteuses de risques importants.

1. – Les techniques de blocage

366. – Le blocage DNS. La première technique, la moins invasive, consiste à modifier le comportement des serveurs DNS¹²⁶⁷. Les serveurs DNS pour *Domaine Name System* sont ceux qui permettent d'accéder, grâce à un nom de domaine facilement lisible par un humain, à un site hébergé sur une adresse IP beaucoup moins parlante¹²⁶⁸. L'immense majorité des sites étant hébergée sur un nom de domaine, il est très efficace de faire en sorte qu'un serveur DNS ne renvoie plus l'adresse IP du serveur hébergeant le site visé. Cette technique ne peut donc viser qu'un domaine entier, sans pouvoir distinguer entre ses différentes pages et ses différents sous-domaines. Elle s'applique de manières privilégiées aux FAI, car, à la différence de transporteurs situés plus profondément dans le réseau, ils fournissent des serveurs DNS à leurs clients. Ces derniers les utilisent généralement sans même s'en rendre compte.

Pourtant, il existe de très nombreux serveurs DNS, partout dans le monde, qui ne sont pas

¹²⁶⁷ Sur cette technique, voy. : *Erhel et Raudière*, p. 31.

¹²⁶⁸ Pour illustration, lorsqu'un internaute veut accéder à *legifrance.fr*, son ordinateur interroge un serveur DNS qui lui indique que *legifrance.fr* est hébergée sur l'adresse IP 81.92.80.56.

gérés par des FAI. Ici réside les possibilités de contournement de ce système. Changer de serveur DNS ne nécessite que très peu de compétences techniques. Des listes de serveurs DNS ouverts sont disponibles sur l'internet, sans que cela soit d'ailleurs forcément mal intentionné. Ces serveurs peuvent être utilisés pour leur rapidité, pour contourner les pannes des DNS des FAI ou, plus fréquemment, pour éviter les aléas des serveurs locaux fournis au cours d'un voyage. Pour atteindre tous les serveurs DNS, il faut s'adresser directement aux différentes organisations gérant les registres de noms de domaines pour les différentes extensions et zones géographiques¹²⁶⁹.

367. – Le blocage IP. L'idée de bloquer une adresse IP¹²⁷⁰ est séduisante, car cette adresse est l'identité d'un point du réseau. Les modalités de la mise en œuvre de ce type de blocage peuvent varier. Il peut s'agir d'un blocage direct au niveau d'un routeur qui, en lisant l'adresse IP demandée, refusera de transmettre les données. Il peut aussi s'agir de la propagation d'une fausse route par BGP, d'une mise à jour facilitée, mais aussi plus risquée¹²⁷¹.

Quelles que soient les modalités de sa mise en œuvre, le blocage IP présente l'avantage de fonctionner avec tous les protocoles de l'internet. Il peut donc, potentiellement, réguler des protocoles en pair à pair qui ne nécessitent pas d'hébergeur. À l'inverse, l'inconvénient principal de cette technique est son manque de ciblage. Elle ne permet pas de différencier entre les différents protocoles au risque de bloquer des contenus licites. De même, elle ne peut différencier entre deux sites hébergés sur une même adresse IP ou entre plusieurs personnes utilisant une même adresse IP pour accéder à l'internet. Pourtant, seuls les sites d'une certaine envergure sont hébergés sur une adresse IP dédiée et les accès collectifs passant par une même adresse IP, notamment en entreprise, sont la norme.

Cette technique est, de plus, particulièrement vulnérable aux attaques par *fast-flux* consistant à changer très rapidement l'adresse IP qui est renvoyée par une requête DNS (de l'ordre de quelques secondes). Le protocole DNS a prévu cette possibilité afin de répartir un trafic important, mais elle est souvent utilisée pour construire des sites illicites ; hameçonnage et distribution de logiciels malveillants principalement. Il est presque impossible d'agir

¹²⁶⁹ Par exemple, l'AFNIC est l'association chargée de l'attribution et de la gestion des noms de domaines en .fr destinés à la France (l'AFNIC a été désignée pour une durée de sept ans par l'arrêté du 19 févr. 2010 (JORF, 2 mars 2010 p. 4258) pris en application des art. L. 45 et R. 20-44-34 à R. 20-44-51 du CPCE). Pour la possible régulation des usages par cet opérateur, voy. *infra*, n° 405.

¹²⁷⁰ Sur cette technique, voy. : *Erhel et Raudière*, pp. 30-31.

¹²⁷¹ Les fausses routes peuvent se propager au-delà du réseau du FAI. Le rapport d'information sur la neutralité (*Erhel et Raudière*, pp. 30-31), cite le cas du blocage de YouTube par le Pakistan en 2008, qui a conduit à l'impossibilité d'accéder au service de Google au niveau mondial pendant plusieurs minutes.

efficacement en s'adressant à l'hébergeur qui se cache derrière une multitude d'adresses IP mouvantes¹²⁷². Le blocage DNS est de ce point de vue plus efficace.

368. – Blocage d'URL. Cette technique est plus ciblée que le blocage DNS et IP, mais elle est également plus invasive. Il ne s'agit plus de bloquer un nom de domaine entier comme dans le blocage DNS, mais de bloquer des contenus selon leur adresse précise sur le web. Ces adresses sont dénommées URL pour *Uniform Resource Locator*, elles constituent le maillage hypertexte du web. Il s'agit donc d'un standard de la couche web de l'internet. C'est la raison pour laquelle cette technique de blocage est la plus invasive. Elle nécessite d'aller au-delà de la couche purement internet des paquets. Il s'agit de reconstituer des paquets IP et, s'ils contiennent une trame HTTP, d'en analyser l'URL pour voir si cette adresse doit être servie. L'ensemble des adresses visitées par un internaute est donc passé au crible. Si son efficacité est plus ciblée que le blocage IP, elle est tout aussi facilement contournable tout en ne fonctionnant que pour le blocage de contenus hébergés sur le web.

2. – Les techniques de filtrage

369. – L'inspection des paquets (DPI). Les techniques de filtrage se différencient des techniques de blocage en ce qu'elles impliquent de lire les contenus qui transitent pour pouvoir les stopper. Alors que le blocage n'implique que de lire l'adresse des paquets, le filtrage nécessite de les ouvrir et de les analyser. Pour ce faire, les techniques dites de DPI pour *Deep Packet Inspection* sont déjà prêtes¹²⁷³. Elles sont les techniques les plus avancées en matière de régulation, mais aussi les plus invasives. Leur fonctionnement implique de réassembler les paquets transmis par l'intermédiaire pour en reconstituer le contenu afin de vérifier en temps réel sa légalité. Cette vérification suppose un système d'empreintes auxquelles comparer les contenus ou un système de détection automatique forcément limité. En y allouant des ressources matérielles considérables, il est envisageable de contrôler par ce système la légalité de l'ensemble des communications d'un FAI¹²⁷⁴ à condition que toutes

¹²⁷² Généralement, chacune de ces adresses IP renvoie vers l'ordinateur d'un internaute ordinaire dont la machine est infectée par un « ver » ou un « cheval de Troie ». Cette machine « zombie » ne fait que renvoyer la requête vers une machine mère appelée *mothership*. En 2007, Vinton Cerf avait estimé qu'une machine sur quatre connectée à l'internet était une machine zombie, la plupart du temps, sans que leur propriétaire n'en sache rien (cf. N. Anderson, « Vint Cerf: one quarter of all computers part of a botnet », *Ars Technica*, 25 janv. 2007, <http://arstechnica.com/uncategorized/2007/01/8707/>).

¹²⁷³ Voy. l'explication détaillée de Milton Mueller : « *DPI Technology from the standpoint of Internet governance studies: An introduction* », Syracuse University, 11 p., http://dpi.ischool.syr.edu/Technology_files/WhatIsDPI-2.pdf

¹²⁷⁴ C. Callanan, M. Gercke, E. De Marco, H. Dries-Ziekenheiner (trad. E. De Marco), *Filtrage d'Internet. Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, Étude réalisée à l'initiative de l'Open Society Foundations, 2009, p. 152.

passent par quelques points prédéfinis¹²⁷⁵. Ce potentiel d'efficacité important n'est pas invulnérable aux contournements, ces techniques n'ayant pas prise sur les connexions chiffrées. Ce qui n'empêche pas les défenseurs des libertés numériques d'y voir l'outil dont *Big Brother* aurait rêvé.

B. – Des techniques dangereuses pour les droits des utilisateurs

370. – Les risques inhérents à toute intervention des transporteurs. Le blocage ou le filtrage pratiqué au niveau du FAI ne supprime pas les contenus illicites, il les rend simplement inaccessibles, d'où le risque de ne pas accéder au même internet selon l'endroit où l'on se trouve, d'en avoir une vision tronquée. Ce peut être un progrès pour l'ordre public local, mais ce peut aussi être une marque du renoncement du droit et de la fermeture d'un pays¹²⁷⁶.

371. – Le risque de sous-régulation. Quelle que soit la technique utilisée, des possibilités de la contourner existent. Le contenu étant toujours publié quelque part dans le monde, la régulation pratiquée au niveau du FAI est toujours imparfaite. Elle doit s'accommoder de n'être pas parfaitement efficace. Le donné technique de l'internet fournit des moyens de contourner les mesures mises en place¹²⁷⁷. Les rédacteurs du rapport d'information sur la neutralité font ressortir les critiques affirmant que cette forme de régulation « *pourrait conduire à la convergence entre les pratiques du grand public et celles d'organisations criminelles utilisant déjà des méthodes sophistiquées de masquage de leur communication (anonymisation, chiffrement, etc.).* »¹²⁷⁸.

372. – Le risque de sur-régulation. C'est précisément sur ce point que réside l'essentiel des dangers liés à l'intervention des transporteurs. Toutes les techniques d'intervention sont sujettes, à des degrés divers, à des phénomènes de ce type¹²⁷⁹. Le blocage DNS peut bloquer des sous-répertoires licites, les blocages IP, des services en lignes licites partageant la même adresse qu'un service illicite, le filtrage peut générer des faux-positifs. Or, la CJUE¹²⁸⁰,

¹²⁷⁵ Erhel et Raudière, p. 31.

¹²⁷⁶ Voy. nos remarques sur le caractère unitaire de l'internet : *supra*, n^{os} 81-83.

¹²⁷⁷ Sur ce point : *supra*, n^{os} 77 s.

¹²⁷⁸ Erhel et Raudière, p. 40. – Voy. aussi le risque d'une normativité biaisée : *infra*, n^{os} 610 s.

¹²⁷⁹ En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalón, 14 avr. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ Sabam*, § 86 (préc.) : « aucun système de filtrage et de blocage ne semble en mesure de garantir, d'une manière qui soit compatible avec les exigences des articles 11 et 52, paragraphe 1, de la charte, le blocage des seuls échanges spécifiquement identifiables comme illicites ».

¹²⁸⁰ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c/ SABAM*, spé. §52 : préc.

comme la CEDH¹²⁸¹, a relevé que le blocage de contenus licites porte atteinte à la liberté d'information. Le risque est nécessairement attaché à ce type d'intervention, les droits des différents utilisateurs du réseau n'étant pas uniformes¹²⁸².

Ce risque de sur-régulation est spécifique à l'intervention des transporteurs. Si les hébergeurs peuvent commettre des erreurs dans la régulation des contenus, celles-ci sont beaucoup plus ciblées. L'imprévisibilité des atteintes portées à la liberté d'information par la régulation des transporteurs commande de l'accompagner de garanties spécifiques qui ne peuvent que se renforcer à mesure de l'augmentation du caractère intrusif des techniques utilisées.

373. – Les risques spécifiquement attachés aux techniques de filtrage. La mise en œuvre des techniques de filtrage est réputée porteuse de nombreux risques¹²⁸³. Les techniques de *Deep Packet Inspection* (DPI) impliquent de réassembler les paquets que transmet l'intermédiaire afin de connaître le contenu d'un échange. Avant cette opération, toutes les données se ressemblent. Ces systèmes ne sauraient épargner des conversations privées passant par l'internet. Ils seraient alors amenés à les reconstituer avant, peut-être, qu'un premier contrôle intelligent les exclut d'un contrôle plus avancé. Le secret des correspondances privées pourrait s'en trouver affecté¹²⁸⁴, sans qu'une réponse définitive puisse être apportée sur ce point. Surtout, le filtrage présente le risque spécifique de contrevenir à la prohibition des obligations de surveillance générale inscrite dans la Directive Commerce électronique. Pour être valide, une mesure de surveillance doit nécessairement être prescrite par l'autorité judiciaire, ciblée et limitée dans le temps¹²⁸⁵. C'est assurément la condition du ciblage qui pose le plus de difficultés. Pour estimer que le DPI n'y contrevient pas, il faudrait que la liste d'empreintes nécessaires aux vérifications caractérise un ciblage. Si l'interprétation de cette condition par la CJUE ne l'a pas totalement exclue¹²⁸⁶, les autres dispositions garantissant la

¹²⁸¹ CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, aff. *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, § 52 et § 53 : préc.

¹²⁸² CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c/ SABAM*, §52 relève encore « que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépen[d] également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés. ».

¹²⁸³ Voy. le plaidoyer de Cédric Manara : « Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM », Juriscom, 4 nov. 2011, 18 p., <http://juriscom.net/wp-content/documents/resp20111004.pdf>

¹²⁸⁴ Auquel les FAI sont obligés par les art. L. 32-1.5° du CPCE et D. 98-5.I al. 2 du même code. Cette même atteinte est sanctionnée pénalement lorsqu'elle est commise de « mauvaise foi » (art. 226-15 al. 2 Code pénal.)

¹²⁸⁵ Art. 6-7 al. 2 de la LCEN et 15.1 de la Directive.

¹²⁸⁶ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c/ SABAM* (préc.) : si la Cour affirme que la prohibition de l'article 15.1 de la Directive « s'étend notamment aux mesures nationales qui obligeraient un prestataire intermédiaire, tel qu'un FAI, à procéder à une surveillance active de l'ensemble des données de chacun de ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle » (§ 36). Elle semble toutefois

liberté d'information devraient aussi s'y confronter.

II. – Des garanties nécessaires

374. – Une forme de restriction de la liberté de communication. Malgré le caractère imparfait de la régulation des transporteurs, il faut se ranger à l'avis du juge qui, saisi du cas d'un site faisant l'apologie de l'idéologie nazie, affirme que « *les difficultés invoquées ne sauraient justifier un renoncement à agir* »¹²⁸⁷. L'action doit simplement s'entourer de certaines garanties. Toutes les mesures de filtrage ou de blocage peuvent porter atteinte à la liberté de communication, particulièrement en ce qu'elles ne sont pas immunisées contre le risque de blocage de contenu licite. Il a été reconnu qu'elles peuvent s'analyser en une restriction des libertés garanties par l'article 10 de la Conv. EDH¹²⁸⁸. Elles doivent ainsi répondre à ses exigences. La première, assez lâche, veut qu'elle soit prévue par la loi (A). Au regard des risques portés par ces mesures, leur caractère nécessaire dans une société démocratique ne devrait pas pouvoir être caractérisé s'il peut être mis fin à la situation illicite par d'autres voies (B). Dans la même perspective, toute ingérence doit être proportionnée au but poursuivi¹²⁸⁹ (C).

A. – L'exigence de légalité

375. – Une base légale générale. Sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile, des juges ont pu prononcer des mesures de blocage¹²⁹⁰. Le trouble manifestement illicite était certes caractérisé, mais il n'est pas certain qu'un article d'une telle généralité permette de répondre aux exigences de l'article 10 de la Conv. EDH. En effet, la CEDH

fonder son raisonnement sur le cas qui lui est soumis. Or, l'injonction en cause est d'une telle généralité qu'elle implique d'y inclure les œuvres « *futures qui n'ont pas encore été créées au moment de la mise en place dudit système* » (§ 47). La Cour ne précise pas ce qu'il en serait d'un système portant sur une liste limitative. – *Adde : 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/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, COM(2003) 702 final, p. 15 : l'article 15.1 de la Directive n'ouvre la voie qu'à une surveillance portant sur « un cas spécifique clairement défini. ».* – Comp. l'avis autorisé selon lequel « *en interdisant d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance, le législateur européen avait forcément en tête les logiciels de blocage et de filtrage. Il ne pouvait qu'être évident pour lui qu'une obligation générale de surveillance n'est possible qu'au moyen d'équipements techniques dans l'environnement numérique.* » (É. Montéro, Q. Van Enis, « *Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?* », RLDI 2010/61, n° 2028, p. 93, n° 26).

¹²⁸⁷ TGI Paris, réf., 13 juin 2005 (aff. « Aaargh ») : RLDI 2005/7, n° 203.

¹²⁸⁸ La CEDH par son arrêt du 18 déc. 2012 (n° 3111/10 : préc.) s'est prononcée en ce sens (§ 55 et § 56) dans une espèce où le sur-blocage était manifeste. Pour un avis très documenté, voy. C. Callanan, M. Gercke, E. De Marco, H. Dries-Ziekenheiner (trad. E. De Marco), *op. cit.*, p. 212-257.

¹²⁸⁹ CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, aff. *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 49 : préc.

¹²⁹⁰ TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, aff. « Front 14 » : Légalis ; Comm. com. électr., 2002, comm. 8 obs. C. Le Stanc.

indique que pour qu'une restriction de la liberté d'expression soit vue comme prévue par la loi, elle doit être « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »¹²⁹¹. La LCEN a depuis donné un fondement légal spécifique. L'article 6-I-8 de la LCEN prévoit que « 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 » peuvent être prescrites, en référé ou sur requête, par l'autorité judiciaire aux hébergeurs et, à titre subsidiaire, aux FAI. Le contexte est précisé, mais les exigences ne s'en trouvent pas resserrées par rapport au « dommage imminent » et au « trouble manifestement illicite » de l'article 809 du Code de procédure civile. « Il est vraisemblable que la jurisprudence restreigne le champ d'application du texte en cause, en exigeant que le dommage présente certaines caractéristiques » estimaient des auteurs en 2005¹²⁹². S'il est vrai que la gravité du trouble est un élément à prendre en compte, la subsidiarité de l'action ainsi que le recours obligatoire au juge sont déjà des éléments de nature à dissuader certaines velléités.

376. – Une base légale spéciale. Le législateur ne s'est pas arrêté là. Il a consacré dans divers textes des possibilités de blocage ou de filtrage qu'il réserve à la défense d'un droit ou d'un intérêt spécifique. Ses interventions législatives dispersées ont été dénoncées comme un « facteur de confusion »¹²⁹³. Le professeur Céline Castets-Renard juge que « le législateur aborde désormais l'internet essentiellement sous l'angle technique du filtrage, signant là un aveu d'impuissance de la réponse juridique »¹²⁹⁴.

377. – Il faut tout d'abord évoquer les mesures d'exception prévues afin de lutter contre la **pédopornographie**. La loi du 14 mars 2011, dites LOPPSI 2¹²⁹⁵, a créé un dispositif destiné spécifiquement à lutter contre les contenus **pédopornographiques** relevant de l'article 227-23 du Code pénal. La loi autorise l'autorité administrative à notifier directement les adresses électroniques de services diffusant des images pédopornographiques aux FAI, lesquels doivent alors y « empêcher l'accès sans délai ». Cette régulation, sans que l'intervention d'un

¹²⁹¹ CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, aff. *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49 (réaffirmé à de nombreuses reprises).

¹²⁹² M. Lévy et E. Eskinazi, « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2005, n° 109, p. 33⁺.

¹²⁹³ Erhel et Raudière, p. 10. Voy. la proposition n° 4 de la mission consistant à établir une procédure unique faisant obligatoirement intervenir le juge. Celle-ci fut reprise à l'article 4 de la proposition de loi n° 190 (quatorzième législature) relative à la neutralité de l'Internet présentée par Mme Laure de la Raudière, enregistrée le 12 sept. 2012.

¹²⁹⁴ C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », *D.* 2012, p. 827⁺.

¹²⁹⁵ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Pour une description de ses divers mécanismes, voy. C. Guerrier « La « Loppsi 2 » en 2011 », *RLDI* 2011/70 n° 2325.

juge soit nécessaire, a été validée par le Conseil constitutionnel¹²⁹⁶. Mais en l'absence du décret d'application qui aurait dû paraître¹²⁹⁷, son efficacité a pu paraître incertaine¹²⁹⁸, particulièrement au regard au sort de l'article 18 de la LCEN qui prévoyait déjà le blocage administratif des sites pour une palette d'infractions beaucoup plus larges. Jamais appliqué faute de décret, il a été abrogé en 2014¹²⁹⁹.

La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a finalement intégré la lutte contre la pédopornographie au nouvel article 6-1 de la LCEN. Par la même occasion, le blocage administratif a été étendu à l'incitation à la commission d'actes de **terrorisme** relevant de l'article 421-2-5 du code pénal¹³⁰⁰. Le blocage des sites participant au proxénétisme, un temps envisagé, a lui finalement été exclu¹³⁰¹.

377-1. – Au regard de l'importance du contentieux en la matière, il n'est pas surprenant que les violations du **droit d'auteur** bénéficient aussi d'un fondement spécifique. À l'occasion de la loi du 12 juin 2009, dite loi HADOPI¹³⁰², a été insérée à l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle¹³⁰³ une disposition très générale permettant d'imposer, en la forme des référés, des mesures à « toute personne » susceptible de contribuer à remédier à une atteinte au droit d'auteur ou au droit voisin¹³⁰⁴. Si la disposition englobe les FAI, elle ne les vise donc pas spécifiquement. En usant de la faculté que leur ouvre expressément cet article, les organismes de défense professionnelle illustrent sa généralité en visant dans une même

¹²⁹⁶ Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC (voy. *infra*, n° 381).

¹²⁹⁷ L'article 4 de la loi du 14 mars 2011 prévoit que cette disposition « entre en vigueur six mois à compter de la publication du décret prévu au sixième alinéa du 7 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et, au plus tard, à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la publication de la présente loi ».

¹²⁹⁸ La CNIL s'est interrogée « sur l'effectivité réelle de la modification envisagée et sur le calendrier de sa mise en œuvre » (Délibération de la CNIL n° 2013-223 du 18 juill. 2013 portant avis sur un projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé « PHAROS »).

¹²⁹⁹ Voy. art. 78 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹³⁰⁰ Sur le dispositif mis en place par la loi du 13 nov. 2014 : Ph. Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », AJDA 2015 pp. 160 s.

¹³⁰¹ L'art. 1^{er} la proposition de loi déposée le 10 oct. 2013 renforçant la lutte contre le système prostitutionnel prévoyait d'ajouter à l'alinéa 3 du 7 du I de l'art. 6 de la LCEN un renvoi aux art. 225-4-1, 225-5 et 225-6 du code pénal, ce qui n'a pas été retenu en deuxième lecture l'Assemblée nationale.

¹³⁰² Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹³⁰³ L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle : « En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. »

¹³⁰⁴ Sur la décision du Conseil constitutionnel (2009-580 DC du 10 juin 2009) limitant cette intervention aux « mesures strictement nécessaires », voy. *infra*, n° 378.

assignation des FAI et des moteurs de recherche¹³⁰⁵.

377-2. – Différentes autorités administratives chargées de la **régulation** d'un secteur particulier ont également reçu de la loi une habilitation leur permettant d'obtenir de telles mesures.

L'alinéa 2 de l'article 61 de la loi de régulation des jeux en ligne¹³⁰⁶ a ainsi donné compétence au président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) pour solliciter auprès du président du TGI de Paris, en la forme des référés, « *l'arrêt de l'accès* » aux services ne disposant pas de l'agrément nécessaire. L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a été habilitée par la loi dite Hamon du 17 mars 2014¹³⁰⁷ à se saisir des dispositions de l'article 6-I.8 de la LCEN pour imposer toutes mesures proportionnées propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage causé par le contenu d'un service de communication au public en ligne lorsqu'il est en infraction aux dispositions du Code de la consommation.

377-3. – Les **abus de la liberté d'expression** ont motivé la modification de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Un article 50-1 y a été incéré par la loi du 5 mars 2007¹³⁰⁸ prévoyant la possibilité pour le juge, dans des hypothèses larges, de prononcer l'arrêt d'un service sans désigner les personnes qui en seraient débitrices. Cette disposition a ainsi été opposée aux FAI¹³⁰⁹. Le champ d'application du texte n'est pas aussi étendu qu'il y paraît. À s'en tenir à sa lettre, c'est d'abord l'arrêt d'un service entier qui peut être ordonné. La balance des intérêts s'en trouve naturellement affectée. Ensuite, les exigences procédurales de la loi de 1881 finissent d'encadrer strictement son usage¹³¹⁰.

B. – L'exigence de subsidiarité

378. – Du subsidiaire au nécessaire. Les mesures de filtrage et de blocage présentent des

¹³⁰⁵ Voy. l'aff. « Allostreaming » sur laquelle nous reviendrons. L'assignation de 102 pages délivrée le 30 nov. 2011 vise 9 FAI et 6 moteurs de recherche (consultable le 6 mai 2014 sur http://cdn.pcinpact.com/media/APC_FNDF_SEVN_TGI_Paris_blocage_AlloStreaming_HD.pdf).

¹³⁰⁶ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. L'article 61 al. 2 prévoit qu'« à l'issue [d'un délai de 9 jours], en cas d'inexécution par l'opérateur intéressé de l'injonction de cesser son activité d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard, le président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut saisir le président du tribunal de grande instance de Paris aux fins d'ordonner, en la forme des référés, l'arrêt de l'accès à ce service aux personnes mentionnées au 2 du I et, le cas échéant, au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. »

¹³⁰⁷ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Les dispositions en question ont été insérées à l'art. L. 141-1 VIII. 3° c. conso.

¹³⁰⁸ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹³⁰⁹ TGI Toulouse, réf., 11 avr. 2014, n° 14/00525 : Légipresse 2014, n° 318, p. 397.

¹³¹⁰ Sur ce point : *infra*, n° 388.

dangers particuliers et leur efficacité n'est jamais totale, ces éléments conduisent à une prudence qui est largement celle du droit positif. L'action auprès de l'hébergeur ou de l'auteur du contenu, dont la régulation est plus efficace et moins risquée, est préférable. Le législateur l'a bien compris lorsqu'il a prévu à l'article 6-I.8 de la LCEN que les mesures de cessation sont prescrites à un hébergeur et « à défaut » à un FAI. L'alinéa 2 de l'article 61 de la loi de régulation des jeux en ligne du 12 mai 2010 prévoit, elle aussi, un recours prioritaire à l'hébergeur dans le cas où le service lui-même ne s'exécute pas, puis « le cas échéant » aux FAI.

L'alinéa 2 de l'article 6-1 de la LCEN prévoit qu'une demande de blocage administratif peut être formulée auprès des FAI en « l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de vingt-quatre heures » après notification à l'hébergeur ou à l'éditeur. Il est bien connu que « l'urgence est source d'un droit d'exception »¹³¹¹. Ici, la gravité et la dangerosité des contenus justifient que l'exigence de subsidiarité soit largement réduite. Elle s'efface presque totalement puisque le même alinéa 2 précise qu'il n'y a aucune exigence de subsidiarité lorsque l'éditeur du service en ligne n'a pas exécuté les obligations d'identification pesant sur lui¹³¹². Or, il est rare que ce type de contenu s'affiche sur des plateformes remplissant ces obligations.

Encore plus clairement, aucune subsidiarité n'apparaît à la lecture de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle. Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé qu'il appartient aux juridictions de ne prononcer que « les mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause »¹³¹³. Que recouvre ce critère si ce n'est l'impossibilité d'agir par un autre moyen sur ces services ? Il serait peu opportun de demander une régulation aux FAI, forcément peu efficace, s'il existe d'autres moyens de mettre fin à ces services. Dans cette hypothèse, un blocage se justifierait éventuellement lorsque l'action auprès de l'hébergeur est, non pas impossible, mais lente.

379. – Mise en pratique. Si la subsidiarité se justifie, elle n'y a pas de raison qu'elle pose des obstacles insurmontables aux demandeurs. La première chambre civile¹³¹⁴ a approuvé la Cour d'appel de Paris pour avoir jugé que l'exigence de subsidiarité n'implique pas d'obtenir l'exequatur pour faire exécuter une décision française enjoignant à l'hébergeur situé aux

¹³¹¹ M. Vasseur, « Urgence et droit civil », RTD civ., 1954, p. 407.

¹³¹² Sur ces obligations : *infra*, 534.

¹³¹³ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, § 38 : préc.

¹³¹⁴ Civ. 1., 19 juin 2008, n° 07-12.244 (aff. « Aaargh ») : JCP G n° 42, 15 oct. 2008, II 10171, note C. Hugon ; RLDI 2008/40 n° 1337 obs. L. C. 2008/41 n° 1360 note L. Grynbaum

États-Unis de cesser les publications litigieuses¹³¹⁵. Si la solution emporte l'adhésion en l'espèce, la généralité de la formule employée par la Cour de cassation éveille des réserves. Elle indique que la prescription des mesures au FAI « *n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement* ». En ces termes, c'est vider la loi de son sens. Lorsqu'il existe un hébergeur facilement saisissable par le droit français, il n'y a aucune raison d'assouplir l'exigence de subsidiarité, ne serait-ce que pour des considérations d'efficacité. Il est d'autres hypothèses où la subsidiarité peut s'effacer, telle celle de l'espèce qui vient d'être évoquée ou celle dans laquelle il est avéré que le service en ligne change très fréquemment d'hébergeur¹³¹⁶.

C. – L'exigence de proportionnalité

380. – Diversité des buts légitimes. Au registre des buts légitimes, l'article 10.2 de la Conv. EDH évoque, de manière très générale, les mesures nécessaires, dans une société démocratique, « *à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Cette disposition ouvre de larges possibilités dans lesquelles les dispositions de droit positif n'ont pas de mal à s'inscrire. Toutefois, la légitimité ne peut être appréciée pareillement concernant tous ces buts¹³¹⁷. Il s'agit donc en réalité de vérifier si les dispositions de droit positif utilisent bien des moyens proportionnés au regard de leurs objectifs.

L'encadrement de la neutralité des FAI doit tenir compte des mêmes paramètres qui ont été avancés pour soutenir sa validité. Il faudra intégrer dans les coûts des aménagements de la neutralité, ceux liés à la limitation des échanges et des innovations. Un bilan clair s'annonce difficile à établir, tant par la faute de la multitude des paramètres à intégrer que par celle de leur caractère incertain. La loi ne peut l'effectuer que de manière générale, ce sera au juge de le vérifier au cas par cas.

381. – La lutte contre les contenus pédopornographiques. La forte réprobation engendrée par l'échange de contenus pédopornographiques incite à analyser sérieusement les possibilités de régulation que la technique offre. Le coût qu'elles peuvent présenter est instinctivement ressenti comme supportable s'agissant de lutter contre ce type d'abus. Le

¹³¹⁵ CA Paris, ch. 14., 24 nov. 2006 (aff. « Aaargh ») : RLDI 2006/22, n° 708.

¹³¹⁶ Illustration : TGI Paris, réf., 9 janv. 2012, RG n° 11/58989.

¹³¹⁷ CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, aff. *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 59 : préc.

débat est empreint de la volonté, si légitime et tellement conflictuelle, de « *respect de l'ordre public en ligne* »¹³¹⁸. L'objectif de lutter contre ces contenus semble autoriser de passer par-delà quelques garanties juridictionnelles.

Le contrôle constitutionnel des dispositions de la loi du 14 mars 2011 a été l'occasion de poser quelques bases en ce qui concerne la lutte contre les contenus pédopornographiques, ce que l'absence de contrôle *a priori* de la loi du 13 novembre 2014 n'a, pour l'instant, pas permis de faire en matière de lutte contre le terrorisme. Le blocage par l'autorité administrative de site pédopornographiques, sans l'intermédiaire d'un juge, n'a été validé qu'en ce qu'elle ne lui confère « *que le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services de communication au public en ligne lorsque et dans la mesure où ils diffusent des images de pornographie infantile* »¹³¹⁹. En précisant que ce pouvoir ne vaut que « *lorsque et dans la mesure* » où sont diffusées de telles images, la haute juridiction semble limiter sa solution à l'hypothèse visée. Elle en conclut que la conciliation opérée par ce texte n'est pas disproportionnée, mais à la condition que la décision de l'autorité administrative puisse être contestée¹³²⁰.

L'objectif est le plus louable qui soit, mais pour en évaluer l'efficacité, il faut souligner le constat de la clandestinité de ces échanges. Ceux qui s'y livrent, pour peu qu'ils aient conscience de ce qu'ils font, n'opèrent pas au grand jour. C'est par des communications cryptées que ces contenus circulent. Or, en ce cas, tout outil de détection et de filtrage est inopérant. La lutte contre ces pratiques nécessite une surveillance active, ciblée sur quelques personnes. Les services de police et de gendarmerie spécialisés sont les seuls à même de retrouver et de poursuivre, non seulement les auteurs des échanges, mais aussi et surtout, les auteurs des faits capturés. Ce n'est certainement pas une justification pour laisser de tels contenus accessibles en ligne, même si le risque de dérive est souligné avec force¹³²¹.

382. – La lutte contre l'apologie d'idées haineuses. La présence en ligne de contenus faisant l'apologie de la haine raciale ou de l'idéologie nazie a donné lieu aux premières

¹³¹⁸ I. Falque-Pierrotin, « *La Constitution et l'internet* », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, n° 36, p. 38.

¹³¹⁹ Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, § 8 : préc.

¹³²⁰ Sur l'exigence d'un recours effectif, voy. *infra*, n°s 393-394.

¹³²¹ Winston Maxwell souligne en quelques phrases l'ampleur des craintes suscitées par le filtrage : « *Entamer un processus de filtrage, c'est mettre le doigt dans un engrenage dangereux. Aujourd'hui, c'est le filtrage de contenus pédopornographiques, demain ce sera les œuvres protégées par le droit d'auteur. Après ce sera peut-être une surveillance des correspondances privées ou visant des opposants politiques. Une fois que des outils de surveillance sont installés sur les réseaux, il peut être tentant d'étendre leur usage. Cela peut facilement mener jusqu'aux types de surveillance qui sont fréquents dans les régimes totalitaires, mais heureusement interdits en Europe.* » (« *La neutralité du net et la liberté d'expression* », Légipresse, n° 273, juin 2010, p. 59).

décisions françaises illustrant les difficultés à réguler l'internet par le biais des FAI. En 2001, saisi de la présence en ligne d'un site prônant ouvertement la haine raciale, le juge Gomez, sur la base des dispositions de droit commun, n'avait accompagné d'aucune sanction l'incitation qu'il faisait au FAI de le bloquer¹³²². Il affirmait à cette occasion qu'« *il ne sera pas possible de différer longtemps encore le débat sur une participation plus dynamique de l'ensemble des acteurs d'internet et donc des prestataires techniques, en ceux compris les fournisseurs d'accès, à la nécessaire régulation du réseau* ». L'actualité de l'affaire Yahoo! illustre que la lutte contre ces contenus n'est pas aisée, car certains pays n'attachent pas la même importance que la France à leur régulation. Les FAI y donnant un accès depuis le sol français sont ainsi mis en première ligne.

Depuis, la LCEN a obligé les FAI en même temps que les hébergeurs, de manière assez souple il est vrai, à s'associer à la lutte en ce domaine¹³²³. Surtout, l'article 6-I.8 de cette même loi a donné un fondement plus sûr au blocage de ce type de site. L'affaire « Aaargh », où le blocage d'un site ouvertement antisémite fut ordonné¹³²⁴, permit à la Cour d'appel de Paris de résumer l'état d'esprit de cette régulation : « *une telle mesure, pour imparfaite qu'elle soit, a le mérite de réduire, autant que faire se peut en l'état actuel de la technique, l'accès des internautes à un site illicite* ». La Cour de cassation, saisie de l'affaire, a considérablement affaibli la condition de la subsidiarité¹³²⁵. Il est vrai qu'en l'espèce, une appréciation libérale était nécessaire, les « *paradis de l'internet* » dénoncés par le juge Gomez dans son ordonnancement de 2001 n'ayant pas disparu.

L'opération de conciliation n'est pas particulièrement difficile lorsqu'un service entier affiche une telle idéologie. De plus, les techniques les plus efficaces ne sont pas les plus intrusives. À la condition que ce type de sites soit hébergé sur son propre domaine, un simple blocage DNS devrait déjà permettre de poursuivre les objectifs affichés par la Cour de Paris.

383. – La préservation du droit d'auteur. Lorsque les droits de propriété intellectuelle entrent en concurrence avec d'autres droits fondamentaux, il faut opérer une mise en balance de ces droits¹³²⁶. C'est sur ce point que la question se pose avec le plus d'acuité¹³²⁷. Par l'arrêt

¹³²² TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, aff. « Front 14 » : Légalis.

¹³²³ Art. 6-I.7 al. 4 de la LCEN.

¹³²⁴ TGI Paris, réf., 20 avr. 2005 : Legalis. – TGI Paris, réf., 13 juin 2005 : préc. – CA Paris, ch. 14, 24 nov. 2006 : préc.

¹³²⁵ Civ. 1., 19 juin 2008, n° 07-12.244 : préc.

¹³²⁶ CJUE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c/ Telefónica*, spé. § 65 : préc.

¹³²⁷ É. Montéro, Q. Van Enis, « *Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?* », RLDI 2010/61, n° 2028, p. 99, n° 48.

*Scarlet*¹³²⁸, la CJUE, saisie par une juridiction belge d'une question préjudicielle¹³²⁹, a eu à se prononcer sur la question de savoir s'il est conforme au droit de l'Union d'imposer à un FAI une mesure « *de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer », qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif, à ses frais exclusifs, et sans limitation dans le temps* ». La question concernait donc une forme de filtrage très intrusive. La Cour y a vu une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprendre des FAI¹³³⁰ et une atteinte aux droits des clients des FAI à la protection des données personnelles et à leur liberté de communiquer¹³³¹. Elle relève, de plus, que les droits attachés à un fichier sont dépendants du contexte¹³³². Un amateur de musique qui transfère sa bibliothèque numérique achetée légalement vers un service de stockage en ligne ne fait rien d'illégal. Ces mêmes fichiers seront le témoignage d'un usage illégal s'ils sont publiés sur un service de partage et téléchargés par un tiers. Les techniques de filtrage, pourtant dans le domaine où elles sont censées le mieux fonctionner, se révèlent particulièrement dangereuses. L'observation est partagée. « *L'on peut se demander s'il existe réellement, à l'heure actuelle, une possibilité technique de filtrage dirigée vers un contenu spécifique et clairement identifiable qui soit tout à la fois efficace, c'est-à-dire de nature à empêcher la violation récurrente d'un droit de propriété intellectuelle, et propre à ménager le droit à la liberté d'expression sur le réseau.* »¹³³³.

En présence d'un service en ligne portant atteinte de manière manifeste au droit d'auteur, une mesure de blocage semble infiniment plus raisonnable. Or, l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle ne précise pas entre filtrage et blocage. Il prévoit que peuvent être ordonnées « *toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser* » une atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin. Une source de restriction à la portée de cette action peut être décelée dans la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel déjà évoquée limitant les effets de cet article aux « *mesures strictement nécessaires* »¹³³⁴. Depuis l'arrêt *Scarlet*, la CJUE, saisie en 2014 d'une injonction moins contraignante, a posé deux critères. Il faut tout d'abord que la mesure ne prive « *pas inutilement les utilisateurs d'internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles* » et qu'elle ait « *pour effet d'empêcher*

¹³²⁸ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : préc..

¹³²⁹ CA Bruxelles, ch. 9, 28 janv. 2010 : RLDI 2010/58, n° 1908 obs. L.C.; RLDI 2010/59 n° 1942 note E. Wéry et V. Delforge.

¹³³⁰ § 48.

¹³³¹ § 50.

¹³³² CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c/ SABAM*, §52 : préc.

¹³³³ É. Montéro et Q. Van Enis, « *Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?* », RLDI 2010/61, n° 2028, p. 99, n° 48.

¹³³⁴ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, § 38 (préc.).

ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés »¹³³⁵. Si, par opposition au filtrage faisant l'objet de l'arrêt *Scarlet*, nous nous autorisons à y voir les caractéristiques du blocage, la Cour a manqué l'occasion d'une clarification en n'exigeant pas du juge qu'il précise les mesures qu'il ordonne¹³³⁶.

§ 2. – La mise en œuvre du pouvoir de la régulation des transporteurs

384. – Une mise en œuvre prudente. Le critère de la connaissance du manifestement illicite, adapté pour l'hébergeur, ne l'est plus pour le FAI. La neutralité des FAI n'est pas susceptible d'être remise en cause par le seul jeu de leur régime de responsabilité. Le critère adéquat suppose ici une évaluation de la proportionnalité de la mesure autrement plus complexe. Les dispositions légales apparemment conformes aux exigences de la Conv. EDH, ne le demeurent qu'à la condition que « le juge judiciaire établisse une balance juste des intérêts opposés »¹³³⁷. L'opération n'est pas simple. Elle nécessite donc l'intervention de l'autorité judiciaire (I) qui ne doit prescrire que des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi (II).

I. – Une mise en œuvre nécessitant l'intervention de l'autorité judiciaire

385. – Un nécessaire bilan « coup-bénéfice ». Pour estimer que la régulation des transporteurs est nécessaire, il pourrait être tentant de reprendre les critères de qualification précédemment définis pour les services en lignes globalement tournés vers l'illicite¹³³⁸. Ce serait oublier qu'il ne s'agit pas seulement de qualifier une activité, il s'agit de demander à un tiers d'y mettre fin. Rien ne dit d'ailleurs qu'un service globalement tourné vers l'illicite ne puisse pas être retiré facilement en s'adressant à son hébergeur ou en recherchant la responsabilité de ses auteurs. Il faudra caractériser que, dans un cas concret, le recours au FAI se justifie. Il faut pour cela mettre en balance l'ensemble des droits et des libertés en cause, au regard des risques prévisibles et des incertitudes attachées à la mesure prescrite. Seule l'autorité judiciaire est à même de vérifier, au cas par cas, que le recours à la régulation

¹³³⁵ CJUE, 27 mars 2014, C-314/12, aff. *UPC Telekabel c/ Constantin et a.* (Comm. com. électr. 2014, com. 43 obs. C. Caron ; RLDI 2014/103 n° 3417 obs. L. C. ; 2014/104, n° 3450 note E. Derieux), § 63.

¹³³⁶ Sur ce point, *infra*, n°s 397-398.

¹³³⁷ A. Debet, Comm. Com. électr. 2013/7, comm. 77, obs. ss. CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, aff. *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, préc.

¹³³⁸ Sur ce critère : *supra*, n°s 248-251.

des FAI est justifié. A minima, les organes habilités à prononcer cette mesure (1) doivent voir leurs décisions susceptibles d'un recours effectif pour le permettre (2).

A. – Les organes habilités

386. – La loi ne peut opérer un calcul de proportionnalité que de manière abstraite. L'autorité judiciaire est, par essence, la plus à même de prononcer une mesure de filtrage ou de blocage concrète (1). L'intervention du juge est le gage d'une régulation proportionnelle et adaptée¹³³⁹. C'est la raison pour laquelle, il doit être émis des réserves importantes quant à la possibilité de permettre à l'autorité administrative d'ordonner directement des mesures de blocage (2).

1. – La légitimité de l'autorité judiciaire autorisée par la loi

387. – La voie privilégiée du référé. L'article 6.I.8 LCEN prévoit que les mesures ordonnées aux FAI peuvent être prescrites par l'autorité judiciaire « *en référé ou sur requête* ». La doctrine relève avec sagesse qu'« *il semble néanmoins prudent de respecter les dispositions de l'article 812, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile qui ne donne compétence au juge des requêtes qu'à la double condition que la mesure soit urgente et que les circonstances exigent qu'elle ne soit pas prise contradictoirement.* »¹³⁴⁰. La jurisprudence a eu l'occasion de le confirmer. Le simple fait qu'une mesure de cessation apparaisse légitime « *ne saurait justifier qu'il soit dérogé au principe fondamental de la contradiction* »¹³⁴¹. Ce principe est, dans bien des cas, indispensable pour que le juge puisse jauger des différents enjeux et prendre une mesure proportionnelle. Il est loisible de se demander quelles circonstances pourraient nécessiter de ne pas respecter le contradictoire, alors que cette action est dirigée contre des fournisseurs d'accès qui ne risquent pas de s'enfuir. Tout juste risquent-ils de prendre volontairement des mesures curatives avant que le juge ne se prononce.

Par la force des choses, la voie du référé est utilisée de manière spécifique dans ce contentieux¹³⁴². Il faut relever le paradoxe qu'il y a à confier les questions les plus délicates à une juridiction taillée pour trancher dans l'urgence. Il n'y a pourtant pas d'autres voies

¹³³⁹ En ce sens : A. Robin, « *Le principe de neutralité de l'internet : les tentatives de neutralité de la technologie* », in V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La neutralité et le droit*, Éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, pp. 126-127.

¹³⁴⁰ M. Lévy et E. Eskinazi, « *Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité* », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2005, n° 109, p. 33.

¹³⁴¹ TGI Paris, ch. req., ord. 28 juin 2011, *Sté Numéricable et a. c/Sté Éditions Gallimard* : RLDI 2011/73, n° 2430, obs. L. Costes.

¹³⁴² Voy. B. Gorchs, « *Vers un référé de l'Internet autonome* », *Comm. Com. électr.*, 2007, n° 12, ét. 31.

permettant d'obtenir une décision rapide dans le respect du droit. Les articles L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle et 61 de la loi de régulation des jeux en ligne prévoyant que la décision soit prise en la forme des référés, et non pas en référé, achèvent de s'en convaincre¹³⁴³.

388. – Il faut préciser au registre des règles de procédure que si le demandeur s'appuie sur une infraction de presse pour demander la cessation, il doit respecter le formalisme propre à la loi de 1881, en particulier en ce qui concerne la précision et la qualification des faits exigées par l'article 53 de cette même loi. Le juge des référés de Toulouse¹³⁴⁴ a ajouté que l'exigence vaut, non seulement pour l'application de l'article 50-1 de la loi de 1881, mais aussi pour les dispositions équivalentes de la LCEN du moment que leur application est sollicitée au motif d'une infraction de presse¹³⁴⁵.

389. – Caractère non obligatoire du prononcé de la mesure. La doctrine affirme classiquement le caractère obligatoire de la cessation de l'illicite¹³⁴⁶. Le professeur Cyril Bloch, s'il a fortement défendu dans sa thèse le caractère obligatoire de la cessation de l'illicite¹³⁴⁷, relève que celui-ci n'est pas absolu, en particulier, lorsque la liberté d'expression est en cause. En ce cas, « *la difficulté n'est pas de mettre un terme à l'abus de la liberté d'expression, mais de devoir prononcer, pour ce faire, des mesures portant atteinte à une liberté d'expression non viciée. Les mesures de cessation de l'illicite dont le juge dispose ne parviennent que rarement à cibler leur intervention sur les seuls éléments illicites.* »¹³⁴⁸. Or, il est certain qu'aucune technique d'intervention des transporteurs n'est immunisée contre le risque de sur-blocage. C'est sur ce risque, et les droits et libertés qu'il contrarie, que doit se fonder l'appréciation du juge.

Au demeurant, il a été affirmé que l'emploi de la formule « le juge peut » dans les textes juridiques devrait lui ouvrir une simple faculté¹³⁴⁹. Dans le domaine de notre étude, les

¹³⁴³ Rappelons qu'une décision rendue en la forme des référés est en réalité « *une décision de fond rendue selon une procédure particulière* » (S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 8^e éd., 2014, n° 323.81).

¹³⁴⁴ TGI Toulouse, réf., 11 avr. 2014, n° 14/00525.

¹³⁴⁵ Comp. notre opinion concernant l'appréciation de l'illicite par les hébergeurs, *supra*, n° 316.

¹³⁴⁶ M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 218 et s.

¹³⁴⁷ C. Bloch., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Th. Aix-Marseille III, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, n° 435 s.

¹³⁴⁸ C. Bloch, *op. cit.*, n° 478, p. 557.

¹³⁴⁹ J. Boyer, « *Le juge des référés peut... réflexion sur les pouvoirs du juge des référés* », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 135-142 : s'appuyant sur le sens commun du verbe pouvoir ainsi que sur l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 1992, l'auteur propose que le juge des référés soit « *autorisé à rejeter la demande sous la seule condition d'énoncer les raisons de sa réticence, qu'elle soit de droit ou de fait.* » (p. 142).

principaux textes que le juge est amené à appliquer sont de ceux-là¹³⁵⁰. Au-delà d'une faculté, son appréciation se trouve soumise aux exigences de proportionnalité déjà posées. La fin et les moyens doivent être en rapport. Faute de quoi, la mesure ordonnée encourrait le risque d'être censurée.

390. – En matière de régulation, le pouvoir reconnu à des autorités administratives de solliciter le blocage de certains services ne blesse pas les garanties en jeu lorsque le contrôle du juge reste entier. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a tranché en ce sens pour refuser de renvoyer une question préjudicielle sollicitée par un FAI au sujet de la possibilité pour le président de l'Arjel de demander le blocage¹³⁵¹. L'opportunité de la mise en œuvre effective du blocage restant du ressort d'un juge. Les décisions rendues dans le cadre d'un blocage sollicité par le président de l'Arjel illustrent que l'appréciation de l'opportunité de la mesure et des éléments de preuves restent entiers¹³⁵². Ce n'est assurément plus le cas lorsque l'autorité administrative dispose du pouvoir de solliciter directement auprès du FAI une mesure de blocage.

2. – Les réserves suscitées par le blocage administratif

391. – Un dispositif légal spécial. La possibilité pour l'autorité administrative, prévue à l'alinéa 2 de l'article 6-1 de la LCEN, de notifier directement aux FAI les adresses électroniques des services en lignes diffusant des contenus pédopornographiques, incitant ou faisant l'apologie du terrorisme écarte le juge du processus de blocage¹³⁵³. L'établissement d'une liste noire est ici indispensable. Celle-ci devrait être établie par l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) en partie grâce aux données collectées via sa plateforme PHAROS¹³⁵⁴. S'agissant d'empêcher l'accès à des adresses électroniques, la technique adéquate semble être le blocage. Le décret d'application précise qu'il s'agit d'un blocage de type DNS¹³⁵⁵. Le blocage administratif ne peut donc, en pratique, concerner que des domaines ou des sous-domaines. À condition qu'elle vise un site réellement illicite dans son ensemble, il s'agit de l'une des

¹³⁵⁰ L'art. 6-I.8 de la LCEN prévoit que « l'autorité judiciaire peut prescrire » et l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle que le tribunal de grande instance « peut ordonner ».

¹³⁵¹ Com., 12 juillet 2013, n° 13-11.704 et 13-15.548 : Comm. com. électr. 2013, comm. 114 obs. A. Debet.

¹³⁵² Pour une illustration, voy. : TGI Paris, réf., 9 janv. 2012, RG n° 11/58989.

¹³⁵³ *Supra*, n° 377.

¹³⁵⁴ D. n° 2015-125 du 5 févr. 2015, art. 1. et, à propos de l'art. 6.I.7 de la LCEN, aujourd'hui déplacé à l'art. 6-1, la délibération de la CNIL n° 2013-223 du 18 juill. 2013 portant avis sur un projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé « PHAROS ».

¹³⁵⁵ D. préc., art. 2 al. 2.

techniques les moins susceptibles de porter préjudice aux usages licites du réseau. C'est heureux, car les garanties qui accompagnent cette procédure de blocage sont réduites.

392. – Des garanties peu consistantes. La gravité des contenus visés par l'article 6-1 de la LCEN ne doit pas aveugler sur sa nature juridique. Il s'agit d'un régime de « *censure administrative sans intervention judiciaire préalable* »¹³⁵⁶. Le caractère équilibré du dispositif repose principalement sur la compétence et la diligence de l'autorité administrative. Il n'est accompagné que de peu de garanties. La personne qualifiée désignée au sein de la CNIL chargée d'assurer le contrôle de ces mesures et de rédiger un rapport d'activité une fois par an¹³⁵⁷ n'est pas porteuse des mêmes garanties que l'intervention d'un juge¹³⁵⁸. Le blocage « mixte », comme en matière de régulation des jeux en ligne où l'autorité administrative sollicite le blocage par un juge, apparaît porteur d'infiniment plus de garanties. Car, quelle que soit la légitimité de l'objectif poursuivi, si les moyens à mettre en œuvre impliquent de limiter une liberté fondamentale, le contrôle d'un juge apparaît nécessaire dans une société démocratique.

A minima, celui-ci doit pouvoir se faire *a posteriori*. C'est ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel¹³⁵⁹. Mais pour qu'un recours soit réellement effectif, ne faut-il pas que la liste noire soit publique ? Publier une liste de services proposant des contenus pédopornographiques ou incitant au terrorisme se heurte pourtant à d'évidentes objections¹³⁶⁰.

B. – L'exigence d'un recours effectif

393. – Un recours nécessaire à la préservation des droits des utilisateurs. Les utilisateurs de l'internet et les services en ligne victimes d'un sur-blocage devraient bénéficier d'un recours leur permettant de faire valoir leur droit. Ils n'ont, la plupart du temps, pas pu le faire au moment du prononcé de la mesure. Elle est pourtant susceptible de porter directement atteinte à leurs droits. La CEDH, saisie d'un cas manifeste de sur-blocage, a indiqué que le droit de chaque État doit prévoir des garanties « *pour éviter qu'une mesure de blocage visant*

¹³⁵⁶ Ph. Ségur, « *Le terrorisme et les libertés sur l'internet* », AJDA 2015 p. 160⁺.

¹³⁵⁷ Art. 6-1 al. 3 et 5.

¹³⁵⁸ Si la personne qualifiée peut saisir le juge administratif lorsque l'autorité administrative ne suit pas ses recommandations, le recours des éventuelles victimes d'un blocage injustifié n'est en rien prévu. – Voy. aussi, *infra*, n° 394.

¹³⁵⁹ Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, § 8 (préc.) : « *la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé* »

¹³⁶⁰ Le pouvoir réglementaire insiste dès l'art. 2 du D. du 5 févr. 2015 sur l'évidente nécessité de transmettre les adresses à bloquer aux FAI et à la personne qualifiée chargée de les contrôler par un « *mode de transmission sécurisé, qui en garantit la confidentialité et l'intégrité*. ».

un site précis ne soit utilisée comme moyen de blocage général »¹³⁶¹. C'est bien le minimum. Le juge ne peut prévoir tous les effets d'une mesure au cours du temps. Même lorsqu'ils ne touchent que quelques personnes, les effets imprévus peuvent être assez graves pour constituer une nouvelle variable susceptible de faire pencher la balance des intérêts de l'autre côté. En pratique, les tiers devraient prouver que des éléments n'ont pas été pris en compte au moment de la formulation de la mesure ou que sa mise en œuvre n'est pas adaptée.

394. – Le contrôle de la mise en œuvre pratique de la mesure. Les différentes techniques à la disposition des FAI ayant des effets très différents, l'existence d'un recours effectif est particulièrement nécessaire lorsque le juge ne détaille pas les modalités de la mise en œuvre pratique de la mesure qu'il ordonne. Ces effets peuvent se révéler particulièrement inadéquats. La CJUE est allée dans ce sens en indiquant que le droit national doit prévoir « *la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet* »¹³⁶². Semblant se conformer à cette exigence, le décret d'application de l'article 6-1 de la LCEN prévoit que les utilisateurs tentant de se connecter aux adresses bloquées sont redirigés vers une page les informant notamment sur les voies de recours possibles¹³⁶³. Étant donné qu'aucun recours n'est offert aux éditeurs de services concernés, ni même aux FAI, l'existence de ce recours mentionné à ce seul article paraît, en l'état, de pure forme¹³⁶⁴.

II. – Des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi

395. – À pouvoirs limités, mesures limitées. Les juges amenés à prononcer des mesures dont ils connaissent le caractère imparfait affichent généralement une attitude volontaire, mais peu ferme. Une ambivalence qui se manifeste à la fois dans la portée de la mesure (A) et dans l'attribution de sa charge (B).

A. – Une portée limitée

396. – L'exigence de proportionnalité doit intégrer les effets de l'exécution de la mesure. Entre une mesure imposant de recourir au filtrage, une autre imposant une solution de blocage

¹³⁶¹ CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, aff. *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, § 68 : préc.

¹³⁶² CJUE, 27 mars 2014, C-314/12, aff. *UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH et a.*, § 57 : préc. À noter que la Cour était saisie d'une mesure ordonnée dans le cadre d'une procédure sur requête, laquelle rend particulièrement nécessaire un recours.

¹³⁶³ D. n° 2015-125 du 5 févr. 2015, art. 3, al. 3.

¹³⁶⁴ En ce sens : E. Dreyer, « *Le blocage de l'accès aux sites terroristes ou pédopornographiques* », JCP G 2015, doctr. 423, n° 3, soulignant que la loi a prévu un « mécanisme de substitution » par la désignation d'une personne qualifiée chargée du contrôle de ce blocage.

et une troisième laissant libre l'intermédiaire d'adopter les moyens qu'il juge utiles, il y a des différences d'intensité importantes (1). En tant que mesure au potentiel d'efficacité limité, sa sanction est souvent malaisée (2).

1. – *L'intensité des mesures*

397. – Une intensité dépendante de la technique utilisée. La question mérite de se poser dans les termes de la dichotomie utilisée par Demogue : obligations de résultat ou obligations de moyen ? Il ne s'agit pas ici d'obligations contractuelles, mais la question est bien de savoir si le FAI doit atteindre le résultat auquel la mesure le contraint ou s'il doit simplement faire tout ce qui est en son pouvoir.

Lorsqu'est imposée une mesure dont il est connu que l'objectif ne peut être parfaitement atteint¹³⁶⁵, il est logique de considérer qu'il s'agit d'une obligation de moyen¹³⁶⁶. Cela vaut si la mesure implique de ne plus permettre l'accès à un ou des services. Mais la mesure peut aussi être plus précise. La précision est parfois dans la norme. Le décret d'application de la loi de régulation des jeux en ligne prévoit explicitement que l'arrêt des services illicites doit se faire par blocage DNS¹³⁶⁷, de même que le décret d'application de l'article 6-1 de la LCEN¹³⁶⁸. Ainsi, si la mesure n'oblige le FAI qu'à supprimer de ses registres DNS une adresse, elle peut s'identifier à une obligation de résultat. Elle ne consiste pas à rendre impossible l'accès à une adresse. Elle oblige simplement de ne pas y conduire par ses propres serveurs DNS. La solution a le mérite de la clarté.

398. – Pourtant, les juges, depuis les premiers contentieux, répugnent à préciser les mesures qu'ils imposent¹³⁶⁹. Dans le même esprit, la CJUE a estimé que définir un objectif sans les mesures concrètes à mettre en œuvre permet à l'intermédiaire d'adopter les mesures les plus adaptées¹³⁷⁰. Mais si les moyens à mettre en œuvre sont susceptibles de porter atteinte à des libertés fondamentales, s'il doit être possible de demander au juge si les moyens mis en œuvre sont les bons¹³⁷¹, n'est-il pas encore plus logique que le juge précise directement les modalités d'application de sa mesure ? Il serait alors libre d'en faire une obligation de résultat

¹³⁶⁵ La CJUE exclut que les mesures imposées à un intermédiaire puissent avoir une efficacité parfaite. Voy. CJUE, 27 mars 2014, C-314/12, § 58.

¹³⁶⁶ C'est la conclusion de la Cour de Luxembourg. Voy. CJUE, 27 mars 2014, C-314/12, spé. § 59 et § 64.

¹³⁶⁷ Art. 1^{er} du décret n° 2011-2122 du 30 déc. 2011.

¹³⁶⁸ Art. 1^{er} du D. n° 2015-125 du 5 févr. 2015.

¹³⁶⁹ Le juge Gomez s'est basé, en son temps, sur le constat selon lequel les FAI déterminent « librement » les conditions auxquelles ils soumettent l'accès pour leur imposer des mesures dont ils doivent déterminer « librement » les modalités d'exécution, voy. TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, aff. « Front 14 » : préc.

¹³⁷⁰ CJUE, 27 mars 2014, C-314/12, § 52 et 64.

¹³⁷¹ Une telle possibilité est exigée par la CJUE dans le cadre d'une procédure sur requête. Voy. CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, § 54 : préc.

en ce que la mesure n'aurait pas un objet vague tel qu'empêcher l'accès à certains contenus, mais une consistance matérielle bien précise, par exemple le retrait d'une adresse des serveurs DNS d'un FAI.

Les modalités concrètes de la mesure ayant un impact important sur les libertés des utilisateurs, il apparaît utile que le juge les précise dès le moment où il balance les droits en présence. Il peut ainsi être conduit à rejeter les mesures les plus intrusives¹³⁷². Il s'agit d'une solution d'équilibre ne succombant à aucune des tentations maximalistes qui se font facilement jour.

399. – La question de l'actualisation du blocage. Lorsqu'une action est dirigée envers un site précis, celui-ci a tôt fait de disparaître pour réapparaître à une adresse différente. De là est née l'idée d'une possible actualisation du blocage déjà ordonné en justice¹³⁷³. Des ayants droit ont, dans ce but, développé des outils qu'ils ont présentés à la justice, sans succès pour l'instant. Dans l'affaire *Allostreaming*, le juge des référés de Paris a refusé de faire droit à leur demande, car il lui aurait alors été impossible de contrôler l'exécution matérielle de sa décision¹³⁷⁴. Il est vrai que si une mesure de blocage présente en elle-même des risques, son actualisation automatique en présente encore davantage. Le bilan que le juge se doit d'effectuer pour ordonner ce type de mesure ne peut recevoir les mêmes paramètres de base, lorsque le temps s'est écoulé et que l'adresse à bloquer n'est plus la même.

Faut-il se résoudre à ce que la justice soit en retard, très en retard, lorsqu'elle ordonne de telles mesures ? Il faut tout d'abord revenir sur leurs caractères exceptionnels. L'action auprès des hébergeurs, particulièrement auprès des moteurs de recherche, est d'une efficacité apte à réduire les dommages et les troubles à l'ordre public. Il ne s'agit pas d'une efficacité absolue, mais le blocage est tout aussi incertain.

2. – La sanction des mesures

400. – De l'embarras lors du prononcé de la mesure au flou de la sanction. La mesure de filtrage de source judiciaire donne en théorie au juge les armes nécessaires pour faire respecter ses décisions.

¹³⁷² Pour un exemple de refus du filtrage par DPI au profit d'une injonction de blocage DNS et IP : TGI Paris, réf. 14 oct. 2011, RG 11/58052 : préc.

¹³⁷³ Cette hypothèse concerne essentiellement le blocage, car c'est l'objet du filtrage que de contrôler les contenus indépendamment de l'adresse d'où ils proviennent.

¹³⁷⁴ TGI Paris, réf. 28 nov. 2013, *APC et a. c/ Numéricable et a.* : Legalis ; RLDI 2013/99, n° 3294 obs. L. C, 2013/100 n° 3307 note W. Duhen, 2013/101 n° 3340 note O. Pignatari. Le juge a toutefois fait suivre son refus d'une incitation forte à la collaboration entre les parties.

Pourtant, sur tous les fondements utilisables, l'étude de la jurisprudence fait apparaître le malaise des juges. Le professeur Christine Hugon estime dans l'affaire *Aaargh* que « *le juge, faute de pouvoir faire mieux et après avoir fixé l'objectif à atteindre, s'est contenté de dire : je vous ordonne de faire ce que vous pouvez, comme vous le pouvez* »¹³⁷⁵. Ils répugnent à assortir les mesures qu'ils ordonnent d'une astreinte. Elle serait, portant, une menace à même de faire ployer bien des récalcitrants. Or, dès 2001 la justice laissait aux FAI « *le soin de déterminer librement les mesures qui leur apparaîtront nécessaires et possibles en l'état des moyens techniques existants* »¹³⁷⁶. Encore récemment, dans une affaire emblématique, le TGI de Paris a imposé de telles mesures aux FAI en précisant qu'« *il n'y a pas lieu d'ordonner de mesures d'astreinte, la présente juridiction pouvant être à nouveau saisie en cas de difficulté ou d'inexécution par l'une des parties à l'instance* »¹³⁷⁷. Il est vrai qu'entre l'assignation et la décision de justice, les sites litigieux avaient été fermés et, pour beaucoup, réapparus à d'autres adresses.

401. – L'hypothèse de l'indemnisation sans cessation. Dans le domaine des troubles anormaux de voisinage, les juges du fond ont parfois décidé d'accorder une indemnité pour le préjudice subi sans pour autant ordonner la cessation du trouble¹³⁷⁸. L'existence dans notre droit positif de ce « *droit de nuire moyennant indemnité* »¹³⁷⁹ peut-elle inciter à admettre, lorsque le juge estime qu'il n'est pas opportun d'ordonner des mesures de cessation, que l'intermédiaire doit tout de même indemniser le préjudice causé ? Le raisonnement décrit par le professeur Marie-Ève Roujou de Boubée¹³⁸⁰ pour mettre en balance les intérêts est tentant au regard des risques et de l'incertitude attachés au filtrage. Ce serait oublier, d'une part, le manque d'orthodoxie de ces décisions souligné par le professeur Roujou de Boubée, et d'autre part, que le débiteur de la cessation n'est pas ici l'auteur du dommage. Encore plus fondamentalement, le but poursuivi par les actions en cessation sur l'internet, d'autant plus

¹³⁷⁵ JCP G n° 42, 15 oct. 2008, II 10171 note sous Civ. 1, 19 juin 2008, n° 07-12.244.

¹³⁷⁶ TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, aff. « Front 14 » : préc.

¹³⁷⁷ TGI Paris, réf, 28 nov. 2013 : préc.

¹³⁷⁸ Voy. les exemples cités par M.-È. Roujou de Boubée ainsi que la critique qui en faite : *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, pp. 232-253. – Voy. aussi : C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Th. Aix-Marseille III, Dalloz coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2008, n° 529 s. : centrante son analyse sur les autorisations administratives permettant de nuire moyennant indemnité

¹³⁷⁹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 385. – Comp., R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. I, spé. n° 40, p. 55 et n° 90-107, pp. 123-134, rattachant le « *droit de nuit à autrui contre indemnité* » à l'état de nécessité de l'auteur du dommage :

¹³⁸⁰ *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 244 : c'est « *en fonction de la balance de l'utilité sociale, c'est-à-dire de la valeur sociale de l'activité dommageable par rapport à l'intérêt du voisin lésé, que les tribunaux ordonnent ou non la cessation de l'activité.* »

lorsqu'elles se portent sur un fournisseur d'accès, est avant tout... la cessation. Aucune forme de réparation pécuniaire n'est à même de compenser le dommage découlant des publications les plus graves.

B. – Une charge adaptée

402. – Lorsqu'une mesure de blocage ou de filtrage est ordonnée, il faut tout d'abord désigner son répondant (1). Les mesures qui en découlent ont un coût et il n'apparaît pas évident que ce coût doit être supporté par le répondant (2).

1. – Le répondant des mesures

403. – Le ciblage d'un acteur du transport. Les victimes de faits illicites adoptent souvent un raisonnement fonctionnel lorsqu'elles agissent en justice. Ce ne sont pas seulement les FAI qui sont attirés en justice dans l'affaire *Allostreaming*, mais aussi des moteurs de recherche¹³⁸¹. La loi elle-même met en avant une telle philosophie¹³⁸². Il faut pourtant se garder d'adopter un raisonnement semblable pour des acteurs très différents. La caractéristique essentielle des acteurs du transport, c'est qu'ils ne restent en possession des données dont ils sont les intermédiaires que de très courts instants. Ce simple constat implique une différence irréductible avec les moteurs de recherche. Les concernant, ce sont leurs obligations en tant qu'hébergeur ou en tant que prestataire raisonnable que les victimes devraient actionner¹³⁸³. Même si le fondement juridique utilisé peut parfois être identique, les enjeux attachés à la régulation des activités de référencement sont bien différents. Les risques qui y sont attachés sont beaucoup plus réduits et, à vrai dire, les chances de succès de l'action renforcées.

404. – Le ciblage d'un acteur offrant un accès à l'internet. Alors qu'un hébergeur peut viser le public français où qu'il se trouve dans le monde, un FAI doit être installé en France pour proposer ses services au public français. Les juges français ne disposent d'aucune légitimité pour imposer des mesures à des FAI proposant leurs services dans d'autres pays. Tout FAI proposant ses services en France lui est *a contrario* potentiellement soumis. Il ne paraît pas opportun de pouvoir viser des acteurs tels que les fournisseurs de transit. Ceux-ci ne

¹³⁸¹ Voy. : TGI Paris, réf, 28 nov. 2013 (préc.) : dans leurs conclusions, les demandeurs font falloir leur argumentation envers les FAI et enchaînent : « pour les mêmes motifs les moteurs de recherche devront prendre les mêmes mesures ».

¹³⁸² L. 336-2 CPI vise « toute personne susceptible de contribuer » à la cessation d'une atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin ; L'art. 61 al. 3 de la loi de régulation des jeux en ligne prévoit les modalités de la cessation du « référencement » dans des termes très proches de ceux utilisés un alinéa plus haut envers les hébergeurs et les FAI.

¹³⁸³ Voy. *supra*, n^{os} 349-350 et *infra*, n^{os} 424 s.

fournissent aucun accès au public, ils s'adressent à d'autres professionnels, dont les FAI, qui eux présentent l'avantage de cibler un public délimité à une zone géographique. Car ce type de mesure est fortement lié à la culture de chaque pays¹³⁸⁴. De ce point de vue, peu importe que l'opérateur sous-traite ses activités de réseau, c'est bien lui qui offre un accès à l'internet qui est le répondant de la cessation¹³⁸⁵. À sa charge d'obtenir de son prestataire l'exécution de la mesure qui lui est imposée. Son pouvoir sur le réseau est attesté par sa capacité à ouvrir des accès à l'internet.

405. – Il faut associer aux personnes offrant un accès à l'internet, les registres de noms de domaines. Ils alimentent les serveurs DNS tenus par les FAI qui permettent l'accès à un domaine. Ils disposent donc aussi du pouvoir de couper l'accès à un domaine. Le blocage DNS a pu être sollicité et obtenu directement auprès de l'AFNIC¹³⁸⁶. La solution est plus simple et efficace qu'une action visant les multiples FAI opérant sur le marché français. La méthode est cependant réservée aux sites utilisant une extension dépendant du registre France. Une action contre les registres internationaux situés aux États-Unis serait plus qu'incertaine. D'une part, leur internationalité interdit à la France d'imposer trop largement ses velléités de régulation et, d'autre part, la conception américaine de la liberté d'expression s'oppose à bien des régulations¹³⁸⁷.

2. – La répartition du coût des mesures

406. – La théorie du risque-profit apparaît souvent en filigrane lorsqu'il s'agit d'imposer une obligation de filtrage aux FAI¹³⁸⁸. Celle-ci ayant été écartée des fondements de leur responsabilité, elle peut réapparaître sous une forme détournée pour décider de la charge du coût du filtrage. Lorsque ces mesures sont imposées dans l'intérêt exclusif des demandeurs, le juge a pu décider de leur en faire supporter les coûts¹³⁸⁹. Dans l'affaire *Allostreaming*, le juge des référés du TGI de Paris, pour mettre le coût des mesures de filtrage à la charge des

¹³⁸⁴ Il suffit de revenir sur quelques cas déjà évoqués dans ces lignes pour avoir une idée de ces différences de cultures ou de sensibilité. Préserver la mémoire d'Atatürk n'apparaît un but légitime qu'en Turquie (cf. CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, préc.). Lutter contre l'apologie du nazisme est un objectif essentiel en France, alors que les États-Unis n'y attachent pas la même importance (cf. aff. *Yahoo!*).

¹³⁸⁵ En ce sens : Com. 21 janv. 2014, n° 13-11.704 et 13-15.548, *Darty Télécom c/ Arjel* : préc.

¹³⁸⁶ TGI Vienne, ord. réf., 11 juill. 2013, *Eurochallenges France / Inno Options* : Légalis ; RLDI 2013/97 n° 3225 obs. S.S. et L.C. – Sur le gel et le blocage des noms par l'AFNIC : *Vivant et alii*, n° 1945.

¹³⁸⁷ Voy. *infra*, n°s 495 et 503.

¹³⁸⁸ Luc Grynbaum, écrit, à propos de l'article 6.-I.7 de la LCEN, que « dès lors qu'Internet, aux mains désormais de professionnels développant une activité lucrative, facilite la commission d'infractions pour lesquelles la société souhaite une répression accrue, il est très acceptable que les opérateurs tirant profit du réseau soient tenus par le législateur de contribuer à son assainissement. » (« LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet », Comm. Com. électr. 2004/9, Ét., n° 28, p. 36⁺).

¹³⁸⁹ TGI Paris, réf., 14 oct. 2011, RG 11/58052 : publiée sur <http://www.nextinpact.com/archive/66409-refere-ordonnance-copwatch-blocage.htm> (vérifiée le 14 juill. 2014).

demandeurs, s'est appuyé sur l'absence de disposition légale relative à leur prise en charge financière¹³⁹⁰. Une justification *a minima* qui aurait tout aussi bien pu être utilisée pour soutenir la thèse inverse. La loi de régulation de jeux en ligne a, elle, expressément prévu en son article 61 *in fine* une compensation pour les FAI. En l'absence du décret nécessaire, le blocage a tout de même pu être ordonné sans que le juge supplée la carence du pouvoir réglementaire en s'autorisant à calculer lui-même l'indemnité¹³⁹¹. Le décret finalement paru fin 2011 prévoit l'indemnisation des « *coûts des interventions manuelles spécifiques supplémentaires opérées dans les systèmes DNS* » et l'éventuelle « *acquisition de serveurs DNS supplémentaires* »¹³⁹². Le lien entre la nature des mesures et leurs coûts est perceptible. Le blocage DNS prévu à l'article 6-1 de la LCEN fait lui aussi l'objet d'une compensation des surcoûts définis comme résultant « *des investissements et interventions spécifiques supplémentaires résultant de ces obligations* »¹³⁹³.

Peu de lumière sur ces questions est venue d'en haut. En estimant que les injonctions de blocage imposées aux FAI ne doivent pas impliquer pour eux de faire des « *sacrifices insupportables* »¹³⁹⁴, la CJUE n'est pas allée très loin. Le Conseil constitutionnel n'a pas apporté des lumières plus intenses sur la question¹³⁹⁵. En l'absence de précision concernant les techniques de mise en œuvre de ces mesures, la question reste imprécise. Car le coût des mesures de filtrage peut être très important, alors que celui du blocage DNS est faible. Le filtrage n'étant pas une technique appropriée en l'état, la question peut paraître secondaire. Il est vrai que le coût de quelques mesures de blocages DNS imposées aux FAI reste minime. Ce ne serait plus le cas si le blocage devait être actualisé après jugement¹³⁹⁶ ou s'il devait y

¹³⁹⁰ TGI Paris, réf, 28 nov. 2013 : préc. – Adde, dans l'aff. *The Pirate Bay* : TGI Paris, ch. 3, réf., 4 déc. 2014 : RLDI 2015/111, n° 3648 obs. L. C. ; 2015/112 n° 3671 note L. Grynbaum (y voyant une incitation à la coopération entre FAI et ayants droit).

¹³⁹¹ TGI Paris, réf., 6 août 2010, aff. « Stanjames » : Comm. Com. électr., févr. 2011, comm. 12, note A. Debet ; RLDI 2010/63 n° 2083 obs. L.C., 2010/64 n° 2103 note L. Grynbaum – CA Paris, 28 juin 2011, RG n° 10/56506, aff. « Stanjames » (refus de transmettre une QPC portant sur l'absence de décret permettant d'indemniser les FAI, l'art. 61-1 de la constitution ne permettant de contester que des dispositions législatives).

¹³⁹² Art. 2 du décret n° 2011-2122 du 30 déc. 2011 relatif aux modalités d'arrêt de l'accès à une activité d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard en ligne non autorisée.

¹³⁹³ D. n° 2015-125 du 5 févr. 2015, art. 6, al. 3. – À noter qu'une compensation est également prévue pour les déréférencements ordonnés sur le fondement de même art. 6-1 aux moteurs de recherche et annuaires (D. n° 2015-253 du 4 mars 2015, art. 6).

¹³⁹⁴ CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, § 53 : préc.

¹³⁹⁵ Dans le cadre du contrôle des dispositions permettant à l'autorité administrative de demander le blocage d'un site et insérant à l'article 6-1.7 de la LCEN une disposition selon laquelle « *un décret fixe les modalités d'application de l'alinéa précédent, notamment celles selon lesquelles sont compensés, s'il y a lieu, les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs.* », le Conseil a simplement indiqué : « *en prévoyant que les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs seraient, s'il y a lieu, compensés, il n'a pas méconnu l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics* » (Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, § 7 : préc.)

¹³⁹⁶ Sur cette question : *supra*, n° 399.

être recouru de manière massive. Pour l'analyse économique du droit, « *tant que la prise de précaution supplémentaire réduit plus le niveau du dommage escompté qu'elle ne coûte à adopter, l'accroissement de la prévention est justifié.* »¹³⁹⁷. Mais ici, les données économiques ne sont pas les seules à prendre en compte au registre des coûts, loin de là.

407. – Étape. La régulation des contenus que peuvent pratiquer les FAI est infiniment plus délicate que celle opérée par les hébergeurs. Des risques importants pour les libertés des utilisateurs y sont nécessairement attachés. Il n'apparaît ainsi pas opportun que leur régime de responsabilité puisse, en dehors de l'intervention d'un juge, les contraindre à perdre leur neutralité. Leur absence de responsabilité quant aux contenus apparaît donc beaucoup plus solide que celle des hébergeurs. Toutefois, lorsqu'un juge se prononce, le flou des mesures prononcées n'aide pas à assurer la prévisibilité de leurs effets. À notre sens, la régulation opérée par les transporteurs devrait se limiter aux techniques les moins intrusives, c'est-à-dire, celles qui ne nécessitent pas de lire le contenu des paquets.

408. – Conclusion du Chapitre premier. L'étude de la régulation des activités neutres des intermédiaires techniques conduit à inscrire un élément temporel dans la définition de la neutralité. Celle-ci ne peut être définitivement acquise. Il importe de définir les hypothèses où elle devient illégitime. Ainsi, un acteur *a priori* neutre doit pouvoir être contraint d'adopter un autre comportement. C'est là la clé de voûte de la régulation des contenus sur l'internet. L'appréciation de la remise en cause de la neutralité des intermédiaires techniques est cependant très différente selon les acteurs, elle doit se faire au regard de leur pouvoir et de ses effets sur les libertés des utilisateurs.

Les hébergeurs sont assurément les acteurs principaux de la régulation des contenus. Ils disposent des pouvoirs leur permettant d'opérer une régulation efficace et respectueuse des droits des utilisateurs. Leur régime de responsabilité s'avère particulièrement compatible avec l'idée d'une neutralité raisonnable. Les divers mécanismes pouvant les amener à réguler les contenus gagnent à s'analyser comme des moyens de faire tomber leur neutralité ; comme des moyens de les mettre en position de faire un choix. La neutralité y trouve ses limites tout en rappelant à chaque étape les enjeux tenant aux libertés. Au cours de cette étude, les ressources du régime de responsabilité issue de la LCEN sont apparues encore prometteuses. En particulier, la procédure de notification de contenus illicites recèle un potentiel intéressant

¹³⁹⁷ G. Maitre, *op. cit.*, n° 100, p. 53.

pour le droit à l'oubli numérique¹³⁹⁸.

L'aspect le plus décevant de notre étude, du point de vue de la responsabilité civile, porte sur la régulation des activités neutres des transporteurs. Leurs pouvoirs en ce domaine, parce que dangereux pour les libertés des utilisateurs, ne peuvent être activés par la responsabilité civile. L'altération de leur neutralité implique nécessairement de restreindre la liberté de communication, y compris pour des activités licites. L'intervention d'un juge - ou du moins d'une autorité publique - est nécessaire. De ce fait, la remise en cause de la neutralité des FAI ne peut être qu'une solution intervenant à la marge. Quelle que soit la technique utilisée, elle ne peut garantir que l'accès aux contenus sera impossible pour la simple raison qu'ils sont encore publiés. Le caractère nécessairement subsidiaire de ces mesures doit alors être rappelé ; l'intervention auprès de l'hébergeur - quand il existe - étant toujours préférable.

Ainsi, la responsabilité civile s'avère particulièrement apte à réguler la neutralité des hébergeurs, mais elle ne peut se saisir de celle des transporteurs du fait des libertés fondamentales en cause. Elle devrait retrouver une latitude beaucoup plus grande s'agissant de réguler les activités non neutres des intermédiaires techniques - hébergeurs ou FAI -, car celles-ci ne sont pas directement vectrices des usages que les libertés fondamentales protègent.

¹³⁹⁸ Sur ce point, voy. : *supra*, n^{os} 317-320.

Chapitre 2. – La régulation des activités non neutres

409. – Adéquation de la notion de standards. Il faut l'affirmer : être neutre, c'est aussi s'obliger¹³⁹⁹. Dans le contexte dynamique entretenu par un réseau neutre, il est besoin de guides aptes à saisir les évolutions rapides des pratiques et des enjeux. Les standards sont l'archétype de ces notions à contenus variables qui peuvent se définir comme des « instruments de mesure en terme de normalité. »¹⁴⁰⁰. Ils donnent « une mesure moyenne de conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée », « une grande ligne de conduite, une directive générale »¹⁴⁰¹. De fait, l'utilisation d'un standard « se trouve mieux approprié[e] dans un domaine où le besoin d'adaptation et d'évolution l'emporte sur le besoin de sécurité. »¹⁴⁰². Il est vrai que l'adaptabilité peut être source, si l'on y prend garde, d'insécurité juridique¹⁴⁰³. Il importe alors, « à la lumière des précédents, de définir un « modèle de référence » »¹⁴⁰⁴ afin de réduire cette insécurité pour les situations déjà connues du droit, tout en maintenant la

¹³⁹⁹ Le considérant n° 48 de la Directive 2000/31/CE relative au Commerce électronique précise que « 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. ». Alors que nous voyons dans cette directive un régime de responsabilité favorable à la neutralité, cette autorisation nous semble viser exactement ce que nous qualifions d'activités non neutres du réseau.

¹⁴⁰⁰ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 43.

¹⁴⁰¹ A.-A. Al-Sanhoury, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 145.

¹⁴⁰² A.-A. Al-Sanhoury, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁰³ Sur ce danger : C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 363-374

¹⁴⁰⁴ J.-L. Bergel, « Le processus des concepts émergents », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, p. 442, n° 14.

souplesse de la norme face à des situations nouvelles.

L'étude des conditions de la responsabilité des activités non neutres du réseau fait apparaître plusieurs standards à même de remplir ces conditions. Leur valeur normative n'est pas forcément explicitée en tant que telle, mais leurs effets sont perceptibles au travers de dispositions et de jurisprudences intervenant en des domaines très divers. Au-delà de leur intérêt didactique, ces standards présentent une réelle utilité pratique. Ils apparaissent comme des outils nécessaires à la conciliation entre les différents enjeux portés par la neutralité. Trois principaux standards peuvent être identifiés. Le premier n'est rien d'autre que le très classique standard du prestataire raisonnable (Section 1). Il commande de nombreuses activités non neutres sans lesquelles des activités neutres ne sauraient plus être vues comme légitimes. Le deuxième, peut être moins parlant, est le standard du prestataire ouvert (Section 2). Il inscrit la neutralité dans une démarche d'ensemble cohérente. Enfin, le dernier, indispensable sur un réseau qui ne connaît pas de frontières, est le standard du prestataire visant le public français, soumis à ses lois et/ou ses juges (Section 3).

409-1. – Note terminologique. Nous évoquons le standard du prestataire raisonnable et celui du prestataire ouvert et non celui de l'intermédiaire raisonnable ou de l'intermédiaire ouvert, car nous verrons que ces standards ont vocation à s'appliquer au-delà de la simple fonction d'intermédiaire.

Section 1. – Le standard du prestataire raisonnable

410. – Une régulation en complément de la neutralité. En régulant les activités non neutres des intermédiaires techniques, le droit de la responsabilité se trouve enfin directement confronté à l'infinie diversité des services en ligne. Pour les embrasser, il dispose de la richesse du droit commun qu'il ne pouvait pleinement utiliser pour réguler les activités neutres soumises à la LCEN. Toutefois, pour que ce découpage ait un sens, il ne faut pas que la régulation des activités non neutres déborde de son champ pour obérer des activités neutres. Doivent donc être exclues du champ de notre étude les activités non neutres qui ne présentent aucun point de friction avec la neutralité. Il s'agit ici de réguler la neutralité et son flot de contenus, or toutes les activités non neutres des intermédiaires techniques n'ont pas un impact sur leur fonction d'intermédiaire.

411. – Vertus de la raison. Les études les plus attentives ont relevé un emploi effectif très

faible du terme « raisonnable » dans la loi et la jurisprudence¹⁴⁰⁵. Ceci contraste avec le succès en doctrine de cette notion à la fois souple et parlante. Ces mêmes qualités nous incitent à l'utiliser comme un véritable standard¹⁴⁰⁶ chapeautant l'ensemble des activités non neutres des intermédiaires techniques ; comme un fils directeur qu'il ne faudra jamais perdre¹⁴⁰⁷.

Entre de vastes secteurs gouvernés par le droit commun et des lois spéciales parcellaires, le droit applicable semble à la fois témoigner de la recherche d'un standard du prestataire raisonnable et présenter la souplesse nécessaire pour se plier à ses exigences. Le standard du raisonnable est ainsi alimenté par des sources très diverses (§ 1). Au registre de l'analyse de ses effets, il est nécessaire de se focaliser sur ceux qui conduisent l'intermédiaire à prendre des mesures de précaution (§ 2), car c'est sur ce point particulier que ce standard peut présenter certaines frictions avec le principe de neutralité.

§ 1. – Les sources du standard

412. – Des sources bavardes. *« C'est à travers ses sources que le droit de l'internet révèle probablement le mieux son essence. À ce titre, les usages revêtent une place majeure, primordiale, parmi ces sources. »*¹⁴⁰⁸. Le standard du raisonnable peut s'en nourrir, en ce qu'il implique une méthode qui est *« le résultat d'une discussion ouverte, d'un débat, soit en amont par la négociation, soit en aval par un procès »*¹⁴⁰⁹. Son évaluation doit se faire *« en fonction des circonstances, des usages, de leur environnement économique, des valeurs qui s'imposent... »*¹⁴¹⁰. Le législateur en procédant par corégulation¹⁴¹¹ ou même, en renvoyant les

¹⁴⁰⁵ D. Mainguy, « Le « raisonnable » en droit (des affaires) », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, p. 314, n° 10. – Cependant, il faut souligner que ce constat a été effectué avant la suppression de l'expression « bon père de famille » du Code civil par l'amendement n° 249 au projet de loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes déposé le 3 juill. 2013, l'expression « en bon père de famille » étant remplacée par « raisonnablement ».

¹⁴⁰⁶ Sur le raisonnable en tant que standard juridique : L.-M. Duong (dir. G. J. Martin), *La notion de raisonnable en droit économique*, th. darct., Université de Nice, 2004, spé. n°s 300-317, pp. 293-309.

¹⁴⁰⁷ Les vertus du raisonnable en termes d'évaluation des comportements ont été brillamment décrites par Lê-My Duong dans sa thèse : *« le « raisonnable » plus qu'un moyen de comparer ce qui est avec ce qui doit être comprend l'idée que « ce qui est » doit être apprécié en fonction de ce qui est la juste mesure, de ce qui relève du sens commun ou de ce qui est de l'ordre du possible, en somme, de ce qu'il est normal qu'il soit étant donné le contexte et les circonstances. »* (op. cit., n° 299, p. 299). *« Le « raisonnable » contient les deux acceptions de la normalité : il est le « normal » par rapport à ce qui est habituel dans des circonstances similaires et le « normal » par rapport à ce qui l'on pouvait attendre de la personne concernée dans le contexte et les circonstances de l'affaire. »* (n° 312, p. 303).

¹⁴⁰⁸ F. Siirainen, « Réflexions sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le commerce électronique », in J.-B. Racine (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de règlement des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002, n° 18, p. 140.

¹⁴⁰⁹ D. Mainguy, op. cit., p. 335, n° 24.

¹⁴¹⁰ J.-L. Bergel, op. cit., p. 442, n° 14.

acteurs à l'autorégulation¹⁴¹², intègre parfois les fruits de cette discussion. Le juge, à la vue des éléments qui lui sont rapportés¹⁴¹³, peut également s'en inspirer pour déterminer le comportement raisonnable dans chaque espèce. Encore faut-il qu'il ait à appliquer des règles assez souples pour pouvoir leur donner ce contenu. Peu de lois spéciales ayant vocation à gouverner les activités non neutres du réseau, la souplesse du droit commun permet bien souvent d'y intégrer des usages dont l'internet fourmille (I). Ces usages, au sens juridique du terme, entretiennent des liens étroits avec les usages au sens technique et sociologique retenu depuis les premières pages de cette thèse¹⁴¹⁴. Ils apparaissent sous une forme plus élaborée, mais aussi parfois plus évanescente, lorsqu'ils sont le fruit de pratiques collaboratives (II).

I. – Un standard nourri par les usages

413. – Aux origines : la nétiquette. Sur l'internet, les usages prospèrent, aidés par la faible effectivité du droit d'origine étatique¹⁴¹⁵. À l'heure du web 2.0 triomphant, de la réalité augmentée et du temps réel, il peut paraître fort convenu d'évoquer l'ancienne nétiquette¹⁴¹⁶. On aurait toutefois tort d'éluder les raisons qui ont poussé les espaces numériques de discussion à se doter de règles face à l'afflux de nouveaux arrivants¹⁴¹⁷. Ce n'est pas tant le souci de respecter le droit que celui d'imposer une forme de civilité élémentaire qui les y a conduits. La nétiquette vise à s'assurer que les espaces de discussion numérique restent lisibles, agréables, voire constructifs. Cet ensemble de règles de civilité élémentaires s'est répandu à mesure que l'internet s'est ouvert au plus grand nombre. L'hétérogénéité générée par l'ouverture a imposé de formaliser des règles qui n'avaient pas à l'être du temps où l'internet n'était fréquenté que par des universitaires partageant les mêmes valeurs. La

¹⁴¹¹ « On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations). » (Accord interinstitutionnel. « Mieux légiférer », 2003/c 321/01, n° 18).

¹⁴¹² « On entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels). » (Accord interinstitutionnel. « Mieux légiférer », 2003/c 321/01, n° 22)

¹⁴¹³ Rappelons qu'il appartient aux parties de faire la preuve de l'existence d'un usage : Plén., 26 févr. 1988, n° 85-40.034 : RTD civ. 1988 p. 755, obs. J. Mestre/

¹⁴¹⁴ Sur l'ambiguïté du terme usage : *supra*, n° 10.

¹⁴¹⁵ En ce sens : L.-M. Duong, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », D. 2010, p. 783+ : « La nature ayant horreur du vide, d'autres modes de production des normes se sont déjà mis spontanément en place. À l'image de l'idéologie à la genèse d'internet qui revendique l'élaboration de solutions sur la base de la Nétiquette par les usagers d'internet ».

¹⁴¹⁶ Sur les rapports du droit à cette règle de conduite : Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 8^e éd., 2014-2015, n° 10.22.

¹⁴¹⁷ La première formulation de la nétiquette par la RFC 1855 date de 1995, époque à laquelle l'internet s'est ouvert au plus grand nombre.

nétiquette est donc l'archétype de la règle issue d'un processus d'autorégulation.

414. – La contractualisation des règles d'usages. Des FAI font, encore aujourd'hui, référence à la netiquette dans leurs documents contractuels¹⁴¹⁸, même si la commission des clauses abusives se montre hostile vis-à-vis de règles d'usages auxquelles les consommateurs n'ont pas directement consenti¹⁴¹⁹. Les juridictions ont pourtant donné effet à de telles clauses¹⁴²⁰. Bien au-delà de la netiquette, chaque espace de discussion, chaque service 2.0, chaque FAI, impose à ses utilisateurs des règles adaptées à son activité. Souvent, les obligations ainsi imposées dépassent le simple respect de la loi. « *En matière privée, les contrats construisent le droit, partout où celui-ci fait défaut !* » pourrait encore écrire Savatier¹⁴²¹. Là est le cœur de la concurrence normative entre la responsabilité civile et les autres modes de régulation des comportements. En réponse à la critique selon laquelle il serait possible d'arriver au même résultat par le biais de la loi, le professeur Michel Vivant a très lucidement répondu : « *Certes ! Mais en quoi devrait-on se plaindre d'une démarche volontaire qui fait heureusement l'économie du conflit de lois et a l'indiscutable mérite de l'efficacité ?* »¹⁴²².

À cette étape, rien ne prouve pourtant que l'intégration de ces règles d'usages soit la manifestation d'un comportement raisonnable, soucieux du droit des tiers. Elles peuvent tout aussi bien être imposées par l'intermédiaire dans le souci de préserver son service et ses intérêts. Des pratiques collaboratives peuvent amener plus sûrement à une solution d'équilibre, mais ces pratiques ne sont souvent pas le produit d'une pure spontanéité. Elles se développent dans un environnement qui y incite.

¹⁴¹⁸ Orange stipule dès le préambule de ses Conditions Générales de Vente ADSL (v5.2, 2010) que « *la Netiquette [fait] partie intégrante des présentes conditions* ».

¹⁴¹⁹ Voy. Recommandation n° 07-01 relative aux contrats proposant aux consommateurs les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision (« triple play »), BOCCRF du 31 juill. 2007, 1^{er} considérant « *Considérant qu'il est parfois stipulé que la " Netiquette " fait partie des documents contractuels que le consommateur s'engage à respecter ; que les clauses de ce type qui, sous peine de sanctions contractuelles, obligent le consommateur en vertu de ce code de bonne conduite indépendamment de toute acceptation de sa part et, le cas échéant, sans qu'il en ait eu connaissance, sont de nature à déséquilibrer de manière significative le contrat à son détriment* ». – Déjà dans le même sens : Recommandation n°03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, BOCCRF du 31 janv. 2003, 3^{ème} recommandation.

¹⁴²⁰ En matière de résiliation du contrat : *infra*, n° 444.

¹⁴²¹ R. Savatier, « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* », in Perelman Chaïm (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 533. – Comp. « *Le contrat, par sa souplesse, apparaît comme l'instrument privilégié d'élaboration d'un système global de droit du commerce électronique par les acteurs des marchés* » (F. Siirainen, *op. cit.*, in J.-B. Racine (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de règlement des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002, n° 18, p. 140).

¹⁴²² M. Vivant, « *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1168, n° 20.

II. – Un standard nourri par des pratiques collaboratives

415. – De la pratique du droit mou. « *Les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie* »¹⁴²³. Aujourd'hui, cette raison naturelle s'inscrit en codes de bonne conduite et en chartes auxquels les instances européennes incitent¹⁴²⁴. La Directive Commerce électronique a repris explicitement cet objectif¹⁴²⁵. Qu'elles soient le produit d'incitations ou qu'elles apparaissent spontanément, diverses pratiques collaboratives génèrent ce qu'il est convenu d'appeler un *droit mou*¹⁴²⁶ (A) dont la valeur de modèle est avérée (B).

A. – Des pratiques génératrices d'un droit mou

416. – Les intérêts d'une démarche collaborative. Les parties prenantes ont tout intérêt à éviter le contentieux. Le règlement judiciaire des litiges est très rarement efficient d'un point de vue économique¹⁴²⁷ ; le *lobbying* auprès du législateur est coûteux, ses résultats incertains et instables. Or, les enjeux économiques sont au cœur des conflits qu'a fait naître l'internet. « *Historiquement, économie et éthique ont toujours été liées par des liens très étroits, la seconde exerçant à l'égard de la première une fonction à la fois légitimante et organisatrice* »¹⁴²⁸. Il n'est donc pas surprenant que dans un domaine aux enjeux économiques très forts, qui plus est, nouveau et mouvant, le droit mou soit plébiscité. Les intérêts attachés au droit d'auteur sont depuis les années 2000 particulièrement poussés à la collaboration. Leur image souffre fortement du fait des actions qu'ils mènent en justice pour faire valoir leurs droits¹⁴²⁹. La collaboration est une étape indispensable à l'apaisement, utile à toutes les parties prenantes.

¹⁴²³ Portalis., « *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* » (signé Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville) in, A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 469.

¹⁴²⁴ Diverses communications de la commission européenne (not. programme « Mieux légiférer » et la politique de « réglementation intelligente ») font état de la volonté de renforcer la coopération entre les acteurs.

¹⁴²⁵ Directive 2000/31/CE, considérant n° 49 : « *Les États membres et la Commission doivent encourager l'élaboration de codes de conduite. Cela ne porte pas atteinte au caractère volontaire de ces codes et à la possibilité, pour les parties intéressées, de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes.* ».

¹⁴²⁶ Si cette traduction de l'anglais *soft law* n'est sans doute pas la plus élégante, elle a le mérite de la précision. Le droit mou désigne le droit non sanctionné, il peut alors être différencié du droit flou (sans précision) et du droit doux (sans obligation) (en ce sens : C. Thibierge, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ. 2003 p. 599⁺). Nous évoquerons donc sous ces lignes toutes formes de processus normatifs non expressément sanctionnés par l'ordre juridique. Ils s'affichent sous des appellations très diverses (chartes, engagements, plus rarement en ce domaine, codes), qui ne doivent pas cacher leur identité de nature.

¹⁴²⁷ En ce sens : G. Maitre, *op. cit.*, n° 397, p. 231.

¹⁴²⁸ B. Oppetit, « *Éthique et vie des affaires* » in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 321.

¹⁴²⁹ Electronic Frontier Foundation, *RIAA v. The People : Five Years Later*, sept. 2008, 20 p.

Du côté des intermédiaires techniques, l'intérêt de ces processus est aussi de montrer qu'une législation décrite comme très favorable ne les empêche pas d'aborder une attitude raisonnable. « *L'adoption de règles négociées entre acteurs privés ayant parfois pour finalité de se prémunir contre une réglementation plus stricte de leurs activités* » soulignent des auteurs¹⁴³⁰. Le système juridique y trouve son intérêt aussi. Dans un environnement très technique et mouvant, le renvoi aux milieux intéressés peut être « *une réponse à l'inflation expertale.* »¹⁴³¹ et la « *garantie d'une adaptation régulière de ce contenu, adaptation compromise par la rigidité de la formule légale.* »¹⁴³².

417. – Illustrations. De nombreuses initiatives ont abouti à la formulation de règles non sanctionnées. Elles sont très variables, à la fois dans leurs contenus, dans leurs modes d'élaboration et dans les activités qu'elles embrassent¹⁴³³. Il convient d'évoquer leur mode de création en réservant, pour l'instant, l'analyse précise de leurs contenus et de leurs effets.

418. – Le domaine de la contrefaçon, qui génère par ailleurs le plus gros du contentieux, concentre l'essentiel des efforts d'apaisement.

Dans son aspect de « piratage » d'œuvres protégées, les initiatives sont déjà anciennes. *La Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique* du 28 juillet 2004¹⁴³⁴, signée par les principaux fournisseurs d'accès, la majorité des représentants des ayants droit et le gouvernement engage les intermédiaires à rappeler à leurs clients les lois gouvernant les droits d'auteur. Les ayants droit s'engagent, de leur côté, à intenter des « *actions civiles et pénales ciblées à l'encontre de pirates et donner à ces actions la visibilité nécessaire pour atteindre l'objectif de sensibilisation* »¹⁴³⁵. Si c'est un drôle d'accord que celui qui engage à poursuivre les clients de l'une des parties, il témoigne que le réseau n'est pas le premier responsable des usages illicites.

Les plateformes vidéo et les ayants droit sont entrés dans ce type de processus un peu plus tardivement, mais en adoptant une démarche très fertile. La charte *User Generated Content*

¹⁴³⁰ A. Bensamoun et C. Zolynski, « *La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit* », D. 2011, p. 1773⁺, n° 5.

¹⁴³¹ G. Farjat, « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée* », in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 158.

¹⁴³² P. Deumier, « *Les sources de l'éthique des affaires. Code de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques* » in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 352.

¹⁴³³ Pour une étude d'ensemble : A. Debet, « *Les chartes et autres usages du droit de l'internet* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2008, n° 4, 40.

¹⁴³⁴ http://www.afa-france.com/charte_musique.html (vérifiée le 7 mai 2014).

¹⁴³⁵ Art. 2.1 de la charte.

Principles ou *UGC Principles*¹⁴³⁶ signée le 18 octobre 2007 entre de grands noms de l'industrie du divertissement américain¹⁴³⁷ et des représentants de plateformes vidéo de premier plan¹⁴³⁸ formalise des pratiques qui marquent la fin d'un affrontement frontal entre deux mondes. Sa force d'attraction a poussé *Youku*, le « YouTube chinois » à rejoindre l'initiative en 2011. Si *YouTube* ne s'y est pas associé, ses pratiques concrètes s'inscrivent dans le même esprit. Elles consistent à proposer aux ayants droit d'utiliser un système d'empreintes des fichiers afin de supprimer les contenus publiés sans droit, mais aussi d'en partager les bénéfices. Ainsi, cette charte illustre la possibilité d'une démarche « gagnant-gagnant »¹⁴³⁹ entre ayants droit et plateforme internet.

Les acteurs du commerce en ligne sont aussi entrés dans des démarches collaboratives. En 2009, la Commission européenne préconisait d'y recourir¹⁴⁴⁰. De ce processus est né un *Memorandum of Understanding* (MoU) signé à Bruxelles le 4 mai 2011 entre les plus grands acteurs du secteur et de nombreux titulaires de droits¹⁴⁴¹. L'instabilité des réponses juridiques apportées par les tribunaux a sans aucun doute incité les parties à s'y inscrire, le MoU prévoit d'ailleurs un moratoire de 12 mois sur ce point¹⁴⁴². En dehors de bonnes pratiques visant à améliorer les procédures de notification et à identifier les contrefacteurs et les produits contrefaisants, les parties y manifestent leur volonté de ne pas créer de normes avec un tel outil non assorti de sanctions. C'était probablement le prix pour que de nombreux acteurs s'inscrivent dans cette démarche. Un mode de régulation dépourvu de contrainte peut, en effet, être jugé préférable « *parce que la normalisation n'est pas souhaitable ou parce qu'elle serait prématurée.* »¹⁴⁴³. Ainsi, alors qu'ils avaient joué un rôle central dans le MoU, *eBay* et *Amazon* n'ont pas signé la *Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet*, dite *Brochand-Sirinelli*, du 16 décembre 2009¹⁴⁴⁴, refusant de s'engager dans un processus leur donnant un

¹⁴³⁶ http://press.dailymotion.com/wp-old/wp-content/uploads/CP_principlesofUGC.pdf (vérifiée le 7 mai 2014). Sur laquelle : P. Sirinelli, « *La responsabilité des prestataires de l'internet : l'exemple des sites contributifs* », RLDI 2009/49, supp., n° 1645, spé. pp. 81-82.

¹⁴³⁷ CBS, News Corp., NBC Universal, Viacom et Walt Disney.

¹⁴³⁸ Dailymotion, Microsoft, MySpace et Veoh.com.

¹⁴³⁹ Voy. : Giuseppe de Martino (directeur juridique de Dailymotion, qui a activement participé à la rédaction de la Charte), « *Plateformes Web 2.0 et ayant droit : quels accords ?* », in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0. Actes du colloque du 27 octobre 2008*, Litec, coll. « Collection IRPI », 2009, pp. 51-52.

¹⁴⁴⁰ Renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur, 11 sept. 2009, COM(2009) 467 final, pt 4.

¹⁴⁴¹ http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf (vérifiée le 7 mai 2014).

¹⁴⁴² M.-E. Haas, « *Lutte contre la contrefaçon dans l'Union européenne : après le combat judiciaire, la concertation entre titulaires de droits et plateformes Internet* », *Propriété industrielle*, 2011, n° 9, alerte 66.

¹⁴⁴³ G. Farjat, « *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée* », in J. Clam et G. Martin *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 151.

¹⁴⁴⁴ http://www.contrefacon-danger.com/ressources/pdf/Charte_Internet_annonces.pdf (vérifiée le 5 mai 2014).

rôle trop proactif¹⁴⁴⁵. Dans le prolongement de cette démarche, le 8 février 2012 ont toutefois été signées des Chartes engageant les opérateurs postaux¹⁴⁴⁶ et les plateformes de petites annonces¹⁴⁴⁷.

419. – Le domaine de la contrefaçon n'est cependant pas le seul à mobiliser. La lutte contre les contenus odieux s'est très tôt inscrite en processus collaboratifs. Elle a notamment fait l'objet d'une Charte portée par l'Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA) regroupant les principaux FAI français¹⁴⁴⁸. Outre l'utilité intrinsèque de cette initiative, elle permet aux FAI de remplir l'obligation mise à leur charge et de témoigner des moyens mis en œuvre pour s'en acquitter¹⁴⁴⁹.

B. – Des pratiques à valeur de modèle

420. – **Un modèle pour la définition d'un standard.** « Indépendamment de tout fondement obligatoire, l'existence d'un code de bonne conduite ou d'une charte pourra constituer une norme de comportement, un standard, utile pour le juge dans l'appréciation d'un comportement dans toutes ses déclinaisons » écrit le professeur Pascale Deumier¹⁴⁵⁰. C'est précisément le rôle qu'elles doivent jouer. Que ces engagements ne soient pas sanctionnés ne les empêche pas de faire preuve qu'ils décrivent un comportement adéquat¹⁴⁵¹. Lorsque le juge doit déterminer le contenu d'une notion souple¹⁴⁵², il peut décider que ces éléments font preuve, pour peu qu'ils lui soient soumis, du comportement adéquat. Il dispose à cet égard d'une grande liberté¹⁴⁵³. Il devrait y prêter une attention particulière lorsque les pratiques dont font preuve ces documents sont largement partagées¹⁴⁵⁴ ou lorsqu'ils font

¹⁴⁴⁵ C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012, p. 827⁺.

¹⁴⁴⁶ http://www.economie.gouv.fr/files/Charte_lutte_contrefacon_internet_titulaires_droits_operateurspostaux.pdf (vérifiée le 7 mai 2014).

¹⁴⁴⁷ http://www.economie.gouv.fr/files/Charte_lutte_contrefacon_internet_petitesannonces.pdf (vérifiée le 7 mai 2014).

¹⁴⁴⁸ Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques, 14 juin 2004, http://www.afa-france.com/charte_contenusodieux.html (vérifiée le 7 mai 2014).

¹⁴⁴⁹ Art. 6-I.7 al. 4 de la LCEN.

¹⁴⁵⁰ P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires. Code de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques » in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 354.

¹⁴⁵¹ En ce sens : F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources du droit », RTD civ. 1995, pp. 509-531, estimant que « de telles normes [sans force contraignante] assument la fonction de standards permettant au juge étatique d'apprécier le comportement des opérateurs privés » (p. 524).

¹⁴⁵² Classiquement la faute civile de droit commun est le véhicule privilégié de la juridicisation des usages (M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1952, t. VII Obligations. Deuxième partie, n° 519, pp. 702-704). – Sur la faute en tant que notion souple : *supra*, n° 204.

¹⁴⁵³ Viney et Jourdain, t. II., n° 461.

¹⁴⁵⁴ Il faut ici prendre garde à ne pas nourrir le standard du prestataire raisonnable par un jugement de normalité statistique que Stéphane Rials dénonce comme une « tendance à l'hypertrophie du fait » (S. Rials, « Les

ressortir, par comparaison, un comportement individuel déficient.

Dans des domaines nouveaux et techniques, ces documents sont un étalon d'autant plus précieux. Cette raison conjuguée à la difficulté d'appliquer des règles venues d'en haut sur l'internet, a conduit à porter un intérêt certain aux règles que se donne lui-même ce milieu. « On peut se demander si ces solutions proactives ne vont pas créer un modèle de comportement - une sorte de bon père de famille numérique »¹⁴⁵⁵. Ainsi, donner à ces engagements moraux une force normative contre laquelle ils essayent de se prémunir serait souvent aller au-delà du nécessaire.

421. – Les réserves concernant le caractère normatif du droit mou. Il est classique d'identifier les règles juridiques¹⁴⁵⁶ par la contrainte qui y est attachée¹⁴⁵⁷. Ainsi, les règles issues des usages ne devraient pas avoir de résonnance en droit à moins d'être sanctionnées par l'État. Ce serait oublier que « la règle est un phénomène sociologique dès avant son application et indépendamment de celle-ci. »¹⁴⁵⁸. Ainsi, « une règle peut devenir effective sans le secours de la contrainte »¹⁴⁵⁹. Ne peut-elle pas « attirer par elle-même le respect et susciter l'adhésion ? »¹⁴⁶⁰. De même, le caractère non juridique de certaines règles de conduite ne s'oppose pas à ce qu'elles produisent des effets réels, avant, peut-être, d'être assimilées par l'ordre juridique¹⁴⁶¹. Il y a toutefois une tendance actuelle à juridiciser les

standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 44).

¹⁴⁵⁵ A. Bensamoun et C. Zolynski, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », D. 2011, p. 1773⁺, n° 5.

¹⁴⁵⁶ Nous n'évoquons ici que les règles de comportement. Évacuons la question des règles de droit expressément facultatives, attributives ou dispositives. Remarquons qu'elles posent en elles-mêmes la question de la pertinence d'une définition de la règle de droit par la contrainte (voy. J. Carbonnier et Ph. Jestaz, notes suivantes).

¹⁴⁵⁷ R. Jhering (trad. O. de Meulenaere), *L'évolution du droit*, 1901, n° 145, p. 216 : « La contrainte exercée par l'État constitue le criterium absolu du droit ; une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non sens ; c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas. ». – H. Kelsen, (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2e éd., Dalloz, 1962, n° 6, p. 48 : « Il faut rejeter toute définition du droit qui ne le caractérise pas comme un ordre de contrainte. ». – Adde : Ph. Jestaz, « La sanction, cette inconnue du droit », D. 1986, pp. 197-204 : observant que « [les auteurs] résistent rarement à la tentation, qui vient du fond des âges, d'identifier le droit à la contrainte – à la sanction entendue comme contrainte. » (p. 199), mais identifiant la règle juridique au « tarif » qui l'accompagne ; ce tarif, indépendamment de son évaluation monétaire, « existe dès qu'il y a possibilité d'intervention judiciaire, dès qu'un juge a le pouvoir de le dire. » (p. 203). – Comp. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, éd. F. Maspero, 1982, p. 100 : « le terme sanction signifie avant tout « prise en compte formelle » ». – Contra : R. Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite – L'impératif juridique*, th., Paris, Dalloz, 1928, p. 116 : « le fait positif du droit est non la sanction, mais le fait d'obéissance à ses prescriptions » (pour le développement de réfutation d'un droit caractérisé par la sanction, voy. pp. 186-189).

¹⁴⁵⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDG, 3^e éd, 1976, p. 110.

¹⁴⁵⁹ Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 199.

¹⁴⁶⁰ J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 684.

¹⁴⁶¹ En ce sens : G. Farjat, *op. cit.*, p. 161 : « Dans l'immense majorité des cas les recommandations des codes peuvent être considérées (si elles sont sérieuses et si elles émanent d'organes représentatifs dans la sphère concernée par les codes) comme des autorités de fait, qu'elles peuvent avoir la nature d'usages – qui ne sont pas

engagements qui s'étaient donnés pour simplement moraux¹⁴⁶². Le juge pourrait, en particulier, donner force obligatoire aux chartes de bonne conduite de par la confiance légitime qu'elles font naître¹⁴⁶³. Cela s'inscrit dans un « mouvement profond de renouvellement des sources du droit et de remise en cause du modèle kelsénien » tranchent des auteurs¹⁴⁶⁴.

Les documents concernés prennent pourtant souvent soin de ne pas créer d'obligation contractuelle entre les parties. Le Professeur Farjat relevait que « la nature de simples « recommandations » de nombreuses dispositions de codes de conduite peut être préférable à de véritables obligations déontologiques parce que la normalisation n'est pas souhaitable ou parce qu'elle serait prématurée. »¹⁴⁶⁵. Il n'apparaît pas souhaitable que le juge s'inspire trop tôt de ces chartes lorsqu'elles ne sont qu'une expérimentation. « Le mûrissement et l'évolution » caractérisent le droit émanant des codes de conduite¹⁴⁶⁶. Or, les codes de bonne conduite sur l'internet sont encore très jeunes. Leur reconnaître une force obligatoire pourrait conduire des parties, par crainte de s'obliger, à ne pas s'engager dans des expériences de coopération qui peuvent déboucher sur des succès, mais aussi sur des échecs. C'est le sens même de l'expérimentation.

422. – Des possibilités de juridisation limitées. Les engagements souscrits par les FAI en vue de lutter contre le téléchargement illicite, s'ils partagent une valeur d'affichage avec une bonne part des autres modèles de comportement non obligatoires, ne sont pas le produit du même type de pression¹⁴⁶⁷. Là où ces engagements sont généralement souscrits sous la pression du public¹⁴⁶⁸, les engagements souscrits par les FAI le sont sous la pression des pouvoirs publics, avec la menace, plus ou moins cachée, d'une intervention législative¹⁴⁶⁹. Le

encore des coutumes –, étant entendu qu'à la différence des usages traditionnels, il s'agit ici d'usages qu'on veut créer. Et les usages peuvent devenir coutumes, vraies sources de droit. ».

¹⁴⁶² Sur le risque de juridicisation de ces engagements alors même que les termes du contrat excluent cette possibilité, voy. not. Com. 23 janv. 2007, n° 05-13189 : RTD civ. 2007 p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages et D. 2007. 442, obs. X. Delpech.

¹⁴⁶³ Bensamoun A. et Zolynski C., « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », D. 2011, p. 1773⁺.

¹⁴⁶⁴ A. Bensamoun et C. Zolynski, *op. cit.*, p. 1773⁺, n° 6.

¹⁴⁶⁵ G. Farjat, *op. cit.*, p. 159.

¹⁴⁶⁶ G. Farjat, *op. cit.*, p. 157.

¹⁴⁶⁷ Pascale Deumier relève que le potentiel d'efficacité de ces modalités s'appuie généralement sur « la crainte de la perte de l'emploi ou du partenaire économique important », *op. cit.*, 2008, p. 350).

¹⁴⁶⁸ En ce sens : J.-B. Racine, « La valeur juridique des codes de conduite privée dans le domaine de l'environnement », RJE, 1996, n° 4, p. 413 : « Les codes de conduites tendent à améliorer l'image des entreprises signataires auprès du public ».

¹⁴⁶⁹ En ce sens : A. Debet, « Les chartes et autres usages du droit de l'internet », Cahiers de droit de l'entreprise, 2008, n° 4, 40. – Pour illustration, voy. la résolution du Conseil de l'Union européenne relative au respect des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur du 1^{er} mars 2010, 2010/C 56/01, point 42, invitant la Commission « dans le cas où le dialogue engagé entre les parties intéressées ne permet de s'entendre sur une

caractère « publicitaire » des engagements souscrits s'en trouve réduit, ce qui a un impact direct sur la possibilité de les juridiciser. En effet, les engagements volontairement souscrits peuvent être juridicisés par différents moyens¹⁴⁷⁰, dont la possibilité d'invoquer l'apparence trompeuse créée par la publicité faite à l'engagement semble l'une des plus efficaces¹⁴⁷¹. Or, l'apparence a vocation à jouer dans le cadre de relations contractuelles¹⁴⁷², il y a peu de chance que les clients des FAI agissent pour faire respecter ces instruments qui ne s'adressent pas à eux. Ces engagements sont souscrits sous la pression des pouvoirs publics, ils ne confèrent pas de réel avantage concurrentiel à celui qui y souscrit. Ce qui paralyse un autre moyen de juridiciser ces engagements¹⁴⁷³ : aucune action en concurrence déloyale ne peut être exercée si celui qui a souscrit un tel engagement n'en tire pas d'avantage concurrentiel.

Enfin, évoquons l'idée défendue par Boris Starck selon laquelle, lorsque des accords non sanctionnés ont été adoptés « *pratiquement unanimement, dans un laps de temps très bref* »¹⁴⁷⁴, il soit envisageable de considérer que l'accord est passé dans le champ du juridique en devenant une véritable coutume¹⁴⁷⁵. Le flou autour de la notion de coutume traduisant pour le professeur Bruno Oppetit, à la fois, son affaiblissement et la croissance « *en droit privé d'une sorte de soft law, de modes non formels d'édification de la règle de conduite* »¹⁴⁷⁶, il serait sans doute anachronique de recourir à cette idée.

423. – Parmi les différentes possibilités pour donner corps à ces règles non sanctionnées, la plus utile reste de les considérer comme des modèles. Lorsque le juge doit donner un sens à une notion assez souple pour les recevoir, ils peuvent faire preuve que le comportement adopté est, ou n'est pas, raisonnable.

§ 2. – Les effets du standard

424. – La précaution comme point de friction. Définir ce qu'est un comportement raisonnable est une tâche impossible. « *Le raisonnable, comme le juste, est en effet*

solution, à réévaluer la situation en coopération avec les États membres et à présenter des propositions en vue de l'instauration d'un suivi approprié, y compris, lorsque c'est nécessaire et opportun, des propositions législatives ».

¹⁴⁷⁰ Le professeur Jean-Baptiste Racine identifie, comme moyens de juridiciser les codes de conduite en matière environnementale, la faute, avec la responsabilité pour dommage écologique et la responsabilité pour fait de concurrence déloyale, et la bonne foi, avec l'apparence trompeuse et l'estoppel (*op. cit.*, pp. 417-423)

¹⁴⁷¹ J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 422.

¹⁴⁷² *Ibidem.*

¹⁴⁷³ J.-B. Racine, *op. cit.*, pp. 420-421.

¹⁴⁷⁴ B. Starck, « À propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle du droit », JCP, 1970, I. 2363, n° 24.

¹⁴⁷⁵ Sur la coutume voy. aussi : *infra*, n° 602.

¹⁴⁷⁶ B. Oppetit, « Sur la coutume en droit privé », Droits, n° 3, 1986, p. 46.

informulable »¹⁴⁷⁷. « C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du « standard ». »¹⁴⁷⁸. C'est ce qui fait son habilité à se saisir de situations concrètes. Le décrire par ses effets est sans doute le plus parlant. Or, parmi les nombreux comportements raisonnables que peuvent adopter des intermédiaires techniques, seuls ceux imposant des mesures de précaution vis-à-vis des contenus sont susceptibles de frictions avec le principe de neutralité. D'une part, des précautions envers les contenus ne sont jamais très loin d'une remise en cause de la neutralité (I). D'autre part, des précautions envers des utilisateurs (II) peuvent remettre en cause des droits par ailleurs consacrés par la neutralité.

I. – Des précautions envers les contenus

425. – Des effets en porte à faux de la neutralité. Boris Starck écrivait, il y a déjà longtemps, que « *la prévention des dommages est un objectif que l'ordre juridique ne peut ignorer.* »¹⁴⁷⁹. Dans cette perspective, imposer au réseau quelques précautions afin de prévenir ou de limiter les usages dommageables a l'apparence d'une bonne idée. Pourtant, le professeur Montero souligne qu'y réside le risque « *de ruiner l'économie générale du régime institué par les articles 14 et 15 de la directive* »¹⁴⁸⁰. En effet, si des mesures de précaution conduisent l'intermédiaire à opérer une surveillance généralisée de son infrastructure, c'en est fini avec sa neutralité. Les mesures de précaution d'un intermédiaire doivent, encore une fois, suivre la courbe de leur neutralité. Elles sont impossibles au niveau des FAI (A), possibles au niveau des hébergeurs (B) et nécessaires au niveau du terminal (C), alors même qu'il ne peut y avoir, à ce dernier niveau, d'activités d'intermédiaire neutre susceptibles d'en souffrir.

A. – Des précautions impossibles au niveau des FAI

426. – Des obstacles juridiques importants. La régulation des contenus *a priori* par les FAI entre en contradiction frontale avec le principe de neutralité et les libertés qu'il préserve. C'est aux techniques les plus intrusives, les techniques de filtrage, qu'il faut s'en remettre pour tenter l'aventure de la régulation *a priori* des contenus du net. Le risque d'entraver des

¹⁴⁷⁷ D. Mainguy, *op. cit.*, p. 334, n° 24.

¹⁴⁷⁸ A.-A. Al-Sanhoury, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁷⁹ B. Starck, *op. cit.*, th. Paris, 1947, p. 396, ajoutant que « *le droit pénal proprement dit n'est pas à même, à lui seul, d'assumer toute la tâche de la prévention. Le droit privé, particulièrement celui de la responsabilité civile, est à cet égard l'auxiliaire du droit pénal* ». – L'expérience HADOPI illustrant une situation inverse : le droit pénal considéré comme l'auxiliaire du droit civil (*infra*, n° 650).

¹⁴⁸⁰ É. Montero, « *Les responsabilités liées au web 2.0* », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2008/32, p. 383.

usages licites leur est inhérent. Ce risque rend nécessaire un encadrement strict du recours à la régulation des transporteurs *a posteriori*¹⁴⁸¹. Cela vaut d'autant plus pour des mesures de filtrage *a priori*. Une obligation de prévention *a priori* ne serait en rien subsidiaire. Elle se passerait de l'avis d'un juge pour mesurer sa proportionnalité dans un cas concret. Elle serait une infraction à l'interdiction d'édifier une obligation générale de surveillance, car l'on ne voit pas sur quelle partie spécifique des contenus ou de leurs activités les FAI devraient focaliser leur contrôle. Elle contreviendrait, en définitive, à l'ensemble des principes garantissant la liberté de communication.

Les seules précautions légalement admissibles de la part des transporteurs sont liées à l'impératif de sécurité. Historiquement, il a toujours été admis que le réseau puisse se défendre lui-même contre des attaques qui peuvent perturber son fonctionnement¹⁴⁸². Lorsque les mesures adoptées ne sont pas disproportionnées¹⁴⁸³, elles apparaissent davantage défendre la neutralité que l'obérer, ce qui est bien sûr très différent de mesures de prévention visant à empêcher spécifiquement les usages illicites.

427. – Une mise en œuvre impossible. Pour tenter de déterminer les échanges illicites, il faudrait alimenter les filtres avec les empreintes des fichiers que l'on ne souhaite pas voir transiter. Or, les FAI sont des intermédiaires généralistes qui permettent tous les usages de l'internet. Là où une plateforme vidéo peut être sûre que le fichier qui lui est soumis est un fichier vidéo destiné à la publication, un filtre chez un FAI qui repère le transfert d'une vidéo peut difficilement déterminer l'usage qui en est fait. Contrairement aux hébergeurs, particulièrement les hébergeurs 2.0, la neutralité des FAI n'est pas orientée vers des usages qu'ils ont choisis. Pour eux, les mesures de précaution envers les contenus doivent être exclues.

B. – Des précautions circonstanciées au niveau des hébergeurs

428. – Du degré de neutralité aux obligations de précaution. Pour déterminer quelles sont les précautions attendues d'un hébergeur, son degré de neutralité doit servir d'étalon. Si certaines activités non neutres amènent l'hébergeur à prendre connaissance des contenus qu'il manipule, elles sont de nature à lui faire perdre sa neutralité (1). L'hypothèse doit être strictement encadrée pour ne pas heurter la cohérence du régime de responsabilité limitée. Un

¹⁴⁸¹ Voy. *supra*, n^{os} 369 s. et 374 s..

¹⁴⁸² N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, pp. 51-52.

¹⁴⁸³ Sur ce point, voy. *infra*, n^o 464.

principe beaucoup plus fécond se trouve dans les obligations des hébergeurs génératrices d'une responsabilité autonome (2).

1. – Les précautions de nature à limiter la neutralité de l'hébergeur

429. – Des activités non neutres amenant l'hébergeur à prendre connaissance des contenus. La question peut utilement être présentée à la lumière de l'arrêt *eBay* de la CJUE. Celui-ci affirme que l'exploitant d'une place de marché en ligne peut acquérir une connaissance de nature à le priver du bénéfice des limitations de responsabilité prévues par l'article 14 de la Directive, notamment lorsqu'il « découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicites à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative »¹⁴⁸⁴. La difficulté à rapporter directement cette preuve et la nécessité de recourir au mécanisme de la présomption ont déjà été évoquées¹⁴⁸⁵. Il faut maintenant définir dans quels cas il peut être présumé que l'« opérateur économique diligent » que désigne l'arrêt *eBay* doit, de sa propre initiative, contrôler les données qu'il héberge.

Précisons tout d'abord que ce contrôle ne peut être systématique sous peine d'instaurer une « obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites » prohibée par l'article 15.1 de la directive. Pour qu'elle puisse cohabiter avec sa neutralité, la vigilance demandée à l'hébergeur doit porter strictement sur sa spécialité. Ce sont donc ses activités non neutres qui doivent l'alerter. L'arrêt *eBay* illustre le cas de l'intermédiaire qui fait la promotion d'annonces qui se relèvent illicites. Par la preuve de cette promotion, il peut être présumé que l'intermédiaire a eu connaissance des annonces. Autrement dit, le choix de mettre certaines annonces en avant doit s'accompagner de précautions amenant l'hébergeur à vérifier la licéité de ces annonces.

De nombreuses autres activités non neutres peuvent conduire à la même solution. À titre d'exemple, il est fréquent qu'un forum ou qu'un site d'actualité mette en place une équipe de modération opérant un contrôle *a posteriori* plus ou moins appuyé. Il devrait même s'agir d'une obligation lorsque la spécialité de l'hébergeur expose les tiers à des débordements malheureusement fréquents sur ce type d'espaces¹⁴⁸⁶. Or, en présence d'une équipe de

¹⁴⁸⁴ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 122 : préc.

¹⁴⁸⁵ *Supra*, n° 336.

¹⁴⁸⁶ En ce sens, la responsabilité du portail d'information *Delfi* a été validée par la CEDH : (10 oct. 2013, n° 64569/09, aff. *Delfi AS c/ Estonie* : Légalis. ; Grande ch., 16 juin 2015 n° 64569/09, *Delfi AS c/ Estonie* : JCP G, 2015, 798 obs. K. Blay-Grabarczy ; RLDI 2015/117 n°3793 obs. L. C.). L'affaire portait sur la présence de commentaires injurieux et violents envers un tiers accompagnant une actualité. La Cour valide comme non disproportionnée la condamnation du portail à payer une somme modique (320 euros) alors que celui-ci n'avait

modération, des messages illicites et particulièrement visibles devraient engager la responsabilité de l'hébergeur en l'absence de notification, car cette activité non neutre de modération aurait dû porter à sa connaissance la présence de ces messages. Les plateformes de marché, pour leur part, proposent généralement des garanties aux acheteurs, leur utilisation les conduit à prendre connaissance de l'éventuelle nature illicite des activités d'un vendeur. Autant de cas où l'intermédiaire aurait dû découvrir l'existence d'activités illicites. Il n'y a pas lieu d'exiger sur ce point que son contrôle soit plus strict que celui qu'il effectue à l'occasion d'une notification¹⁴⁸⁷.

430. – Une hypothèse strictement attachée à une activité non neutre. La solution s'applique principalement aux places de marché, mais elle est valide quel que soit l'hébergeur. Pensons aux « parkings » de domaine, aux régies publicitaires, aux forums de discussion et, de manière générale, à tous les hébergeurs spécialisés. Ce mécanisme est, dans tous ces cas, un moyen commode de rendre obligatoires des activités de contrôle.

Il faut pourtant prendre garde à ce que son jeu soit toujours solidement attaché à une activité non neutre. Uniquement la manipulation ou la promotion des contenus impliquent, pour un opérateur raisonnable, d'opérer un contrôle. Elles sont de nature à caractériser un choix dans le traitement des données hébergées. Elles témoignent donc d'une absence de neutralité. À partir de là, une obligation de contrôle est envisageable. Étendre cette obligation à d'autres hypothèses serait revenir sur la neutralité d'un intermédiaire sans motif légitime.

2. – Les obligations génératrices d'une responsabilité autonome

431. – Le nécessaire passage à la collaboration. Il est rare que des activités non neutres puissent amener l'hébergeur à acquérir une connaissance réelle des contenus. Dans les autres cas, les précautions exigées d'un hébergeur doivent être sanctionnées en elles-mêmes, sans remettre en cause sa neutralité. Son degré de neutralité guide ses précautions. Si sa spécialité génère un risque spécifique alors que des moyens existent de le prévenir ou de le limiter, il peut être obligé de les mettre en œuvre. Le concours des victimes est indispensable pour ne pas soumettre, par cette voie, l'hébergeur à une obligation de rechercher activement les contenus illicites. Son obligation s'inscrit donc nécessairement dans un processus collaboratif (a). Au dernier degré, ces mesures peuvent déboucher sur une association apte à pacifier des

pas retiré rapidement les commentaires litigieux, n'avait pas mis en place de systèmes efficaces à même d'éviter ce type de débordements et n'avait pas suffisamment ménagé la possibilité de retrouver les auteurs des commentaires.

¹⁴⁸⁷ En particulier, la situation qu'il rencontre doit être manifeste : *supra*, n^{os} 321 s.

situations à la base très conflictuelles (b).

a) Des obligations inscrites dans un processus collaboratif

432. – Des moyens d’informations spécifiques. Lorsqu’un intermédiaire exerce une activité génératrice d’un risque spécifique, il doit prêter une attention toute particulière aux réclamations des tiers. Le mécanisme de la notification, de par sa rigidité, n’est pas adapté à toutes les situations. L’ouverture d’un canal spécial de notification est raisonnable dans tous les cas où une plateforme serait le véhicule d’usages illicites nombreux et où une meilleure collaboration avec les victimes aurait des chances réelles de l’assainir. Le MoU témoigne que les plateformes de vente en ligne confrontées au risque de contrefaçon sont les premières concernées. La pratique en donne de belles illustrations¹⁴⁸⁸. Les *UGC Principles* y engagent les plateformes vidéo de manière particulière. Lorsque les enjeux économiques ne sont pas présents, des associations défendant de « bonnes causes » peuvent nouer des accords privilégiés avec certains hébergeurs afin d’obtenir un assainissement plus efficace de leur infrastructure¹⁴⁸⁹. Les pressions médiatiques, politiques et juridiques agissent souvent de concert pour inciter les intermédiaires à adopter des mesures que la loi ne leur impose pas.

433. – Les notifications que l’hébergeur reçoit par ces canaux d’informations privilégiés l’obligent-il de la même façon que celles qu’il reçoit par la voie définie par la LCEN ? La jurisprudence a tranché que la mise à disposition d’un formulaire facilitant de signalisation n’est pas de nature à priver d’effets les dispositions exigeant un formalisme strict pour la notification LCEN¹⁴⁹⁰. La solution se justifie, en premier lieu, car l’assimilation de ces moyens à la procédure de notification aurait pour effet de dissuader les intermédiaires de mettre en place ces systèmes témoignant pourtant d’un comportement raisonnable. En effet, au-delà de leurs obligations légales, il arrive fréquemment que des hébergeurs, particulièrement des hébergeurs 2.0, fournissent aux visiteurs de leur site un formulaire afin de faciliter le signalement, non seulement de contenus « odieux », mais aussi de simples contenus ou usages illicites. Le traitement des informations reçues par cette voie est souvent massif. Surtout, le mécanisme de la notification prévoyant une présomption légale, il paraît

¹⁴⁸⁸ Not. TGI Paris, réf., 20 juin 2013, *Isabel M. et a. c/ iOffer* (JurisData : 2013-013523, Légalis) : homologation d’un accord transactionnel autorisant une créatrice de mode à retirer elle-même d’une place de marché les annonces portant sur des produits contrefaisant ses droits. L’accord prévoit que ces suppressions se font « sous la seule responsabilité » de la créatrice et qu’elle sera aidée dans sa tâche par un système d’alerte par mots clés portant sur son nom mis en place par la place de marché.

¹⁴⁸⁹ C. Manara, « Twitter : validité du dispositif de signalement de contenus illicites », D. 2013 p. 1614.

¹⁴⁹⁰ Civ 1, 17 févr. 2011 : arrêt *Dailymotion et Amen* : préc.

difficile de l'étendre. La délicate preuve de l'utilisation de ces mécanismes, que la loi ne prévoit pas, ne peut avoir les mêmes effets. Une présomption de fait aurait pour effet de réduire à néant les exigences de la présomption légale chaque fois que de tels moyens sont mis à la disposition des internautes.

Il est plus opportun de se ranger à l'avis selon lequel, « *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 contenus.* »¹⁴⁹¹. La sanction de ces obligations ne devrait donc pas se calquer sur celle des usages illicites¹⁴⁹².

434. – Vers une obligation de *stay down* inscrite dans un processus collaboratif. La Cour de cassation a fermé la porte du « *notice and stay down* » sur simple notification¹⁴⁹³. Se baser sur le constat de la neutralité de l'hébergeur pour lui imposer une telle obligation est une impasse, car elle implique de la généraliser. Elle doit, au contraire, se calquer sur la spécialité de l'hébergeur¹⁴⁹⁴. Elle ne peut être imposée qu'à la double condition que cette spécialité lui confère des moyens d'empêcher la réapparition des contenus signalés et que les victimes collaborent afin de rendre ces moyens efficaces. Or, ces deux conditions ne peuvent être réunies que dans des cas spécifiques.

À titre d'illustration, utilisons l'exemple d'une plateforme vidéo. Il s'agit d'un hébergeur, mais d'un hébergeur qui a fait le choix de se spécialiser. Il opère sur un secteur clairement délimité générateur d'un risque connu de contrefaçon. Ce choix n'est pas neutre. C'est sur ce choix que peuvent reposer les obligations mises à sa charge. La Charte *UGC Principles* a posé le comportement raisonnable d'un intermédiaire en ce domaine. Le professeur Sirinelli estimait en 2009 qu'« *il n'est pas impossible qu'il devienne, dans l'esprit des juges, le standard de comportement minimal requis de tous les sites contributifs* »¹⁴⁹⁵. Au renfort de cette idée, les principales plateformes vidéo ont développé ou intégré des outils de *finger printing* dans la lignée de cette charte. Ces outils leur permettent d'identifier des vidéos de manière relativement fiable, pour peu que ces plateformes disposent de leurs empreintes¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹¹ É. Montero, « *Les responsabilités liées au web 2.0* », Revue du Droit des Technologies de l'Information, 2008/32, p. 383.

¹⁴⁹² Sur ce point : *infra*, n° 336.

¹⁴⁹³ Voy. *supra*, n° 352.

¹⁴⁹⁴ L'imposer à des hébergeurs généralistes serait déraisonnable, car ceux-ci n'ont, par définition, aucune idée du type de contenus qui leur sera soumis. La diversité des formats informatiques pouvant contenir du texte, des images, des vidéos ou des scripts en langage informatique est bien trop grande pour que des outils automatiques puissent les contrôler.

¹⁴⁹⁵ P. Sirinelli, « *La responsabilité des prestataires de l'internet : l'exemple des sites contributifs* », RLDI 2009/49, suppl., n° 1645, spé. p. 82.

¹⁴⁹⁶ Voy. la description des différentes technologies développées : CSPLA, *Rapport de la Commission*

Les juges du fond semblent intégrer ces pratiques lorsqu'ils refusent aux victimes de se prévaloir de toute obligation de *stay down* à la charge de l'hébergeur faute pour elles d'avoir utilisé les outils mis à leur disposition¹⁴⁹⁷. La doctrine observe qu'« *il existe une nouvelle forme de collaboration entre les acteurs : elle n'est plus verticale et descendante, mais horizontale et multipolaire.* »¹⁴⁹⁸. C'est là la seconde condition : la collaboration des victimes¹⁴⁹⁹. Si celles-ci n'utilisent pas ces outils, l'hébergeur est matériellement dans l'impossibilité de détecter que des tiers peuvent se prévaloir des droits sur un contenu qui leur est soumis. En juger autrement reviendrait à les soumettre à une obligation de surveillance généralisée. Bien sûr, cette collaboration est pour les victimes une charge, mais les possibilités de monétisation ouvertes par ces systèmes sont bien souvent, en pratique, aptes à briser bien des réticences¹⁵⁰⁰.

435. – Articulation avec la LCEN. « *N'y a-t-il pas un paradoxe à demander à l'intermédiaire de coopérer davantage que ce que prévoit la directive pour échapper aux poursuites, tout en exigeant qu'il n'aille pas trop loin dans la coopération, sous peine d'agir sur le contenu et de devenir responsable ?* » interroge le professeur Céline Castets-Renard¹⁵⁰¹. La dichotomie claire, appelée de nos vœux, entre les activités neutres et celles qui ne le sont pas, devrait prévenir le risque d'aberration. Soit l'activité est neutre, son cadre est alors fixé par la Directive et ses lois de transposition, soit elle ne l'est pas et il importe de définir le régime juridique le plus approprié. La difficulté tient en ce qu'un même intermédiaire a nécessairement des activités neutres et d'autres qui ne le sont pas. L'application distributive du régime de responsabilité limitée évite de poser la question de savoir si le filtrage pratiqué en vue d'empêcher la publication de contenu illicite par certains services en ligne leur enlève la qualité d'intermédiaires neutres. Dans ce cas, l'activité de filtrage se greffe sur des activités non neutres, elle ne peut donc être soumise au régime de responsabilité limitée. Pour que ces activités ne s'opposent pas à l'application du régime de responsabilité limitée, il importe

spécialisée sur les prestataires de l'Internet présidée par P. Sirinelli, 4 juill. 2008, p. 70.

¹⁴⁹⁷ TGI Paris ch. 3, sect. 4, 28 avr. 2011, *SPPF c/ YouTube et a.* ; préc.. – Confirmée par CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 juin 2013, *SPPF c/ Youtube et a.* : RLDI 2013/95 n° 3166 obs. L. C.

¹⁴⁹⁸ V.-L. Benabou, « *Le web 2.0, et alors ? Variations sur les phénomènes de décentralisation* », in *Colloque Juriscom.net du 17 sept. 2008. Enjeux des nouveaux réseaux internet : du contributif au coopératif*, RLDI 2008/43 n° 1439.

¹⁴⁹⁹ Que la CA de Paris dans son arrêt du 21 juin 2013 (préc.) impose en affirmant « *qu'il n'appartenait pas à la société Youtube de générer, de sa propre initiative et sans contrôle des ayants droit, des empreintes sur les contenus objets de la première notification et que l'obligation de surveillance mise à la charge de ces derniers n'apparaît ni disproportionnée ni d'un exercice complexe.* ».

¹⁵⁰⁰ Voy. *infra*, n° 437.

¹⁵⁰¹ C. Castets-Renard, « *Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet* », D. 2012, 827⁺.

qu'elles préservent une part de neutralité dans l'activité des hébergeurs. Il est certain que ce ne peut être le cas si elles donnent une connaissance effective à l'intermédiaire de la nature des contenus¹⁵⁰².

436. – Il reste à savoir de quoi serait responsable un intermédiaire qui n'adopterait pas un tel comportement collaboratif alors qu'il y serait obligé. L'obligation découlant de ses activités non neutres, sa neutralité reste licite¹⁵⁰³. Ce qui ne l'est pas, c'est son absence de collaboration. C'est de cette carence que l'hébergeur devra répondre, et non pas de sa neutralité. La différence peut paraître subtile, mais elle est fondamentale. L'évaluation du préjudice, de même que d'éventuelles mesures de cessation, en seront affectées. La même solution devrait valoir en cas de mauvais fonctionnement de ces techniques, étant entendu qu'il n'est pas possible d'en attendre une efficacité absolue. L'hébergeur devrait donc engager sa responsabilité sur le fondement d'une obligation de moyen qu'il contracte lorsqu'un ayant droit utilise son service. Les *UGC Principles* peuvent encore servir de guide en ce qu'ils prévoient que soient utilisés les moyens conformes à l'état de l'art.

b) De la collaboration à l'association

437. – De la lutte contre l'illicite à la monétisation. « *Au-delà de l'obligation se trouve le devoir, qui impose parfois à la raison la nécessité de se lier.* »¹⁵⁰⁴. Les ayants droit ont compris ces dernières années quels intérêts ils ont à collaborer avec les services 2.0, non pas dans le but d'interdire la publication de leurs contenus, mais dans celui d'obtenir une part des revenus publicitaires générés par ces publications. Les lois de l'économie les avaient déjà contraints, avec difficultés, à s'adapter. Le modèle économique des hébergeurs 2.0 leur offre une nouvelle opportunité.

En pratique, les mêmes systèmes que ceux qui ont été développés pour lutter contre l'illicite peuvent être utilisés pour identifier une vidéo et, ensuite, reverser une part des revenus publicitaires à celui qui en détient les droits. Les plateformes en ligne y trouvent leur avantage tout autant que les ayants droit. YouTube, affiche qu'il est possible avec son système *Content ID* de « *gagner de l'argent* » bien avant de « *réduire les violations* » des droits de propriété intellectuelle¹⁵⁰⁵. Le programme *Official content* de Dailymotion, dans un même

¹⁵⁰² Ce qui devrait être rare, voy. *supra*, n°s 429-430.

¹⁵⁰³ En ce sens : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 oct. 2010 : RLDI 2011/67 n° 2190, note R. Hardouin ; 2011/68, n° 2232, note M. Schaffner et G. Sroussi.

¹⁵⁰⁴ C. Groulier, « *La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative* », in C. Thibierge (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 210.

¹⁵⁰⁵ Voy. la page du centre d'aide de Youtube relative au programme Content ID :

esprit, permet de reverser jusqu'à 70% des revenus publicitaires aux titulaires des droits¹⁵⁰⁶. Les accords qui en résultent semblent contenter toutes les parties¹⁵⁰⁷.

438. – Des pratiques à concilier avec les droits des utilisateurs. Au-delà de l'adhésion suscitée par de telles pratiques, il importe de prendre garde à ce qu'elles ne portent pas préjudice aux droits des internautes¹⁵⁰⁸. Elles doivent être elles-mêmes limitées en les conciliant à d'autres standards¹⁵⁰⁹. L'efficacité des techniques de *finger printing* n'étant pas absolue, le risque de faux positifs existe¹⁵¹⁰. Des procédures « d'appel » peuvent alors s'avérer nécessaires¹⁵¹¹.

C. – Des précautions nécessaires au niveau du terminal

439. – L'obligation de fournir une solution de contrôle parental pesant sur les FAI. La neutralité des connexions que fournissent les FAI expose à tous les dangers de l'internet. Ils sont donc logiquement obligés de fournir, à ceux de leurs clients qui le souhaitent, des solutions pour diminuer ces dangers. « *Revenant à l'idée fondamentale comme quoi la technique doit résoudre les problèmes engendrés par la technique, le système doit donc fournir les moyens d'une censure privée.* »¹⁵¹².

La protection de l'enfance est apparue, comme souvent dans l'histoire de la régulation de l'internet, comme l'une des premières nécessités. La Cour suprême des États-Unis, pourtant prompt à défendre une vision très libérale de la liberté d'expression, a validé des dispositions du *Children Internet Protection Act* (CIPA) conditionnant les subventions fédérales accordées aux bibliothèques publiques à la mise en place de filtres anti-pornographie¹⁵¹³. En France,

<http://www.youtube.com/t/contentid?hl=fr&gl=SN> (consultée le 20 juill. 2013).

¹⁵⁰⁶ <http://official.dailymotion.com/fr/> (consultée le 11 juill. 2014).

¹⁵⁰⁷ Voy. le communiqué de la SACEM (« *La SACEM, Universal Music Publishing International, et YouTube signent un accord de portée internationale au bénéfice des auteurs et compositeurs.* », avr. 2013, disponible sur sacem.fr) selon lequel un accord signé avec YouTube permet une « *juste rémunération des ayants droit* » (les termes exacts de l'accord ne sont pas connus). « *L'accord couvre tous les types de vidéos diffusées sur YouTube, y compris les contenus générés par les utilisateurs.* »

¹⁵⁰⁸ En ce sens : É. Montéro et Q. Van Enis, « *Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?* », RLDI 2010/61, n° 2028, p. 99, n° 46. – Le Conseil d'État a, dans le même sens, proposé d'« *encadrer l'utilisation des outils de surveillance automatique des contenus mis en œuvre volontairement par les plateformes en prévoyant une obligation de transparence sur l'utilisation de ces outils, leur fonctionnement et l'étendue des blocages de contenus qu'ils entraînent.* » (*Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr, 2014, pp. 305-306, Proposition n° 29).

¹⁵⁰⁹ Voy. le standard du réseau ouvert : *infra*, n° 447 s.

¹⁵¹⁰ Autrement dit, le système risque d'identifier comme illicites des contenus parfaitement licites.

¹⁵¹¹ Voy. la procédure mise en place par YouTube en cas de faux positif : <http://www.youtube.com/yt/copyright/fr/content-id-disputes.html>

¹⁵¹² M.-A. Frison-Roche, « *Les bouleversements du droit par l'internet* », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 53.

¹⁵¹³ L. Pech, « *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information* »,

fournir une solution permettant aux utilisateurs du réseau de restreindre l'accès à certains types de contenus est l'une des obligations légales les plus anciennes des FAI¹⁵¹⁴. Elle a aussi été l'une des rares à survivre à la censure de la loi du 1^{er} août 2000. La LCEN l'a reprise dès le 1^{er} du I de son article 6 : « *Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens.* ». Cette obligation n'est sanctionnée que par le droit commun, d'aucuns estiment qu'elle n'est donc « *pas sévère* »¹⁵¹⁵ puisqu'elle impose de prouver qu'un dommage résulte de sa non-exécution¹⁵¹⁶. La majorité des FAI français s'est toutefois inscrite dans une démarche volontaire en souscrivant à la charte du Contrôle parental de l'AFA¹⁵¹⁷. Celle-ci les engage à proposer de manière très visible une solution simple et gratuite au moment de la souscription du contrat d'accès, mais aussi au cours de son exécution.

440. – Un bouclier n'altérant pas la neutralité. Le filtrage au niveau du terminal, lorsqu'il est décidé par un utilisateur, ne pose pas de problème du point de vue de la neutralité¹⁵¹⁸. Le réseau reste neutre et les restrictions qui peuvent être apportées à son usage sont décidées à son extrémité. Autrement dit, le filtrage pratiqué au niveau du terminal diminue les dangers liés à la neutralité, mais il ne l'altère pas. Le réseau internet fonctionne toujours selon les mêmes règles. La connexion garde exactement le même potentiel.

Il en découle que ce type de restriction ne porte pas du tout les mêmes enjeux que celui pratiqué au niveau du réseau. C'est l'utilisateur lui-même qui décide de ne pas accéder à tout l'internet. « *Ces dispositifs doivent rester sous le contrôle complet de l'utilisateur, activables et paramétrables par celui-ci* » précisent les auteurs du rapport d'information sur la neutralité¹⁵¹⁹. Ce ne peut donc être une atteinte aux libertés. Bien au contraire, il s'agit de l'expression d'une liberté. Ce type de contrôle est d'ailleurs lié au degré de protection accordé

Comm. Com. électr., ét. 20, n° 16.

¹⁵¹⁴ La loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications avait incéré un art. 43-1 à la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication prévoyant que « *toute personne dont l'activité est d'offrir un service de connexion à un ou plusieurs services de communication audiovisuelle [...] est tenue de proposer à ses clients un moyen technique leur permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner.* »

¹⁵¹⁵ Vivant et alii, n° 2501.

¹⁵¹⁶ Comp. l'hypothèse d'une condamnation pénale du FAI manquant à ses obligations sur le fondement de la faute d'imprudence de l'art. L. 121-3 du Code pénal : Albrieux S. (dir. P.-Y. Gautier), *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas., 2004, n° 161.

¹⁵¹⁷ *Contrôle parental sur l'Internet : les engagements des fournisseurs d'accès Internet*, 16 nov. 2005 : <http://www.afa-france.com/AccordAFAFamille.pdf> (consulté le 14 juill. 2014).

¹⁵¹⁸ En ce sens : Erhel et Raudière, p. 29.

¹⁵¹⁹ Erhel et Raudière, p. 75.

à l'internet. La Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Reno vs. ACLU* en 1997¹⁵²⁰, avait utilisé un précédent portant sur les services de téléphone rose pour justifier du haut degré de protection accordée à l'internet : déclarer ces services illicites parce qu'accessibles aux mineurs, c'eût été les interdire à tous, car ils n'ont aucun moyen de vérifier l'âge des personnes qui les appellent¹⁵²¹. Autrement dit, la régulation relève de l'action volontaire des familles. La mise en place d'une connexion filtrée est donc, avant tout, de la responsabilité des utilisateurs du réseau¹⁵²², ce qui n'exclut pas que les intermédiaires techniques soient obligés à certaines précautions à l'égard de ces mêmes utilisateurs.

II. – Des précautions envers les utilisateurs

441. – Les utilisateurs de l'internet contractent avec une pluralité d'intermédiaires techniques. En premier lieu, ils contractent avec un FAI pour assurer leur accès au réseau. Depuis l'avènement du web 2.0, ils se lient, au fil de leurs usages, avec de nombreux services en ligne. Les enjeux liés à la préservation des droits des tiers ont très tôt imposé aux intermédiaires techniques des obligations d'information qui se sont depuis généralisées (A). Lorsqu'un utilisateur adopte, malgré ces avertissements, un comportement illicite, il doit être possible pour l'intermédiaire de l'exclure de son service (B).

A. – La généralisation des obligations d'information

442. – L'information par le contrat d'abonnement. Le contrat de fourniture d'accès à l'internet est un véritable « *préalable à l'exercice du commerce électronique* »¹⁵²³. Il est la condition nécessaire de tous ses usages, licites ou illicites. Y souscrire est l'un des rares actes juridiques identifiés comme tels par tout un chacun dans l'usage de l'internet. Ce double caractère, nécessaire et juridique, en fait un véhicule idéal pour que s'y greffent des obligations d'information à visées pédagogiques. Elles ont été imposées très tôt par application du droit commun ou du droit de la consommation¹⁵²⁴. Depuis, le législateur s'est

¹⁵²⁰ Sur laquelle : *supra*, n° 91.

¹⁵²¹ Pour une description de l'affaire : N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 71.

¹⁵²² Sur ce point : *infra*, n° 563.

¹⁵²³ J. Huet, « *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 511, n° 5.

¹⁵²⁴ Voy. N. Marchet (dir. J. Larrieu), « *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet* », th. Toulouse I, 2003, n° 205-214, spé. 207 : des obligations d'information ont été mises à la charge des intermédiaires techniques dès les premières décisions tranchées en France en 1996 sur la base de l'art. 1135 du Code civil ou de l'art. L. 111-1 c. conso. L'objet de ces obligations était not. de rappeler le nécessaire respect des droits des tiers.

appuyé sur ces mécanismes pour imposer des obligations d'information en de nombreux domaines¹⁵²⁵. Les promotions que les opérateurs font de leur offre y ont également été soumises¹⁵²⁶.

« On soupçonne ces fournisseurs de faciliter le « piratage », on leur demande donc de dire qu'il ne faut pas pirater ! »¹⁵²⁷. On mesure l'ampleur du décalage entre la nature « un peu angélique »¹⁵²⁸ de ces obligations et la mentalité de ceux qui revendiquent le titre de pirate¹⁵²⁹. Elles ont le mérite, peut-on espérer, d'opérer un rappel élémentaire pour la majorité des personnes raisonnables. Encore faut-il qu'elles en prennent connaissance...

443. – L'extension des obligations d'information aux hébergeurs. Les hébergeurs généralistes inscrivent généralement des obligations tenant au respect de la loi dans leur contrat. Ils s'adressent pourtant souvent à des professionnels, ou *a minima* à des personnes disposant de compétences techniques. Le web 2.0 a amené la presque totalité des internautes à souscrire à des contrats avec des services en ligne disposant de fonctions d'hébergement. Ce sont, non seulement les droits des tiers qui peuvent faire l'objet d'une information obligatoire, mais aussi les risques spécifiques au service encouru par l'utilisateur¹⁵³⁰. Il y a beaucoup à construire en la matière, car le contenu précis de l'information ne peut être formulé de manière générale du fait de la pluralité des hébergeurs. Une fois encore, le degré de neutralité du service et les risques spécifiques qu'il génère devraient servir de guide. Le choix de se spécialiser doit amener la conscience du risque créé et faire naître l'obligation d'en informer les utilisateurs.

À l'instar du professeur Montero, il faut affirmer « qu'il ne saurait être question d'apprécier l'obligation d'information avec une rigueur telle qu'on en vienne, pratiquement,

¹⁵²⁵ L'art. 6.-I.1 de la LCEN impose au FAI d'informer « leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens ». L'art. L. 331-27 du Code de la propriété intellectuelle met également à leur charge des obligations d'information tenant à la fois aux sanctions encourues en cas de violation du droit d'auteur et à l'existence d'une offre légale de contenus culturels en ligne. Dans le secteur très encadré des jeux d'argent en ligne, la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 impose, en son art. 28, aux opérateurs du secteur d'informer « en permanence » les joueurs de l'existence d'un service téléphonique destiné à la lutte contre les addictions aux jeux.

¹⁵²⁶ L'article 7 de la LCEN impose aux FAI, lorsqu'ils « invoquent, à des fins publicitaires, la possibilité qu'[ils] offrent de télécharger des fichiers dont [ils] ne sont pas les fournisseurs » de faire « figurer dans cette publicité une mention facilement identifiable et lisible rappelant que le piratage nuit à la création artistique. ». Sur ce point : E. Derieux et A. Granchet, *Droit des médias. Droit français, européen et international*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^e éd., 2010, n° 872-873.

¹⁵²⁷ *Vivant et alii*, n° 2503.

¹⁵²⁸ C. Caron, « LCEN. Aspects de propriété intellectuelle analyse d'un saupoudrage discret », *Comm. Com. électr.*, 2004, ét. 23, n° 3.

¹⁵²⁹ Sur celle-ci, voy. *infra*, n° 599.

¹⁵³⁰ Sur l'obligation d'information pesant sur eBay envers les acheteurs : TGI Rennes, 26 mars 2007, *Légalis* : RLDI 2007/29, n° 968 (en l'espèce l'acheteur, ayant fait preuve d'une grande imprudence, était lui-même fautif et voit donc son indemnité réduite).

à supposer la faute dès l'instant où a été réalisée une opération frauduleuse. »¹⁵³¹. De ce point de vue, la bonne intégration de ces obligations dans le contrat est le meilleur moyen de rapporter la preuve qu'elles ont bien été exécutées. Elles peuvent alors ouvrir la porte à l'exclusion des auteurs d'usages illicites.

B. – L'exclusion des auteurs d'usages illicites

444. – Du stay down à l'exclusion ciblée. Lorsqu'un contenu a déjà été retiré du fait d'une notification, le cas où une nouvelle notification se justifie le moins est celui où elle porte sur la mise en ligne d'un même contenu par une même personne. De là naît l'idée que la résiliation du contrat liant l'intermédiaire à l'utilisateur fautif peut efficacement contribuer à assainir le réseau. Il pourrait alors se substituer au filtrage de contenu, « une forme de « filtrage » des personnes »¹⁵³² encouragé par le droit mou¹⁵³³. L'ensemble des FAI et l'immense majorité des services en ligne intègrent aujourd'hui dans leurs contrats des clauses imposant le respect des dispositions légales sous peine de résiliation¹⁵³⁴. La jurisprudence a pu donner effet à des clauses prévoyant la résiliation de plein droit par le FAI lorsque son client adopte un comportement répréhensible¹⁵³⁵. La Cour de cassation a validé, à condition qu'elle vise un manquement particulièrement grave du consommateur, une clause prévoyant la résiliation de « plein droit, sans préavis ni mise en demeure préalable »¹⁵³⁶. Ladite clause étant suivie d'exemples précisant qu'elle devrait jouer en cas de violation des « lois applicables, notamment pénales, ou celles visant à protéger les droits d'un tiers » ou en cas de conduite nuisible « aux intérêts d'une personne, quelle qu'elle soit ». Les juges du fonds

¹⁵³¹ É. Montero, « Les responsabilités liées au web 2.0 », Revue du Droit des Technologies de l'Information, 2008/32, p. 387.

¹⁵³² A. Debet, Comm. com. électr., 2012, comm. n° 122, obs. ss. TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, TF1 et a. c/ Dailymotion : préc.

¹⁵³³ Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique du 28 juillet 2004, art. 1.5. : les FAI s'engagent à « poursuivre les efforts entrepris pour lutter contre la violation des droits de propriété littéraire et artistique dans les clauses de résiliation ou de suspension de l'abonnement figurant dans leurs conditions contractuelles avec les abonnés ». – De telles clauses apparaissent comme une bonne pratique que la doctrine invite les services en ligne à suivre (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^e éd, 2012, n° 767, p. 783).

¹⁵³⁴ Parmi de nombreux exemples, l'hébergeur généraliste OVH, le plus important acteur français du secteur, va jusqu'à proposer une « Charte déontologique » ayant « pour objet de rappeler au Client les principaux textes applicables à l'Internet ».

¹⁵³⁵ CA Poitiers, ch. 1 civ., 11 mai 2004, *C. Gueret c/ Wanadoo* (JurisData : 2004-252027) : résiliation pour la violation d'une condition contractuelle prohibant le « spamming » par référence à la netiquette. – Illustrant aussi une résiliation pour « spamming » : CA Paris, 11, oct. 2002, n° 2002-09099 ; T. com. Paris, ch. 8, 5 mai 2004, *Microsoft Corp. AOL France c/ Marko K.* : Légalis ; Gaz. Pal. 2004 2. p. 3258 note E. Garnier.

¹⁵³⁶ Civ. 1, 8 nov. 2007, n° 05-20.637 : préc.

avaient déjà souligné à plusieurs reprises¹⁵³⁷ l'importance pour ces clauses de préciser qu'elles visent un comportement grave¹⁵³⁸.

Les hébergeurs exploitant les mêmes mécanismes contractuels¹⁵³⁹, les mêmes possibilités devraient leur être offertes¹⁵⁴⁰. À la différence près que ces acteurs sont plus directement informés des usages de leur cocontractant que les FAI, car ils se trouvent impliqués dans leur régulation par le mécanisme de la notification. La possibilité de résilier le contrat les liant à l'utilisateur fautif ne doit cependant pas les libérer trop facilement de leurs obligations contractuelles. Seul un comportement particulièrement grave peut justifier une résiliation extrajudiciaire¹⁵⁴¹. Dans bien des cas, ce critère de gravité n'est pas atteint par la seule publication d'un contenu manifestement illicite. L'habitude de l'illicite ou le caractère odieux d'un contenu devait, à l'inverse, y conduire.

Il a été suggéré d'étendre l'idée d'une résiliation à des acteurs qui n'ont pas forcément le statut d'intermédiaires techniques, tels que les acteurs du paiement ou de la publicité en ligne afin d'assécher les ressources des sites facilitant le piratage¹⁵⁴². Le potentiel d'efficacité de cette extension est très important. Se pose alors la question du caractère obligatoire de l'exclusion. Car, si de nombreux intermédiaires peuvent être les premiers à souffrir d'un comportement illicite sur leur plateforme, d'autres peuvent ne pas en être affectés, voire en bénéficier.

¹⁵³⁷ TGI Nanterre, 2 juin 2004, RG n° 02/03156 (validation d'une clause soumettant la résiliation à un manquement grave). – TGI Paris, ch. 1, 5 avr. 2005, RG n° 04/02911 (clause déclarée abusive pour ne pas soumettre la capacité de résiliation de plein droit du FAI à un critère de gravité) – TGI Nanterre, 9 févr. 2006, RG n° 04/02838 (clause prévoyant la résiliation de plein droit pour le non-respect de l'une quelconque des clauses du contrat déclarée abusive, car n'écarter pas les manquements « bénins » du consommateur).

¹⁵³⁸ Conformément au g) de l'annexe de l'art. L. 132-1 c. conso. soumettant la possibilité pour un professionnel de mettre fin à un contrat à durée déterminée à l'existence d'un motif grave. Sur la base du droit commun, la jurisprudence admet la résolution unilatérale sur la base du constat d'un comportement particulièrement grave (*Le Tourneau*, n° 6031 et les exemples cités ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, coll. « Droit privé », 6^e éd., 2013, n° 892 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet D. et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. « Manuel », 13^e éd., 2014, n° 527). Si le domaine de la résolution unilatérale apparaît « relativement flou », il semble s'étendre au fil des arrêts (B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2014, n° 301).

¹⁵³⁹ Une consultation rapide des conditions générales d'utilisation d'hébergeurs divers (OVH, Youtube, Dailymotion ou Wordpress) confirme qu'ils se ménagent contractuellement la possibilité d'une résiliation pour non-respect de la loi.

¹⁵⁴⁰ En ce sens : S. Albrieux, *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas., 2004, n° 248.

¹⁵⁴¹ Malgré la lettre de l'art. 1184 al. 3 prévoyant que « la résolution doit être demandée en justice », la Cour de cassation a ouvert la possibilité d'une résolution unilatérale du contrat en cas de comportement grave du débiteur (Civ. 1, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : GAJC, 12^e éd., 2008, 180 ; D. 1999 p. 197, note Jamin ; Defrénois 1999 p. 374, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999 p. 394 obs. J. Mestre). – Sur ces points : *Le Tourneau*, n° 6031.

¹⁵⁴² Sur l'idée d'étendre les possibilités de lutte contre les infractions au droit d'auteur en incitant les prestataires de paiement en ligne et les régies publicitaires à souscrire à des chartes de bonne conduite : M. Imbert-Quaretta, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne. Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication*, 2014, pp. 5-12.

445. – De la possibilité à l’obligation. À défaut d’une réaction appropriée face à des réclamations multiples visant un même compte, un intermédiaire ne peut plus être regardé comme parfaitement neutre, car la nature illicite des usages futurs générés par ce compte ne fait guère de doute. Il faut pourtant rester prudent, une résiliation abusive engage naturellement la responsabilité de l’intermédiaire¹⁵⁴³. Sur un plan général, il a été relevé que « *la politique de protection des victimes s’arrête là où elle commanderait au fournisseur de moyens de pratiquer un ostracisme prophylactique.* »¹⁵⁴⁴. Si la possibilité de résilier le contrat doit être encadrée, l’obligation de recourir à cette technique doit l’être d’autant plus strictement. Tout d’abord, la discrimination ne peut s’effectuer qu’*a posteriori*, instruite du comportement passé, de manière proportionnée aux abus et aux risques qu’ils portent. Des avertissements sont tout à fait envisageables dans ce qui s’apparente à une forme de riposte graduée privée¹⁵⁴⁵. Le nombre, mais surtout la gravité, des manquements constatés doivent être des guides pour une appréciation forcément circonstanciée.

La CJUE, examinant le cas des plateformes commerciales, dont le traitement est pourtant généralement plus sévère que celui des plateformes d’échanges de fichiers, n’a pas attaché d’obligation à cette prérogative en l’absence d’injonction judiciaire¹⁵⁴⁶. Ceci est regrettable, toutefois les juges du fond français ouvrent d’eux-mêmes la porte à une obligation d’exclusion¹⁵⁴⁷.

445-1. – Il faut souligner que pour la bonne efficacité de cette exclusion, l’hébergeur doit imposer la création d’un compte utilisateur. Cette démarche étant à même d’assurer un minimum de traçabilité, il faut envisager qu’elle puisse devenir obligatoire pour certains services porteurs d’un risque spécifique. Cette même traçabilité confronte toutefois l’obligation d’exclusion à des obstacles.

¹⁵⁴³ Concernant les FAI, la Cour de cassation a précisé que la prescription d’un an prévue par l’art. L. 34-2 du CPCE concernant la « *restitution du prix de leurs prestations de communications électroniques* » doit s’interpréter strictement, c’est-à-dire à l’exclusion de la réparation des préjudices liés à la résiliation prématurée du contrat (Civ. 1, 9 juill. 2015, n° 14-21.241 : Dalloz actualité, 9 oct. 2015 obs. N. Kilgus). Elle a également exclu l’application de ce texte en cas de non-respect des capacités de transmission prévues au contrat (Civ. 1, 10 sept. 2015, n° 14-16.599).

¹⁵⁴⁴ F. Grua, « *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage* », RTD civ, 1994, p. 1⁺, n° 23.

¹⁵⁴⁵ La riposte graduée institutionnalisée sort du cadre de l’encadrement du réseau, elle ne l’oblige qu’à titre accessoire pour « punir » l’utilisateur, c’est la raison pour laquelle elle sera étudiée au registre de l’encadrement des utilisateurs du réseau (*infra*, n°s 651-653).

¹⁵⁴⁶ « *Si l’exploitant d’une place de marché en ligne ne décide pas de sa propre initiative, de suspendre l’auteur de l’atteinte à des droits de propriété intellectuelle pour éviter que de nouvelles atteintes de cette nature par le même commerçant aux mêmes marques aient lieu, il peut être contraint, au moyen d’une injonction judiciaire de le faire* » (CJUE, 12 juill. 2011, *L’Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 141, préc.).

¹⁵⁴⁷ TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, *TF1 et autres c/ Dailymotion* : préc.

446. – Toujours afin d’assurer la bonne efficacité d’une exclusion, les intermédiaires seraient obligés de constituer des listes de personnes ne pouvant plus ouvrir de compte. Il a été soulevé les difficultés que peut poser la loi informatique et libertés dans cette entreprise¹⁵⁴⁸. En particulier, l’article 25-1 4° de la loi qui soumet à autorisation « *les traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d’exclure des personnes du bénéfice d’un droit, d’une prestation ou d’un contrat en l’absence de toute disposition législative ou réglementaire* ». Or, le traitement semble bien automatisé lorsque le fonctionnement du site implique une simple inscription. À défaut, il est loisible de s’interroger sur l’applicabilité de l’article 25-1 3° de cette même loi qui prévoit que doivent être autorisés « *les traitements, automatisés ou non, portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté* ».

Les intermédiaires techniques, pour bénéficier pleinement de leur pouvoir d’exclusion, doivent donc, en principe, obtenir l’autorisation de la CNIL¹⁵⁴⁹. Si cela semble adapté pour les grosses structures, ce ne l’est pas pour les petites, telles que les forums de discussion tenus par des particuliers ou des blogs d’amateurs. Afin d’exercer leur liberté contractuelle en pleine connaissance de cause, les services en ligne pourraient s’aventurer dans la voie d’un fichier centralisé. Le modèle serait alors le fichier de l’Association pour la gestion des informations sur le risque en assurance (Agira) qui recense les résiliations pratiquées par les assureurs automobiles¹⁵⁵⁰. Une telle entreprise, pour être proportionnée au but poursuivi, devrait forcément limiter le nombre des destinataires de ces données. Or, les services en lignes sont innombrables. La régulation du réseau se trouve, encore une fois, confrontée aux droits des utilisateurs qui en limitent l’intensité.

Section 2. – Le standard du prestataire ouvert

447. – **L’affirmation de la neutralité par l’application du standard du prestataire ouvert.** Il peut paraître paradoxal d’affirmer la neutralité par le biais de la régulation des activités non neutres. C’est que lorsque la neutralité fait défaut, des activités non neutres ont

¹⁵⁴⁸ A. Debet, Comm. com. électr., nov. 2012, comm. n° 122, obs. ss. TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012.

¹⁵⁴⁹ Tel est le cas de l’AFNIC (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération, l’association ayant pour mission de gérer les noms de domaines en « .fr »), autorisée par la CNIL à mettre en œuvre en œuvre une « *liste d’exclusion* » afin de lutter contre le *cybersquatting* et le *typosquatting* par la Délibération n° 2007-246 du 13 sept. 2007. Sur cette délibération et, plus généralement, sur la mise en place nécessaire de listes d’exclusion : A. Debet, « *Les chartes et autres usages du droit de l’internet* », Cahiers de droit de l’entreprise, 2008, n° 4, 40.

¹⁵⁵⁰ Voy. la délibération de la CNIL n° 95-158 du 12 décembre 1995 relative à la refonte du système informatique du fichier des risques de l’Association pour la gestion des informations sur le risque automobile (AGIRA).

pris le relais. Si la responsabilité civile les sanctionne, elle peut contribuer à assurer la pérennité de la neutralité. Elle ne peut à elle seule assurer cette tâche, mais elle comporte des ressources qui peuvent combler bien des lacunes. La première de ces ressources est sa généralité. Les obligations qui en découlent dépassent le cadre strict du réseau pour aboutir à préserver une notion plus générale, celle d'ouverture¹⁵⁵¹. Tout comme la neutralité, l'ouverture « *a constitué un fondement essentiel du succès de l'Internet jusqu'à aujourd'hui.* »¹⁵⁵². Elle prolonge les libertés consacrées par la neutralité au-delà du réseau lui-même. De par son étendue, c'est un standard transversal (§ 1) dont les manifestations sont perceptibles dans diverses branches du droit de la responsabilité (§ 2).

§ 1. – La transversalité du standard

448. – Le réseau et au-delà. Le régime de responsabilité limitée constitue déjà, de par son caractère favorable, une incitation à la neutralité. Il ne porte pourtant aucune garantie de neutralité. C'est en adoptant un standard d'ouverture chapeautant les activités non neutres des intermédiaires techniques que la responsabilité civile peut devenir utile à la préservation de la neutralité (I). Ce standard n'a toutefois pas vocation à s'appliquer qu'à des acteurs ayant des activités neutres. Il apparaît comme un véritable complément au principe de neutralité (II).

I. – Un standard utile à la préservation de la neutralité

449. – De la consécration des libertés à leur effectivité. Il paraît naïf de penser que les effets positifs attachés à la neutralité seront garantis par la seule édification de régimes des responsabilités favorables aux intermédiaires techniques. Le régime de responsabilité limitée ne peut subordonner son application à l'évaluation d'un comportement supposé vertueux¹⁵⁵³. Une question se fait alors jour : à quoi bon brandir les libertés fondamentales pour défendre le régime de responsabilité limitée si ces libertés ne sont pas garanties ? L'idée germe rapidement d'une obligation de neutralité imposée aux intermédiaires techniques. Elle n'est

¹⁵⁵¹ Le programme Vox Internet, un effort de coordination scientifique soutenu par l'ARN, préconise, dans sa réponse à la consultation publique sur la « neutralité du Net » organisée par la Secrétaire d'Etat chargée de la Prospective et du Développement de l'Économie Numérique, d'« *abandonner la notion de neutralité, qui masque les intérêts en jeu, et la remplacer par la notion d'ouverture, plus précise (au plan technologique, économique et juridique) et certainement plus féconde (au plan politique) pour la poursuite conjointe du bien commun.* » (Réponse collective à la consultation publique sur la « neutralité du Net », Vox Internet, 17 mai 2010). Nous restons pour notre part attachés à la différenciation des deux notions qui, si elles présentent certaines finalités communes, visent des activités différentes, ainsi l'ouverture concerne des activités non neutres et d'autres qui ne sont pas directement des activités d'intermédiation.

¹⁵⁵² *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 3.1, p. 29.

¹⁵⁵³ Voy. le rejet d'une neutralité définie par ses effets : *infra*, n° 154-155.

pas entravée par les limitations de responsabilité découlant de la Directive, car les diverses activités de gestion et de construction du réseau relèvent de choix conscients qui ne sont pas neutres.

450. – Les dangers de la démarche. Dans un article très critique vis-à-vis du principe de neutralité, le Professeur Derieux interroge : « *imposer, au nom de la « neutralité de l'internet » et des bénéfices qui seraient supposés en découler, une totale égalité de traitement, ne s'orienterait-on pas vers un système économique dirigiste, de prix unique ou bloqué... qui serait, en réalité, la négation même de la liberté prétendument recherchée et qui risquerait de menacer ainsi la survie de certains.* »¹⁵⁵⁴. L'argument est régulièrement repris¹⁵⁵⁵. Il soulève un point essentiel : une liberté devenue obligatoire n'en est plus une.

Garantir la neutralité par le biais des autorités de régulation, comme cela fut proposé en 2012¹⁵⁵⁶ à la suite du rapport d'information de 2011¹⁵⁵⁷, est de nature à diminuer le poids de ces critiques. Les modifications envisagées auraient été insérées à l'article L. 32-1 du CPCE, sans préjudicier au II de ce même article qui prévoit que les autorités de régulation ne peuvent prendre que « *des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis* ». Mais contrairement à ce qui est parfois avancé¹⁵⁵⁸, le droit de la régulation et celui de la concurrence ne sont pas aptes à apporter toutes les réponses. Les difficultés des autorités de régulation pour imposer la neutralité en témoignent¹⁵⁵⁹. Sur ce constat, l'idée de préserver la neutralité avait donné lieu en 2010 à la proposition de loi « *relative à la neutralité de l'internet* »¹⁵⁶⁰ prévoyant un système de riposte graduée aboutissant à une amende pour les acteurs de l'internet – sans que ceux-ci soient définis comme des intermédiaires techniques – qui portent gravement atteinte à la neutralité. Or, il paraît difficile de considérer que ne pas être un acteur neutre est un comportement illicite *per se*. Même si une atténuation peut être trouvée dans le critère de gravité prévu par le texte, il faut souligner les dangers d'une telle démarche. Nous ne pensons pas qu'obérer la liberté des intermédiaires techniques soit le prix

¹⁵⁵⁴ E. Derieux, « *Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'internet* », RLDI 2011/74, n° 2464, p.89.

¹⁵⁵⁵ Il se retrouve particulièrement de l'autre côté de l'Atlantique. En 2015, face à l'instauration par la FCC de règles favorables, Ajit Pai, l'un des commissaires opposés au projet, a évoqué « *un virage monumental vers un contrôle gouvernemental d'Internet* » (cité in « *En bref* », RLDI 2015/113, p. 18.).

¹⁵⁵⁶ Proposition de loi n° 190 (quatorzième Législature) relative à la neutralité de l'Internet présentée par Mme Laure de la Raudière, enregistrée le 12 sept. 2012.

¹⁵⁵⁷ Voy. Erhel et Raudière, Proposition, n° 2, intitulée « *faire de la neutralité un objectif politique et donner au pouvoir réglementaire la capacité d'imposer des obligations pour la promouvoir* ».

¹⁵⁵⁸ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 3.3.2, p. 37.

¹⁵⁵⁹ Voy. le constat déjà effectué *supra*, n° 63.

¹⁵⁶⁰ Proposition de loi n° 3061 (treizième Législature) relative à la neutralité de l'internet présentée par Jean-Marc Ayrault et a., enregistré le 20 déc. 2010 (rejetée le 1^{er} mars 2011).

à payer pour la liberté des utilisateurs.

L'intervention publique est bien sûr légitime, mais au vu de la vivacité et de la consistance du secteur privé en ce domaine, il nous paraît opportun qu'elle emprunte, en premier lieu, la voix traditionnelle de la régulation des relations entre personnes privées, à savoir, la responsabilité civile. La nécessité d'une sorte de service public de l'accès à l'internet ne s'impose pas avec évidence alors que des besoins plus fondamentaux pour la personne humaine ne sont pas satisfaits¹⁵⁶¹.

451. – Le recours à la notion d'ouverture. Quoi qu'il en soit de la consécration effective du principe de neutralité, la responsabilité impose d'analyser la notion d'ouverture. Elle a d'abord le mérite de déjà apparaître dans le droit positif de la responsabilité. Ensuite, alors que la neutralité est un état du réseau, l'ouverture est un standard adapté à un panel beaucoup plus large d'activités. Cette notion est donc à la fois plus large et plus souple qu'un éventuel standard de l'intermédiaire neutre. Son contenu se révèle assez flou pour s'adapter à la pluralité des situations concrètes, alors que la définition de la neutralité en tant que standard serait beaucoup plus précise et contraignante. Si cela s'est révélé une force pour définir les frontières du régime de responsabilité limitée¹⁵⁶², ce peut être une source de rigidité pour encadrer les activités non neutres. Malgré l'importance que nous attachons à la neutralité, il faut ici lui préférer la notion d'ouverture qui paraît mieux s'adapter à la description de la responsabilité civile. Surtout, elle nous semble concourir de manière plus générale aux objectifs que vise la neutralité.

II. – Un standard dépassant le principe de neutralité

452. – Un champ d'application par-delà la fonction d'intermédiaire. Si le réseau internet promet d'être porteur de libertés qu'on lui attache, il faut encore que les internautes aient les moyens effectifs d'exercer ces libertés. « *Il est inutile d'imposer la neutralité en amont si on ne change pas les règles en aval* » relevait le Conseil national du numérique en 2013¹⁵⁶³. Il est donc particulièrement utile que la notion d'ouverture s'impose au-delà du

¹⁵⁶¹ Pour un exposé critique des politiques publiques en matière d'équipement des ménages et d'accès à l'internet : M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, pp. 97-114. – Pour un avis favorable à l'instauration d'un service public de l'accès (mais pas à celui d'un droit-créance à l'accès) : L. Marino, D. 2009, obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC. – Question à rapprocher de celle de service universel qui prévoit que le raccordement au réseau doit permettre « *l'acheminement des communications téléphoniques, des communications par télécopie et des communications de données à des débits suffisants pour permettre l'accès à Internet* » (art. L. 35 CPCE).

¹⁵⁶² *Infra*, n°s 262 s.

¹⁵⁶³ Conseil national du numérique, *Rapport relatif à l'avis net neutralité n° 2013-1 du 1^{er} mars 2013*, 2013, p.

réseau. Toutes les personnes qui sont simplement des fournisseurs de moyens sans être des intermédiaires sont également concernées¹⁵⁶⁴. C'est opportun, car de nombreuses personnes se trouvent en position de contrôler d'une manière ou d'une autre l'accès à l'internet sans être des intermédiaires¹⁵⁶⁵. Elles ne peuvent donc être neutres. Il est pourtant indispensable d'étendre l'analyse à l'ensemble de ces acteurs, car, bien que non constitutifs du réseau, ils conditionnent l'exercice des libertés pour lesquelles la neutralité est préservée.

Si ce sujet est souvent associé au droit de la régulation¹⁵⁶⁶, le droit de la responsabilité s'en trouve saisi sur bien des aspects. Les diverses responsabilités en cause doivent être analysées à l'aune du même prisme d'un bout à l'autre de la chaîne. Le standard du prestataire ouvert est adapté, car il permet d'encadrer à la fois les activités non neutres des intermédiaires techniques et les activités de ceux qui ne sont pas du tout des intermédiaires. En cela, il homogénéise les garanties dans l'ensemble du milieu où s'insère la neutralité.

§ 2. – Les manifestations du standard

453. – Le retour du contractuel. La bonne exécution des prestations d'un FAI ou d'un hébergeur ne devrait pas engager leur responsabilité contractuelle. Or, le comportement généralement attendu d'eux est d'effectuer leur tâche en toute neutralité. À l'inverse, lorsque l'intermédiaire n'adopte pas un comportement neutre, sa responsabilité contractuelle peut être engagée vis-à-vis de son client : c'est en ce cas que la prestation est défailante. L'obligation d'ouverture trouve alors sa source directement dans le contrat. Un raisonnement fonctionnel sera pourtant nécessaire pour aborder cette étude. Tout d'abord, ce standard ne porte pas ses effets qu'en matière contractuelle. Ses manifestations en matière extracontractuelles, pour moins visibles qu'elles soient, n'en sont pas moins palpables. D'autre part, l'accord n'est pas fait sur la nature juridique de ces contrats¹⁵⁶⁷. Il faut dire que les catégories ne sont pas

13. – Le même conseil appuyait en 2014 : « *Les objectifs qui ont mené à la formulation du principe de neutralité doivent conduire à en tirer les conséquences pour les plateformes numériques* » (*Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n° 2014-2), Rapport, 2014, p. 10).

¹⁵⁶⁴ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 3.2.2, p. 32.

¹⁵⁶⁵ En ce sens, Lawrence Lessig souligne : « *Our choice is not between "regulation" and "no regulation." The code regulates. It implements values, or not. It enables freedoms, or disables them. It protects privacy, or promotes monitoring. People choose how the code does these things. People write the code.* »

¹⁵⁶⁶ En ce sens : N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 13.

¹⁵⁶⁷ Des auteurs décrivent le contrat de fourniture d'accès comme un contrat de location ou comme un contrat de prêt s'il est à titre gratuit (Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 8^e éd., 2014-2015, n° 10.1.3) d'autres lui préfèrent la qualification de contrat d'entreprise (*Vivant et alii*, n° 2040 ; *Castets-Renard*, n° 274 ; L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., n° 324) La nature de contrat de louage attachée au contrat d'hébergement

homogènes. L'hébergeur généraliste cohabite avec des services 2.0 dont le statut d'hébergeur ne s'impose pas d'évidence sur le plan contractuel.

Devant cet enchevêtrement, il est plus opportun de raisonner par activités. Cette démarche a le mérite de faire apparaître clairement les enjeux. En premier lieu, le client d'un FAI n'est libre d'agir sur le réseau que si l'activité de transport dont il bénéficie est suffisamment ouverte (I). L'ouverture de l'activité d'hébergement est le prolongement naturel de cette liberté (II) tout comme l'ouverture des terminaux permettant de se connecter à l'internet (III).

I. – Les manifestations du standard au niveau des activités de transport

454. – Au cœur des enjeux liés à la neutralité. L'émergence du principe de neutralité dans le débat juridique puise sa source dans les inquiétudes se portant sur la pérennité de la neutralité technique des accès à l'internet¹⁵⁶⁸. Le développement des accès sur les téléphones portables renforce les inquiétudes¹⁵⁶⁹, car il s'avère que ces connexions ne sont que rarement neutres¹⁵⁷⁰. La responsabilité contractuelle des FAI vis-à-vis de leur client a une partition importante à jouer en ce domaine. Dans certaines circonstances, l'utilisateur pourra se réclamer du caractère ouvert de l'accès auquel il a souscrit (A). En parallèle, pour que l'accès présente ce caractère, les accords internes au réseau ne doivent pas y porter préjudice (B). L'évaluation de leur ouverture se heurte toutefois à leur obscurité.

A. – Le caractère ouvert de l'accès

455. – Le droit civil peut d'autant mieux se saisir de l'ouverture des contrats d'accès que ce sont généralement des contrats d'adhésion souscrits par des consommateurs. Ils donnent prise à des dispositifs permettant de considérer que le contenu du contrat d'abonnement à l'internet doit nécessairement témoigner d'une certaine ouverture (1). L'exécution de ces mêmes contrats doit naturellement prolonger leur ouverture initiale (2).

semble plus partagée (Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 10.8 ; Vivant et alii, n° 2105 ; nuancé : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *op. cit.*, n° 349). En pratique, les obligations découlant de ces contrats sont très diverses, elles sont formalisées dans divers *instrumentum* que la pratique nomme, parfois arbitrairement, conditions générales de vente ou conditions générales d'usages, quand elles ne se dispersent pas dans diverses conditions particulières

¹⁵⁶⁸ S. Foley, « *Has the internet just sold its soul?* », The Independent, 6 août 2010 – R. Singel, « *Why Google Became A Carrier-Humping, Net Neutrality Surrender Monkey* », Wired, 10 août 2010.

¹⁵⁶⁹ Dont se sont saisies les associations de consommateur. Voy. R. Heuillard, « *Internet illimité : l'UFC-Que Choisir assigne Orange et SFR* », Clubic éd. pro, 16 sep. 2010.

¹⁵⁷⁰ Elles ne permettent souvent d'accéder qu'à une partie de l'internet, souvent le web, mais les protocoles de voix sur IP, mails, *peer to peer*, chat texte, chat vidéo, etc. sont bloqués ou facturés « hors forfait » et interdits contractuellement.

1. – L'encadrement du contrat d'accès

456. – L'accès¹⁵⁷¹ neutre comme modèle. La neutralité est la structure sur laquelle l'internet s'est bâti, son « mythe fondateur ». Le réseau internet permet, dans l'esprit de tout un chacun, d'accéder à tous les sites qui y sont publiés et de faire fonctionner les programmes de son choix sur son ordinateur. Sur ce point, les définitions de la neutralité en termes de droits pour les utilisateurs sont en accord avec l'idée qu'une personne moyenne se fait de l'internet. Divers travaux préconisent d'ailleurs de réserver l'appellation *internet* aux seuls accès neutres¹⁵⁷². Dans bien des cas, il y a là une clé pour interpréter les obligations des FAI.

La question se pose donc de savoir si un FAI peut fournir un accès qui n'est pas neutre ou qui ne l'est pas totalement. Au regard de ce qui vient d'être dit, un FAI qui adopterait un tel comportement devrait, au minimum, informer correctement son cocontractant. À défaut, ce dernier est en droit de s'attendre à ce qu'un fournisseur d'accès à *l'internet* soit neutre. Les informations qu'il communique aux diverses étapes du processus contractuel sont susceptibles d'être mieux appréhendées par leurs destinataires que les informations visant à rappeler le nécessaire respect du droit, car le client est naturellement curieux de savoir à quoi le contrat qu'il souscrit lui donne accès.

457. – Les exigences du droit de la consommation. Dans bien des cas, un particulier va souscrire à un « abonnement » à l'internet pour les besoins de sa vie familiale, la connexion pouvant à l'occasion satisfaire des besoins professionnels, ce qui peut contribuer à alimenter le flou autour de la notion de consommateur¹⁵⁷³.

Sur la base des dispositions générales du code de la consommation, présenter une connexion non neutre comme une connexion à l'internet pourrait être vu comme une

¹⁵⁷¹ À noter que la définition de l'accès ici retenue est plus étroite que celle résultant du 8° de l'art. L. 32 du CPCE (« On entend par accès toute mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques. ») : si les matériels ou logiciels en question sont ici soumis au standard du prestataire ouvert, la neutralité n'est pas un concept qui peut leur être entièrement étendu, car ils ne font pas tous partie du réseau (*supra*, n° 451).

¹⁵⁷² Erhel et Raudière, Proposition n° 5 (pp. 77 s.) – ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, Les Actes de l'ARCEP, sept. 2010, proposition n° 5 (pp. 30 s.)

¹⁵⁷³ Depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, le code de la consommation s'est doté d'un article préliminaire définissant le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. ». En l'état, cette définition restrictive n'est cependant pas à même d'irradier l'ensemble de code du la consommation (G. Paisant, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G, 2013, 589), elle n'est donc pas de nature à supprimer les incertitudes que la jurisprudence avait fait naître autour de la notion de « rapport direct » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11 e éd., n° 322 ; L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haidara, *op. cit.*, n° 158). – Pour une réflexion sur les différentes conceptions de la notion de consommateur à la suite des arrêts des 3 et 30 janv. 1996 de la première chambre civile affirmant le critère du rapport direct, voy. J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, pp. 260 s.

pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1. Il n'est pas interdit de penser que ce serait une présentation fausse de nature à induire en erreur sur les « *caractéristiques essentielles du bien ou du service* » et sur « *les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage* »¹⁵⁷⁴. Mais le droit de la consommation, au fil d'une histoire mouvementée¹⁵⁷⁵, a surtout su se doter d'armes efficaces afin de lutter contre les clauses abusives. L'article L. 132-1 du code de la consommation utilise aujourd'hui la notion de déséquilibre significatif¹⁵⁷⁶. Dans cette perspective, la commission des clauses abusives est d'avis que les clauses limitant la responsabilité des FAI déséquilibrent significativement le contrat en faveur du professionnel si elles ont pour portée de l'exonérer en cas de manquements avérés à ses obligations¹⁵⁷⁷.

Évoquant plus directement la neutralité de l'accès fourni, l'article L. 121-83 du code de la consommation, depuis l'ordonnance du 24 août 2011¹⁵⁷⁸, transposant des dispositions du troisième « paquet télécom », prévoit, au bénéfice des consommateurs, des obligations d'informations précises¹⁵⁷⁹. Selon ses termes, tout contrat liant un FAI à un consommateur doit comporter « *sous une forme claire, détaillée et aisément accessible* », entre autres mentions utiles, celle des « *procédures mises en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau et sur leurs conséquences en matière de qualité du service* », doivent aussi être précisées les « *restrictions à l'accès à des services et à leur utilisation, ainsi qu'à celle des équipements terminaux fournis* »¹⁵⁸⁰. L'arrêté du 3 décembre 2013 confirme que ce sont bien les politiques de gestion de trafic et de « priorisation » qui sont visées en premier lieu¹⁵⁸¹. Or, elles sont dénoncées comme les principales sources d'atteinte à la neutralité. Ces informations complètent utilement celles portant sur les débits¹⁵⁸². Le consommateur est, en effet, naturellement plus

¹⁵⁷⁴ Art. L. 121-1, I.-2.-b c. conso.

¹⁵⁷⁵ J. Mestre, « *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives* » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 677-688.

¹⁵⁷⁶ Sur laquelle : F. Terré, Ph. Simler., Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11 e éd., n° 324.

¹⁵⁷⁷ Recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet (BOCCRF du 31 févr. 2003), I-7°.

¹⁵⁷⁸ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques. Le gouvernement avait été habilité par l'art. 17 de la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques

¹⁵⁷⁹ Sur ce point : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *op. cit.*, n° 334.

¹⁵⁸⁰ g) et i) de l'art. L. 121-83 c. conso.

¹⁵⁸¹ Arrêté relatif à l'information préalable du consommateur sur les caractéristiques techniques des offres d'accès à l'internet en situation fixe filaire, JORF n° 0289, 13 déc. 2013. Avant la conclusion du contrat, le FAI doit fournir à son client des informations portant sur la liste des services « *bénéficiant d'une gestion priorisée du trafic* » et leur impact en termes de débit utile pour l'accès à l'internet (art. 6 6°) et enfin « *la liste des services faisant l'objet d'une dégradation résultant directement d'une pratique de gestion de trafic* » (art. 6 7°).

¹⁵⁸² L'arrêté du 13 déc. 2013 place l'information relative aux débits au cœur de son dispositif. Il impose à la

enclin à porter son attention sur la « vitesse » de la connexion qui lui est promise que sur sa neutralité. Pourtant, il s'attend à ce que ce débit s'applique à tous ses usages, autrement dit, qu'il soit celui d'une connexion neutre.

Le consommateur est donc en droit d'exiger qu'une information claire lui soit fournie au cas où il ne souscrit pas à une offre parfaitement neutre¹⁵⁸³. Comme souvent, les associations de défense de consommateurs ont un rôle important à jouer en la matière¹⁵⁸⁴. Tout ceci n'est cependant valable que lorsqu'il souscrit à un accès fixe et filaire¹⁵⁸⁵. Cette limitation apparaît regrettable à l'heure où l'internet mobile gagne constamment en importance tout en témoignant, en pratique, de graves entorses à la neutralité¹⁵⁸⁶. De plus, en cas d'incident sur le réseau dégradant la qualité de l'accès, l'obligation d'information devrait se prolonger au stade de l'exécution du contrat¹⁵⁸⁷. Le fait que les mesures susceptibles d'être adoptées en cas d'incident soient obligatoirement mentionnées dans le contrat d'accès¹⁵⁸⁸ n'est pas suffisant. Le consommateur est en droit de savoir quand son accès retrouvera les caractéristiques attendues.

458. – Les armes du droit commun. Le droit de la consommation a construit son champ d'application sur des considérations économiques. Plus précisément, c'est la position économique des parties qui commande son application¹⁵⁸⁹. Il est courant que le droit de la consommation n'ait pas à s'appliquer parce que l'abonnement est en rapport direct¹⁵⁹⁰ avec l'activité du professionnel¹⁵⁹¹. Le professionnel n'est alors pas sans ressources¹⁵⁹². Tout d'abord, en l'absence de précision dans le contrat d'abonnement, il est en droit d'attendre,

communication des FAI de présenter des débits utiles (art. 3) et de préciser s'ils sont susceptibles de variation (art. 4). Avant la conclusion du contrat, les FAI doivent fournir au client des informations concernant l'estimation du débit possible sur sa ligne (art. 6 3°) et le débit minimum garanti (art. 6 5°).

¹⁵⁸³ En ce sens : A. Robin, « *Le principe de neutralité de l'internet : les tentatives de neutralité de la technologie* », in V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La neutralité et le droit*, Éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, p. 117.

¹⁵⁸⁴ Face à « *la recrudescence du nombre de dossiers relatifs aux dysfonctionnements de l'accès à Internet* » proposé par un FAI grand public, la Cour de cassation a considéré que l'intérêt collectif des consommateurs était lésé et que, de fait, l'art. L. 421-7 du c. conso. autorisant les associations agréées de consommateurs à intervenir dans une instance civile engagée par un consommateur trouvait à s'appliquer (Civ. 1, 13 nov. 2008, n° 07-15.000 : CCC 2009, comm. 29, obs. G. Raymond ; JCP G 2009 I 123, obs. Ph. Stoffel-Munck).

¹⁵⁸⁵ L'arrêté du 13 déc. 2013 limite dès sont art. 1^{er} son champ d'application aux accès fixes filaires.

¹⁵⁸⁶ *Supra*, n° 12.

¹⁵⁸⁷ Sur l'intensité de l'obligation d'accès pesant sur les FAI : *infra*, n° 462.

¹⁵⁸⁸ L'art. L. 121-83 l) y oblige.

¹⁵⁸⁹ Sur l'historique mouvementé du droit de la consommation : Viney et Jourdain, t. II, n° 494-495.

¹⁵⁹⁰ Sur le critère du rapport direct, voy. note *supra*, n° 457.

¹⁵⁹¹ Illustration : CA Versailles ch. 14, 28 oct. 2009, *Globalisnet c/ SFR* : Légalis, D. 2001 IR p. 909. Il s'agissait en l'espèce d'un hébergeur professionnel. Le rapport direct avec l'activité exercée était évident.

¹⁵⁹² Sur le traitement des clauses abusives entre professionnels par le droit commun : D. Mazeaud, « *La protection par le droit commun* » in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, pp. 33-54. – Plus spécifiquement dans le domaine du numérique : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *op. cit.*, n° 191-197

comme un consommateur, qu'une connexion à l'*internet* soit neutre¹⁵⁹³.

Plus couramment, les FAI ne manquent pas d'insérer dans leurs contrats des clauses aménageant leur responsabilité en cas de défaillance du réseau. Le droit commun, dans la lignée de l'arrêt *Chronopost*¹⁵⁹⁴, a déjà posé des limites en utilisant la théorie de la cause subjective¹⁵⁹⁵. Il en ressort que, en dehors du jeu la traditionnelle faute lourde ou dolosive de l'article 1150 du Code civil, une clause limitative de responsabilité peut être réputée non écrite si elle contredit l'obligation essentielle de l'une des parties. Ici, nul doute que l'accès aux contenus est une obligation essentielle¹⁵⁹⁶. Toutefois, la plupart du temps, le FAI donnera accès à l'internet, il remplira donc son obligation essentielle, mais dans des conditions dégradées. L'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, tel que modifié par la loi du 4 août 2008, vient plus directement suppléer la non-application du droit de la consommation. En prohibant le fait de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » le droit commercial « *a importé l'esprit et la lettre du droit de la protection des faibles* »¹⁵⁹⁷ tout en adoptant un régime propre¹⁵⁹⁸. En s'appuyant sur ces textes, le professionnel pourrait utilement faire valoir le caractère fondamental de ses droits. Car le bénéfice d'une connexion neutre est pour lui, non seulement une condition de l'exercice de sa liberté de communication¹⁵⁹⁹, mais aussi une condition de l'exercice de sa liberté d'entreprendre¹⁶⁰⁰. Or, il a été observé que les droits fondamentaux ont notamment pour fonction, en droit privé, d'éclairer l'interprétation et l'appréciation de la licéité des clauses contractuelles¹⁶⁰¹. Un

¹⁵⁹³ Sur l'accès neutre comme modèle : *supra*, n° 456. – L'art. D. 98-12 du CPCE pourrait servir de support à une information généralisée, quoique son contenu reste particulièrement vague : le n du I de l'art. L. 33-1 du même code, auquel il est fait référence, oblige à « *l'information des utilisateurs, dans la mesure où cette information est nécessaire à la mise en œuvre des dispositions du présent code ou des décisions prises en application de celui-ci* ».

¹⁵⁹⁴ Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost* : D. 1997, p. 121, note A. Sériaux ; RTD civ. 1997, p. 418 obs. J. Mestre ; GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 157.

¹⁵⁹⁵ Voy. not. : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2011, 342. – *Le Tourneau*, n°s 1178 et 6111.

¹⁵⁹⁶ Rapp., s'interrogeant sur la question : *Vivant et alii*, n° 2048.

¹⁵⁹⁷ D. Mazeaud et T. Genicon, « *Protection des professionnels contre les clauses abusives* », RDC 2012, n° 1, p. 276⁺.

¹⁵⁹⁸ Alors que sur le fondement du droit de la consommation, la clause est réputée non écrite, elle donne lieu à dommage et intérêts sur le fondement du droit commercial. Soulignant cette différence : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 330.

¹⁵⁹⁹ Rappelons que la CEDH étend l'application de l'article 10 de la Conv. EDH aux personnes morales (CEDH, 22 mai 1990, n° 12726/87, aff. *Autronic AG c. Suisse*, spé. § 47 : préc.) et qu'elle adopte une conception très large de l'expression en y incluant les échanges de fichiers électroniques (CEDH, 19 févr. 2013, n° 40397/12, aff. *Neij et Sunde Kolmisoppi c/ Suède* : préc.). Voy. *supra*, n°s 90-92.

¹⁶⁰⁰ Voy. *supra*, n°s 94-95.

¹⁶⁰¹ X. Dupré de Boulois, « *Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé* », JCP G, 2007, n° 49, I 211, n° 13. Illustration : Civ. 1, 20 mai 2010, 09-65045 (RDC 2010 p. 1185 obs. C. Pérès) : une clause imposant au preneur d'un bail d'adhérer à une association au mépris de la liberté d'association est « *entachée*

intermédiaire technique qui limiterait les libertés fondamentales de ses utilisateurs pourrait ainsi voir les clauses limitant sa responsabilité interprétées en sa défaveur. Le droit positif dispose, en tous les cas, d'outils pour aller dans cette voie.

459. – La fluidité contractuelle comme gage d'ouverture. Il est souligné de manière tout à fait logique que, sur un marché fluide et concurrentiel de l'accès à l'internet, le comportement des acteurs non neutres devrait être non optimal¹⁶⁰². Les clients d'un FAI qui ne pourraient accéder aux services de leur choix devraient s'en détourner, du moins si ce choix est crucial pour eux et que l'offre concurrente présente suffisamment de garanties. Encore faut-il que ce marché soit suffisamment fluide pour permettre aux clients de changer d'opérateur. L'encadrement des durées d'engagement et la possibilité, dont le consommateur doit être informé, d'une résiliation en cas de changement des conditions contractuelles¹⁶⁰³, facilitent le jeu de la concurrence entre les différents FAI. Les défenseurs de la neutralité peuvent espérer que les consommateurs, se saisissant de ces possibilités, se détourneront naturellement des FAI n'offrant pas un accès neutre. Ceux qui la fustigent y verront, à l'inverse, une chance pour que des offres différenciées offrant une réelle valeur ajoutée puissent s'imposer sur le modèle d'un accès neutre.

460. – La possibilité de créer des offres commerciales différenciées. En l'état du droit, il paraît possible pour un FAI de commercialiser des offres différenciées, c'est-à-dire des offres promettant un accès préférentiel à certains services. Elles sont une infraction à la neutralité et ne pourraient, en tant que telles, faire l'économie d'une information claire de l'utilisateur. Le FAI devrait, en ce cas, apporter des précisions très claires à son cocontractant, consommateur ou professionnel, sur les parties de l'internet favorisées et celles qui ne le sont pas. Un FAI souhaitant, en favorisant certains services, s'autoriser à ne pas assurer la qualité attendue d'une connexion neutre pour l'accès aux autres services de l'internet, ne devrait pas pouvoir qualifier la connexion qu'il ouvre d'accès à l'internet. Ce terme est, en effet, intimement lié au caractère neutre du réseau¹⁶⁰⁴. Dans le cas d'un accès à l'internet présenté comme permettant un accès privilégié à certains services, au stade de l'exécution du contrat,

d'une nullité absolue ».

¹⁶⁰² N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 5.

¹⁶⁰³ Art. L. 121-84 al. 1 c. conso. : « Tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur par écrit ou sur un autre support durable à la disposition de ce dernier au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification. ».

¹⁶⁰⁴ *Infra*, n° 456.

l'accès à l'internet non favorisé devrait présenter, au minimum, les caractères communs des autres accès à l'internet. C'est aussi au stade de l'exécution du contrat que les dangers de telles offres apparaissent.

2. – La preuve de la défaillance

461. – L'obligation de résultat concernant le raccordement¹⁶⁰⁵. La LCEN, en son article 15-I, précise en termes forts classiques que les personnes exerçant une activité de commerce électronique sont débitrices d'une obligation de résultat envers leurs clients¹⁶⁰⁶. L'article 14 de la LCEN définissant le commerce électronique de manière très large¹⁶⁰⁷, les activités liées à l'accès s'y incorporent¹⁶⁰⁸. Est-ce à dire que les FAI sont responsables de plein droit en cas de mauvais fonctionnement de leur service ? Il faut différencier. Il est avéré que leur obligation est de résultat quant au raccordement au réseau¹⁶⁰⁹, mais qu'il en va différemment concernant l'accès aux contenus¹⁶¹⁰.

462. – L'obligation de moyen concernant l'accès aux contenus. L'obligation consistant à ouvrir un accès aux divers contenus de l'internet peut difficilement être conçue comme une obligation de résultat, car cet accès emprunte des voies qui ne sont pas contrôlées par le FAI et soumises à de nombreux aléas¹⁶¹¹. La qualification d'obligation de moyen, à l'inverse, se calque parfaitement sur la notion de *best effort* à la base du fonctionnement de l'internet : chaque partie du réseau fait de son mieux pour acheminer les paquets qu'elle fait transiter. Le

¹⁶⁰⁵ Pour perfectible que soit l'étude de la preuve par le prisme des obligations de moyen et de résultat (*Le Tourneau*, n° 3329 s.), elle est d'un intérêt didactique indéniable qui nous conduit à l'adopter.

¹⁶⁰⁶ Voy. aussi, *infra*, n° 576.

¹⁶⁰⁷ Art. 14 al. 1^{er} de la LCEN : « *Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.* »

¹⁶⁰⁸ L'art. 14 al. 2 de la LCEN précise : « *Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent.* »

¹⁶⁰⁹ La commission des clauses abusives l'a clairement exposé (Voy. Recommandation n° 07-01 relative aux contrats proposant aux consommateurs les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision (« triple play »), BOCCRF du 31 juill. 2007, § 9). Ce que la jurisprudence a intégré (Civ. 1, 8 nov. 2007, n° 05-20.637, *AOL c/ UFC* (JCP E 2007, pan. n° 2547 ; Comm. Com. électr. 2007 n° 7 note A. Debet, RJDA 2008 n° 333) : la première chambre civile, pour déclarer abusive une clause d'un contrat d'abonnement à l'internet déchargeant le FAI de toute garantie quant au fonctionnement de la connexion, a qualifié l'obligation visée d'obligation essentielle et d'obligation de résultat). – Voy. aussi, paradoxalement, la qualification d'obligation de résultat, non pas pour l'accès à l'internet, mais pour un service géré de télévision commercialisé avec l'accès à l'internet : Civ. 1, 19 nov. 2009, n° 08-21.645 ; D. 2009 p. 2927 obs. P. Guimard ; RLDI 2009/55, n° 1835 obs M. T. ; LPA 22 janv. 2010, n° 16 p. 12 note M. Fernet ; RCA 2010 n° 19 note S. Hocquet-Berg ; Comm. Com. électr. 2010 n° 35 note L. Leveneur ; Gaz. Pal 2010. 1. p. 917 note M. Mekki ; p. 1095 note Ph. Ballet.

¹⁶¹⁰ Ph. le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 8^e éd., 2014-2015, n° 10.2. ; *Castets-Renard*, n° 285.

¹⁶¹¹ Le caractère aléatoire du résultat est généralement considéré comme l'une des clés de la distinction entre obligations de moyen et obligations de résultat. Voy. *Viney et Jourdain*, t. II, n° 541 pour l'énonciation du principe en doctrine et n° 547 pour son application par la jurisprudence.

client qui a souscrit à une offre d'accès à *l'internet* peut s'attendre à ce que, loin de limiter le trafic vers certains services, le FAI mette tout en œuvre pour permettre un accès égal à tous les services. Nul besoin pour découvrir cette obligation de forcer le contrat¹⁶¹². Le simple fait de fournir un accès à *l'internet* implique de s'obliger à respecter le principe de fonctionnement historique du réseau.

Cette constatation n'est valable que lorsque le contrat s'affiche comme offrant un accès à *l'internet*. Au cas où l'accès a été affiché comme fermé à certains protocoles ou à certains services, l'évaluation sera nécessairement restreinte. Cependant, les contrats prévoyant un accès privilégié à certains services ne devraient pas être exonérés de toute obligation de neutralité, car favoriser un accès ne signifie pas en pénaliser d'autres.

463. – La difficile preuve de la défaillance dans l'exécution de l'obligation d'accès. Le simple constat que l'accès n'est pas ouvert à tous les contenus de *l'internet* ne peut, à lui seul et en présence d'une obligation de moyen, impliquer une faute. Il faut déterminer à partir de quel seuil un accès réduit ou de mauvaise qualité peut témoigner d'une faute dans l'exécution du contrat de fourniture d'accès. Or, dans la majorité des hypothèses, les clients ne peuvent que constater que leur connexion ne leur ouvre pas accès à tout *l'internet*. Ils n'ont aucun moyen de savoir si cela est dû au réseau internet par-delà leur FAI, à l'insuffisance du réseau de leur FAI ou à une politique de gestion de trafic qu'il a mise en place.

Vérifier un à un les points d'interconnexion et de *peering* des FAI se heurte à de nombreuses difficultés¹⁶¹³. D'autres obstacles s'opposent à la différenciation d'une saine gestion du trafic et d'une gestion illégitimement différenciée, car c'est une bonne part du métier d'un opérateur que de gérer le trafic qu'il achemine afin d'assurer une bonne qualité de service¹⁶¹⁴. L'ARCEP avait proposé, en 2010, que les politiques de gestion de trafic respectent les critères de pertinence, de proportionnalité, d'efficacité, de non-discrimination et de transparence¹⁶¹⁵. Le droit de la consommation a déjà intégré le critère de transparence en mettant des obligations d'informations à la charge des FAI. Les clients des FAI ne ressentent que les effets des autres critères.

Plutôt que d'entrer dans le détail de la politique d'interconnexion d'un FAI, le recours à un

¹⁶¹² Cette technique, apparue avec l'obligation de sécurité « découverte » dans les contrats de transport de personnes et qui a depuis connu un succès controversé, consiste pour le juge à incorporer au contrat des obligations qui lui sont *a priori* étrangères. Voy. : Viney et Jourdain, t. II, n° 497 s.

¹⁶¹³ *Infra*, n°s 466 s.

¹⁶¹⁴ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶¹⁵ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012, 3^e proposition, pp. 24-26.

modèle abstrait évite bien des détours. Ce modèle ne doit pas être unique, il doit être établi à partir de FAI s'adressant à un public comparable pour une gamme de prix qui l'est tout autant. S'il fait apparaître le modèle d'un FAI qui n'impose pas les mêmes désagréments à ses clients, il témoigne alors de la mauvaise exécution du contrat d'accès. Pour franchir la barrière de la faute, il y a bien sûr un critère quantitatif à intégrer. Une différence de débit minime ou ponctuelle peut parfaitement être admise. À l'inverse, des ralentissements réguliers, allant jusqu'à rendre des services en ligne inutilisables à certaines périodes, alors même que d'autres FAI comparables y ouvrent l'accès sans désagrément, devraient être de nature à prouver l'existence d'une faute dans l'exécution du contrat.

464. – Il existe donc des cas où, malgré les apparences, la défaillance constatée n'est pas fautive. Des incidents techniques peuvent venir couper ou dégrader l'accès sans mettre l'intermédiaire en faute, car ils sont en pratique inévitables. C'est leurs fréquences et la manière de les résorber qui doivent être analysées pour juger de la bonne exécution de son obligation par le FAI¹⁶¹⁶.

De manière plus spécifique, la neutralité ne devrait pas s'opposer à la sécurisation de leur réseau par les intermédiaires techniques¹⁶¹⁷. Ils doivent pouvoir le protéger et le défendre contre des attaques informatiques. Celles-ci sont tout sauf hypothétiques. La sécurisation ne doit pourtant pas être l'occasion pour les intermédiaires d'obérer volontairement la neutralité que leurs clients sont en droit d'attendre d'un accès à l'internet¹⁶¹⁸. Le contenu de ces mesures peut sembler difficile à définir. Il est vrai que les techniques de sécurisation sont très nombreuses et complexes. Leur rôle est en revanche clairement défini : défendre le réseau contre des agressions. L'intermédiaire se doit d'adopter ce que les relations internationales qualifient de *neutralité armée*, une neutralité qui s'autorise à se défendre¹⁶¹⁹. Il est non seulement en droit de défendre l'intégrité de son réseau, mais aussi et surtout sa neutralité. L'exemple d'une saturation malintentionnée d'une partie de son réseau n'est pas un cas

¹⁶¹⁶ Sur les obligations d'information portant sur ce point en droit de la consommation : *infra*, n° 457.

¹⁶¹⁷ Le rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la neutralité va jusqu'à intégrer ce paramètre dans la définition qu'il propose de la neutralité en estimant qu'elle ne vaut que sous réserve « des mesures nécessitées par des raisons de sécurité » (voy. Erhel et Raudière, Proposition n° 1, p. 68).

¹⁶¹⁸ En ce sens, l'article L. 121-83 al. 13 c. conso. fait obligation aux FAI de faire figurer dans leur contrat les mesures qu'ils sont susceptibles de prendre pour gérer un incident ayant trait à la sécurité.

¹⁶¹⁹ Voy. not. l'art. 10 de la V^e Convention de la Haye du 18 oct. 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre : « Ne peut être considéré comme un acte hostile le fait, par une Puissance neutre, de repousser, même par la force, les atteintes à sa neutralité. ». – Lorsque la Suisse décrit sa neutralité, elle la décrit comme une « neutralité armée, ce qui signifie que la Suisse est déterminée à user de tous les moyens dont elle dispose pour se défendre militairement contre un agresseur éventuel et pour prévenir tout acte incompatible avec sa neutralité » (Conseil fédéral, Rapport sur la neutralité publié en annexe du « rapport sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90 », 29 nov. 1993, § 1.1).

d'école. Les mesures de défense ne pourront être regardées comme raisonnables que si elles sont strictement nécessaires à l'objectif poursuivi. En particulier, les dispositifs mis en place pour la protection des utilisateurs, tels que le filtrage de certains ports dans le but d'éviter le *spam*, doivent être contrôlables par ce même utilisateur¹⁶²⁰.

Ainsi, même sur un réseau neutre, une part d'intelligence au cœur du réseau est souhaitable pour détecter et traiter les atteintes à sa sécurité. Il ne s'agit pas d'une atteinte à la neutralité si cette intelligence est tournée vers l'objectif de préservation du réseau et, donc, de sa neutralité.

465. – Le secret des correspondances, auquel les FAI sont explicitement tenus par la loi¹⁶²¹, peut également être envisagé comme un frein à certaines pratiques contraires à la neutralité. Si ce principe ne s'oppose pas à la saine gestion d'un réseau¹⁶²², il pourrait, à l'inverse, condamner l'usage des techniques de gestion de flux qui « devinent » les usages effectués par les utilisateurs. Ces techniques impliquent de lire les paquets électroniques, au-delà du seul en-tête, afin d'attribuer à chaque flux une priorité en fonction de la nature de son contenu. Elles fonctionnent à l'image des techniques de filtrage et sont porteuses d'enjeux voisins¹⁶²³. La question est, dans les deux cas, de savoir si « *l'extrapolation du protocole ou d'autres méthodes d'inspection approfondie des paquets doivent-elles être assimilées à la lecture d'un message* »¹⁶²⁴. La question n'a pas encore reçu de réponse, mais à supposer que ces techniques doivent être réellement considérées comme impliquant de violer le secret des correspondances, les utilisateurs auraient du mal à prouver leur utilisation par la simple observation de leur connexion. Les plus aguerris techniquement peuvent suivre le cheminement des données transmises par les FAI et éventuellement constater la présence de routeurs disposés à l'effet de ralentir le trafic. Ce sera alors un élément de preuve, non pas pour établir une infraction au secret des correspondances, mais pour prouver que l'opérateur ne met pas tout en œuvre afin d'acheminer du mieux possible ses usages.

¹⁶²⁰ En ce sens : Groupe 29, *Avis 2/2006 sur les problèmes de protection de la vie privée liés à la fourniture de services de vérification du contenu des courriers électroniques*, 21 févr. 2006, spé. p. 8.

¹⁶²¹ Art. L. 32-3 CPCE.

¹⁶²² Voy : CA Paris, ch. 11, 17 déc. 2001 (Légalis ; JCP E 2002, n° 1204, note J. Devèze et M. Vivant) : relevant qu'« il est dans la fonction des administrateurs de réseaux d'assurer le fonctionnement normal de ceux-ci ainsi que leur sécurité ce qui entraîne, entre autres, qu'ils aient accès aux messageries et à leur contenu, ne serait-ce que pour les débloquer ou éviter des démarches hostiles », mais confirmant une condamnation du fait de la divulgation des messages électroniques.

¹⁶²³ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 2.4, p. 23.

¹⁶²⁴ Erhel et Raudière, p. 46.

B. – Le caractère ouvert des accords internes au réseau

466. – Des accords obscurs au cœur de l'internet. L'ouverture du réseau s'insère dans une problématique plus large que la simple régulation de l'accès. Il faut y inclure les relations contractuelles entre les réseaux qui constituent l'internet. Ces accords sont les maillons de la structure de l'internet. « *Les choix d'interconnexion ont une influence déterminante sur la diversité des services proposés, leur qualité et leurs prix.* »¹⁶²⁵. Les autorités de régulation tentent de s'en saisir¹⁶²⁶. Le règlement des différends est présenté comme « *le principal instrument d'intervention du régulateur* » en ce domaine¹⁶²⁷. Son intervention est cependant handicapée par la nature même de ces contrats très peu formalisée. Une étude de l'OCDE indique que 99,51 % des contrats qu'elle a pu analyser n'ont pas donné lieu à la rédaction d'un écrit¹⁶²⁸. L'encadrement de ces accords par le biais du droit des contrats, auquel ils sont soumis, se heurte à cette obscurité. Notre recherche s'en trouve limitée. Des études fondées sur l'observation empirique du fonctionnement du réseau ont certes été menées, mais elles n'ont pu préciser les modalités des accords souscrits¹⁶²⁹. Sur la même base, il faut tout d'abord établir une typologie de ces contrats (1). Avant de découvrir les moyens dont le droit privé dispose pour les réguler (3), il faut évoquer les relations entre la couche réseau et la couche usages pour prendre la juste mesure des solutions envisageables (2).

1. – Typologie des accords d'interconnexion

467. – Accords de transit. Afin de donner accès à l'ensemble de l'internet, les FAI contractent avec d'autres prestataires, classiquement des opérateurs de transit assurant leur connectivité avec l'ensemble de l'internet. Les accords qui en résultent sont des contrats à titre onéreux, la facturation se faisant en fonction de la taille des « tuyaux » reliant l'opérateur à l'internet.

Ce type d'accord oblige des acteurs qui ne sont pas forcément de la même nationalité ni situés sur le même territoire. Surtout, les parties au contrat sont souvent d'importances

¹⁶²⁵ G. Dang-Nguyen et T. Pénard, « *Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété* », Revue d'économie industrielle, 2000, vol. 92, p. 300.

¹⁶²⁶ Voy. *supra*, n° 62-64 et *infra*, n° 471.

¹⁶²⁷ Erhel et Raudière, p. 60.

¹⁶²⁸ D. Weller et B. Woodcock, « *Internet Traffic Exchange: Market Developments and Policy Challenges* », OECD Digital Economy Papers, 2013, n° 207, p. 62. – Adde N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 45 relevant que « *l'interconnexion entre les divers acteurs de la chaîne d'Internet, hétérogène et complexe, est depuis l'origine un espace d'autorégulation, régi par des règles de comportement en partie non écrit et manquant souvent de transparence* ».

¹⁶²⁹ Voy. not. N. Colombier, Z. M'Chirgui et T. Pénard, « *Une analyse empirique des stratégies d'interconnexion des opérateurs internet* », Revue d'économie Industrielle, 2010, vol. 131, pp. 25-50.

inégaux, car seuls quelques opérateurs au monde sont capables d'accéder à tout l'internet sans souscrire d'accord de transit¹⁶³⁰. Ceux-ci sont appelés *tiers 1*, ou opérateurs de niveau 1. Leur réseau¹⁶³¹ s'étend souvent sur plusieurs pays et peut traverser les océans. Il leur donne accès à tout l'internet sans accord de transit. À un niveau inférieur se trouvent les *tiers 2* qui sont des opérateurs de taille importante, mais insuffisante pour avoir accès à tout l'internet sans accord de transit. Généralement, les FAI et les plus importants fournisseurs de contenus sont de cette catégorie. Enfin, les *tiers 3* sont des opérateurs locaux dépendants entièrement d'accords de transit pour leur connectivité.

468. – Accords de *peering*. Quelle que soit leur taille, il est souvent plus économe et efficace pour deux opérateurs d'échanger directement du trafic que de passer par des réseaux tiers. Par des liens dits de *peering*, les FAI et autres opérateurs de transport choisissent fréquemment de se raccorder directement à un autre opérateur avec lequel ils souhaitent échanger du trafic¹⁶³². Depuis les origines, la pratique donne à ces accords un caractère gratuit¹⁶³³ et fait qu'ils se concluent de manière très peu formalisée, par échanges de courriers électroniques ou verbalement¹⁶³⁴. À la différence des accords de transit, ils ne permettent que des échanges entre les utilisateurs de deux réseaux interconnectés. Ainsi, le point de *peering* ne peut être emprunté par des utilisateurs dépendants d'un troisième réseau pourtant connecté à l'un des *peer*¹⁶³⁵. Les deux opérateurs y trouvent avantage lorsque le volume de données échangées est à peu près équivalent dans les deux sens. Aujourd'hui encore, les accords de *peering* classiques, de type gratuit, sont principalement adaptés pour des échanges symétriques¹⁶³⁶. Lorsque le point de *peering* devient fortement asymétrique (de l'ordre de 2 pour 1), il est parfois indiqué dans une *peering policy* des modalités de facturation du trafic excédentaire. Ces dernières années, l'augmentation de l'asymétrie du trafic a été renforcée par le succès du web 2.0 qui, sous des aspects participatifs, conduit à une très grande concentration du trafic¹⁶³⁷. De fait, les usages de l'internet se sont fait sentir sur la couche

¹⁶³⁰ N. Colombier, Z. M'Chirgui et T. Pénard, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶³¹ Rappelons que l'internet est composé de milliers d'*Autonomous System* (ou AS) contrôlés par des opérateurs variés (*supra*, n° 35).

¹⁶³² N. Colombier, Z. M'Chirgui et T. Pénard, *op. cit.*, p. 29. Selon les données utilisées par les auteurs, 65% des accords sont de type *peering* et 35% de type transit.

¹⁶³³ N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 45 soulignent que la pratique de la gratuité est l'héritage des origines universitaires de l'internet où le partage des connaissances étaient la principale cause de ces accords.

¹⁶³⁴ G. Dang-Nguyen et T. Pénard, *op. cit.*, p. 313.

¹⁶³⁵ Pour cela, chacun des réseaux connectés en *peering* ne propage tout simplement pas les préfixes IP indiquant cette route. Pour plus d'explications, voy. la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-18 du 20 sept. 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproque en matière de connectivité Internet, spé. n°s 18 et 100-105.

¹⁶³⁶ Ce qui signifie que le point de *peering* génère un trafic égal dans les deux sens de communication.

¹⁶³⁷ En ce sens : Erhel et Raudière, p. 23. – Pour donner un exemple concret, une plateforme vidéo engendre un

réseau.

2. – La relation entre la couche réseau et la couche usages en toile de fond

469. – La terminaison d'appel data en filigrane. Les accords d'interconnexion impliquent d'évoquer ce qu'il y a de sous-jacent aux différends qu'ils font naître. Les enjeux financiers y côtoient ceux liés à la neutralité. Cette régulation pourra ainsi avoir des effets importants sur la structure du réseau.

La neutralité implique l'absence de relation contractuelle entre le réseau et les services en ligne, « *si bien que le marché des contenus est découplé du marché de la connexion au réseau* »¹⁶³⁸. Or, les FAI sont, vis-à-vis des fournisseurs de contenus, « *dans une situation particulière, car leur réseau est le point de passage exclusif pour accéder à leurs abonnés.* »¹⁶³⁹. C'est la cause des conflits et la source des enjeux portant sur la terminaison d'appel data. En matière de téléphonie, un opérateur qui souhaite écouler des appels provenant de son réseau vers le réseau d'un concurrent doit lui verser un prix généralement calculé à la minute. L'internet ne connaît pas ce mode de fonctionnement. Les données circulent librement sur le principe de la réciprocité¹⁶⁴⁰. Mais avec l'accentuation de l'asymétrie du trafic, en majeure partie due aux services 2.0, les FAI souhaitent que ceux de ces services qui utilisent le plus leur réseau contribuent financièrement à son entretien. Une telle idée est dénoncée comme une entrave à l'innovation et à la concurrence¹⁶⁴¹. Il est vrai que l'absence – ou presque – de barrières à l'entrée sur le marché des services en ligne a permis à de nombreuses entreprises innovantes de se développer jusqu'à, parfois, devenir des géants.

470. – Au-delà de ces dangers, il faut revenir sur l'argument principal utilisé pour plaider pour un système de terminaison d'appel data. Il se fonde sur l'idée que les services en ligne engrangeraient des bénéfices considérables sans rétribuer le réseau. D'un point de vue

trafic allant principalement de ses serveurs vers les clients des FAI. À l'inverse, dans un système de type pair-à-pair, la symétrie est en théorie presque totale, le trafic engendré l'étant entre les clients des FAI.

¹⁶³⁸ N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 31.

¹⁶³⁹ Erhel et Raudière, p. 25.

¹⁶⁴⁰ G. Dang-Nguyen et T. Pénard, *op. cit.*, p. 298.

¹⁶⁴¹ L. Lessig et R. W. McChesney, « *No Tolls on The Internet* », Washington Post, 8 juin 2006 : « *How will this innovation and production thrive if creators must seek permission from a cartel of network owners?* » : « *By extorting protection money from every Web site – from the smallest blogger to Google – network owners would earn huge profits. Meanwhile, they could slow or even block the Web sites and services of their competitors or those who refuse to pay up.* ».

économique, la configuration est celle d'un marché biface¹⁶⁴². L'existence d'un tel marché conduit les auteurs du Rapport d'information sur la neutralité à remarquer, sans en tirer les mêmes conséquences que nous, « *que le nombre d'internautes augmente les performances économiques des fournisseurs de contenu et que l'augmentation des contenus sur internet accroît l'intérêt d'avoir un accès à internet* »¹⁶⁴³. Les deux faces du marché profitent de l'accroissement du trafic. Les FAI bénéficient des services en ligne en ce que ce sont ces derniers qui engendrent le besoin d'avoir une connexion internet. L'argument peut être retourné facilement¹⁶⁴⁴. En renfort de cette idée, les services en ligne sont accusés d'exploiter le réseau sans le payer. Or, ils payent un opérateur de transit leur permettant de se connecter à l'internet comme un internaute paye un FAI¹⁶⁴⁵. Ceci met en lumière la nature symétrique de l'internet : un service en ligne peut très bien être hébergé sur une connexion appartenant à un particulier, seule la faiblesse du débit est un obstacle. Le concept de la *terminaison d'appel data* apparaît alors beaucoup plus flou puisque toute liaison internet peut émettre et recevoir.

La mise en place d'une telle tarification, qui plus est à l'échelle mondiale, apparaît très difficile. Dans un domaine encore largement abandonné à l'autorégulation, le droit privé présente un potentiel de régulation plus concret, bien que plus ponctuel. Le débat autour de la terminaison d'appel *data* en a exposé les enjeux.

3. – *Accords d'interconnexion et moyens de droit privé*

471. – Des dysfonctionnements observés. Avec le web 2.0, sont apparus des services permettant de partager facilement des vidéos ou des fichiers informatiques volumineux. Leur nature implique qu'ils consomment une bande passante importante de façon asymétrique. La publication d'un contenu est, en effet, beaucoup plus rare que sa consultation. Il en résulte parfois une saturation de certains points d'interconnexion. En particulier, quelques-uns de ces services hébergeant leurs données en Amérique du Nord sont devenus périodiquement inutilisables depuis des FAI français¹⁶⁴⁶. Les liens sont sous-dimensionnés pour le trafic qui y

¹⁶⁴² David Bosco relève l'exemple du marché de la publicité en ligne sur lequel « *Google s'adresse bien à deux catégories d'utilisateurs différents : les internautes pour son activité de moteur de recherche (première face) et les annonceurs pour son activité dans la fourniture d'espaces publicitaires (seconde face)* » (op. cit., Comm. Com. électr., 2011, n° 4, étude n° 7, n° 6).

¹⁶⁴³ Erhel et Raudière, p. 22.

¹⁶⁴⁴ N. Curien et W. Maxwell, op. cit., p. 52-53 : relevant que « *la demande d'accès à Internet au cours de la dernière décennie a été stimulée par l'existence de service et applications nombreux et innovants* ».

¹⁶⁴⁵ Le Rapport d'information sur la neutralité signale que cet argument est soulevé par les « *opposants à la terminaison d'appel data* » (Erhel et Raudière, pp. 62-63), mais ne le considère visiblement pas comme essentiel puisqu'il ne l'évalue pas d'avantage tout en se montrant globalement favorable à la terminaison d'appel *data*.

¹⁶⁴⁶ Les difficultés pour les abonnés d'Orange pour accéder à feu MegaUpload sont à l'origine de la décision de

passer aux heures de pointe. L'ARCEP en a été saisi, mais n'a pas prononcé de mesures fortes permettant de garantir la neutralité du réseau¹⁶⁴⁷. Ce qui amène à envisager les moyens du droit privé pour résoudre ces situations.

472. – Des moyens à la portée incertaine. Généralement, ce sont des accords de *peering* conclus à titre gratuit qui sont au cœur du différend. Si le caractère gratuit d'un contrat plaide traditionnellement pour que lui soit attaché des obligations de moyen¹⁶⁴⁸, c'est l'ensemble de l'internet qui fonctionne selon la règle du *best effort* assimilable à ce type d'obligation¹⁶⁴⁹. Les deux parties y trouvent leur compte, car ces contrats impliquent la réciprocité. Elles sont débitrices d'obligations de moyen symétriques, il n'y a pas de voie à trouver dans la définition de l'intensité de l'obligation. Il n'y en a pas plus, en l'état de la jurisprudence¹⁶⁵⁰ – et pour l'instant de la loi¹⁶⁵¹ –, dans une éventuelle application de la théorie de l'imprévision contractuelle¹⁶⁵². Les cas qui posent problème s'écartent toutefois du schéma traditionnel basé sur la réciprocité, car les services en question émettent beaucoup de données vers les internautes clients des FAI, mais ils n'en reçoivent que très peu de ces mêmes internautes. Il y a une forte asymétrie à l'origine des conflits entre FAI et services en ligne¹⁶⁵³.

La première limite, quel que soit le contrat, est naturellement celle de l'abus. Celui-ci a été

l'ARCEP du 20 sep. 2012 (n° 12-D-18, spé. pt 82). Celles des abonnés de Free pour accéder à Youtube sont à l'origine de sa décision du 16 juill. 2013 (n° 2013-0987, spé I. Contexte).

¹⁶⁴⁷ ARCEP, décision du 20 sept. 2012, n° 12-D-18 – CA Paris, pôle 5, ch. 7, 19 déc. 2013, n° 2012/19484, *Cogent c/ France Télécom* (sur ces décisions voy. le commentaire de Antoine Casanova, RLDI 2014/102, n° 3407). – ARCEP, décision du 16 juill. 2013, n° 2013-0987.

¹⁶⁴⁸ *Viney et Jourdain*, t. II, n° 547.

¹⁶⁴⁹ *Supra*, n° 462.

¹⁶⁵⁰ La jurisprudence française reste attachée au principe du rejet de la théorie de l'imprévision posé par le célèbre arrêt *Canal de Craponne* (Civ. 6 mars 1876 : GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 165) : *Le Tourneau*, n° 3702 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2014, n° 344.

¹⁶⁵¹ Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit à l'article 1196 du Code civil une forme de résiliation pour imprévision tempérée : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. [al. 1] En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. [al. 2] ». Le pouvoir du juge reste donc limité. Ce n'est qu'en cas de refus ou d'échec de la négociation qu'il peut intervenir. Le nécessaire commun accord des parties pour procéder à l'adaptation judiciaire du contrat est de nature à paralyser bien des actions, particulièrement dans des domaines très conflictuels. La possibilité de demander de « mettre fin » au contrat risque également de retenir bien des parties. Cette solution appliquée aux accords d'interconnexion, leur caractère utile et parfois vital pour celui qui, par hypothèse, serait victime d'une imprévision devrait le dissuader, dans bien des cas, de former une action. – Pour un avis positif sur le texte en question : Ph. Stoffel-Munck, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », AJCA, juin 2015, pp. 262-265. – Pour une perspective critique et une proposition alternative : M. Latina, « L'imprévision », Blog Réforme du droit des obligations, 23 mars 2015 <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevision/>

¹⁶⁵² Pour une présentation de la question : R. Demogue, *Des obligations en général. Effets des obligations*, Rousseau, 1932, t. VI, n° 632 s.

¹⁶⁵³ Un déséquilibre de 13 contre 1 est évoqué dans l'affaire opposant Cogent à Orange devant l'Autorité de la concurrence (voy. décision du 20 sept. 2012, n° 12-D-18, § 98).

caractérisé lorsque l'une des parties sous dimensionne volontairement son réseau afin d'utiliser celui de son cocontractant¹⁶⁵⁴. Le cas qui nous intéresse n'est pas exactement celui-là, l'asymétrie excessive dans les échanges de données peut ne pas être volontairement organisée. Toutefois, l'utilisation d'un point de *peering* par un opérateur qui ne contribue pas à son entretien à hauteur de l'usage qu'il en fait pourrait également être qualifiée d'abusif. Il faudrait alors évaluer l'utilité pour les deux parties de l'accord et constater la présence d'un déséquilibre dont profiterait abusivement l'une des parties. En l'absence de jurisprudence, il reste toutefois difficile de préjuger de ce que les juges pourraient qualifier d'usage abusif. La question pourrait se poser, avec des difficultés voisines, pour l'application de l'article L. 442 I 2° du code de commerce. Les *tiers 1* et les *tiers 2* sont économiquement et techniquement beaucoup plus puissants que les opérateurs régionaux. L'hypothèse d'un déséquilibre significatif est susceptible de couvrir un nombre de cas important¹⁶⁵⁵, encore faut-il en avoir une idée claire. Une première conception, purement matérielle, consisterait à établir un ratio selon les quantités de données échangées de part et d'autre. Une seconde conception ferait cas de l'utilité économique de l'interconnexion pour chacune des entités. Le résultat de cette dernière évaluation peut sensiblement différer de la première. Il semble que si la question devait se poser, la deuxième conception devrait l'emporter s'agissant d'appliquer une règle prévue pour rééquilibrer les relations économiques.

Pour l'heure, les accords d'interconnexion sont encore largement abandonnés à l'autorégulation. Les autorités de régulation n'ont elles-mêmes pas su contraindre leur fonctionnement. Le droit civil n'en a pas été saisi directement. À l'évidence, il se saisit plus facilement des contrats d'accès. Pour l'heure, son intervention la plus efficace en ce domaine est donc indirecte : il impose aux opérateurs une politique d'interconnexion efficace en encadrant, non seulement les contrats d'accès, mais également les activités des services en ligne.

II. – Les manifestations du standard au niveau des activités des services en ligne

473. – Un prolongement nécessaire. « *Les objectifs qui ont mené à la formulation du principe de neutralité doivent conduire à en tirer les conséquences pour les plateformes*

¹⁶⁵⁴ T. com., Paris, 10 déc. 2013, *Orange c/ SFR*, non publié (condamnation de SFR pour avoir utilisé abusivement les possibilités, qui lui étaient ouvertes par un contrat, de soulager son réseau sur celui d'Orange en cas de pic de trafic).

¹⁶⁵⁵ L. 442-6 I 2° du code de commerce, voy. *supra*, n° 458.

numériques » juge le Conseil national du numérique¹⁶⁵⁶. Afin de poursuivre ces mêmes objectifs, il faut observer que les services en ligne peuvent, dès à présent, se voir contraints à une certaine ouverture par le biais contractuel (A). En l'absence de ce support, les activités de référencement, particulièrement celles des moteurs de recherches, sont beaucoup plus libres (B).

A. – L'ouverture des contrats

474. – Diversité de la catégorie. Au fil de leurs usages, les internautes contractent avec de nombreux services qui stockent leurs données¹⁶⁵⁷. Les données doivent rester ouvertes une fois confiées aux services pour respecter les droits des utilisateurs (1). Il faut souligner que la catégorie dépasse largement celle des contrats d'hébergement généraliste souscrits en vue de la publication d'un site web¹⁶⁵⁸ et qu'elle est indépendante de la qualification d'hébergeur sur le plan extracontractuel. Que les données soient stockées par un service en ligne, quel qu'il soit, suffit à exiger une certaine ouverture. Elle est la condition pour que les données soient réutilisables et transférables vers un autre service. Où il est déjà perceptible que cette ouverture est aussi une garantie de l'ouverture des marchés en ligne (2)

1. – L'ouverture des données

475. – L'enjeux : éviter la captivité des utilisateurs. L'utilisateur d'un service en ligne peut facilement en devenir dépendant de fait du sort réservé à ses données. L'évolution dite du *cloud computing* ou de l'informatique dans les nuages a depuis plusieurs années fortement renforcé les enjeux¹⁶⁵⁹. Elle permet de les illustrer en quelques lignes. Le *cloud computing* déplace l'exécution des applications de l'ordinateur de l'utilisateur vers ceux de l'éditeur du logiciel. L'utilisateur a alors accès à ses programmes, où qu'il se trouve, grâce à un logiciel client qui peut être un simple navigateur web. Largement adopté en entreprise ces dernières années, le *cloud computing* donne à la connexion internet une importance vitale. Surtout dans cette configuration, la sécurité¹⁶⁶⁰ et la propriété des données deviennent des enjeux capitaux. Si l'utilisateur ne peut sauvegarder et transférer ses données vers un autre service, sa

¹⁶⁵⁶ Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n°2014-2), 2014, p. 10.

¹⁶⁵⁷ Si la simple visite d'un site ne devrait pas créer un contrat entre le visiteur et son exploitant (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 23 mars 2012, n° 10/11168, *Ryanair c/ Opodo* : D. 2012, p. 1060, obs. C. Manara ; Comm. com. électr. 2012, comm. 76, note A. Debet), il devrait en aller autrement toutes les fois où l'internaute accepte l'offre qui lui est faite par un service en ligne de publier des contenus.

¹⁶⁵⁸ Sur cette catégorie spécifiquement, voy. : Castets-Renard, n°s 291-300 ; Vivant et alii, n°s 2101-2116.

¹⁶⁵⁹ Castets-Renard, n° 247.

¹⁶⁶⁰ Sur ce point, voy. Castets-Renard, n° 297.

dépendance est actée.

476. – Le préalable : l'accès aux données. Confier ses données à un service en ligne ne doit pas être synonyme d'abandon. La première condition pour que les utilisateurs d'un service en ligne ne soient pas dépossédés de leurs propres données est qu'ils y accèdent de manière effective. La jurisprudence illustre que cela doit valoir pour les particuliers utilisant des services gratuits¹⁶⁶¹ comme pour des structures organisées faisant appel à de grandes entreprises¹⁶⁶². Toutefois, l'accès aux données n'est pas suffisant si elles ne sont pas réutilisables.

477. – Le moyen : la portabilité des données¹⁶⁶³. Si l'utilisateur d'un service ne dispose pas d'un droit effectif de porter ses données vers un autre service, il peut se retrouver captif¹⁶⁶⁴. Un utilisateur ayant toutes ses données attachées à un service en ligne, s'il ne peut les utiliser avec un autre service ou un autre logiciel, se trouvera contraint d'utiliser ce seul et même service. En dehors des droits de l'utilisateur, le pluralisme et la libre concurrence que la neutralité autorise peuvent en être affectés¹⁶⁶⁵.

478. – L'open data comme standard contractuel. À bien des égards, la question de l'interopérabilité¹⁶⁶⁶ entre les services est voisine de celle de l'interopérabilité entre logiciels. Sur ce dernier point, la loi a ouvert la possibilité d'utiliser le *reverse engineering* à des fins d'interopérabilité¹⁶⁶⁷. En raison de sa lourdeur, cette technique n'est heureusement pas la seule solution à même d'assurer la liberté des utilisateurs et la concurrence entre les services.

Le droit des contrats peut aujourd'hui trouver dans diverses initiatives des guides pouvant

¹⁶⁶¹ TGI Évry, ch. 3, 25 avr. 2008, n° 06/03260, *M. M. c/ Sté Microsoft France* (RLDI 2008/42 n° 1390 note M.T) : l'hébergeur, même à titre gratuit, est tenu à un délai de préavis permettant à l'utilisateur de sauvegarder ses données.

¹⁶⁶² TGI Nanterre, réf., 30 nov. 2012, *UMP c/ Oracle* : Legalis ; Expertises 2013, pp. 358-360.

¹⁶⁶³ Pour les évolutions possibles de la législation, voy. la résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, spé. amendement 30, considérant que la personne qui utilise un service en ligne doit « être autorisée à transférer ces données, qu'elle a fournies, d'une application automatisée, telle qu'un réseau social, à une autre. Il y a lieu d'inciter les responsables du traitement à mettre au point des formats interopérables permettant la portabilité des données. ».

¹⁶⁶⁴ Ces pratiques portent, du point de vue de l'utilisateur, les mêmes enjeux que ceux attachés à l'accès à l'internet. En ce sens : N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁶⁵ En ce sens : Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n°2014-2), 2014, recommandant d'« imposer la portabilité et l'interopérabilité des données pour garantir la liberté et la pluralité d'usage, soutenir l'innovation et préserver la liberté de choix de l'utilisateur. » (position n° 7, p.16).

¹⁶⁶⁶ Sur la notion d'interopérabilité, voy. *infra*, n° 489.

¹⁶⁶⁷ *Infra*, n° 489.

conduire les services en ligne à adopter des standards ouverts¹⁶⁶⁸. Des initiatives de « libération des données » peuvent faciliter l'exercice de ses droits par l'utilisateur. Google en donne une illustration avec son *Data liberation front*¹⁶⁶⁹. En permettant à ses utilisateurs de transférer leurs données vers un autre service, Google devance certainement des exigences que le droit de la concurrence aurait fini par lui imposer. L'initiative doit tout de même être saluée. Elle peut même être érigée au rang de modèle, modèle au sens juridique du terme. En effet, l'*open data* devrait, à notre sens, être considérée comme un véritable standard contractuel. La *Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche* du 13 octobre 2010 en atteste¹⁶⁷⁰. Il faut pourtant souligner que l'adoption de l'*open data* n'est pas encore généralisée. Les éléments de référence ne sont pas aussi nombreux qu'en d'autres domaines, même si l'engagement de Google – le plus grand acteur du secteur – est très révélateur. Ces diverses initiatives pourraient utilement donner matière au juge pour imposer les formats ouverts sur la base de l'article 1135 du Code civil.

Dans le prolongement des décisions imposant aux services en ligne de rendre les données des utilisateurs accessibles, il est logique d'exiger que ces mêmes données soient fournies dans un format permettant de les réutiliser. Cela ne peut, bien sûr, valoir que pour les données générées ou fournies par l'utilisateur lui-même. Ce dernier a pu également renoncer contractuellement à la possibilité de porter ses données. C'est alors la question de la licéité d'une telle clause qui se pose¹⁶⁷¹. Face à un consommateur qu'elle rendrait captif, le risque de créer un déséquilibre significatif au profit du professionnel semble patent. Toutefois, les enjeux vont bien au-delà du simple consommateur. Le développement du *cloud computing* et l'utilisation de l'internet par des professionnels écartent bien souvent le droit de la consommation. Il est toujours possible de rechercher dans le droit commun ou le droit commercial des outils à même de paralyser ces clauses, mais il ne faudrait pas en arriver à considérer que l'*open data*, plus qu'un standard, devient d'ordre public. Un professionnel devrait très bien pouvoir renoncer à la portabilité de ses données pour peu qu'il ait été dûment informé de l'impossibilité qui lui sera alors faite de recourir à un service concurrent.

¹⁶⁶⁸ L'article 4 de la LCEN définit un standard ouvert comme « tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérables et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre. » (art. 4, LCEN).

¹⁶⁶⁹ Voy. <https://www.google.com/settings/takeout>

¹⁶⁷⁰ Elle prévoit not. de « faciliter la gestion des données publiées par l'internaute lui-même. » (art. 3) et de « donner des outils à l'internaute lui permettant de visualiser l'ensemble des informations personnelles le concernant détenues par le responsable de traitement » (art. 3.1). Cette charte a toutefois complètement manqué sa cible faute d'avoir su convaincre Google, Facebook et Twitter d'y souscrire. Voy. C. Thiérache., « Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer », RLDI 2011/67, n° 2188.

¹⁶⁷¹ Sur les différentes techniques de lutte contre les clauses abusives, voy. *supra* n°s 457 s (dans le contexte du contrat d'accès à l'internet).

2. – L'ouverture des marchés

479. – Les restrictions à l'entrée sur un marché. Certains services en ligne s'affichent eux-mêmes comme des places de marché. Ils n'ont en principe aucun intérêt à se fermer à de nouveaux entrants, car ils se rémunèrent sur le chiffre d'affaires réalisé sur leur plateforme. L'hypothèse où ils feraient évoluer leur modèle économique vers des accords d'exclusivité conduirait le droit à leur imposer les mêmes contraintes qu'il impose par ailleurs à ce type d'accord¹⁶⁷². Les enjeux se sont élargis depuis l'émergence de systèmes d'exploitation dotés de magasins d'applications ou de contenus¹⁶⁷³ qui écartent en pratique une partie de la richesse du web. Les développeurs d'application, les distributeurs de contenus, comme les utilisateurs de ces systèmes, doivent passer par ces magasins devenus des intermédiaires indispensables. De par leur position économique, leur ouverture est une nécessité au maintien effectif de la diversité de l'internet. La question est dans l'air du temps¹⁶⁷⁴.

Le degré d'ouverture que permettent ces divers systèmes doit tout d'abord donner naissance à des obligations d'information. L'ensemble de la question est désormais envisagé sous le thème de la « loyauté des plateformes »¹⁶⁷⁵. Si les restrictions à l'entrée sur un marché sont avant tout du ressort des autorités de régulation, le manque de loyauté des plateformes au cours d'une relation contractuelle donne naturellement prise au droit des contrats.

480. – La pérennité de l'ouverture. Certains services en ligne peuvent devenir un passage obligé pour leurs utilisateurs. De nombreux acteurs économiques sont devenus totalement dépendants de la plateforme qu'ils utilisent. Le Conseil national du numérique voit de nouvelles facilités essentielles en ces plateformes de vente en ligne, de référencement ou de téléchargement d'applications souvent en position dominante¹⁶⁷⁶. Sur le plan strictement

¹⁶⁷² Voy. *Le Tourneau*, n^{os} 5637 s.

¹⁶⁷³ Ces magasins deviennent peu à peu la norme de distribution de logiciels, citons l'App Store d'Apple, le Windows Store de Microsoft ou le Google Play de Google. Parfois, c'est tout le système qui est construit autour de la consommation de contenu, cf. Amazon Kindle ou Fnac Kobo.

¹⁶⁷⁴ Elle fait concomitamment l'objet d'une lutte entre les autorités de régulation. Le CSA souhaite réguler ces nouveaux magasins alors que l'ARCEP s'y intéresse également (voy. les propos d'Olivier Schrameck rapportés par la grande presse : « *Le CSA veut réguler les magasins d'applications mobiles* », *LeFigaro.fr*, 24 juin 2013).

¹⁶⁷⁵ Le Conseil d'État propose de créer la catégorie juridique des plateformes afin de les soumettre à un principe de loyauté (*Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr, 2014, Proposition n° 3, p. 274) ce qui se traduirait par quatre obligations principales : une obligation de pertinence des critères de classement et de référencement, une obligation d'information sur les critères utilisés, l'encadrement des retraits de contenus et, en ce qui concerne les utilisateurs commerciaux, une obligation de notification préalable des changements d'algorithmes ou de politiques relatives aux contenus (Proposition n° 6, pp. 278-281). – Comp. le Conseil national du numérique proposant de faire de la loyauté des plateformes un principe général (*Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n° 2014-2), Rapport, 2014, Recommandation n° 5, p. 13 ; pp. 33 s.).

¹⁶⁷⁶ *Op. cit.*, Rapport 2014, Recommandation n° 10, p. 16 et pp. 28-29.

contractuel¹⁶⁷⁷, la loyauté se confond ici avec la bonne foi. Tout service en ligne s'oblige à respecter certaines règles minimales dans l'exécution du contrat, tel qu'un délai raisonnable avant de mettre fin à son service ou avant d'en modifier profondément le mode de fonctionnement. La gratuité du service ne devrait pas exonérer de toute responsabilité¹⁶⁷⁸. L'impératif d'ouverture devrait, de plus, se renforcer vis-à-vis des services en ligne se trouvant en situation de quasi-monopole¹⁶⁷⁹.

Il faut souligner que les services innovants produits par le web 2.0 ne sont pas tous à l'usage des internautes. Les API (*Application Programming Interface* ou Interfaces de programmation) fournies par des tiers sont devenues indispensables pour de nombreux services en ligne. Elles leur permettent de se connecter à un autre service en ligne afin d'obtenir l'une de ses fonctionnalités. Leur variété est infinie. De nombreux sites y ont recours afin de faire le lien avec des réseaux sociaux, d'afficher des vidéos hébergées sur des plateformes tierces, d'héberger une base de données ou encore d'effectuer des calculs lourds. Les relations qui se nouent entre deux services en ligne à cette occasion sont des relations de long terme. Il peut être vital pour un service en ligne qu'une API ne soit pas modifiée brusquement¹⁶⁸⁰. Les mêmes exigences minimales exigibles de tous services en ligne doivent leur être imposées. L'exigence d'un délai raisonnable vaut particulièrement en cas de profonde modification de l'API obligeant ceux qui l'utilisent à modifier leur propre programme.

B. – La liberté du référencement

481. – La place réduite de la responsabilité extracontractuelle. En matière extracontractuelle, les effets du standard d'ouverture sont ambivalents. Il conduit à affirmer le principe de la liberté d'établir des liens (1), ce qui s'accompagne de difficultés, autant théoriques que pratiques, à contraindre l'ouverture du référencement (2).

¹⁶⁷⁷ Comp. l'aff. *Mavx*, du nom de la sté. dont les annonces, portant sur des détecteurs de radars routiers, ont été retirées, sans préavis par Google. Après injonction de l'autorité de la concurrence (Décision de l'Autorité de la concurrence, n° 10-MC-01, 30 juin 2000), Google s'est engagé, pour ce type d'annonces particulières, à avertir sur ses changements de politiques et ses pratiques en matière de préavis (Décision de l'autorité de la concurrence, n° 10-D, 28 oct. 2010). La doctrine plaide justement pour une généralisation de ces engagements (L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., 249).

¹⁶⁷⁸ À se risquer à une analogie avec le prêt à usage, rappelons qu'en la matière le prêteur est en droit de mettre fin au contrat à tout moment, mais en respectant un délai de préavis raisonnable (Civ. 1, 3 févr. 2004, n° 01-00.004 : D. 2004 p. 903, note C. Noblot ; RTD Civ. 2004 p. 312 obs. P.-Y. Gautier). – Voy. aussi *infra*, n° 476.

¹⁶⁷⁹ En ce sens, le Conseil national du numérique affirme qu'en matière d'interopérabilité, « *il n'est pas anormal que des responsabilités supplémentaires s'imposent à une plateforme lorsqu'elle devient incontournable* » *op. cit.*, Rapport 2014, p. 43.

¹⁶⁸⁰ En ce sens : Conseil national du numérique, *op. cit.*, Rapport 2014, Recommandation n° 4, p. 12.

1. – *L'affirmation du principe de la liberté d'établir des liens*

482. – Une liberté indispensable à la richesse du web. Le fait qu'un contenu publié sur le web soit accessible à tous implique de reconnaître le caractère public de la page¹⁶⁸¹. Est-ce dire que quiconque a le droit d'établir un lien vers cette page ? Le web s'est bâti sur ce postulat sans se poser davantage de questions. Les juges du fond l'ont intégré, il y a déjà longtemps, en affirmant « *la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement* »¹⁶⁸². Des services en ligne ont souhaité se prémunir contre cette liberté en affichant qu'ils soumettent l'établissement de lien à autorisation. En l'absence d'acceptation de l'internaute, ces clauses ont été jugées inopposables¹⁶⁸³. En matière de droit d'auteur, la CJUE affirme qu'il n'y a pas de nouvelle communication au public du fait de l'établissement d'un lien, du moment que le public n'est pas différent du public initialement ciblé¹⁶⁸⁴. Or, le public visitant un contenu par le biais des liens doit être compris « *comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale* »¹⁶⁸⁵.

483. – Une liberté non absolue. Aux yeux de la CJUE, la liberté d'établir des liens trouve l'une de ses rares limites lorsque le lien permet de contourner un dispositif de restriction d'accès, le public étant alors nécessairement différent du public initial¹⁶⁸⁶. Dans l'attente d'un avis complémentaire de la CJUE¹⁶⁸⁷, il faut constater que la jurisprudence a déjà sanctionné, pour complicité de contrefaçon par fourniture de moyens, le cas typique d'un éditeur

¹⁶⁸¹ En France, le caractère privé de pages publiées sur le web a été écarté dès les affaires Brel et Sardou en 1996. (TGI Paris, réf., 4 août 1996, aff. dites Brel et Sardou : Juriscom, obs. V. Sédallian).

¹⁶⁸² T. com., Nanterre, réf., 8 nov. 2000 : Légalis ; voy. aussi *Vivant et alii*, n° 2339. – TGI Paris, réf., 12 mai 2003 L. c/ Wanadoo et a. (Légalis ; voy. aussi *Vivant et alii*, n° 3851) : jugeant que « *la liberté d'établir un lien, sauf à répondre des abus résultant de son utilisation, apparaît inhérent au principe de fonctionnement de l'internet* ». – Adde : TGI Nanterre, ch. 1, 25 mars 2010, *Ordinateur Express c/ CBS Interactive* (RLDI 2010/60 n° 1974 obs. L. C.) : considérant que les liens profonds, c'est-à-dire les liens ne menant pas vers la page d'accueil d'un site, ne sont pas illicites sur le fondement du droit d'auteur. – Aux États-Unis, le mode de fonctionnement désormais classique des moteurs de recherche d'image, à savoir l'établissement de liens accompagné de miniatures est couvert par l'exception de *fair use* : voy. *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) withdrawn, re-filed at 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)). – *Comp* : BGH Karlsruhe, 29 avr. 2010, I ZR 69/08 (RLDI 2011/70 n° 2295 note J. Lacker) : considérant que l'exploitation d'un site internet emporte adhésion pour sa publication dans les moteurs de recherche faute d'utiliser un fichier *robots.txt*.

¹⁶⁸³ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 23 mars 2012, n° 10/11168, *Ryanair c/ Opodo* : préc.

¹⁶⁸⁴ CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, aff. *N. Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB*, § 27.

¹⁶⁸⁵ CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, § 27.

¹⁶⁸⁶ CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, § 31.

¹⁶⁸⁷ Demande de décision préjudicielle présentée le 7 avr. 2015, aff. C-160/15, *GS Media BV c/ Sanoma*.

établissant des liens vers des contenus qu'il sait contrefaisants¹⁶⁸⁸. La question est plus délicate pour les liens établis vers des pages licites, mais d'une manière qui peut paraître déloyale. La Cour de justice, en affirmant qu'il n'y a pas de nouvelle représentation du fait d'un lien hypertexte, y compris lorsque « *l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien* »¹⁶⁸⁹ a sans doute péché par excès de généralité¹⁶⁹⁰. La Cour de cassation avait, dans sa série d'arrêts du 12 juillet 2012, sanctionné Google pour contrefaçon, car son système présentait des vidéos publiées par des tiers sur ses propres pages¹⁶⁹¹. Il s'agissait d'une piste intéressante permettant de sanctionner le fait d'avoir « *accaparé les contenus présents sur d'autres sites* »¹⁶⁹². Ce type de critère avait déjà conduit à sanctionner la pratique du *framing*¹⁶⁹³ sur le fondement de la concurrence déloyale¹⁶⁹⁴. À notre sens, en cas d'affichage d'un contenu publié par un autre service en ligne, ce dernier doit avoir autorisé cette utilisation. Pour cela, la meilleure garantie est qu'il mette à la disposition du public une interface de programmation (API) le permettant¹⁶⁹⁵. À défaut, les actions en concurrence déloyale, mais aussi en parasitisme¹⁶⁹⁶, seraient d'une précieuse utilité.

2. – Les difficultés à contraindre l'ouverture du référencement

484. – Une méthode affichée comme ouverte. De par leur usage systématique, les moteurs de recherche façonnent une partie de notre « *vision du monde* »¹⁶⁹⁷. En miroir, les classements opérés par les moteurs de recherche sont d'une importance économique capitale pour les services en lignes. Apparaître en première page de Google est la garantie d'une visibilité nécessaire à de nombreuses activités sur l'internet. L'évaluation du caractère ouvert du classement établi entre les pages se heurte à la complexité des algorithmes qui

¹⁶⁸⁸ TGI Épinal, 24 oct. 2000 : Comm. com. électr. 2000, comm. n° 125 note C. Caron – CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, A. Emmanuel c/ Min. Public et a. : Juriscom.

¹⁶⁸⁹ CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, § 29.

¹⁶⁹⁰ Elle a pourtant confirmé sa solution : CJUE, ord., 21 oct. 2014, BestWater, aff. C-348/13 : RLDI 2014/109 n° 3601, 2014/110 n° 3623 note L. Dubois et F. Gaulier.

¹⁶⁹¹ Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-13.666 : D. 2012 p. 2075 note C. Castets-Renard, p. 2343 obs. J. Larrieu ; Comm. com. électr., 2012, comm. 91, obs C. Caron.

¹⁶⁹² C. Caron, note préc.

¹⁶⁹³ C'est-à-dire la pratique, aujourd'hui obsolète, consistant à inclure sur les pages d'un site des pages provenant d'un autre site sans en afficher l'adresse.

¹⁶⁹⁴ Voy. T. com. Paris, réf. 26 déc. 2000, SNC Havas et a. c/ SA Keljob (Légalis) : condamnant en même temps la pratique des liens profonds (aujourd'hui licite) et celle du *framing*.

¹⁶⁹⁵ *Infra*, n° 480.

¹⁶⁹⁶ Particulièrement parce qu'elle permet de sanctionner le cas, très plausible sur l'internet, d'une usurpation de valeur économique entre personnes ne se trouvant pas en concurrence directe (*Le Tourneau*, n° 7082).

¹⁶⁹⁷ D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 95.

commandent ces classements.

Le *PageRank*, à l'origine du succès planétaire de Google, s'inspire du *Science Citation Index* permettant de hiérarchiser « *la réputation des chercheurs selon le nombre de fois où ils sont cités par d'autres chercheurs dans des revues qui sont elles-mêmes classées* »¹⁶⁹⁸. Le *PageRank* établit lui un classement à partir du nombre de liens pointant vers une page. Plus ceux-ci sont nombreux et pertinents, plus la page est réputée intéressante. Google estime alors qu'elle doit bénéficier d'un bon classement dans ses pages de résultats. L'idée est simple, mais sa réalisation demande des moyens et des compétences considérables. L'esprit universitaire à la base de ce classement¹⁶⁹⁹ est aujourd'hui entre les mains de l'une des plus grandes entreprises du monde.

485. – Des suspicions légitimes. L'objectivité des classements établis par les moteurs de recherche est mise en doute, car leur modèle économique peut leur donner intérêt à ne pas appliquer parfaitement la politique d'ouverture qu'ils affichent. En effet, ils proposent aux services en ligne des offres de référencement payant pour apparaître, sous forme de publicités plus ou moins identifiées, parmi les résultats de recherche. Un site mal référencé peut ainsi pallier son déficit de visibilité en payant pour afficher des publicités. Or, Google a bâti son empire sur la publicité. Le concernant, la suspicion se renforce, car il possède des services en ligne qu'il peut avoir intérêt à favoriser. Les autorités de la concurrence s'en inquiètent¹⁷⁰⁰.

486. – De la difficulté d'évaluer une méthode subjective. Il pourrait être envisagé de vérifier si le classement se fait selon des critères objectifs, si le moteur est bien un « *intermédiaire technique, neutre et passif* » selon les mots du professeur David Bosco faisant écho aux critères de qualification des intermédiaires techniques¹⁷⁰¹. Pour séduisante qu'elle

¹⁶⁹⁸ D. Cardon, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁹⁹ Voy. le papier décrivant l'idée à la base de Google rédigé en 1998 par les deux créateurs de l'entreprise, Sergey Brin et Larry Page, sur le site de l'Université de Sandford : <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html> (consulté le 14 juill. 2014).

¹⁷⁰⁰ En novembre 2010 la commission européenne avait annoncé l'ouverture d'une enquête contre Google, soupçonné de manipuler les résultats de ses pages de recherche (Commission Européenne, Communiqué de presse, 30 nov. 2010, IP/10/1624). Dans le cadre de cette enquête, elle examine 18 plaintes formelles contre les pratiques commerciales de Google. La Commission estime que les propositions de Google à l'issue de cette procédure sont de nature à remédier aux problèmes identifiés (Commission Européenne, Communiqué de presse, 5 févr. 2014, IP/14/116). – *Adde* : l'avis de Autorité de la concurrence n° 10-A-29, 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne (Contrats, conc. consom. 2011, comm. 36, note D. Bosco ; Légipresse 2011, n° 280, p. 21, A.-S. Choné) qui se « *place dans un registre normatif plutôt original : une sorte d'avertissement.* » (D. Bosco, « *Google et le droit de la concurrence : avis de tempête !* », Comm. Com. électr., 2011, n° 4, étude n° 7, n° 8).

¹⁷⁰¹ D. Bosco, *op. cit.* – Pour les derniers développements au niveau européen, voy. le communiqué de presse de la commission européenne du 15 avr. 2015 (IP/15/4780) informant des griefs adressés à Google au sujet de son service de comparaison de prix et de l'ouverture d'une procédure formelle d'examen distincte concernant Android.

soit, cette voie s'avère impossible. Les meilleurs ingénieurs travaillent sur les algorithmes complexes des moteurs de recherche pour générer un classement pertinent. Vérifier, à un moment T, si ce classement est le reflet d'une méthode ouverte relève de l'impossible. D'ailleurs, a-t-il à l'être ? La valeur d'un moteur de recherche, c'est d'être subjectif et parfois de renvoyer des résultats différents selon les personnes qui formulent les requêtes. Leur fonctionnement est d'autant plus complexe que le concept à la base du *PageRank* a été compris par tous les services en lignes. Ceux-ci cherchent à s'assurer un bon référencement en recourant à des techniques par lesquelles des éditeurs sont rémunérés pour créer des liens vers un site¹⁷⁰². Au fil du temps, les algorithmes des moteurs de recherche se sont adaptés à ces pratiques pour conserver la pertinence de leurs pages de recherche. Leurs résultats en sont d'autant moins évaluables simplement.

Aucun juge n'a les moyens de récréer de toutes pièces un classement objectif. Il ne peut que constater des défauts d'ouverture manifestes qui restent, eux-mêmes, difficiles à sanctionner.

487. – De la difficulté à imposer des mesures curatives. La mesure la plus simple est d'exiger des moteurs de recherche qu'ils différencient clairement les liens découlant de leur algorithme et ceux qu'ils affichent en tant que publicité¹⁷⁰³. Allant dans ce sens, les juges du fond ont pu imposer à des services référençant des pages tierces d'afficher explicitement le caractère publicitaire de certains liens¹⁷⁰⁴. L'établissement de suggestions de recherche par les moteurs de recherche a, lui, donné lieu à une obligation d'informer l'internaute sur la façon de les établir¹⁷⁰⁵.

De manière plus prescriptive, il a été suggéré de contraindre les moteurs de recherche à sur-référencer certaines pages, particulièrement celles présentant des offres légales de musique en ligne¹⁷⁰⁶. L'idée ressemble à un aveu d'impuissance : puisque l'évaluation de l'ouverture du

¹⁷⁰² La limite de l'abus est parfois franchie : CA Douai, ch. 1, sect. 2, 5 oct. 2011, JurisData n° 2011-022690 (Propriété industrielle, 2012, comm. 9 obs. J. Larrieu) : sanctionnant sur le fondement de la concurrence déloyale la création de multiples pages et domaines satellites. – Sur le contrat de référencement en général : J. Larrieu, *Droit de l'internet*, Ellipses, coll. « Mise au Point », 2^e éd., 2010, pp. 139-147 ; Castets-Renard, n°s 308-327.

¹⁷⁰³ Le Conseil national du numérique a souligné la nécessité de « permettre aux utilisateurs de distinguer facilement entre ce qui relève de la publicité ou de l'information ou de se rendre compte si une plateforme personnalise, favorise ou déprécie certains résultats. » (*Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n° 2014-2), Rapport, 2014, Recommandation n° 3, p. 12). Le Conseil a, de même, recommandé de « documenter les bonnes pratiques et définir des lignes directrices à l'attention des grands moteurs de recherche pour déterminer facilement si ce qui est présenté relève de la publicité, d'une sélection algorithmique générique, d'une adaptation personnalisée ou d'une préférence pour l'offre de la plateforme hôte. » (*ibidem*, Recommandation n° 9, p. 16).

¹⁷⁰⁴ TGI Paris, 4 mai 2012, *Pewterpassion.com et a. c/ Leguide.com* : Légalis.

¹⁷⁰⁵ CA Paris, pôle 1, ch. 2, 9 déc. 2009, *Google Inc. c/ Direct Energie* : Comm. com. électr. 2010, comm. 49, obs. A. Debet. – TGI Paris, 17^e ch. civile, 23 oct. 2013 : préc.

¹⁷⁰⁶ P. Lescure, *Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 2013,

moteur de recherche est une tâche impossible, autant lui imposer d'afficher certains contenus en premier. D'autant qu'en dehors d'hypothèses d'abus manifestes— tel qu'un refus de référencement¹⁷⁰⁷ — la sanction d'un défaut d'ouverture reste difficile à formuler. L'établissement d'un classement par les moteurs de recherche est une activité non neutre, mais elle n'obère pas entièrement leur neutralité¹⁷⁰⁸. Ils ne peuvent donc pas être regardés comme responsables des contenus favorisés. Et même à en juger autrement, il faudrait que ces contenus soient illicites pour qu'une sanction soit possible par cette voie. Déterminer la part du préjudice causé par un défaut d'ouverture à tel ou tel service se heurte aux difficultés déjà évoquées pour évaluer l'ouverture d'un moteur de recherche.

C'est là un domaine que le droit de la responsabilité abandonne largement au droit de la régulation. Du fait de la liberté d'établir des liens que la responsabilité consacre, elle ne sait contraindre cette liberté en dehors de cas d'abus manifestes.

III. – Les manifestations du standard au niveau des terminaux

488. – Diversité des terminaux. L'accès à l'internet n'est plus réservé aux ordinateurs. L'accès via des téléphones mobiles s'est largement répandu, suscitant une certaine méfiance, car leurs systèmes sont généralement peu ouverts¹⁷⁰⁹. De même, les télévisions connectées, si elles ont besoin d'un réseau neutre pour accéder aux services dont elles affichent les contenus¹⁷¹⁰, proposent par définition un accès limité à l'internet. Il serait inutile de tenter une liste d'objets connectés qui se révélerait obsolète à peine formulée. Dans tous les cas de figure, l'existence d'un réseau neutre ne garantit pas que le terminal utilisé permet de profiter de ce réseau. Du degré d'ouverture du terminal dépend la liberté de ses utilisateurs.

489. – L'exigence d'interopérabilité. Toute communication, pour être efficace, doit se faire de manière intelligible. Dans le domaine informatique, cette intelligibilité s'appelle

t. 1, p. 410. En son temps, l'amendement n° 50 à la première loi HADOPI, proposant une telle solution, n'avait pas survécu à son passage en commission mixte paritaire.

¹⁷⁰⁷ En ce cas, la sanction du refus de référencement pourrait s'aider de considération extirpée du droit de la concurrence. Le Conseil national du numérique a ainsi proposé de considérer comme une facilité essentielle les services devenus incontournables afin d'assurer une visibilité suffisante à de nombreuses activités en ligne (*Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (Avis n° 2014-2), Rapport, 2014, Recommandation n° 10, p. 16 et pp. 28-29). – Rapp. *supra*, n° 480.

¹⁷⁰⁸ Voy. notre avis : *supra*, n° 282.

¹⁷⁰⁹ *La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 3.2.2.2, p. 34.

¹⁷¹⁰ Afin de pouvoir se connecter au service de télévision, quelle que soit la connexion de l'utilisateur de l'équipement, voy. N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 60-61.

l'interopérabilité¹⁷¹¹. Il ne s'agit pas d'autre chose que de parler le même langage. Ce fut l'une des innovations majeures de l'internet que de permettre à des machines au matériel hétérogène, provenant de constructeurs différents, de pouvoir communiquer entre elles¹⁷¹². La neutralité a hérité de cette volonté initiale, alors que les logiciels présents sur les terminaux des utilisateurs utilisent souvent des formats de données très obscurs.

L'HADOPI a été dotée de pouvoirs spécifiques visant à favoriser l'interopérabilité¹⁷¹³. La question, du point de vue du droit de la responsabilité se pose par le biais de la protection des droits de propriété intellectuelle. L'article L. 122-6-1 IV du CPI¹⁷¹⁴ a ouvert la possibilité de décompiler un logiciel, en l'absence d'autorisation de son auteur, à des fins d'interopérabilité avec d'autres logiciels¹⁷¹⁵. Cette technique, dite du *reverse engineering*, est limitée au cas où les personnes ayant le droit d'utiliser le logiciel étudié n'ont pas d'autres moyens que d'y recourir afin de se procurer les informations nécessaires à l'interopérabilité¹⁷¹⁶. La Cour de cassation considère que ce texte est aussi applicable pour assurer la migration des données d'un logiciel vers un autre¹⁷¹⁷. Il y a là un moyen de pallier l'utilisation d'un standard fermé. La solution s'inscrit dans le même esprit que celle qui conduit à recommander l'utilisation de standards ouverts pour les services en ligne¹⁷¹⁸. L'exécution des logiciels se déplaçant de plus en plus souvent dans le *cloud*, il est heureux que les solutions convergent vers les mêmes objectifs.

490. – La vente liée et la liberté de l'utilisateur. En achetant un appareil permettant

¹⁷¹¹ Le dixième considérant de la directive Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur définit l'interopérabilité « *comme étant la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées* ». – Pour une analyse détaillée des questions d'interopérabilité confrontées aux mesures techniques de protection : J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 983 s.

¹⁷¹² Le protocole TCP/IP (*Transport Control Protocol* et *Internet Protocol*), le protocole à la base de l'internet, a été conçu pour permettre une communication universelle entre tout matériel informatique disposant d'un logiciel respectant les règles qu'il édicte. Pour l'historique, remontant aux années 1960, de cette création : V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, pp. 55-71.

¹⁷¹³ Art. L. 331-32 al. 1 du CPI. Sur les pouvoirs conférés à la HADOPI en matière d'interopérabilité : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « *Droit fondamental* », 8^e éd, 2012, n° 347-350.

¹⁷¹⁴ Reprenant presque textuellement l'art. 6 de la directive 91/250/ CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

¹⁷¹⁵ Pour une confrontation critique du droit de décompilation avec les droits permettant la réservation d'un savoir ou d'un savoir faire : M. Vivant, « *Ingénierie inverse, ingénierie perverse ?* », JCP E 1991, I, 56 (sont envisagés, le droit d'auteur (n° 7 s.), le droit des contrats (n° 12) puis la responsabilité principalement pénale (n° 13)). – Comp. : X. Linant de Bellefonds, « *Le droit de décompilation des logiciels : Une aubaine pour les cloneurs ?* », JCP G 1998, I 118, voyant dans le droit de décompilation un droit *sui generis* « *une faveur consentie à l'utilisateur loyal* » limitée « *par les intérêts légitimes de l'auteur* » (n° 27).

¹⁷¹⁶ Sur l'ensemble du dispositif : Vivant et alii, n° 200.

¹⁷¹⁷ Civ. 1, 20 oct. 2011, n° 10-14.069 : Comm. Com. électr. 2012/1, comm. 2, obs. C. Caron ; RTD Com. 2011 p. 760, F. Pollaud-Dulian.

¹⁷¹⁸ *Supra*, n° 474 s..

d'accéder à l'internet, l'utilisateur acquiert très généralement un système d'exploitation indispensable au bon fonctionnement de son matériel. Cette pratique semblait admise par les juridictions¹⁷¹⁹ du moment que l'information fournie aux consommateurs était suffisante¹⁷²⁰. La preuve qu'elle est une pratique commerciale déloyale étant particulièrement difficile à rapporter¹⁷²¹. La Cour de cassation a cependant décidé de transmettre une question préjudicielle à la CJUE afin d'éclairer la question¹⁷²².

Le prisme de la neutralité conduit à y intégrer de nouveaux paramètres. Il faut revenir aux racines du contentieux. Il existe sur le marché des systèmes d'exploitation différentes offres. La domination de Microsoft et de son logiciel Windows dans le monde des PC est bien connue. Aujourd'hui, les systèmes d'exploitation sont de plus en plus intimement liés à des magasins d'applications et de contenus¹⁷²³. Se pose donc la question de la liberté de ceux qui achètent un matériel et se trouvent contraints d'utiliser certains services en ligne pour acheter des logiciels, pour visionner des vidéos, pour écouter de la musique ou éditer des documents. Le contentieux de la vente liée pourrait ici gagner en finesse. Le degré de liberté de l'acheteur doit servir de guide. Le droit de la concurrence s'en est déjà inquiété¹⁷²⁴. Le droit des contrats concourt aux mêmes objectifs, particulièrement en plaçant le devoir d'information du professionnel au cœur du contentieux¹⁷²⁵. En cas de limitations d'usages importantes et non prévues, les voies de la tromperie sur le fondement de l'article L. 213-1 et des vices cachés au sens de l'article 1641 du Code civil pourraient être utilisées comme elles le sont pour sanctionner les mesures techniques de protection excessives¹⁷²⁶.

¹⁷¹⁹ Civ. 1, 5 juin 2008, n° 06-21.514, JCP 2008. 10185, note P. Stoffel-Munck – CJUE, 23 avr. 2009, n° C-261/07 et C-299/07 : Dalloz actualité, 6 mai 2009, obs. E. Petit ; RTD com. 2009 p. 607, obs. B. Bouloc.

¹⁷²⁰ En ce sens : Civ. 1, 6 oct. 2011, n° 10-10.800 : Dalloz actualité, 14 oct. 2011, obs. X. Delpech, D. 2011 p. 2464, obs. X. Delpech. – Civ. 1, 22 janv. 2014, *Laurent G. / Darty*, n° 12-20.982 (Comm. com. électr. 2014, comm. 37 obs. G. Loiseau) : la mention d'une omission au sens de l'article 7 de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 doit être interprétée au regard d'un consommateur moyen, sans égard pour les qualités propres du consommateur ayant conclu le contrat litigieux.

¹⁷²¹ Civ. 1, 12 juill. 2012, n° 11-18.807 (RTD Com. 2012 p. 835 obs. B. Bouloc) : la vente d'un ordinateur et d'un système d'exploitation ne constitue pas une pratique commerciale déloyale, dès lors que le client avait la possibilité d'acquérir, sur un site internet lié, cet ordinateur nu, c'est-à-dire sans le logiciel préinstallé – Civ. 1., 5 févr. 2014, n° 12-25.748 (Dalloz actualités, 14 févr. 2014, obs N. Kilgus) : pour constater une pratique commerciale déloyale, le client doit rapporter lui-même la preuve de l'impossibilité de se procurer un ordinateur équivalent sans les logiciels préinstallés.

¹⁷²² Civ. 1, 17 juin 2015, n° 14-11.437 : Dalloz actualité, 1^{er} juill. 2015, obs. X. Delpech ; RLDI 2015/117 n° 3800.

¹⁷²³ Sur les marchés d'applications : *supra* n° 479.

¹⁷²⁴ F. Brunet et E. de La Serre, « *L'affaire Microsoft : le droit de la concurrence à la croisée des chemins ?* », Contrats, conc., consom. 2002, chron. n° 9 – Commission Européenne, 16 décembre 2009, Microsoft, décision numéro C-3/39.530. – Une procédure formelle d'examen envers Google et son système d'exploitation Android a également été ouverte (communiqué de presse de la commission, 15 avr. 2015, IP/15/4780)

¹⁷²⁵ En ce sens : Civ. 1, 6 oct. 2011, n° 10-10.800: préc.

¹⁷²⁶ Sur ce point : *infra*, n° 569.

491. – Étapes. Un standard d'ouverture apparaît comme l'accessoire indispensable de la neutralité. En s'étendant au-delà des acteurs du réseau proprement dit, l'ouverture permet de s'assurer que les libertés consacrées par la neutralité ne sont pas obérées à une autre étape que celle du transport des données par le réseau. L'ouverture est donc un standard transversal dont nous avons observé les effets au niveau des contrats d'accès, des contrats d'hébergement ou de service. Ses manifestations les plus faibles se traduisent par de simples obligations d'informations, mais en s'appuyant sur les ressources du droit commun des contrats et du droit de la consommation, ce standard peut aussi contraindre fermement l'exécution de certaines prestations. Sur ce point, l'étude n'a pu s'appuyer que sur très peu de matériel jurisprudentiel ou même doctrinal. Les rapports entre l'ouverture et le droit ouvrent de nombreuses pistes de recherche.

Si l'ouverture est une notion palpable en droit positif, il en va différemment de la neutralité au sens propre. Il suffirait pourtant de considérer que le terme internet désigne un réseau neutre pour que la neutralité produise des effets directs. La solution se justifie pleinement, car commercialiser une offre d'« accès à l'internet » devrait s'obliger à respecter le principe de base sur lequel s'est bâti ce réseau.

Section 3. – Le standard du prestataire ciblant le public français

492. – De la neutralité à l'ubiquité. S'il est aujourd'hui trivial de constater que l'internet ne connaît pas de frontières, ce caractère n'en est pas moins un défi inédit pour le droit. Les questions de droit international privé sont éminemment complexes. La présente étude n'a pas pour ambition d'aborder des domaines qui dépassent son cadre. Modestement, il s'agit de définir quelques lignes de conduite qui paraissent s'imposer, car la neutralité est un prisme qui aide à percevoir le caractère raisonnable ou irrationnel de certaines solutions. Ainsi, la neutralité implique l'ubiquité des contenus qui conduit naturellement à la tentation de reconnaître à l'ordre juridique français une compétence universelle sur le simple constat de leur accessibilité. Une telle conception se heurte à des obstacles autant pratiques que juridiques. Une solution de raison conduit à lui opposer un principe d'adéquation conditionnant l'application de la loi française au ciblage ou à la focalisation¹⁷²⁷ opéré par le service. Pour ce faire, l'analyse des activités non neutres de chaque service en ligne est d'une

¹⁷²⁷ Nous utilisons le terme ciblage tout en considérant qu'il est très proche de la focalisation mise en exergue par la doctrine (note, *infra*).

précieuse aide (§ 1). Il s'agit d'établir « *une cohérence méthodologique* »¹⁷²⁸, pour reprendre à la fois les mots et l'esprit du professeur Olivier Cachard¹⁷²⁹. La raison – encore elle – interdit pourtant d'allonger ce critère sur un lit de Procuste. La matière est trop diverse, trop étendue pour l'adapter à tout type de contentieux. Tout juste s'autorise-t-on à relever l'utilité du critère du ciblage dans certains contentieux internationaux (§ 2).

§ 1. – *Les activités non neutres au secours du critère du ciblage*

493. – La nécessité de rattacher un service à un ordre juridique. L'internet est ici encore un révélateur¹⁷³⁰. Qu'il s'agisse de compétence législative ou juridictionnelle, tous les contenus de l'internet ne peuvent être soumis à tous les ordres juridiques du monde. L'analyse des activités neutres des services en ligne s'avère alors être une impasse, car elle conduit à constater leur accessibilité partout dans le monde. Un service neutre répond indifféremment à toute connexion sans considération pour l'endroit d'où elle vient. Un critère de compétence basé sur ce constat paraît irrationnel (I). À l'inverse, les activités non neutres peuvent être d'une précieuse aide, car elles découlent nécessairement d'un choix. Si ce choix témoigne du ciblage d'un territoire ou d'un État, il peut servir de base pour établir un critère de raison (II).

I. – **L'analyse des activités neutres à la source de solutions irrationnelles**

494. – De la neutralité à l'accessibilité. Mettre en ligne un contenu sur un réseau neutre, c'est savoir qu'il va pouvoir être consulté partout dans le monde. Est-ce à dire que les lois de tous les États du monde sont potentiellement applicables ? Il faut réaliser que si les juges, partout dans le monde, adoptent le critère de l'accessibilité, tous les contenus de l'internet, y compris ceux publiés à destination du public français, seraient virtuellement soumis à toutes les lois du monde¹⁷³¹. La condamnation par un tribunal sénégalais d'un français à un an de prison ferme accompagné d'un mandat d'arrêt international pour des propos jugés

¹⁷²⁸ O. Cachard, « *Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation* », RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, n° 20. Sur la méthode de la focalisation, voy. surtout, du même auteur (préf. Ph. Fouchard) : *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 365, 2001, n°s 106-119, pp. 65-73. – Voy. aussi, précurseur : M. Vivant M., « *Internet, support publicitaire régulation et déontologie* », Gaz. Pal., 1997, II, doct. pp. 1503-1506, spé. 1505.

¹⁷²⁹ En ce que le professeur Cachard plaide pour « *un exercice raisonnable de la compétence internationale et pour une autolimitation du juge* » (op. cit., n° 3).

¹⁷³⁰ M. Vivant, « *Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle* », D. 2011 p. 2351, n° 10.

¹⁷³¹ L. Pech, « *Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises* », JurisClasseur Communication, Fasc. 3000, n° 51.

diffamatoires à l'encontre d'un hôtelier sénégalais invite à envisager avec prudence une telle hypothèse¹⁷³². Il faut alors rappeler que la France n'est elle-même pas très ouverte aux décisions étrangères¹⁷³³.

Revenant à un point de vue français, il faut rappeler l'évidence voulant que publier un contenu quelque part dans le monde n'implique pas la volonté de le diffuser en France. Un critère fondé sur l'accessibilité ne s'accorde pas avec la possibilité qu'offre la neutralité de toucher le monde entier à partir d'un point du réseau. S'il y a volonté, c'est celle de la personne qui, depuis la France, décide d'accéder à un contenu qui, par hypothèse, ne lui est en rien destiné. Le choix n'est alors pas celui du service en ligne, mais celui de l'utilisateur.

495. – Plus fondamentalement, espère-t-on réellement qu'en appliquant la loi française à un service qui ne vise pas spécialement la France, il se soumette à ses lois ? « *La seule chose que l'on puisse reprocher à ces personnes, c'est de ne pas avoir prévu un dispositif empêchant la diffusion en France des messages susceptibles d'y être contraires à la loi.* »¹⁷³⁴. L'affaire *Yahoo!* avait en son temps tenté d'imposer au service américain qu'il filtre les internautes français pour qu'ils ne puissent consulter des annonces portant sur des objets nazis¹⁷³⁵. Aujourd'hui, des filtrages sont courants sur des sites de ventes en ligne ou de diffusion de vidéos afin de s'adapter au droit de propriété intellectuelle auquel le visiteur est soumis. Mais ces pratiques valent justement parce que ces services s'orientent vers des

¹⁷³² Tribunal régional de Ziguinchor, 6 janv. 2004, *Ministère public et a.. c/ Christian C.* : Juriscom.

¹⁷³³ L. Pech, *op. cit.*, n° 49.

¹⁷³⁴ D. Chilstein, « *Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international* », *Légicom*, 2014, n° 52, p. 56.

¹⁷³⁵ Voy. en particulière la très connue aff. *Yahoo!* : TGI Paris, réf., 22 mai 2000, *UEJF c/ Yahoo!* : *Légipresse* 2000, n° 174, III, p. 142, note C. Rojinsky ; *Comm. com. électr.* 2000, comm. 92, note J.-C. Galloux (affirmant qu'en « *en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo! Inc. commet dont une faute sur le territoire français* ») – TGI Paris, réf., 11 août 2000, *Comm. com. électr.* 2000, comm. n° 92, note J.-C. Galloux (confirmant l'ord. du 22 mai 2000) ; TGI Paris, réf., 20 nov. 2000, *Comm. com. électr.* 2000, comm. n° 132, note J.-C. Galloux (« *en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo ! Inc. commet dont une faute sur le territoire français* ») ; TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, *Comm., com. électr.* 2002, comm. n° 8, note C. Le Stanc – TGI Paris, ch. 17, 26 févr. 2002, *Comm. com. électr.* 2002, comm. n° 77, note A. Le Page (considérant que « *la mise à disposition du public d'un site de vente aux enchères d'objets nazis, qui peut être vu et reçu sur le territoire national et auquel l'internaute peut accéder, du fait de la simple existence d'un lien informatique « search » qui l'y invite, caractérise l'élément de publicité nécessaire à la constitution du délit d'apologie de crime de guerre, et ce sans qu'il soit besoin que l'internaute soit spécialement démarché par le propriétaire du site.* »). – TGI Paris, ch. 17, 11 févr. 2003 : *Légalis.* – CA Paris, ch. 11, 17 mars 2004 : *Comm. com. électr.* 2005, comm. 72, note A. Lepage - Rapp., en matière de compétence juridictionnelle (avec les observations déjà faites sur l'absorption du conflit de loi par le conflit de juridiction) : *Civ.* 1, 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Sté. Castellbanch c/ Sté. Champagne Louis Roederer* : *D.* 2004, p. 276, obs. C. Manara ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 40, note C. Caron ; *JCP G* 2004, II, 10055, note C. Chabert ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 634, note O. Cachard ; *JDI* 2004, p. 872, note Huet ; *RTD com.* 2004 p. 281obs. F. Pollaud-Dulian

territoires particuliers¹⁷³⁶. Appliquer la loi française en dehors d'un tel constat pourrait très bien conduire, par prudence, de nombreux services en ligne étrangers à se couper des visiteurs français. Ils n'y perdraient pas grand-chose puisqu'ils ne les visent pas. L'internaute français vraiment intéressé saura d'ailleurs probablement contourner ce filtrage¹⁷³⁷. La richesse de l'internet permise par la neutralité pourrait en être, elle, grandement affectée pour les internautes français.

II. – L'analyse des activités non neutres au soutien de solutions de raison

497. – Le choix de cibler un public déterminé. Selon le découpage adopté dans ces pages, les activités non neutres sont celles qui découlent d'un choix. Certains de ces choix peuvent être considérés comme visant un public particulier. La méthode peut s'inspirer de la doctrine de la *proper law* américaine¹⁷³⁸ qui consiste à « rassembler les points de contact et déterminer la loi vers laquelle la convergence est la plus grande » pour chaque espèce¹⁷³⁹. Un « faisceau d'indices »¹⁷⁴⁰ doit conduire au constat qu'un intermédiaire vise un public ou un territoire déterminé. La méthode devrait également s'appliquer, au-delà des intermédiaires techniques, à tous les services en ligne.

Ce sont les activités non neutres qui doivent être analysées, car elles impliquent non seulement un choix, mais aussi un choix antérieur à la naissance du différend ou même du dommage. Cette analyse préserve donc la sécurité juridique en permettant à un service en ligne de prévoir la loi qui lui sera applicable. En miroir, l'utilisateur d'un service en ligne dont tout indique qu'il ne le vise pas ne devrait pas s'étonner de ne pas pouvoir imposer « sa » loi. À l'inverse, les activités non neutres ne sont plus le seul élément antérieur au différend lorsqu'un contrat a été conclu entre les parties.

497-1. – Le ciblage positif. Dans le monde actuel, les divers éléments permettant à un service en ligne de s'adapter à une culture et à un public délimitent généralement les contours d'un État-Nation¹⁷⁴¹. L'utilisation d'un domaine national peut servir d'indicateur¹⁷⁴². Doit être

¹⁷³⁶ Voir *infra*, n° 497-2.

¹⁷³⁷ L'identification de la provenance d'un visiteur se fait généralement au moyen de son adresse IP, laquelle n'est pas une donnée réellement fiable : *infra*, n° 547.

¹⁷³⁸ En ce sens : L. Pech, *op. cit.*, n° 54.

¹⁷³⁹ G. Lardeux, « Détermination de la loi applicable », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 553-1 n° 24.

¹⁷⁴⁰ O. Cachard, *op. cit.*, RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, ° 24.

¹⁷⁴¹ Comp. plaidant pour la prise en compte du profilage et de l'impact du service pour déterminer la loi applicable et la juridiction compétente : *Vivant et alii*, n° 2157.

¹⁷⁴² En ce sens : J. Larrieu, « L'internationalité et Internet », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2002/46 suppl., p.

de même analysé l'ensemble des éléments publiés par le service, à commencer par la langue qu'il utilise¹⁷⁴³. Une longue liste des indices imaginables serait inutile, car toute solution automatique doit être écartée. « *La méthode de la focalisation est souple* », souligne le Professeur Oliver Cachard¹⁷⁴⁴, l'essentiel est dans la recherche de « *la réponse la mieux adaptée au cas d'espèce* » précise le professeur Michel Vivant¹⁷⁴⁵. C'est au juge de déterminer au cas par cas si les choix du prestataire témoignent d'un ciblage. Le juge doit tout de même se conformer à une directive : le ciblage ne doit donc pas être accidentel. Il doit résulter de choix, puisque telles sont les activités non neutres. Bien sûr, il peut exister des cas d'ambiguïté ou de fraude. Le critère du ciblage doit veiller à ne pas ouvrir l'opportunité d'un ciblage hypocrite d'un « paradis numérique » afin de s'abriter sous sa loi. À défaut, l'« *incitation au forum shopping* » serait patente¹⁷⁴⁶.

L'analyse peut aussi révéler que le service a fait le choix de ne cibler aucun territoire particulier ou de viser le monde entier¹⁷⁴⁷. Ici, qu'un site ne soit pas francisé lorsqu'un utilisateur se connecte depuis le territoire français ne devrait pas suffire à exclure la loi française. Le contenu textuel de certains services est parfois très réduit. Un fonctionnement par icônes, ou par des liens dans un anglais simpliste, n'est pas un obstacle pour un public français. Les services de téléchargement en sont une illustration typique. Des titres des fichiers y apparaissent en français dans une interface en anglais très simple. Pour considérer que ces services visent le public français avec tous les autres, il faut en premier lieu qu'ils aient une envergure suffisante. Le dimensionnement de leur infrastructure et les CDN qu'ils ont pu disposer dans diverses régions peuvent être de précieux indicateurs. Dans le cas où il s'avère que le service a réellement cette dimension, le simple usage qui en est fait devrait conduire à reconnaître l'applicabilité de la loi française. De même, un service peut utiliser plusieurs domaines, dont des domaines internationaux (.com, .net ou encore .org). Cela peut révéler une orientation globale, mais la solution ne saurait, encore une fois, être automatique. Un service qui différencie selon ses domaines peut tout aussi bien révéler un ciblage étroit sur chacun d'eux. La question a pu se poser récemment alors que les autorités de régulation

41⁺.

¹⁷⁴³ Le critère de la langue a été analysé, parmi d'autres, par la CJUE dans les décisions *Donner* (note, *infra*), § 29 et *Football Dataco* (note, *infra*), § 42. – Les juges du fond avait déjà pu écarter l'application de la loi française sur le constat de l'utilisation de l'allemand (TGI Paris, ch. 3, sect. 3, 11 mars 2003, *Sté BD Multimedia / M. Joachim H.* : Légalis) ou de l'anglais (TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 28 mars 2003, *SA Produits Nestlé et a. c/ Sté Mars Inc.* : JCP E 2003, 1554, obs. A. Singh).

¹⁷⁴⁴ O. Cachard, *op. cit.*, RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, ° 24.

¹⁷⁴⁵ M. Vivant, *op. cit.*, D. 2003 p. 674⁺, n° 6.

¹⁷⁴⁶ D. Chilstein, *op. cit.*, n° 52, p. 53.

¹⁷⁴⁷ Sur cette hypothèse : O. Cachard, *op. cit.*, LGDJ, 2011, n° 117.

souhaitent imposer à Google l'application du droit à l'oubli numérique sur l'ensemble de ses domaines¹⁷⁴⁸.

497-2. – Le ciblage négatif. De façon négative, des indices peuvent indiquer que le service en ligne n'a pas visé le territoire français. Ce peut être des avertissements, un refus de livraison vers la France ou un filtrage des visiteurs français¹⁷⁴⁹.

Sur ce constat, l'idée de rendre ce ciblage négatif obligatoire apparaît très vite. Elle n'encourt pas forcément les mêmes reproches que lorsqu'elle découle d'un critère de compétence universel¹⁷⁵⁰. La compétence de la loi française pour des ventes d'objets nazis peut se justifier autrement qu'avec un tel critère. Au vu de son histoire la France, comme d'autres nations européennes, accorde une importance particulière à la sanction de ce type d'échanges. Or, lorsqu'un territoire est particulièrement sensible à un thème particulier, il n'est pas interdit de penser que l'intermédiaire dont les activités non neutres l'amènent à organiser ces échanges « sensibles » – par la création de catégories notamment – soit obligé de filtrer les accès provenant d'un territoire donné, ou *a minima*, d'afficher des messages d'avertissement précisant que ce service ne s'adresse pas aux ressortissants de l'État en question.

498. – L'avantage le plus évident du critère du ciblage ou de la focalisation est d'éviter une collision généralisée des ordres juridiques. Un autre avantage théorique provient du fait que la focalisation privilégie « *la volonté ou l'intention de l'opérateur* »¹⁷⁵¹. Ce constat est consolidé par le prisme de la neutralité. En analysant les activités non neutres, il s'agit de constater les choix effectués par le service pour déterminer la loi et la juridiction compétentes. Cela va au-delà d'un simple critère de proximité s'attachant à des éléments objectifs. Le critère du ciblage suppose une analyse des choix subjectifs effectués par l'intermédiaire et constitue ainsi une base solide permettant de lui imposer des obligations tout en respectant le principe

¹⁷⁴⁸ CNIL, Décision du 21 mai 2015 n° 2015-047 (Comm. Com. électr. 2015, comm. 61 obs. A. Debet) mettant en demeure Google, pour chaque demande de référencement à laquelle une suite favorable est donnée en application de la décision de la CJUE du 13 mai 2014 (C-131/12, préc.), de procéder audit déréférencement sur toutes les extensions de son moteur. – Même avis : G29, *Guidelines on the implementation of the court of justice of the european union judgment on "google spain and inc v. agencia española de protección de datos (aepd) and mario costeja gonzález*, 26 nov. 2014, C-131/12, 14/EN WP 225, spé. p. 9. – Du simple point de vue du ciblage, cette position n'est pas tout à fait satisfaisante. Car, si Google a bien une dimension internationale, le moteur de recherche s'adapte en fonction de la localisation de ses visiteurs. Le critère du ciblage devrait ici faire cas de cette adaptation pour justifier de l'application du droit français et du droit de l'Union européenne. Cependant, comme le relève la CNIL, derrière chaque nom de domaine ne se cache en réalité qu'un seul traitement portant atteinte au droit reconnu d'une personne européenne. Cela met en lumière, à la fois, la complexité de la matière et son impossible unité conceptuelle (*infra*, n° 499 s.).

¹⁷⁴⁹ O. Cachard, *op. cit.*, RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, n° 24.

¹⁷⁵⁰ La très étudiée aff. Yahoo! (préc.) a donné lieu à une vive polémique sur ce point.

¹⁷⁵¹ O. Cachard, *op. cit.*, LGDJ, 2011, n° 110, p. 67.

de prévisibilité. Les exigences peuvent être importantes, car le constat du ciblage conduit à appliquer à un service étranger l'ensemble de la législation pertinente. En particulier, lorsque la compétence de la loi française est affirmée, les obligations spécifiques de lutte contre les contenus odieux – ceux que la loi française définit comme tels – doivent s'appliquer. La solution se justifie alors d'autant mieux que les obligations exigées de l'intermédiaire se greffent sur un choix qu'il a effectué.

§ 2. – *L'utilité du critère du ciblage dans certains contentieux internationaux*

499. – Une approche nécessairement prudente. Face à la diversité des situations et des règles juridiques applicables, il a été souligné « *l'impossible unité conceptuelle des délits électroniques* »¹⁷⁵². Il serait bien imprudent de prescrire l'application du critère du ciblage ou de la focalisation sans distinction. Le droit positif en adopte souvent la méthode, mais il lui arrive aussi de le rejeter. Chacune des hypothèses doit être analysée dans sa spécificité. Pour cela, il faut commencer par différencier les critères adaptés à la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente. Dans le premier cas, le critère du ciblage s'avère généralement central (I) alors que dans le second, il s'avère plus accessoire (I).

I. – Un critère central dans la dévolution de la compétence législative

500. – Primauté de la détermination de la loi applicable pour un service en ligne. Il faut constater qu'en pratique, « *le conflit de juridictions tend à absorber le conflit de lois* »¹⁷⁵³. Pourtant, la détermination de la loi applicable à un service en ligne est première. Elle est nécessaire, non seulement afin de déterminer le succès d'une éventuelle action en justice, mais aussi en dehors de toute procédure judiciaire¹⁷⁵⁴. En effet, les services en ligne qualifiés d'hébergeurs sont débiteurs d'obligations de cessation de l'illicite dont l'utilité n'est plus à démontrer¹⁷⁵⁵. D'où l'importance d'établir des critères clairs permettant à la victime et à l'hébergeur de déterminer facilement la loi applicable. Les diverses législations, pour voisines

¹⁷⁵² O. Cachard, *op. cit.*, RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, n° 16.

¹⁷⁵³ L. Pech, « *Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises* », JurisClasseur Communication, Fasc. 3000, n° 3.

¹⁷⁵⁴ C'est, en effet, la loi du délit qui a compétence pour définir la faute (sur ce point, voy. : P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LDGJ, coll. « Domat », 10^e éd., 2010, n° 683) et, partant, les obligations auxquelles les acteurs doivent se conformer.

¹⁷⁵⁵ *Supra*, n° 301 s.

qu'elles soient¹⁷⁵⁶, présentent des différences qui, à s'en tenir à la langue utilisée, peuvent être dirimantes.

Il faut préciser que la loi compétente est souvent facile à déterminer. Les FAI visent un territoire déterminé et leur activité est soumise à déclaration préalable¹⁷⁵⁷. Elle est donc nécessairement rattachée à un territoire. Ils contractent cependant avec des acteurs étrangers pour assurer leur connectivité, ce qui pose la question de la loi applicable aux contrats qui en résultent. Les hébergeurs, comme tous les autres services en lignes, s'exposent à un public beaucoup plus large.

501. – En matière extracontractuelle : le critère du ciblage en son domaine de prédilection. Les règles traditionnelles de dévolution de la compétence législative ont bien du mal à s'adapter à l'universalité de l'internet. La compétence de la *lex loci delicti* adoptée par les juridictions françaises¹⁷⁵⁸ doit faire avec un réseau où les contenus se diffusent dans le monde entier. Le règlement Rome II applicable aux obligations non contractuelles ayant fait de la même règle de compétence son principe général¹⁷⁵⁹, il est exposé aux mêmes difficultés. Il semble toutefois présenter quelques ouvertures vers le critère du ciblage en son article 4.1¹⁷⁶⁰. En matière de propriété intellectuelle, il adopte par exception la *lex loci protectionis*¹⁷⁶¹ ce qui s'accorde heureusement avec la convention de Berne¹⁷⁶². Quelle que soit la règle adoptée, elle se prête à bien des interprétations face à des contenus accessibles depuis le monde entier.

Malgré quelques errements de la jurisprudence¹⁷⁶³, la compétence de la loi du lieu à partir

¹⁷⁵⁶ Voy. note *supra*, n° 359.

¹⁷⁵⁷ *Infra*, n° 69.

¹⁷⁵⁸ Civ., 25 mai 1948 : JCP 1948 II. 4532 note M. Vasseur ; Voy. B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, 5^e éd., n° 19.

¹⁷⁵⁹ Voy. art. 4.1 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II » : « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient »

¹⁷⁶⁰ Le règlement Rome II en son art. 4.3 prévoit : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 [pays où le dommage survient] ou 2 [cas des personnes ayant leur résidence dans le même pays], la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question ». – Sur cette « clause dérogatoire », voy. : P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LDGJ, coll. « Domat », 10^e éd., 2010, n° 679-5.

¹⁷⁶¹ Art. 8.1 : « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée »

¹⁷⁶² Art. 5.2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (compétence de la loi du lieu de délit de contrefaçon) : « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée. ». – Sur la portée de cet art. : M. Vivant « Droit d'auteur : déroutante territorialité », D. 2013 p. 1973, spé. n°s 1 et 2.

¹⁷⁶³ Voy. surtout : Civ. 1, 30 janv. 2007, n° 03-12.354, *Waterworld*.

duquel se sont produits les agissements délictueux doit être écartée. « *Il est facile par ce biais d'instaurer des « paradis informationnels »* » relevait le professeur Michel Vivant dès 1996¹⁷⁶⁴. Le risque est toujours actuel¹⁷⁶⁵. Les juges du fond ont pris acte de l'irrationalité du critère de l'accessibilité en adoptant un critère tendant à analyser la focalisation du site pour juger de la loi à lui appliquer¹⁷⁶⁶. À la suite de l'arrêt *Cristal* confirmant la compétence juridictionnelle du juge français sur la base de l'accessibilité¹⁷⁶⁷, la chambre commerciale a pu exclure la contrefaçon de marque avec l'arrêt *Hugo Boss* lorsque le site ne vise pas le public français¹⁷⁶⁸. La première chambre civile s'est rapprochée du critère de la focalisation en matière de contrefaçon de marque dans l'arrêt *Aufeminin*, rendu dans sa série d'arrêts du 12 juillet 2012, par lequel elle adopte le critère de proximité en application de la *lex loci protectionis*¹⁷⁶⁹. Entre-temps, la CJUE semble avoir pris parti pour le critère de la focalisation¹⁷⁷⁰.

Il est aussi des services dont le ciblage ne porte que de manière très secondaire sur la nationalité des visiteurs. Les sites pédopornographiques en sont l'exemple le plus révélateur. Ces services n'opèrent pas de ciblage selon la nationalité du public, mais selon les affinités – perverses en l'occurrence – d'une catégorie de personnes. Selon la nature du service, la simple accessibilité peut donc, dans certains cas gravissimes, autoriser la loi française à intervenir sans même recourir au mécanisme des lois de police¹⁷⁷¹. Tout simplement parce que ce type de service vise à rassembler des catégories de personnes présentes en tout pays. Pour limiter

¹⁷⁶⁴ M. Vivant, « *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* », JCP G, 1996 I 3969, n° 9.

¹⁷⁶⁵ Vivant et alii, n° 2156.

¹⁷⁶⁶ CA Paris, 26 janv. 2011 : RIDA juill. 2011. 488 et 391, obs. P. Sirinelli ; Propr. intell. 2011 p. 201, obs. A. Lucas ; Comm. Com. électr. 2012, chr. 1, n° 13, obs. M.-E. Ancel. – CA Grenoble, ch. 1, 10 déc. 2013, *Procureur général c/ Patrick C.* : RLDI 2014/102 n° 3398.

¹⁷⁶⁷ Civ. 1, 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Cristal* : Revue critique de droit international privé 2004 p. 632, note O. Cachard ; J di 2004. 872, obs. A. Huet ; D. 2004. 276, note C. Manara ; JCP G 2004. II. 10055, note C. Chabert.

¹⁷⁶⁸ Com., 11 janv. 2005, n° 02-18.381, *Hugo Boss* : D. 2005. 428, obs. C. Manara ; JCP G 2005 II 10055, obs. C. Chabert ; JCP E 2005, 571, note C. Castets-Renard ; Propriété industrielle, 2005/4, éd. 9, note J. Larrieu ; RLDI 2005/4 n° 104 note G. Teissonnière.

¹⁷⁶⁹ Civ. 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165, *Aufeminin.com*, préc.

¹⁷⁷⁰ En ce sens : T. Azzi, « *Atteintes en ligne aux droits de la personnalité et aux droits de propriété intellectuelle : tribunal compétent et loi applicable* », Légicom, 2014, n° 52, p. 47, évoquant le fait que la CJUE a considéré dans l'arrêt *L'Oréal c/ eBay* relatif au droit des marques qu'il incombe « *aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente, affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci* » (CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal c/ eBay*, aff. C-324/09, § 65 : préc.), dans l'arrêt *Donner* traitant du droit d'auteur qu'il leur incombe « *d'apprécier, au cas par cas, s'il existe des indices permettant de conclure que ledit commerçant [...] a effectivement ciblé des membres du public résidant dans l'État membre* » (CJUE, 21 juin 2012, *Donner*, aff. C-5/11, § 65 : JCP G 2012 obs. F. Picod ; RTD Com. 2012 p. 540 obs. F. Pollaud-Dulian) et elle a repris les mêmes termes dans l'arrêt *Football Dataco* à propos de la protection des bases de données (CJUE, 18 oct. 2012, *Football Dataco Ltd et a. c/ Sportradar GmbH*, aff. C-5/11, § 28 : Comm. com. électr. 2012 comm. 47, obs. C. Caron ; Revue Europe 2012, comm. 506 obs. L. Idot).

¹⁷⁷¹ Sur les lois de polices : J.-B. Racine et F. Siirainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Cours », 2^e éd., 2011, n°s 295-301.

la solution¹⁷⁷², il faut la réserver aux cas d'un ciblage « hors normes », susceptible d'un minimum de coopération internationale. Il faut, en effet, s'assurer de l'efficacité d'une telle solution. La lutte contre la pédopornographie est un domaine où l'accord n'est pas parfait, que dire de la diffusion de propos racistes ou homophobes¹⁷⁷³. Le chemin est encore long avant que d'indispensables standards internationaux se forment dans l'ensemble de ces domaines¹⁷⁷⁴.

502. – La faible ouverture de la loi du contrat au critère du ciblage. Le constat du ciblage du public français présente un intérêt bien réel en matière contractuelle, quoique beaucoup plus réduit. Le règlement « Rome I » du 17 juin 2008¹⁷⁷⁵ constitue aujourd'hui, à de rares exceptions près, « *le droit international privé des contrats* »¹⁷⁷⁶. Il pose la règle de l'autonomie de la volonté sous réserve de fraude à la loi¹⁷⁷⁷. Si les parties n'ont pas choisi de loi, il faudra déterminer, s'agissant d'une prestation de services, la loi du pays dans lequel le prestataire a sa résidence habituelle¹⁷⁷⁸.

Ces critères n'impliquent donc pas de ciblage. Les accords d'interconnexion à titre onéreux auront généralement prévu la loi applicable. C'est une mesure prudente. À défaut, ce type de contrat n'étant pas symétrique, la partie fournissant la prestation est facilement identifiable. Déterminer sa résidence habituelle ne devrait pas poser des difficultés particulières. À l'inverse, les accords de *peering*, conclus à titre gratuit et très peu formalisés sont d'autant moins facilement rattachables à une loi qu'ils prévoient des obligations symétriques. Il n'est pas exclu que, les concernant, la *lex electronica* trouve une manifestation¹⁷⁷⁹. Leur nature même suggère qu'à défaut de stipulations contraires, les parties ont choisi une loi non

¹⁷⁷² Pour se persuader de la nécessité de ne pas étendre indéfiniment cette solution, on se référera à l'exemple soulevé par le professeur Michel Vivant relevant que la Cour de Paris (ch. 1, 9 sept. 2009) a pu considérer qu'« *un site consacré à un artiste chilien, rédigé en espagnol et édité au Chili, vise nécessairement un public éclairé d'amateurs d'art... qui peuvent fort bien être français !* » (M. Vivant, « *Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle* », D. 2011 p. 2351, n° 11, note 60).

¹⁷⁷³ De nombreux États n'ont pas signé le protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Les États-Unis avaient refusé d'inclure directement dans la Convention, aux côtés des infractions se rapportant à la pornographie infantile, des infractions relatives à des propos racistes (voy. L. Pech, *op. cit.*, n° 80).

¹⁷⁷⁴ Sur ce point : *infra*, n° 498.

¹⁷⁷⁵ Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹⁷⁷⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LDGJ, coll. « Domat », 10^e éd., 2010, n° 693.

¹⁷⁷⁷ Art. 3.3. – Sur le choix de la loi applicable par les parties : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n°s 101-102 ; P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n°s 692-721, spé. n° 705 ; J.-B. Racine et F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Cours », 2^e éd., 2011, n° 261.

¹⁷⁷⁸ Art. 4.1.b. – Sur la loi applicable à défaut de choix des parties en application du règlement Rome I : J.-B. Racine et F. Siiriainen, *op. cit.*, n°s 271-274.

¹⁷⁷⁹ Sur l'éventuelle existence d'une *lex electronica*, voy. : L. Pech, *op. cit.*, n° 81. – Comp. n'y voyant qu'une simple aspiration : J.-B. Racine et F. Siiriainen, *op. cit.*, n° 451.

étatique¹⁷⁸⁰.

502-1. – En parallèle, le règlement prévoit que la loi applicable au consommateur personne physique contractant avec un professionnel est la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle¹⁷⁸¹. Cette protection est conditionnée au fait que le professionnel exerce son activité dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ou qu'il ait dirigé son activité vers le pays du consommateur¹⁷⁸². Ce dernier critère est visiblement destiné à appréhender le commerce électronique¹⁷⁸³. Il s'apparente visiblement au critère du ciblage et devrait utilement s'aider des mêmes éléments pour déterminer la loi applicable lorsque des relations se sont nouées entre un internaute français et un service en ligne étranger. Cependant, la protection du consommateur se manifeste, en pratique, avant tout par l'exclusion des clauses attributives de compétence qui lui seraient défavorables¹⁷⁸⁴.

503. – L'esquisse de solutions globalisées. Les ordres juridiques étrangers ne se conformeront aux décisions françaises qu'autant que l'intervention du droit français est ressentie comme légitime. L'affaire *Yahoo!* en a donné une illustration très étudiée. La société américaine avait elle-même souhaité obtenir l'exequatur très tôt dans la procédure afin de voir constater aux États-Unis l'inapplicabilité du droit français. La solution française a été effectivement vue comme contrariant la conception américaine de la liberté d'expression¹⁷⁸⁵. Pourtant, la décision française n'est pas restée sans effet. À la suite de cette affaire, le filtrage d'objets nazis est devenu une sorte de « bonne pratique » adoptée spontanément¹⁷⁸⁶. Elle a généré un mouvement d'opinion et, espère-t-on, réveillé le sens des responsabilités des dirigeants de ces entreprises pour aboutir à une solution que le droit ne sait pour l'instant imposer de manière globale, mais qu'une certaine « morale universelle » approuve. Il ne peut être que souhaité que par ces leviers émergent de véritables standards internationaux que les juges sauront imposer dans des domaines allant de la lutte contre les idées haineuses à la

¹⁷⁸⁰ Il faut cependant souligner que la doctrine considère que le choix par les parties d'une loi non étatique puise sa force obligatoire dans la loi étatique applicable à défaut de choix (M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, n° 103). Des auteurs estiment même qu'une telle combinaison de règles serait impraticable (P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 703).

¹⁷⁸¹ Art. 6.

¹⁷⁸² Art. 6 a et b du Règlement. Voy. L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., n° 1362-1363. Il faut cependant noter que l'art. L. 135-1 c. conso. prévoit que les dispositions protectrices de l'art. L. 131-1 sont applicables aux consommateurs lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne.

¹⁷⁸³ En ce sens : J.-B. Racine et F. Siirainen, *op. cit.*, n° 279.

¹⁷⁸⁴ Cette lutte est d'autant plus importante que les clauses attributives de compétence constituent des indices pouvant démontrer que les parties ont souhaité soumettre leur convention à une loi particulière (P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 719). – Sur l'encadrement des clauses attributives : *infra*, n° 507.

¹⁷⁸⁵ United-States District Court for the Northern District of California, San Jose Division, 7 nov. 2001 : Comm. com. électr. 2002, comm. 9 obs. L. Grynbaum.

¹⁷⁸⁶ *Supra*, n° 83.

protection du consommateur¹⁷⁸⁷. L'affirmation autoritaire de l'ordre public français en l'absence de ciblage peut alors apparaître comme un acte militant tout autant qu'un acte juridique.

II. – Un critère accessoire dans la dévolution de la compétence juridictionnelle

504. – Une option généralement ouverte. Il faut tout d'abord distinguer entre le droit conventionnel et le droit commun de la dévolution de compétence. L'article 46 du code de procédure civile autorise le demandeur à saisir, à son choix, la juridiction du lieu où demeure le défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. Ces règles ne sont applicables que dans les cas où le défendeur n'est pas situé dans un État lié par le règlement Bruxelles I bis¹⁷⁸⁸ ou la convention de Lugano¹⁷⁸⁹. Ces derniers textes prévoient, eux aussi, une option entre la compétence de la juridiction où est domicilié le défendeur¹⁷⁹⁰ ou celle où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire¹⁷⁹¹. L'option ouverte se rapproche de celle offerte par l'article 46 du code de procédure civile, car la Cour de justice a énoncé que le lieu où le dommage s'est produit peut s'entendre du lieu du fait générateur ou de celui du dommage¹⁷⁹².

505. – Des critères différenciés selon les contentieux. Sur l'internet, ces critères sont, une nouvelle fois, sujets à interprétation. La jurisprudence française a tout d'abord été tentée par le critère de l'accessibilité. La première chambre civile a adopté le simple critère de l'accessibilité dans son arrêt *Cristal* du 9 décembre 2003¹⁷⁹³. Peinant à convaincre de la

¹⁷⁸⁷ Rapp., plaçant en faveur d'un standard international de protection du consommateur : M. Vivant, « *Le commerce électronique, défi pour le juge* », D. 2003 p. 674⁺, n° 10-2. – *Adde* : analysant, face à ces questions, les vertus et les limites de l'autorégulation : M. Vivant, « *Internet, support publicitaire régulation et déontologie* », Gaz. Pal., 1997, II, doct. pp. 1503-1506.

¹⁷⁸⁸ Le règlement dit Bruxelles I bis, n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, en vigueur depuis le 10 janv. 2015, s'est substitué au règlement dit Bruxelles I, n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000.

¹⁷⁸⁹ Convention de Lugano du 16 sept. 1988, « mise à jour » le 30 octobre 2007, est une convention « parallèle » incluant les membres de l'AELE (Association européenne de libre échange) entre lesquels il existe également des relations commerciales fortes.

¹⁷⁹⁰ Art. 4.1 du règlement Bruxelles I bis et 2.1 de la Convention de Lugano.

¹⁷⁹¹ Art. 7.2 du règlement Bruxelles I bis et 5.3 de la Convention de Lugano.

¹⁷⁹² Voy. l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* (CJCE, 30 nov. 1976, aff. 21/76 : D. 1977 p. 614, note G. Droz ; JDI 1977.728, note A. Huet ; Revue critique de droit international privé 1977 p. 568, note P. Bourel) et surtout CJCE l'arrêt *Fiona Shevill* de 1995 (CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93 : JDI 1995. 543, obs. A. Huet ; Revue critique de droit international privé 1996 p. 487, note P. Lagarde).

¹⁷⁹³ Civ. 1, 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Cristal* : préc.

rationalité de sa solution, elle a vu sa jurisprudence combattue par les juges du fond¹⁷⁹⁴. Ces derniers ont notamment pu affirmer qu'ils ne sont compétents qu'en cas d'impact économique sur le territoire national¹⁷⁹⁵. La chambre commerciale, de son côté, a clairement pris parti pour le critère du ciblage, principalement en matière de contrefaçon de marque¹⁷⁹⁶ et de concurrence déloyale¹⁷⁹⁷. La CJUE, en matière de marque protégée, n'a pas adopté ce même critère. Le juge compétent est, selon son interprétation, soit celui du lieu d'établissement de la personne émettrice ou celui du pays d'enregistrement de la marque. La même juridiction, avec la décision *Football Dataco* du 18 octobre 2012, a semblé s'ouvrir au critère du ciblage dans le domaine de la protection *sui generis* des bases de données¹⁷⁹⁸. Toutefois, l'arrêt *Pinckney* du 3 octobre 2013 a affirmé le critère de l'accessibilité en cas d'atteinte à des droits d'auteurs¹⁷⁹⁹. En matière d'atteinte à un droit de la personnalité, la solution consacrée veut que la victime puisse saisir la juridiction du lieu du centre de ses intérêts pour son entier dommage¹⁸⁰⁰. La question de l'extension de cette exception au droit moral de l'auteur reste réservée¹⁸⁰¹.

506. – Comment justifier ces différences de traitement ? L'utilisation du critère de l'accessibilité en matière de droit d'auteur se comprend si l'on considère que l'atteinte doit être sanctionnée en elle-même¹⁸⁰². Elle n'écarte pourtant par le grief tenant au fait de donner compétence à autant de juridictions que de territoires accessibles¹⁸⁰³. En matière d'atteinte à

¹⁷⁹⁴ Voy. CA Paris, ch. 4, 26 avr. 2006, *SA Normalu et a. c/ SARL Acet* : Juriscom ; Comm. Com. électr. 2006, comm. 106, obs. C. Caron ; Comm. Com. électr. 2007, chron. 1, n° 8, obs. M.-E. Ancel. – CA Paris, 9 nov. 2007, *Casse c. eBay* : D. 2008 p. 8, obs. C. Manara ; p. 1515, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2008 p. 95, obs. Ph. Gaudrat ; p. 310, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁷⁹⁵ TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 16 mai 2008, *L'Oréal et a. c/ eBay France et a.* : RLDI 2008/39 n° 1294 obs. L. C. – TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 16 mai 2008, *Sté Rue du Commerce c/ Carrefour Belgium* : RLDI 2008/39 n° 1295 obs. L. C. – CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010 : JCP E 2010 1986, note A. Debet.

¹⁷⁹⁶ Com., 13 juill. 2010, n° 06-20.230, *Louis Vuitton c/ Google* – Com., 29 mars 2011, n° 10-12.272, *SARL Maceo c/ eBay* – Com. 3 mai 2012, n° 11-10.508, *eBay c/ Parfums Christian Dior*.

¹⁷⁹⁷ Com. 20 mars 2012, n° 11-10.600 : D. 2012 p. 2770, obs. Y. Auguet ; Comm. Com. électr. 2012. comm. 80, note V. Pirono.

¹⁷⁹⁸ CJUE, 18 oct. 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco* : préc.

¹⁷⁹⁹ CJUE, 3 oct. 2013, *Pinckney*, aff. C-170/12 : Comm. com. électr. 2014, comm. 33 obs. C. Caron ; D. 2014 p. 411 obs. T. Azzi ; RLDI/2015 n° 3705 note X. Près ; RTD Com. 2013 p. 731 obs. F. Pollaud-Dulian. – *Adde* CJUE, 22 janv. 2015, *Hejduk*, aff. C-441/13 : RLDI 2015/113, n° 3687 obs. L. C. ; 2014/114 n° 3705 note X. Près.

¹⁸⁰⁰ CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising GmbH c/ X et Olivier M., Robert M/ c/ MGN Limited* : RLDI 2011/76, n° 2524.

¹⁸⁰¹ Très réservé sur ce point : T. Azzi, « Atteintes en ligne aux droits de la personnalité et aux droits de propriété intellectuelle : tribunal compétent et loi applicable », *Légicom*, 2014, n° 52, p. 45.

¹⁸⁰² Sur l'inutilité de la démonstration de la faute en matière de contrefaçon : J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 1037.

¹⁸⁰³ Plaidant pour une conception réelle des propriétés intellectuelles, mais soulignant que « l'internet fait éclater toute logique territoriale » : M. Vivant, « Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle », D. 2011 p. 2351, spé. n°s 10-13. – *Adde* (même auteur) : « Droit d'auteur : déroutante territorialité », D. 2013 p. 1973, soulignant qu'il faut, même dans une conception territoriale de la matière, s'en référer à la loi d'origine pour ce

un droit de la personnalité, la victime est atteinte « *dans son for intérieur* »¹⁸⁰⁴, ce qui peut là aussi justifier la compétence du juge du lieu du centre de ses intérêts pour l'entier dommage. La compétence de la loi du pays d'enregistrement pour le droit des marques est liée au fait que « *chaque titre national n'est normalement protégé que sur le territoire de l'État dans lequel il a été délivré* »¹⁸⁰⁵. Cela n'aurait pas de sens en matière de droit d'auteur où la protection naît sans formalité particulière¹⁸⁰⁶.

Les interactions entre la loi applicable et la compétence juridictionnelle peuvent se manifester au sein d'une même affaire. Une différence de critère trop importante pour déterminer peut aboutir à des incohérences. L'arrêt *Shevill*, s'il a consacré la compétence de la loi du fait dommageable, a également limité l'empire du juge à ce même dommage, sauf à s'adresser à la juridiction du lieu d'établissement de l'éditeur¹⁸⁰⁷. À l'exclusion de cas où cette solution a été exclue¹⁸⁰⁸, il apparaît donc logique d'exiger de la victime qu'elle fasse la preuve de l'existence d'un dommage local au stade de l'établissement de la compétence juridictionnelle¹⁸⁰⁹. Il ne s'agit cependant pas « *d'empiéter sur l'examen au fond de l'affaire* »¹⁸¹⁰. La solution peut résider que dans un allègement de l'intensité de la preuve, et non dans un changement de sa nature – en se contentant par exemple de la preuve de l'accessibilité.

Au-delà de la justification de chacune des solutions, le constat s'impose qu'en comparaison des règles applicables à la compétence législative, un plus grand libéralisme préside à la dévolution de la compétence juridictionnelle. Celle-ci s'explique traditionnellement à deux niveaux¹⁸¹¹. D'une part, il ne s'agit pas de juger du fond de l'affaire à cette étape. D'autre part, la victime doit pouvoir disposer d'un accès à un tribunal pour faire valoir ses droits,

qui est de la titularité car il s'agit là spécifiquement « *de répondre à une question qui n'est autre qu'une question de relations entre parties prenantes* » (n° 7).

¹⁸⁰⁴ T. Azzi, *op. cit.*, p. 44

¹⁸⁰⁵ T. Azzi, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁰⁶ En ce sens : T. Azzi, *op. cit.*, p. 44

¹⁸⁰⁷ CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93 : préc. – T. Azzi, *op. cit.*, p. 48 soulève que la reconnaissance de la compétence juridictionnelle sur la base de l'accessibilité peut aboutir à un échec des revendications sur le constat de l'absence de dommage local. De plus, le critère de la focalisation applicable à la compétence législative peut aboutir à faire appliquer une loi étrangère en France, alors que l'application de la *lex loci protectionis* ne la rend compétente que pour les dommages subis à l'étranger. La juridiction est donc compétente parce que des dommages sont subis en France alors même que la loi qu'elle va appliquer n'est compétente que pour les dommages subis à l'étranger. *Adde* : J. Larrieu, *Propriété industrielle*, 2005/4, éd. 9, n° 3, note ss. Com., 11 janv. 2005, n° 02-18.38, *Hugo Boss*.

¹⁸⁰⁸ En matière de droit de la personnalité, voy. : *supra*, n° 505.

¹⁸⁰⁹ En ce sens : O. Cachard, *op. cit.*, RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, n° 22.

¹⁸¹⁰ T. Azzi, *op. cit.*, p. 42.

¹⁸¹¹ *Contra*, plaçant pour l'unité des critères de dévolution de la compétence législative et judiciaire : O. Cachard, *op. cit.*, RLDI 2010/63 suppl., n° 2098, n° 14.

fusse en vertu d'une loi étrangère. La même exigence s'impose en matière contractuelle¹⁸¹².

507. – Les clauses attributives de compétence sont en principe valides. La CJUE a admis le principe de leur acceptation par simple click¹⁸¹³. Cependant, ce type de clauses doit être sanctionné lorsqu'elles ne sont pas assez claires¹⁸¹⁴ ou opposées à un consommateur¹⁸¹⁵. Ce dernier bénéficie en ce domaine d'une protection spécifique lui permettant d'agir devant les tribunaux de l'État où il réside¹⁸¹⁶. Le règlement Bruxelles I bis précise que le professionnel doit avoir dirigé ses activités vers cet État¹⁸¹⁷. « *Il paraît assez légitime d'y voir une consécration du critère du « ciblage»* »¹⁸¹⁸. Plus largement, la solution devrait valoir de façon générale, car un professionnel qui ne dirige aucunement son activité vers la France ne devrait pas être attiré devant les juridictions françaises, alors que c'est le consommateur qui a choisi son cocontractant. Ce sont, une nouvelle fois, les activités non neutres de l'intermédiaire qu'il faut analyser pour déterminer ce ciblage.

508. – Étapes. La dévolution de la compétence juridictionnelle ou législative sur le simple critère de l'accessibilité conduit, sur un réseau neutre, à reconnaître une compétence universelle. La neutralité du *net*, en ce qu'elle implique une accessibilité universelle des contenus partout dans le monde, fait apparaître clairement l'irrationalité de ce critère. Un critère faisant cas du ciblage opéré par le service paraît plus adapté. C'est alors les activités non neutres qu'il faut analyser pour déterminer si le public français fait partie de la cible du service.

Le prisme de la neutralité n'apporte pourtant pas de solutions définitives. Il a certes mis en lumière que l'analyse des activités non neutres est inhérente au critère du ciblage. Or, ce dernier est particulièrement utile pour déterminer la loi applicable. Le critère du ciblage est

¹⁸¹² En ce sens, une clause attribuant compétence à des juridictions californiennes est « *de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action* » et doit être vue comme abusive (TGI Paris, ch. 4, sect. 2, ord., 5 mars 2015, *F. X. c/ Facebook Inc.* : Légalis ; RLDI/115 n° 3735 note M. Moritz).

¹⁸¹³ La Cour a affirmé récemment que « *la technique d'acceptation par « clic » des conditions générales d'un contrat de vente, [...], conclu par voie électronique, qui contiennent une convention attributive de juridiction, constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention* » au sens de l'art. 23.1 du règlement Bruxelles prévoyant qu'une transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention doit être considérée comme revêtant une forme écrite (CJUE, 21 mai 2015, *J. El Majdoub c/ CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, aff. C-322/14, § 40 : Légalis ; RLDC 2015/129 n° 5930 obs. M. J.).

¹⁸¹⁴ Appliquant l'art. 48 du code de procédure civile pour sanctionner une clause attributive peu visible insérée dans un contrat de référencement de site web : CA Aix-en-Provence, ch. 2, 9 avr. 2015 *sté. d'Application de Techniques Modernes c/ Ressources & Marketing* : Légalis.

¹⁸¹⁵ TGI Paris, ch. 4, sect. 2, ord. du juge de la mise en état, 5 mars 2015, *F. X. c/ Facebook Inc.* : préc.

¹⁸¹⁶ Art. L. 141-5 c. conso.

¹⁸¹⁷ Art. 17 c du règlement Bruxelles I bis et 15 c de la Convention de Lugano. – Pour l'application de ce critère dans l'environnement numérique : CJEU, 7 déc. 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09. Sur ce point : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *op. cit.*, n°s 1347-1348.

¹⁸¹⁸ M. Vivant, *op. cit.*, D. 2003 p. 674⁺, n° 8.

d'autant plus solidement assis que, par l'analyse des activités non neutres, ce sont les choix effectués par un service qui sont examinés. Il n'en va toutefois pas de même en matière de compétence juridictionnelle où le droit positif fait preuve d'un plus grand libéralisme. Le critère de l'accessibilité y retrouve une certaine place. S'il facilite l'accès au juge et ne nécessite pas d'analyses poussées relevant du débat contradictoire, il faut prendre garde à ce que son articulation avec les critères de compétences législatives ne débouche pas sur des solutions incohérentes.

Le standard du prestataire ciblant le public français rejoint enfin celui du prestataire raisonnable et du prestataire ouvert. Car un service se doit, lorsqu'il cible les internautes français, de se conformer aux normes de notre système juridique.

509. – Conclusion du Chapitre 2. La régulation des activités non neutres des intermédiaires techniques est moins encadrée que celle de leurs activités neutres. Cette régulation n'est pas un simple complément de la neutralité, elle lui est intimement liée. Les divers standards de comportement permettant d'évaluer les activités non neutres des intermédiaires techniques doivent varier en fonction de leur degré de neutralité. Plus la neutralité d'un intermédiaire est orientée et génératrice de risques, plus ses activités non neutres doivent être encadrées.

En premier lieu, les activités non neutres d'un intermédiaire doivent répondre au classique standard du raisonnable. Ses implications sont ici, comme en d'autres domaines, innombrables. Le cadre de notre étude a conduit à se concentrer sur ses points de friction avec la neutralité. Lorsqu'il exige des intermédiaires qu'ils prennent des mesures de précaution ou qu'ils collaborent avec les victimes pour assainir leurs infrastructures, le principal risque est de remettre en cause purement et simplement la neutralité. La limite à ne pas dépasser est celle du contrôle *a priori* des contenus. Pour s'en garder, chaque mesure de précaution doit être strictement attachée à une activité non neutre et se limiter à ce champ. C'est par ce moyen qu'il peut être demandé davantage aux intermédiaires qui ont choisi de s'exposer à un risque important, car ces intermédiaires sont également les moins neutres. Leurs activités non neutres permettent de leur imposer des mesures adaptées à leur activité. Les mesures de prévention exigées des plateformes vidéo exposées au risque de contrefaçon sont sûrement l'exemple le plus visible de ce phénomène en jurisprudence.

Le deuxième aspect de la régulation des activités non neutres est probablement plus inattendu. Il implique de les analyser au regard d'un standard d'ouverture. Celui-ci interdit aux activités non neutres de restreindre de manière excessive les libertés des utilisateurs. Il en

va de la cohérence de l'édifice : si les activités neutres bénéficient d'un régime de responsabilité favorable afin de préserver les libertés des utilisateurs, les activités non neutres ne doivent pas obérer ces mêmes libertés. Si nous avons choisi de ne pas adopter le prisme d'un éventuel standard de l'intermédiaire neutre, il est un cas où la neutralité devrait produire des effets très directs. Lorsqu'un prestataire commercialise un « accès à l'internet » il est parfaitement justifié qu'il s'oblige à respecter son principe de fonctionnement historique. Dans l'esprit du public, le modèle de l'accès à l'internet est le modèle de l'accès neutre, c'est-à-dire celui d'un accès permettant d'utiliser tous les services de l'internet. Pour le reste, le standard du prestataire ouvert est plus adapté que celui du prestataire neutre. Ce dernier pourrait se révéler à la fois excessif, car imposant un comportement trop précis, et limité, car ne s'imposant qu'aux acteurs du réseau alors que les libertés des utilisateurs peuvent être limitées par bien d'autres personnes. À l'inverse, *l'ouverture est le standard de la communication moderne* dont la neutralité est l'une des manifestations. Le standard du prestataire ouvert est apparu dans différentes branches du droit de la responsabilité, par des mécanismes permettant à la neutralité de se réaliser bien au-delà du réseau. Il est regrettable que cette voie ne bénéficie que de peu d'attention, car elle met en œuvre des mécanismes efficaces et économes en moyens.

Enfin, lorsqu'un contentieux fait apparaître un élément d'extranéité, l'analyse des activités non neutres d'un intermédiaire est d'un précieux secours pour déterminer la loi applicable et la juridiction compétente. À notre sens, ces activités doivent témoigner du ciblage du public français pour permettre l'application de la loi française. La compétence de nos juges peut, elle, s'accommoder de plus de libéralisme.

510. – Conclusion du titre premier. Pour que les intermédiaires techniques contribuent à la régulation de l'internet, il est indispensable de définir les cas dans lesquels les limitations de responsabilité dont ils bénéficient s'effacent. Ne nous y trompons pas, il s'agit sur cette voie de remettre en cause *a posteriori* la neutralité d'un intermédiaire. En elle-même, la connaissance par l'intermédiaire d'être le vecteur de contenus illicites ne devrait pas être un élément suffisant. Il faut encore qu'il ait le pouvoir d'intervenir et qu'il ne l'ait pas fait pour que sa neutralité puisse être vue comme illégitime. À ce titre, les hébergeurs sont la pierre angulaire de toute régulation sur le réseau. Ils ont la maîtrise de la source des contenus, ce qui rend leur intervention particulièrement efficace. Le droit positif l'a bien compris en prévoyant des mécanismes extrajudiciaires de cessation de l'illicite applicables aux seuls hébergeurs. À l'inverse, le pouvoir dont disposent les FAI sur les contenus est peu efficace et malhabile. La

remise en cause de leur neutralité comporte donc des risques pour les libertés en ligne. Ainsi, les mesures de cessation qui peuvent leur être imposées, à notre sens, doivent être subsidiaires et imposées par un juge.

Les activités non neutres des intermédiaires techniques peuvent être régulées avec une latitude beaucoup plus étendue, car les limitations de responsabilité prévues par la directive ne leur sont pas applicables. Elles sont aussi d'une variété bien plus grande. L'identification, en première partie, des activités neutres des intermédiaires techniques en avait déjà dessiné les contours¹⁸¹⁹. Les activités non neutres spécialisent la neutralité d'un intermédiaire et témoignent des choix qu'il a effectués. En fonction du positionnement qui en résulte, des mesures de précaution supplémentaires peuvent lui être imposées. La limite à ne pas dépasser, sous peine de déstabiliser l'ensemble de l'édifice, est celle de la remise en cause de la neutralité de l'intermédiaire. En parallèle, c'est également par la voie de la régulation des activités non neutres que des obligations tenant à la préservation de la neutralité peuvent être imposées. Il est légitime de demander à un intermédiaire qui bénéficie d'un régime de responsabilité limitée de ne pas paralyser l'exercice des libertés qui justifient le caractère favorable de ce régime. Les mesures d'ouverture imposées aux activités non neutres apparaissent alors comme le prolongement naturel de la neutralité. Ces activités révèlent l'orientation d'un service, ce qui peut être d'un précieux secours pour le droit international privé. Le ciblage d'un territoire dont elles peuvent témoigner est un précieux guide pour établir les compétences législatives et juridictionnelles en ce domaine.

Les mécanismes que la responsabilité civile déploie permettent de réguler la neutralité de manière particulièrement efficace. Appliquée aux intermédiaires techniques, elle ne reste toutefois qu'un mécanisme de régulation intervenant en aval. Pour se saisir de la source des dommages, elle doit se tourner directement vers les utilisateurs de l'internet.

¹⁸¹⁹ *Supra*, n^{os} 164 s.

Titre II. – La responsabilité des utilisateurs d'un réseau neutre

« Les hommes ne sont, ni, hélas, des sages, ni, heureusement des robots. Le décalage entre le Droit et la vie ne fait que traduire, au fond, leur qualité d'être libres et la réalité de la condition humaine. »

Jean Rivero¹⁸²⁰

511. – De la liberté à la responsabilité des utilisateurs. En consacrant la liberté des utilisateurs, la neutralité a nécessairement consacré leur responsabilité¹⁸²¹. Les possibilités de mettre en œuvre la responsabilité des intermédiaires techniques étant fortement limitées, la responsabilité sur l'internet se canalise logiquement sur les auteurs de dommages (Chapitre 1). *A priori*, le contenu des politiques juridiques les visant n'est pas du domaine de

¹⁸²⁰ « *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique* », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 685.

¹⁸²¹ L'étude du droit positif laisse apparaître que la responsabilité est encore aujourd'hui le corollaire essentiel de la liberté de l'auteur du dommage (en ce sens : B. Girard (préf. M. Fabre-Magnan), *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, 2015, spé. n^{os} 51-52, pp. 64-66). – Par ailleurs, cette relation est utilisée pour accompagner et justifier le mouvement contemporain de libéralisation. L'idée, observe le professeur Gilles Martin, est classique : « si plus de « liberté » est laissée aux acteurs sociaux, c'est à la condition que leur responsabilité civile croisse en proportion. » (« Principe de précaution et responsabilités », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, p. 420). – Comp., jugeant que « situer la responsabilité par rapport à la seule idée de liberté d'action est insuffisant » et proposant d'« intégrer un troisième facteur dans l'équation, celui de la sécurité de la victime, de ses propres droits et libertés » : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, p. 39.

la neutralité. Notre étude pourrait s'arrêter sur ce constat. Ce serait s'arrêter avant d'avoir vérifié que la neutralité peut s'insérer dans une politique juridique d'ensemble, efficace et cohérente. Pourtant, alors qu'il s'agit maintenant de sanctionner les auteurs de dommages et de replacer les victimes dans leurs droits, il n'est pas certain que la responsabilité civile retrouve son empire. Dans ce qui aurait dû être son domaine de prédilection, elle est mise au défi de remplir ses fonctions aux côtés de l'infinie diversité des règles juridiques auxquelles les usages donnent prise (Chapitre 2).

Chapitre 1. – La canalisation de la responsabilité sur les auteurs de dommages

512. – Une responsabilité en prise directe avec les usages. Un réseau neutre étant, par définition, incapable de faire des choix, tous ses usages sont générés par ses utilisateurs. De simples internautes aux éditeurs de services en lignes, tous utilisent un réseau qui leur accorde une liberté presque totale. À partir de ce constat, la canalisation de la responsabilité sur les utilisateurs du réseau s'inscrit dans un schéma de responsabilité cohérent¹⁸²² (Section 1). Comme de la théorie à la pratique, la mise en œuvre de leur responsabilité rappelle que la réalisation du droit est sujette, particulièrement sur l'internet, à bien des aléas (Section 2).

Section 1. – Un schéma de responsabilité cohérent

513. – L'envers de la neutralité. Le schéma de responsabilité conduisant à considérer les auteurs de dommages comme les premiers à devoir en répondre apparaît comme porteur d'un principe de justice élémentaire (§ 1). En parallèle, l'absence de responsabilité du réseau pour les usages illicites qui en sont faits ne peut se justifier que s'il donne les moyens d'établir l'identité de leurs auteurs. La place des intermédiaires techniques est donc essentielle dans ce schéma de responsabilité. Ils apparaissent comme les vecteurs indispensables de la responsabilité sur l'internet (§ 2).

¹⁸²² Des auteurs évoquent un « schéma général de responsabilité » (Vivant et alii, n^{os} 2475 s.).

§ 1. – Les auteurs de dommages comme premiers responsables

514. – Le caractère pleinement juridique de la neutralité. La liberté que la neutralité permet est porteuse de vertus considérables, mais aussi de dommages importants auxquels il est impératif de répondre. La canalisation de la responsabilité sur les auteurs de ces dommages se justifie par la liberté que la neutralité leur offre (I). Dans ce schéma, la neutralité est tout sauf la négation du droit. Les utilisateurs d'un réseau neutre, du simple internaute à l'éditeur d'un site web, se trouvent soumis à l'ensemble du droit positif. Il y a là une manifestation très visible de la différence entre la neutralité du *net* et la théorie du *cyberspace* (II). Alors qu'elles sont parfois confondues, il faut rappeler que là où la neutralité s'appuie sur le droit, la théorie du *cyberspace* le rejette.

I. – Une responsabilité induite par la neutralité du réseau

515. – L'accord avec le principe de neutralité. « Condition de la liberté, ce principe de « neutralité de l'internet » ne doit cependant pas faire obstacle à la mise en jeu de la responsabilité des utilisateurs, en raison des abus commis par eux. »¹⁸²³. La neutralité ne pose aucun obstacle de principe à l'application du droit de la responsabilité aux utilisateurs. Bien plus, dans une perspective juridique, elle implique cette responsabilité. Lorsque les partisans de la neutralité indiquent que la responsabilité doit être canalisée, autant que possible, aux extrémités du réseau, ils emploient un langage de technophiles pour soutenir le principe élémentaire selon lequel le premier responsable d'un dommage est celui qui en est à l'origine¹⁸²⁴. Si la neutralité impose quelque chose à la responsabilité, c'est uniquement de ne pas entraver sa fonction de transport. Elle est indifférente à toute autre forme d'encadrement des usages, car, par définition, elle ne leur impose rien. Elle pose simplement la structure sur laquelle ils sont libres de se développer. C'est déjà beaucoup à appréhender pour le droit.

516. – L'appui de la liberté des utilisateurs. « L'éthique de la responsabilité repose sur la liberté humaine » rappelle Yvonne Lambert-Faivre¹⁸²⁵. Or, le haut degré de protection que le droit accorde à l'internet se base sur les libertés qu'il offre à ses utilisateurs¹⁸²⁶. Il y aurait

¹⁸²³ Sirinelli et alii, n° 110-95.

¹⁸²⁴ Il s'agit d'un « principe indiscutable » pour une doctrine autorisée (Vivant et alii, n° 2463).

¹⁸²⁵ Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », RTD Civ. 1998, p. 1⁺.

¹⁸²⁶ Voy. le mouvement de fondamentalisation de l'accès observé *supra*, n° 90 s.

incohérence à consacrer la liberté des usages en matière de communication et d'économie sans consacrer, en même temps, leur responsabilité. Une orientation soutenue par le fait qu'un réseau neutre n'effectuant aucun choix, ce sont les utilisateurs, qui en toute liberté, décident de leurs usages. Leur responsabilité est donc pleinement justifiée par leur liberté.

517. – La neutralité de l'internet a déjà abondé aux justifications de la limitation de la responsabilité des intermédiaires techniques¹⁸²⁷. Elle implique maintenant, d'autant plus fortement, de canaliser la responsabilité sur les utilisateurs du réseau. C'est l'un des effets indirects de l'allègement de cette responsabilité que de mettre en lumière celle des premiers auteurs des abus en ligne. Aucune « *éthique de l'irresponsabilité* »¹⁸²⁸ ne pose d'obstacle à leur responsabilité. C'est heureux, car « *plus on croit responsabiliser en identifiant sans cesse de nouveaux responsables – ceux qui indemniseront au bout du compte, mais sans assumer pour autant une véritable responsabilité morale – plus, en fait, on déresponsabilise.* »¹⁸²⁹. Le réseau n'étant pas responsable des usages qu'il permet, il ne laisse qu'une seule voie à la responsabilité, celle de se canaliser sur les utilisateurs du réseau.

Ainsi, dans un schéma de responsabilité respectueux de la neutralité, il ne s'agit pas de trouver un débiteur, mais de poursuivre l'auteur direct du dommage. Ceux qui ne pourront être indemnisés par l'auteur principal resteront sans indemnisation, à moins que des mécanismes de répartition des risques ou de solidarité prennent le relais. Le droit de la responsabilité pourra tout de même en être saisi, mais avant tout par d'éventuelles mesures de cessation¹⁸³⁰.

518. – **L'accessibilité à la responsabilité des utilisateurs.** Il est parfois fait référence à l'intelligence des extrémités du réseau pour dire que les utilisateurs d'un réseau neutre sont nécessairement à l'origine de toutes les activités qui s'y développent. « *Le réseau internet est, historiquement, un réseau dont l'intelligence est située aux extrémités, dans les machines qui y sont connectées* » indique le rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la neutralité¹⁸³¹. Il faut s'entendre sur ce que désigne ici l'intelligence. Il s'agit d'une expression imagée pour dire que, sur un réseau neutre, toutes les idées, que ce soit sous la forme d'expressions, d'innovations ou de créations diverses¹⁸³², trouvent leur source dans les usages.

¹⁸²⁷ *Supra*, n°s 209-211.

¹⁸²⁸ Y. Lambert-Faivre, « *L'éthique de la responsabilité* », RTD Civ. 1998, p. 1⁺.

¹⁸²⁹ C. Pecnard, « *Libre propos sur le principe de responsabilité* », LPA, 14 oct. 2004, n° 206, p. 3⁺.

¹⁸³⁰ Sur celles-ci : *supra*, n°s 297 s.

¹⁸³¹ *Erhel et Raudière*, p. 13.

¹⁸³² Sur le caractère humain des idées : Ph. le Tourneau, « *Folles idées sur les idées* », Comm. com. électr., 2001, n° 2, chron. 4, spé. n° 10, *adde* sur le caractère artificiel de la différenciation entre le fond et la forme des idées,

Elle désigne ici quelque chose de beaucoup plus vaste que l'imputabilité morale aujourd'hui abandonnée¹⁸³³. L'intelligence sur laquelle un réseau neutre canalise la responsabilité n'implique pas la conscience ou un quelconque trait psychologique. Elle permet de différencier la variété des activités humaines d'un comportement mécanique d'intermédiaire, le même dont il a été dit qu'il n'implique aucun choix¹⁸³⁴. Or, l'humain a ses faiblesses. Il lui arrive de ne pas être capable d'anticiper les suites de son comportement ce qui empêchera, peut-être, d'engager sa responsabilité, mais la neutralité ne l'implique en rien. Ce comportement reste typiquement humain et ne s'identifie pas à un comportement mécanique.

Des usages peuvent certes être générés de manière mécanique. Des robots ou des objets connectés peuvent agir comme le feraient des humains. C'est une réalité de plus en plus présente dans notre quotidien. Cependant, au stade de la technologie actuelle, nous sommes encore très loin d'une intelligence artificielle qui, un jour, posera peut-être la question de sa propre responsabilité¹⁸³⁵. Chaque objet connecté ne fait qu'adopter le comportement que son utilisateur ou son concepteur attend de lui. L'un ou l'autre doit, selon les cas, répondre du comportement de l'objet. À l'autre extrémité se trouvent les services en ligne n'ayant pas de fonction d'intermédiaires. En ce que ces services utilisent le réseau internet, ils en font usage. Ceux qui les éditent en sont responsables. Tout usage du réseau, conscient ou non, mais humain par essence, peut donc être saisi par le droit de la responsabilité.

II. – Une responsabilité différenciant la neutralité de la théorie du cyberspace

519. – L'impérative différenciation de la neutralité et du cyberspace. Pour garder espoir de concilier responsabilité et neutralité, il faut rejeter toute assimilation du concept de neutralité et de la théorie du cyberspace. Cette assimilation s'est vue en doctrine. Si nous

n° 9.

¹⁸³³ Il est bien connu que depuis la loi du 3 janvier 1968 (Art. 489-2 C. civ ancien, 414-3 nouveau) et les célèbres arrêts Lemaire et Derguini (Plén, 9 mai, 1984, D. 1984, p. 525 ; JCP G 1984 II 20256, note P. Jourdain ; II 20555 note N. Dejean de la Batie ; GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 193.), les personnes souffrant de troubles mentaux et les *infantes* peuvent voir leur responsabilité engagée sans considération pour la conscience qu'ils ont pu avoir des faits (*Viney et Jourdain*, t. II, n° 444 ; *Le Tourneau*, n° 6706). Leur comportement sera évalué à l'aune d'un standard de comportement moyen, voy. H. Mazeaud, « La « faute objective » et la responsabilité sans faute », D. 1985, chron., p. 14).

¹⁸³⁴ Voy. nos propositions, *infra*, n°s 165-167.

¹⁸³⁵ « Demain, ce seront les hologrammes « physiquement » mêlés à notre univers, les ordinateurs quantiques, les « puces moléculaires », les œuvres inscrites dans le vivant, la redéfinition de celui-ci entre cristaux et virus, qui obligeront à sortir des certitudes tranquilles et à créer d'autres modèles. » écrivait le professeur Michel Vivant en 2000 (« L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », JCP G, 2000, I 193, n° 1). 15 ans plus tard, l'heure n'est pas venue, mais les progrès, et surtout la combinaison, des technologies dites NBIC (Nanotechnologies, Biotechnologies, Informatique et sciences Cognitives) nous en rapproche singulièrement.

partageons globalement les vues du professeur Derieux, notamment lorsqu'il affirme que « *la liberté ne peut pas être l'absence de règles et de sanction de leur violation.* »¹⁸³⁶, il nous paraît adopter une conception radicale de la neutralité l'apparentant à la théorie du *cyberspace* lorsqu'il décrit le principe de neutralité comme un « *obstacle à la responsabilité* »¹⁸³⁷. Or, le droit doit pouvoir s'appliquer sur l'internet, car il y a des valeurs à y défendre. La neutralité s'appuie sur ces valeurs défendues par le droit alors que la théorie du *cyberspace* rejette le droit positif dans son ensemble. Il faut rejeter cette théorie pour ce qu'elle est (A) et pour ce à quoi elle conduit (B).

A. – Le rejet du droit par la théorie du *cyberspace*

520. – Du rejet du droit au *cyberspace*¹⁸³⁸. GénY écrivait voici près d'un siècle que « *la plus simple observation de la vie sociale suffit, je pense, à faire sentir la nécessité inéluctable d'une règle de conduite, sans laquelle le monde ne serait que désordre et chaos.* »¹⁸³⁹. Cette évidence n'en est plus toujours une dans le contexte de l'internet. Le rejet par certains pionniers de l'internet de toutes règles autres que celles qu'ils se sont données eux-mêmes a abouti à l'idée que l'internet serait une invention foncièrement nouvelle, témoignant du passage à une nouvelle ère. Ce passage serait d'une telle importance qu'il impliquerait l'inapplicabilité des lois préexistantes, non seulement quant à leurs contenus, mais aussi quant à leurs sources. Une sorte de loi du 30 ventôse an XII de l'internet. Cette rupture fut matérialisée par la Déclaration d'indépendance du Cyberspace de John Perry Barlow qui commence par ces mots : « *Gouvernements du monde industriel, géants fatigués de chair et d'acier, je viens du cyberespace, la nouvelle demeure de l'esprit. Au nom de l'avenir, je vous demande, à vous qui êtes du passé, de nous laisser en paix. Vous n'êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n'avez aucun droit de souveraineté sur le territoire où nous nous rassemblons.* »¹⁸⁴⁰. Si cette déclaration est formulée sans légitimité apparente dans un esprit quasi-adolescent, on aurait tort d'en minimiser la signification.

¹⁸³⁶ E. Derieux, « *Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?* », JCP G, 2012, doctr. 386, n° 48. – Adde : « *Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'internet* », RLDI 2011/74, n° 2464.

¹⁸³⁷ E. Derieux, *op. cit.*, JCP G, n° 13, 26 mars 2012, 386, n° 22 s.

¹⁸³⁸ *Cyberspace*, cyberespace ou cybermonde : ces variations désignent la même théorie. Nous avons choisi d'utiliser le terme *cyberspace*, car l'expression originale en anglais nous semble source de moins de confusion.

¹⁸³⁹ F. GénY, *Science et technique*, 2^e éd., 1932, t2, n° 164, p. 364.

¹⁸⁴⁰ Le texte original en anglais intitulé *A Declaration of the Independence of Cyberspace* a été publié par son auteur depuis Davos en février 1996, puis repris sur de nombreux supports. La version originale est encore disponible sur le site de l'*Electronic Frontier Foundation* : <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Une traduction fidèle peut être consultée sur <http://morne.free.fr/celluledessites/OeilZinE/declarationdindependanceducyberspace.htm> (pages consultées le 14 juill. 2004).

521. – L'ancrage technique de la théorie du cyberspace. La théorie du cyberspace partage avec la neutralité les mêmes racines techniques. Elle peine à s'en extirper, car, contrairement à la neutralité qui s'appuie sur des droits et libertés juridiquement reconnus, elle rejette le droit positif. Elle y substitue un idéal technique influencé à la fois par les valeurs du monde universitaire et par la contre-culture américaine desquelles l'internet a émergé¹⁸⁴¹. Ce contexte portait sans doute en germes le rejet du droit. Ripert soulignait que « *par son insuffisance le droit est insupportable aux esprits trop idéalistes* »¹⁸⁴². Toujours est-il que parmi ceux qui ont conçu et qui font fonctionner le réseau mondial, ce qui fait la légitimité, c'est avant tout la compétence technique¹⁸⁴³. Encore aujourd'hui, le fonctionnement du réseau mondial repose sur des logiciels libres développés selon ce modèle méritocratique¹⁸⁴⁴. Les personnalités importantes dans ce milieu sont celles qui contribuent efficacement au développement des logiciels ; celles qui font preuve d'une grande maîtrise technique. Ce sont elles qui prennent les décisions importantes et qui bénéficient d'une grande écoute. Or, sur l'internet comme ailleurs, « *la force obligatoire d'un modèle de comportement ne saurait dépendre d'autre chose que de son origine : l'autorité, la hiérarchie, la procédure et le processus sont autant de facteurs de construction de conditions d'application.* »¹⁸⁴⁵. Il est facile de percevoir que le droit issu des parlements et des tribunaux est vu, par ceux qui placent la technologie au-dessus de tout, comme illégitime parce que provenant de personnes techniquement peu compétentes. Les zones d'impuissance du droit donnent régulièrement du crédit à cette conception du pouvoir.

B. – L'impasse de la théorie du cyberspace

522. – *Ubi societas, ibi jus*. Au-delà du rêve libertaire, la théorie du cyberspace ne peut aboutir à un « espace » dépourvu de droit. John Perry Barlow désignait lui-même comme seule règle universelle du cyberspace ce qu'il nomme « *la règle d'or* » par référence à la *nétiquette*, la règle de bonne conduite la plus ancienne et générale gouvernant les

¹⁸⁴¹ *Supra*, n° 8.

¹⁸⁴² G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 19.

¹⁸⁴³ Patrice Flichy décrit l'organisation sociale horizontale à l'origine de l'internet comme étant « *une communauté d'égaux où le statut de chacun repose essentiellement sur le mérite, évalué par les pairs. Mais contrairement à la tradition universitaire classique, cette évaluation n'est pas faite seulement par les instances légitimes (commissions, revues...), mais par des collègues ordinaires [...]. Le débat est donc largement ouvert et ne peut être clos par un argument d'autorité.* » (*L'imaginaire d'Internet*, La Découverte, coll. « Sciences et société », 2001, p. 81)

¹⁸⁴⁴ Sur l'importance de ce travail collaboratif dans la construction même de l'internet, voy. P. Flichy, *op. cit.*, pp. 64-65. Sur les logiciels libres eux-mêmes, voy. *infra*, n° 618-621.

¹⁸⁴⁵ P. Deumier, « *Les sources de l'éthique des affaires. Code de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques* », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 341.

comportements dans les espaces numériques. « *Nous espérons que nous serons capables d'élaborer nos solutions particulières sur cette base* » poursuivait-il. C'est affirmer vouloir créer son propre droit¹⁸⁴⁶. La théorie du *cyberspace* ne pose donc pas les bases d'un espace sans droit, mais d'un espace soumis aux règles nécessaires à son fonctionnement. Elle produit un droit concurrent, un droit d'un système juridique attaché à aucun autre. Un système juridique dont on peut d'ailleurs observer qu'il a une certaine efficacité, même si son organisation horizontale a du mal à dessiner une pyramide¹⁸⁴⁷.

523. – À l'évidence, le *cyberspace*, faute de matérialité, n'est pas un réel espace indépendant. Bien au contraire, l'ubiquité qu'il confère aux données numériques a pu faire douter de la pertinence d'une règle limitant la compétence des juges nationaux. En réalité, c'est sur la base de la critique du contenu des règles du droit positif que prospère la théorie du *cyberspace*. L'inapplicabilité du droit préexistant à l'internet est demandée, non pas parce que l'internet serait un système juridique indépendant, mais parce que son caractère nouveau commanderait ce rejet. En ce sens, le *cyberspace* ne serait qu'une adaptation de la règle kelsénienne de la liberté voulant que si un système juridique ne dispose rien en un domaine, la liberté y fasse loi¹⁸⁴⁸. Les tribunaux ont très tôt rejeté cette vision des choses en procédant à l'application du droit positif par la méthode de l'assimilation¹⁸⁴⁹.

524. – Depuis, l'ouverture de l'internet au grand public a relégué l'idée de son organisation spontanée au rang de doux rêve¹⁸⁵⁰. Le développement de la réalité augmentée et des applications interagissant au plus près avec le monde « physique » a définitivement fait sortir l'internet du *cyberspace*. Sa représentation sous la forme d'une bulle numérique n'est plus possible du fait des effets directs que le monde numérique peut avoir sur les comportements humains¹⁸⁵¹. La différenciation radicale entre l'identité numérique et l'identité

¹⁸⁴⁶ Le danger inhérent au phénomène de reflux du droit étatique a été mis en avant par Lawrence Lessig dans son célèbre article « *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace* » (Harvard Magazine, January-February 2000) (voy aussi à propos la responsabilité du réseau: *supra*, n^{os} 51-53).

¹⁸⁴⁷ Pour le positivisme kelsénien, « *tout ordre de contrainte efficace en gros de façon générale est un ordre normatif objectivement valable* » (H. Kelsen (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, p. 296).

¹⁸⁴⁸ H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 57-58.

¹⁸⁴⁹ Pour de premières applications du droit français à l'internet, voy. les affaires *Brel* et *Sardou* tranchées en référé à l'été 1996 (TGI Paris, réf., 4 août 1996, *Brel et Sardou* : préc.) par le juge Jean-Jacques Gomez qui devait devenir l'un des premiers juges à se spécialiser dans ce contentieux et que l'on retrouvera notamment dans l'affaire *Yahoo!*.

¹⁸⁵⁰ J. Larrieu, « *L'internationalité et Internet* », Revue Lamy Droit des affaires, 2002/46 suppl., p. 41⁺.

¹⁸⁵¹ Le Rapport du Gouvernement sur la neutralité de l'internet relève que « *la vie physique et la vie en ligne s'entremêlent* » avant d'avancer que « *8 personnes sur 10 considèrent que le Web joue un rôle crucial dans l'acte d'achat d'un produit dans la vie « physique ».* » (*La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, p. 6).

physique postulée par la théorie du cyberspace n'est plus soutenable¹⁸⁵². Elle l'est d'autant moins à l'heure où les utilisateurs des réseaux sociaux ne s'abritent derrière aucun *avatar* en mettant directement en scène leur identité physique.

Cette théorie connaît toutefois aujourd'hui des prolongements politiques¹⁸⁵³. Pour mal fondée qu'elle soit, elle reste ainsi très significative du rapport au droit entretenu par beaucoup sur le réseau. Or, même du point de vue des libertés en ligne, la neutralité est un principe beaucoup plus fécond, car elle s'appuie sur des éléments juridiques pour prospérer, alors que l'erreur de la théorie du cyberspace est de vouloir s'émanciper du droit.

§ 2. – *Le réseau comme vecteur de responsabilité*

525. – Le prix de la neutralité. Alors que le réseau a été déchargé du poids de la responsabilité des usages, il est capital qu'il contribue à l'établissement de la responsabilité de ses utilisateurs¹⁸⁵⁴. Les intermédiaires techniques ont ainsi l'obligation de collecter des données d'identification relatives aux utilisateurs du réseau (I) dont l'utilité se concrétise au moyen de procédures permettant à des tiers d'obtenir ces informations afin de poursuivre les auteurs de faits illicites (II).

I. – L'obligation de collecter des données d'identification

526. – Dès 1996, il est apparu que « *que la mise en place de schémas de responsabilité dans le monde en réseau, centrés sur l'auteur réel de l'acte, implique une exigence renforcée d'identification* »¹⁸⁵⁵. Pour ce faire, l'obligation de collecter des données de nature à identifier les utilisateurs apparaît comme indispensable au schéma de responsabilité qu'implique la neutralité (A). Cette obligation doit toutefois, ici encore, se concilier avec les droits de ces

¹⁸⁵² En ce sens : Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr, 2014, p. 133.

¹⁸⁵³ *Infra*, n° 599.

¹⁸⁵⁴ En ce sens : le rapport d'information sur la mise en application de la LCEN souligne que « l'exonération de responsabilité de l'hébergeur repose sur les moyens qu'il offre pour permettre le transfert de cette responsabilité aux éditeurs » (J. Dionis du Séjour et C. Erhel, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, 23 janv. 2008, p. 19). – La jurisprudence le rappelle au besoin, voy. not. TGI de Paris, réf., 30 janv. 2013 (Légalis) : « le législateur français, ainsi que la législation européenne le lui permettait, a souhaité trouver un équilibre en conférant à l'opérateur une responsabilité atténuée et sollicitant en contrepartie sa collaboration pour la conservation de données qu'il est dans l'obligation de produire sur injonction d'une « autorité judiciaire » quel qu'elle soit, civile ou pénale. »

¹⁸⁵⁵ I. Falque-Pierrotin, « Les responsabilités sur l'internet : les difficultés du débat » in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. LÉGISPRESSE, 2001, p. 252.

mêmes utilisateurs (B).

A. – Une obligation essentielle à la responsabilité sur l'internet

527. – Le professeur Jean Frayssinet décrit de manière imagée l'internaute comme un Petit Poucet laissant involontairement « *derrière lui des petits cailloux blancs qui tracent son cheminement pour accéder aux services et aux informations de l'internet* »¹⁸⁵⁶. Ces petits cailloux, collectés par les intermédiaires techniques, s'avèrent indispensables à l'établissement de la causalité matérielle (1). La formulation exacte de l'obligation de les collecter est cependant délicate, car tous les intermédiaires techniques ne sont pas en possession des mêmes données (2).

1. – Une obligation indispensable à la détermination de la causalité matérielle

528. – **Le fil d'une causalité matérielle**¹⁸⁵⁷. Sur l'internet, face au constat du dommage, son origine exacte est souvent peu claire. Il faut partir du dommage pour suivre les traces laissées par son auteur avec l'espoir, en bout de chaîne, de le démasquer. Il s'agit, en quelque sorte, de suivre ce que le professeur Noël Dejean de la Bâtie appelait « *l'empreinte continue du mal* » pour désigner la causalité juridique¹⁸⁵⁸. Sauf qu'il s'agit ici d'une causalité scientifique, toute matérielle¹⁸⁵⁹. Le droit doit pourtant s'y appuyer pour déterminer la causalité juridique¹⁸⁶⁰. Il est ici particulièrement visible que « *le lien de causalité stricto sensu a forcément une assise matérielle* »¹⁸⁶¹. La causalité matérielle ne peut cependant mener directement au responsable. Le fait générateur ne sera d'ailleurs qualifiable juridiquement qu'en fonction de la personne désignée comme devant en répondre. Il se peut que l'intuition initiale percevant un fait générateur illicite ne survive pas à l'identification de son auteur et

¹⁸⁵⁶ J. Frayssinet, « *La traçabilité des personnes sur l'internet, une possible menace pour les droits et libertés* », in P. Pedrot (dir.), *Traçabilité et Responsabilité*, éd. Economica 2003, p. 89, n° 3.

¹⁸⁵⁷ L'appellation causalité matérielle a été proposée par Paul Esmein afin de désigner indifféremment tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit. Une appellation qu'il oppose à la notion juridique d'imputabilité qui ne peut être formalisée qu'après avoir jugé de la valeur des différents faits ayant concouru au dommage : P. Esmein, « *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité* », D. 1964, pp. 205-216.

¹⁸⁵⁸ Dejean de la Bâtie N., *Responsabilité délictuelle* in Aubry et Rau, *Droit civil français*, Librairies techniques, 8^{ème} éd., 1989, t. VI-2, pp. 122 à 140, spé. n° 74.

¹⁸⁵⁹ Sur la nécessaire distinction entre causalité scientifique et causalité juridique : Ph. Brun., « *Causalité juridique et causalité scientifique* », RLDC 2007, suppl. au n° 40, n° 2630, n° 22. – C. Quézel-Ambrumaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, spé. n° 201 s.

¹⁸⁶⁰ Voy. les politiques d'imputation : *infra*, n° 545.

¹⁸⁶¹ F. Leduc, « *Causalité civile et imputation* », RLDC 2007/40 suppl., n° 2631, n° 8.

des circonstances de son fait.

529. – Une clé de voûte du droit de l'internet. En tant qu'intermédiaires, les FAI et les hébergeurs sont naturellement les mieux placés pour retracer la causalité matérielle. En dehors de toute obligation juridique, ils gardent des traces des connexions sur leur infrastructure un certain temps. La pratique est indispensable afin de détecter les incidents techniques et de sécurité¹⁸⁶². Les données collectées de manière empirique sont les mêmes que celles qui peuvent contribuer à l'identification des personnes, car ce sont bien souvent les seules possibles. Sur elles s'appuient les espoirs d'identification sur lesquels repose le schéma de responsabilité découlant de la neutralité. Si leur caractère technique interdit de les convertir directement en données juridiques, elles impliquent que l'anonymat sur l'internet est largement illusoire. Ses utilisateurs laissent des traces à chaque instant. Ils en laissent d'ailleurs bien plus que dans leur vie courante dans le monde physique, où l'enregistrement de chacun des faits et gestes des citoyens n'est pas la norme en démocratie.

2. – Une obligation portant sur des données variables

530. – Le flou des dispositions applicables. Le droit positif a bien perçu l'importance de l'identification des personnes sur l'internet en mettant à la charge des intermédiaires techniques des obligations de collecter des données d'identification. Le législateur s'est toutefois bien gardé de définir ces données directement dans la loi. Alors que la LCEN prévoit une même obligation pour les FAI et les hébergeurs¹⁸⁶³, la confusion est renforcée par l'intervention de l'article L. 34-1 III du CPCE qui prévoit une obligation voisine applicable aux seuls FAI et visant spécifiquement les infractions pénales¹⁸⁶⁴. Il s'agit pourtant « *de conserver les mêmes données dans le cadre d'une même activité* »¹⁸⁶⁵. Les hésitations de la jurisprudence témoignent de l'illisibilité du dispositif¹⁸⁶⁶. L'intervention tardive, avec près de sept ans de retard, du décret prévu par la LCEN¹⁸⁶⁷ précisant les obligations des

¹⁸⁶² L'art. R. 10-14 IV du CPCE autorise cette pratique, en permettant aux opérateurs de communications électroniques de conserver, pour une durée de 3 mois, des données utiles à la sécurité de leur réseau.

¹⁸⁶³ Art. 6.-II al. 1 de la LCEN : « *Les personnes mentionnées aux 1 [FAI] et 2 [hébergeurs] du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.* »

¹⁸⁶⁴ Voy. l'art. L. 34-1 III du CPCE (plusieurs fois modifiés, l'obligation se trouvait au II avant la transposition du nouveau cadre européen des communications électroniques en 2011).

¹⁸⁶⁵ P. Reynaud, « *Le fournisseur d'accès et la conservation des données engendrées par les communications électroniques* », Comm. com. électr., 2005, n° 6, éd. 23, n° 27.

¹⁸⁶⁶ A. Saint Martin, « *Hébergeur et identification des contributeurs à un contenu : dans l'attente du décret d'application, la jurisprudence est fluctuante* », RLDI/47, n° 1545.

¹⁸⁶⁷ Art. 6.-II al. 5 de la LCEN.

intermédiaires techniques en ce domaine¹⁸⁶⁸ doit se conjuguer avec celle du décret du 24 mars 2006, codifié aux articles R. 10-12 et suivants du CPCE précisant les modalités d'application l'article L. 34-1 du même code. La complexité est renforcée par l'invalidation de la Directive du 15 mars 2006 qui aurait pu servir de guide¹⁸⁶⁹. Le sujet est pourtant central et a une incidence sur une bonne partie de l'effectivité du droit sur le réseau.

Il faut tout d'abord constater qu'il n'est pas souhaitable de soumettre tous les intermédiaires techniques aux mêmes obligations. Là encore, leur degré de neutralité et les risques qu'elle implique doivent servir de guide.

531. – Les données constantes collectées par tout intermédiaire technique. Dans tous les cas, les intermédiaires techniques ne doivent collecter que les données utiles à l'établissement de la responsabilité, à l'exclusion de celles relevant du contenu des correspondances¹⁸⁷⁰. La date et l'heure des usages donnant lieu à l'enregistrement des données doivent être conservées par tous les intermédiaires¹⁸⁷¹. Il en va de même pour l'adresse IP de l'utilisateur¹⁸⁷².

532. – Les FAI chargés de faire le lien avec l'identité physique des personnes. Les FAI ne faisant, en définitive, que transférer des données entre deux adresses IP, le CPCE semble leur imposer de conserver, en plus de l'adresse IP de leur abonné, celles avec lesquelles celui-ci communique¹⁸⁷³. Le décret du 25 février 2011 en fait l'économie¹⁸⁷⁴. Cela peut se

¹⁸⁶⁸ Décret n° 2011-219 du 25 févr. 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Pour une présentation du dispositif : C. Castets-Renard, « *Publication du décret d'application relatif à la conservation et à la communication des données d'identification à la charge des prestataires techniques : enfin !* », RLDI 2011/70 n° 2323.

¹⁸⁶⁹ Dir. 2006/24/CE 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. Invalidée par l'arrêt CJUE, 8 avr. 2014, C-293/12 et C-594/12, aff. *Digital Rights Ireland, Minister of communications, Marine and Natural Resources et a.*, sur lequel, voy. *infra*, n° 537.

¹⁸⁷⁰ L'al. 2, du VI. de l'art. L. 34-1 confirme explicitement ce que le respect des correspondances privées implique nécessairement.

¹⁸⁷¹ Les dispositions applicables, en des termes différents, semblent opérer le même constat. L'art. 1^{er} du décret du 25 févr. 2011 impose, en application de la LCEN, aux FAI de conserver « *les dates et heure de début et de fin de la connexion* » (1° d) et aux hébergeurs de conserver « *les date et heure de l'opération* » (2° e). L'art. R. 10-12 c) du CPCE précisant l'art. L. 34-1 du CPCE oblige les FAI à conserver « *la date, l'horaire et la durée de chaque communication* ».

¹⁸⁷² Sur ce point également, le constat semble partagé malgré l'obscurité de certaines formulations. Est ainsi imposé aux FAI par le décret du 25 févr. 2011 de conserver « *l'identifiant attribué [...] à l'abonné* » (art. 1^{er}, 1°, b) et aux hébergeurs de conserver « *l'identifiant de la connexion à l'origine de la communication* » (Art. 1^{er}, 2°, a). L'art. R. 10-13 a) impose, quant à lui, aux FAI de conserver « *les informations permettant d'identifier l'utilisateur* ».

¹⁸⁷³ L'art. R. 10-12 e) du CPCE exige de conserver « *les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication* ».

¹⁸⁷⁴ Le décret du 25 févr. 2011, en son article 1^{er} 1° d), en faisant simplement référence à la conservation des « *dates et heure de début et de fin de la connexion* » semble ne pas imposer l'enregistrement de ce qui se passe

comprendre, car, sur le plan civil, le rôle des données collectées par les FAI n'est pas de déterminer ce qu'a fait l'utilisateur. Une personne demandant à un FAI de déterminer qui se trouve derrière une adresse IP doit déjà détenir ces éléments. Le rôle du FAI est simplement de déterminer à qui il a attribué une adresse IP à une date et une heure précise. Il faut pourtant soutenir que l'adresse ciblée doit également être conservée par les FAI, non seulement pour des impératifs de sécurité nationale, mais également pour faire preuve, en défense, d'une éventuelle substitution d'adresse IP. Dans tous les cas, l'efficacité de l'obligation des FAI implique d'avoir collecté des informations nécessaires à l'établissement de l'identité physique de l'abonné au moment de la souscription du contrat¹⁸⁷⁵. Il n'est pas interdit d'attendre du FAI une certaine vigilance quant à la fiabilité des données qui leur sont fournies à cette étape, car leur rôle est essentiel. « *Là où le droit ne peut saisir un « sujet de droit », c'est-à-dire une personne juridique, il ne peut plus fonctionner.* »¹⁸⁷⁶.

Il faut signaler ici des évolutions dans l'architecture de l'internet qui peuvent bouleverser cette construction. Alors que le protocole IPv4 (Internet Protocol version 4) commence à arriver à ses limites, le nombre d'adresses disponibles étant saturé, le protocole IPv6 ouvre de nouvelles possibilités. En cours de déploiement depuis quelques années, le nombre d'adresses individuelles qu'il offre est beaucoup plus important. Ainsi, il devient envisageable que chaque machine connectée à l'internet ait sa propre adresse IP. Chaque ordinateur, chaque téléphone, chaque objet connecté serait alors identifiable précisément¹⁸⁷⁷. Le FAI, en fournissant, en lieu et place d'une adresse IP, une plage d'adresse IP à son client, est alors à même d'identifier quelle adresse précisément est à l'origine d'un usage. Il lui reviendra d'associer ces adresses aux titulaires de l'accès. Les usages en sont d'autant plus précisément suivis par le FAI, ce qui peut permettre de désigner beaucoup plus précisément l'origine du fait illicite.

533. – Les hébergeurs soumis à des obligations suivant la courbe de leur neutralité.

entre ces moments.

¹⁸⁷⁵ L'art. 1^{er} du décret du 25 févr. 2011 en son 3^o indique que doivent être recueillis « *lors de la souscription d'un contrat par un utilisateur ou lors de la création d'un compte* », ses « *nom et prénom ou la raison sociale* » (b), « *les adresses postales associées* » (c), « *les pseudonymes utilisés* » (d), « *les adresses de courrier électronique ou de compte associées* » (e), « *les numéros de téléphone* » (f) et « *le mot de passe ainsi que les données permettant de le vérifier ou de le modifier, dans leur dernière version mise à jour* » (g). Le 4^o imposant l'enregistrement d'information sur le paiement en cas de service payant. De manière très imprécise, l'art. 1^{er} *in fine* indique que la collecte de ces données n'est obligatoire que lorsque l'intermédiaire les collecte habituellement.

¹⁸⁷⁶ M.-A. Frison-Roche, « *Les bouleversements du droit par l'internet* », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 63.

¹⁸⁷⁷ Le décret du 25 févr. 2011 semble avoir pris les devants en imposant en son art. 1^{er}, 1^o, c) de conserver « *l'identifiant du terminal utilisé pour la connexion lorsque [les FAI] y ont accès* »

Alors que le rôle d'un FAI est de relier une adresse IP à une personne physique, le rôle premier d'un hébergeur est de relier un usage à une adresse IP. Il doit donc pouvoir retracer les usages faits de sa plateforme bien plus précisément qu'un FAI. À chaque fois qu'un utilisateur a contribué à créer un contenu¹⁸⁷⁸, il doit enregistrer l'identifiant du contenu¹⁸⁷⁹ et la manière dont il a été modifié¹⁸⁸⁰.

Toutefois, des données d'identification plus précises qu'une adresse IP peuvent être exigées d'un hébergeur¹⁸⁸¹. Il en va ainsi des hébergeurs fournissant des serveurs dotés de leur propre adresse IP. Sur le constat que les machines qu'ils fournissent permettent tous les usages de l'internet, il devrait leur être imposées les mêmes obligations d'identification qu'aux FAI. À l'autre extrémité se trouvent les hébergeurs 2.0. Ils doivent voir leurs obligations varier en fonction de leur neutralité. Certains peuvent se contenter d'enregistrer l'adresse IP des visiteurs sans demander plus de précision. Il en va du dynamisme des services en ligne nécessitant la contribution immédiate des internautes. Laisser un commentaire sur un blog ou contribuer à une encyclopédie en ligne ne devrait pas impliquer, dans tous les cas, la création d'un compte utilisateur. À l'inverse, lorsqu'un service se spécialise sur un sujet risqué, la création d'un compte devrait devenir obligatoire¹⁸⁸². Une vigilance particulière concernant des informations reçues n'est envisageable que pour les services soumis à un risque particulier¹⁸⁸³. Si des vérifications peuvent être exigées de services s'exposant à des débordements particulièrement graves (forum de rencontre, d'échange de photos pornographiques ou lieu de discussion pour les mineurs), il ne devrait pas en être de même pour tous les hébergeurs. Il est dans la nature du web 2.0 que de simples particuliers puissent s'exprimer en ligne. L'hébergeur 2.0 ne devrait donc pas être, par principe, tenu de collecter des données

¹⁸⁷⁸ L'art. 1^{er}, 2^o fait obligation aux hébergeurs de conserver les données relatives à chaque « opération de création ». L'art. 2 ajoute que des opérations de création peuvent être caractérisées par la création initiale de contenus (a), la modification des contenus ou des données liées aux contenus (b) ou la suppression de contenus (c).

¹⁸⁷⁹ L'art. 1^{er} du décret impose en son 2^o b) de conserver « l'identifiant attribué par le système d'information au contenu, objet de l'opération ».

¹⁸⁸⁰ En ce sens, l'art. 1^{er} impose, en son c) de conserver « les types de protocoles utilisés pour la connexion au service et pour le transfert des contenus », et en son d, de conserver les informations relatives à « la nature de l'opération ».

¹⁸⁸¹ Le décret du 25 févr. 2011 est très imprécis sur ce point. Son art. 1^{er}, en ses 3^o et 4^o, oblige les hébergeurs à recueillir au moment de la souscription du contrat ou du paiement les mêmes informations que les FAI, tout en précisant, *in fine*, que ces données « ne doivent être conservées que dans la mesure où les personnes les collectent habituellement ».

¹⁸⁸² Le même constat a déjà été effectué *supra*, n^o 455 pour l'exclusion des auteurs d'usages abusifs de certains services.

¹⁸⁸³ Comp. , dans l'aff. *Tiscali*, la condamnation pour négligence, sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000, d'un hébergeur faute d'avoir été alerté par des éléments d'identification fantaisistes, voy. : TGI Paris, ch. 3, sect. 1, 16 févr. 2005, *Dargaud Lombard et a. c/ Tiscali* : Comm.com. électr. 2005, comm. 119 obs. L. Grynbaum ; RLDI 2005/7 n^o 202. – CA Paris, ch. 4, 7 juin 2006 : préc. – Civ. 1, 14 janv. 2010, n^o 06-18.855 : préc.

d'identification étendues.

534. – Les obligations de l'hébergeur recevant des données d'identification d'un service en ligne non professionnel. Tous ceux qui animent un blog, un forum ou un site personnel ne souhaitent pas forcément que leur entourage professionnel ou familial soit au courant de la variété de leurs intérêts¹⁸⁸⁴. Il était donc utile qu'ils puissent garder un anonymat de façade tout en s'assurant de la possibilité de les identifier. Par dérogation aux obligations d'identification pesant sur les services en lignes¹⁸⁸⁵, la LCEN a heureusement prévu que « *les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse* » de leur hébergeur, sous réserve, bien entendu, de lui avoir communiqué les éléments d'identification propres aux services en lignes¹⁸⁸⁶. Ainsi, les intermédiaires techniques « *fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions [de leur identification]* »¹⁸⁸⁷.

Les hébergeurs généralistes devraient être soumis à ces obligations, car il ne fait aucun doute qu'ils permettent la création de services en ligne. Alors que l'extension de la notion d'hébergeur pourrait indiquer que tous les destinataires des services d'une personne qualifiée d'hébergeur éditent des services en lignes, le renvoi à l'obligation de désigner un directeur de la publication évoque la structure organisée d'un véritable éditeur en ligne¹⁸⁸⁸. Dans le flou de la loi, la jurisprudence en a même parfois confondu les obligations de collectes de données pesant sur tout intermédiaire technique et cette obligation spécifique¹⁸⁸⁹. Or, elles n'ont pas le même support textuel ni la même portée. En toute logique, l'hébergeur ne devrait être tenu de recevoir ces obligations que dans le cas où il permet d'éditer un service en ligne un minimum structuré impliquant la création d'un compte utilisateur. La question se pose aussi de savoir si l'hébergeur doit faire preuve d'une certaine vigilance, voire s'il doit vérifier l'exactitude des données qui lui sont présentées. Sur ce point encore, le degré de neutralité et les risques qu'il implique doivent servir de guide pour déterminer l'intensité des obligations de

¹⁸⁸⁴ Sur la prise de possession de l'internet par les amateurs : A. Granchet, « *Les amateurs. Création et partage de contenus sur Internet : nouveaux défis juridiques (compte rendu du forum Légipresse du 5 oct. 2007)* », Legipresse 2007, n° 246, pp. 150-155.

¹⁸⁸⁵ Voy. la liste des éléments à fournir à l'art. 6.-III.1 de la LCEN. – Sur ce point *infra*, n° 577.

¹⁸⁸⁶ Art. 6.-III.2 de la LCEN

¹⁸⁸⁷ Art. 6.-II al. 2 de la LCEN.

¹⁸⁸⁸ Art. 6.-III.1 c de la LCEN.

¹⁸⁸⁹ TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 14 nov. 2008, *J.-Y. Lafesse c/ YouTube*, n° 07/01780 – TGI Paris, réf., 19 nov. 2008, *J.-Y. Lafesse et a. c/ Dailymotion* : RLDI 2008/44 n° 1462 obs. M.T.

l'intermédiaire.

535. – L'obligation des personnes fournissant un accès à titre accessoire. Toute personne fournissant un accès collectif, que ce soit à ses salariés, aux membres de sa famille ou à ses clients, ne peut à notre sens être qualifiée d'intermédiaire technique neutre¹⁸⁹⁰. L'article L. 34-1 I. alinéa 2 du CPCE peut sembler indiquer le contraire lorsqu'il indique que « *les personnes qui, au titre d'une activité professionnelle principale ou accessoire, offrent au public une connexion permettant une communication en ligne par l'intermédiaire d'un accès au réseau, y compris à titre gratuit, sont soumises au respect des dispositions applicables aux opérateurs de communications électroniques en vertu du présent article.* »¹⁸⁹¹. Pourtant, le réseau que mettent en place les personnes fournissant un accès à titre accessoire ne fait pas partie du réseau internet. Si ce n'est pas les dispenser de sa bonne administration, cela s'oppose, à ce qu'ils soient assimilés à des FAI¹⁸⁹².

En pratique, l'obligation ne peut qu'être différente. En premier lieu, la principale donnée d'identification en possession de ces personnes n'est généralement pas une adresse IP publique, mais une adresse privée interne à leur réseau. Seule la personne administrant le réseau peut associer cette adresse à un poste ou à une personne. Ainsi, l'obligation d'identification implique pour ces personnes de pouvoir identifier, à partir d'un usage fait de leur accès, quelle adresse interne à leur réseau en est à l'origine. Ensuite, il est envisageable de faire le lien entre cette adresse interne et l'identité d'un utilisateur du réseau privé. Les données en possession de l'opérateur doivent être celles qu'un professionnel raisonnable est susceptible de collecter. Si les cybercafés, hôteliers, ou encore, les Universités, peuvent être tenus d'identifier précisément une personne, il ne peut être de même pour ceux qui fournissent une connexion brève dans un lieu de passage. À charge pour ceux-là d'éventuellement filtrer la connexion qu'ils fournissent¹⁸⁹³, c'est là une différence essentielle avec les FAI.

536. – L'autonomie de la sanction de l'obligation. La sanction pénale attachée à l'obligation de collecter ces données atteste de son caractère fondamental¹⁸⁹⁴. Sur le plan civil, en cas d'impossibilité pour l'intermédiaire de fournir ces informations, il ne semble pas que sa responsabilité puisse se substituer à celle de l'utilisateur. D'une part, la personne de l'auteur

¹⁸⁹⁰ Voy. notre opinion déjà exprimée *supra*, n°s 266 s.

¹⁸⁹¹ Art. L. 34-1 I al. 2 CPCE.

¹⁸⁹² Le régime de responsabilité de ces personnes ne peut, dans tous les cas, épouser celui des FAI. Le cas de personnes fournissant à des tiers un accès à l'internet, alors même qu'elles doivent répondre de ces tiers sur le fondement d'une responsabilité du fait d'autrui, l'illustre particulièrement (*infra*, n°s 554-557).

¹⁸⁹³ Sur ce point : *infra*, n° 562.

¹⁸⁹⁴ Art. 6.-VI.1 de la LCEN.

du dommage peut influencer sur la déclaration de responsabilité, d'autre part, l'obligation de l'intermédiaire technique a un fondement spécifique. Il est nécessaire de prouver sa faute par référence au comportement du bon professionnel en ce domaine. Si elle devait être établie, elle cause, en réalité, à la victime une perte de chance d'obtenir une indemnité¹⁸⁹⁵.

B. – Une obligation à concilier avec les droits des utilisateurs

537. – La limitation de l'étendue des données collectées. Les données collectées sont susceptibles de désigner une personne, ses habitudes et ses relations. La possibilité qu'elles représentent de mettre en cause la responsabilité des utilisateurs du réseau doit se concilier avec les droits de ces mêmes utilisateurs. L'article 6.-II al. 4 de la LCEN, par renvoi au code pénal, soumet logiquement le traitement de ces données aux obligations de sécurité, d'adéquation et de confidentialité propres aux données personnelles¹⁸⁹⁶.

Ici encore, le droit de la responsabilité doit composer avec le souci de préserver les droits et libertés des personnes. Si le souci de l'effectivité commande une identification efficace, celui de la préservation des droits et libertés commande d'encadrer strictement la collecte et l'utilisation des traces laissées par les internautes sur la toile¹⁸⁹⁷. Le contrôleur européen de la protection des données ne modère pas son avis lorsqu'il considère que la directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 sur la conservation de données « *constitue l'instrument le plus intrusif pour la vie privée jamais adopté par l'UE en termes d'échelle et du nombre de personnes concernées.* »¹⁸⁹⁸. L'invalidation par la CJUE le 8 avril 2014 de cette directive lui donne partiellement raison¹⁸⁹⁹. Les dispositions françaises, bien qu'antérieures à la directive, devraient se conformer aux exigences posées. La Cour, en confirmant que la collecte de ces données constitue une ingérence dans la vie privée des citoyens¹⁹⁰⁰, impose qu'elle soit prévue par la loi, qu'elle soit proportionnée et qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général¹⁹⁰¹. Pour les juges de Luxembourg, cette collecte poursuit bien un objet d'intérêt

¹⁸⁹⁵ Sur la notion de perte de chance, voy. not. : P. Oudot, « *La perte de chance : incertitude sur un préjudice certain* », Gaz. Pal, 26 févr. 2011, n° 57, pp. 8 s.

¹⁸⁹⁶ Respectivement aux art. 226-17, 226-21 et 226-22 du code pénal.

¹⁸⁹⁷ J. Frayssinet, « *La traçabilité des personnes sur l'internet, une possible menace pour les droits et libertés* », in Ph. Pedrot (dir.), *Traçabilité et Responsabilité*, éd. Economica 2003, pp. 88-113, spé. p. 107 s.

¹⁸⁹⁸ CEPD, Communiqué de presse du 3 déc. 2010 (EDPS/10/17), http://europa.eu/rapid/press-release_EDPS-10-17_fr.htm (consulté le 1^{er} juillet 2004).

¹⁸⁹⁹ CJUE, 8 avr. 2014, C-293/12 et C-594/12, aff. *Digital Rights Ireland c/ Minister of communications et a.*

¹⁹⁰⁰ § 32 à 34.

¹⁹⁰¹ § 38

général¹⁹⁰², ce que le Conseil d'État français avait déjà constaté¹⁹⁰³. En revanche, en visant toutes les personnes, toutes les communications électroniques et toutes les infractions¹⁹⁰⁴, le législateur de l'Union a violé le principe de proportionnalité¹⁹⁰⁵.

Il est vrai que les données nécessaires ne sont pas les mêmes selon l'intermédiaire¹⁹⁰⁶. C'est par cette voie que doivent être limitées au strict nécessaire les ingérences dans la vie privée des citoyens. Il semble, *a contrario*, qu'il ne puisse pas y avoir, au moment de la collecte, de différenciation selon la nature de l'infraction. Par définition, un intermédiaire neutre ne peut avoir une connaissance des usages qu'il permet. Il est impossible de savoir à l'avance quel type d'infraction il va s'agir de poursuivre. Autrement plus adaptée est la formulation d'obligations en fonction du risque d'infraction générée par la spécialité de l'intermédiaire.

538. – La limitation de la durée de conservation des données collectées. La loi impose de rendre anonymes les données de connexion dès qu'elles ne sont plus utiles à l'acheminement des communications ou à leur facturation¹⁹⁰⁷. Elle pose une exception d'une durée maximale d'un an pour les données conservées aux fins de poursuites pénales¹⁹⁰⁸. Il y a tout d'abord la difficulté, déjà évoquée, à identifier par avance les données qui seront utiles à une enquête pénale. Ensuite, il est extrêmement malaisé de déterminer un régime spécifique aux données destinées à la poursuite d'infractions pénales, car les données d'identification disponibles sur l'internet sont les mêmes pour tous les usages, quelle que soit leur qualification. Or, cette qualification reste inconnue avant que soit demandé à l'intermédiaire de fournir les données en sa possession. Pourtant, la CJUE exige que la durée de conservation des données soit fixée selon des critères objectifs¹⁹⁰⁹. Ces critères ne peuvent, encore ici, être recherchés que dans le risque d'infraction généré par un service.

II. – Les procédures d'identification à la disposition des tiers

539. – L'identification par voie judiciaire. L'article 6.-II al. 3 de la LCEN indique que

¹⁹⁰² § 44.

¹⁹⁰³ Le Conseil d'État a validé le décret du 25 févr. 2011, même en ce qu'il prévoit ni d'informer ni de recueillir le consentement des personnes intéressées, car « *un tel traitement de données doit être regardé comme intéressant la sûreté, la défense ou la sécurité publique, au sens des dispositions précitées de la loi du 6 janvier 1978* » (Conseil d'État 10^{ème} sous-section, 20 nov. 2013 : Légalis).

¹⁹⁰⁴ CJUE, 8 avr. 2014, C-293/12 et C-594/12, § 57.

¹⁹⁰⁵ § 69.

¹⁹⁰⁶ Voy. *supra*, n^{os} 531 s..

¹⁹⁰⁷ Art. 6 de la Directive. 2002/58/CE et art. L. 34-1 II du CPCE. – Voy. *Castets-Renard*, n^{os} 253-254 et n^o 754.

¹⁹⁰⁸ Art. L. 34-1 III du CPCE.

¹⁹⁰⁹ CJUE, 8 avr. 2014, C-293/12 et C-594/12, § 64 : préc.

« l'autorité judiciaire peut requérir communication » auprès des FAI et des hébergeurs des données d'identification qu'ils sont tenus de collecter. L'arrêt *Promusicae* a confirmé que cette voie est ouverte pour engager des poursuites civiles¹⁹¹⁰. La LCEN n'est d'ailleurs pas le seul fondement pour obtenir ces données. Le juge, saisi d'un doute sur l'applicabilité des dispositions issues de la LCEN à un opérateur américain, a pu tout aussi bien avoir recours aux articles 145¹⁹¹¹ ou 809 du Code de procédure civile¹⁹¹². Il se doit toutefois « *de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence* »¹⁹¹³.

À cette étape, la qualification des faits est établie avec un certain niveau de vraisemblance. Au minimum, celui qui agit en justice affiche le fondement juridique pour lequel il souhaite identifier une personne derrière une adresse IP. Le contrôle par le juge de la proportionnalité de la mesure est alors possible. S'il est ainsi logique que les juges ne limitent pas la communication de ces données à la poursuite d'infractions pénales¹⁹¹⁴, ils ne devraient pas accepter qu'une atteinte soit portée au droit à la vie privée pour des actions aux fondements incertains ou pour réparer un préjudice minime. En pratique, la procédure implique souvent des ordonnances sur requête « en cascade ». Tout d'abord auprès de l'hébergeur pour obtenir l'adresse IP à l'origine de l'usage litigieux, puis auprès du FAI pour obtenir le nom du titulaire de la connexion à partir de cette adresse IP. Les surcoûts générés par ces procédures sont normalement compensés¹⁹¹⁵. Les procédures diligentées envers les FAI sont naturellement susceptibles de porter plus gravement atteinte à la vie privée en ce qu'elles aboutissent à révéler l'identité d'une personne juridique, souvent un simple particulier.

540. – Les procédures extrajudiciaires. La loi prévoit parfois de se passer de l'intervention d'un juge pour obtenir les données en possession des intermédiaires techniques. Si l'atteinte portée à la vie privée peut se concilier avec ce type de mesures lorsqu'elles ont

¹⁹¹⁰ CJUE 29 janv. 2008, C-275/06, aff. *Promusicae*, § 54 et 55 : préc. – CJUE, ord. 19 févr. 2009, aff. C-557-07, § 24 : RLDI/2009 n° 1567 obs. LC.

¹⁹¹¹ TGI Paris, réf., 24 janv. 2013, *UEJF et a. / Twitter* : D. 2013 p. 300 obs. C. Manara.

¹⁹¹² TGI Paris, réf., 4 avril 2013 : RLDI 2013/93 n° 3094 obs. L. C..

¹⁹¹³ CJUE, 19 avril 2012, C-461/10, aff. *Bonnier Audio et a. c/ Perfect Communication Sweden*, § 59.

¹⁹¹⁴ T. com. Paris, 1 févr. 2013, RG n° 2012075972. – TGI Paris, ord., 30 janv. 2013 : Dalloz actualités, 25 févr. 2013, obs. C. Manara.

¹⁹¹⁵ Du moins, cela est-il clair en application de l'article L. 34-1 du CPCE, l'art. R. 10-13 IV du même code renvoyant à l'art. R. 213-1 du code de procédure pénale pour définir les modalités de cette compensation. L'art. L. 246-5 du code de la sécurité intérieure (transféré à L. 871-7 par la loi n° 2015-912 du 24 juill. 2015 relative au renseignement) prévoit également une compensation à la charge de l'État pour les données qu'il requiert. Le flou déjà observé dans la formulation de l'obligation se retrouve ici, en particulier dans la suppression de l'art 10 du décret du 25 févr. 2011, en ce qui concerne l'application de ces compensations aux procédures civiles.

pour objet la sauvegarde de la sécurité nationale¹⁹¹⁶, la légitimité de l'autorisation faite aux membres de la commission de protection des droits de la HADOPI d'accéder aux données détenues par les FAI¹⁹¹⁷ n'apparaît avec la même évidence¹⁹¹⁸.

541. – Étape. La neutralité, en écartant la responsabilité du réseau tout en consacrant la liberté des utilisateurs, conduit à canaliser la responsabilité sur ces derniers. Les obligations d'identification des intermédiaires techniques apparaissent alors comme essentielles dans ce schéma de responsabilité. Elles sont inhérentes à leur neutralité. Elles ne l'interfèrent en rien si elles n'impliquent pas de garantir les aléas de la traçabilité des utilisateurs.

Section 2. – La mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de dommages

542. – De la promesse à la réalité. La neutralité n'implique qu'un contexte favorable au développement des usages. Au droit de s'en saisir comme il l'entend. Ce doit être l'occasion de vérifier la réalité de la promesse d'une responsabilité canalisée aux extrémités du réseau. Lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité sur un réseau neutre, les mécanismes mis en œuvre sont familiers de la responsabilité civile (§ 1). Les politiques de poursuite des utilisateurs, en définissant les moyens que le droit se donne pour assurer son application, s'écartent, elles, dans bien des cas, du schéma classique opposant une victime à un prétendu responsable (§ 2).

§ 1. – La détermination de la responsabilité

543. – Infinité des hypothèses. Quiconque étant responsable de son fait sur l'internet, les règles applicables sont aussi nombreuses que celles susceptibles de s'appliquer aux usages. Pour aborder cette diversité, il faut partir des deux extrémités du réseau, car ce sont à partir d'elles que tous les usages sont générés¹⁹¹⁹. Afin de broser un inventaire des possibles, seront

¹⁹¹⁶ L. 34-1-1 du CPCE ouvrent la possibilité pour l'autorité administrative d'obtenir, en dehors d'une procédure judiciaire, des données d'identification afin de prévenir des actes de terrorisme. – La loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 a abrogé l'art. 6 II bis de la LCEN et prévu un accès administratif aux données de connexion à l'article L. 246-1 Code de la sécurité intérieure (transféré à L. 851-1 par la loi du 24 juill. 2015 préc.) pour les finalités énumérées à l'article L. 241-2 du même code, à savoir : la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous. – L'ensemble des dispositions légales a été précisé par le décret n° 2014-1576 du 24 déc. 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion.

¹⁹¹⁷ Art. L. 331-21 CPI al. 3 à 5.

¹⁹¹⁸ Nous y reviendrons : *infra*, 587 s.

¹⁹¹⁹ D'un point de vue technique, soulignons la dose d'artifice de ce découpage. La neutralité implique que

successivement étudiées, la responsabilité des utilisateurs du réseau (I) puis celle des services en lignes (II).

I. – La détermination de la responsabilité des utilisateurs du réseau

544. – Les usages illicites du réseau peuvent être imputés à une personne qui devra en répondre (A), mais il peut aussi exister des cas de responsabilité autonomes se fondant sur un autre fondement que celui punissant les usages illicites (B).

A. – L'imputation des usages illicites

545. – Lorsque des usages illicites sont constatés, il faut trouver une personne susceptible d'en répondre. Le recours à la notion d'imputation s'avère utile pour aborder cette question (1), elle permet de schématiser la diversité des mécanismes permettant de désigner la personne responsable des usages illicites (2).

1. – L'utilité du recours à la notion d'imputation

546. – **L'assise d'une causalité matérielle.** Il est entendu que notion de causalité est susceptible de plusieurs définitions¹⁹²⁰. Entre les différentes théories, le choix n'est bien souvent pas dicté par la logique, mais par des considérations relevant de politiques juridiques¹⁹²¹. Il serait vain de revenir ici sur ces questions débattues¹⁹²². La question transposée à l'internet vaut d'être analysée par le biais de la notion d'imputation. « *L'imputation est l'attribution du fait à un sujet de droit, elle désigne le titulaire du patrimoine débiteur.* »¹⁹²³. Or, les données d'identification ne permettent que d'établir la

chaque extrémité du réseau est identique. Les services en ligne et les usages ne devraient pas être différenciés. Cependant, les réalités juridiques nous amènent à identifier ces deux catégories comme assez différenciées pour faire l'objet de ce découpage.

¹⁹²⁰ Pour une présentation des « bataillons » en présence : Ph. Brun, « *Causalité juridique et causalité scientifique* », RLDC 2007/40, suppl., n° 2630, n° 2 : le Professeur Brun identifie les tenants d'une conception sceptique de la causalité, l'abandonnant aux sentiments des juges, les tenants d'une conception toute scientifique de la causalité et, enfin, la conception à laquelle il se rattache : ceux qui plaident pour une véritable causalité juridique.

¹⁹²¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, coll. « Droit privé », 6^e éd., 2013, n° 91.

¹⁹²² Voy. not. : J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations. Le fait juridique*, Sirey, 13^e éd., 2009, t. II, n°s 156-163.

¹⁹²³ C. Bloch, « *Définition de la faute* », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 105. – Comp. Clothilde Grare qui qualifie d'attribution l'opération qui consiste, après avoir déterminé la causalité matérielle, à attribuer ce fait à une personne qui devra en répondre (C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, n°s 70 et s., pp. 55 et s.).

causalité matérielle, elles ne désignent pas un responsable¹⁹²⁴. Cela s'inscrit parfaitement dans la distinction qu'opère le professeur Fabrice Leduc entre l'imputation matérielle, assimilable à la causalité matérielle, et l'imputation personnelle consistant « à mettre un fait, plutôt chargé d'une connotation négative, au compte (moral) d'une personne. Il ne s'agit plus d'attribuer un fait à un autre fait, mais un fait à une personne. »¹⁹²⁵. Au minimum, il faut admettre avec le professeur Philippe Brun que, même « si l'on ne veut vraiment pas parler d'imputation », la causalité juridique implique un « élément de décision »¹⁹²⁶. Entre les différents possibles, il faut bien déterminer qui sera responsable d'un fait illicite.

547. – Des éléments à la fiabilité imparfaite. Bien sûr, lorsqu'un fait illicite permet d'identifier directement son auteur – texte signé, profil de réseau social, etc. –, les éléments matériels sont relativement fiables. Mais lorsque l'identification est effectuée au moyen de données d'identification fournies par un intermédiaire technique, un doute se porte sur le fait que la personne identifiée est bien la bonne. Le masquage d'IP et son corollaire, la substitution d'adresse IP, sont des pratiques fréquentes chez les pirates informatiques¹⁹²⁷. La détermination de l'adresse IP par laquelle le dommage a été causé ne permet d'être certain, ni que c'est bien cette adresse IP qui en est à l'origine ni que le titulaire de l'adresse IP est bien l'auteur du dommage. Cette argumentation a parfois reçu un écho favorable en jurisprudence¹⁹²⁸. L'incertitude « scientifique » n'est pourtant pas un obstacle insurmontable pour le droit. Ce sera une question d'imputation que de désigner le responsable sur cette base incertaine, car il est avéré que « l'absence de certitude scientifique n'empêche pas la reconnaissance d'une causalité juridique. »¹⁹²⁹.

548. – Des causes étrangères partagées. Les auteurs ont souvent adopté le parti de décrire le lien de causalité de manière négative, sous l'angle des causes étrangères. La causalité matérielle peut très directement influencer leurs appréciations par le droit, car la preuve de l'absence de lien causal peut être faite par des éléments matériels. « Une certitude scientifique induit sans doute la solution juridique (certitude de l'absence de lien, pas de

¹⁹²⁴ *Supra*, n° 528.

¹⁹²⁵ F. Leduc, « Causalité civile et imputation », RLDC 2007/40 suppl., n° 2631, n° 2. – Adde : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, PUF, coll. « Thémis droit », t. II, 3^e éd., 2013, p. 104, indiquant que la causalité « est le lien entre un fait générateur et un dommage » et que l'imputation est « un lien que l'on établit entre un fait générateur (faute d'une personne ou fait d'une chose) et une personne ».

¹⁹²⁶ Ph. Brun, « Causalité juridique et causalité scientifique », RLDC 2007/40, suppl., n° 2630,

¹⁹²⁷ J. Couard, « Interview d'un praticien », in *Glose autour des lois « Hadopi » (dossier spécial)*, RLDI 2011/67 n° 2212.

¹⁹²⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 3 oct. 2013, *Rentabiliweb Europe c/ Hi-Media* : Légalis ; RLDI 2013/98 n° 3260 obs. L. C.

¹⁹²⁹ *Le Tourneau*, n° 1713-1.

causalité ; certitude de l'existence d'un lien causalité). »¹⁹³⁰. Dans le contexte de l'internet, si la preuve est rapportée par les données de connexion que l'adresse IP a été détournée ou qu'elle ne désignait pas la personne à l'origine de la faute, la causalité matérielle est remise en cause. La causalité juridique devra déterminer en quoi cette rupture peut exonérer le responsable. Sur ce point, aucune lecture unitaire n'est possible du fait de la diversité des régimes juridiques.

2. – La diversité des mécanismes de l'imputation

549. – À partir de la causalité matérielle, il faut désigner le répondant du fait illicite. L'imputation peut engager la responsabilité de l'auteur de l'usage illicite sur le fondement de sa responsabilité personnelle (a). Sur le fondement d'une responsabilité du fait d'autrui, d'autres personnes que l'auteur peuvent être amenées à répondre des usages illicites (b).

a) Sur la base d'une responsabilité personnelle

550. – Le titulaire de l'accès en première ligne. Le titulaire de l'accès est la personne dont les données d'identification ont été fournies au FAI au moment de la souscription du contrat¹⁹³¹. Ce sera très généralement la même personne que celle qui a souscrit le contrat. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que plusieurs personnes soient désignées comme titulaires de l'accès¹⁹³².

Dans le présent schéma de responsabilité, leur responsabilité est naturellement mise en avant. C'est tout d'abord un élément dans l'ordre des choses. Lorsqu'une adresse IP a servi pour des usages illicites, c'est vers la personne à laquelle cette adresse est associée que l'action va être orientée. C'est aussi un élément juridique, car le constat d'usages illicites provenant d'une adresse IP doit être vu comme porteur d'éléments graves, précis et concordants menant vers le titulaire de cette adresse. Une présomption de fait doit en être déduite. Pourtant, rien n'est encore acquis à cette étape. Le titulaire de l'accès n'est pas garant de sa connexion. Le fait illicite ne prendra sa coloration définitive qu'à la lumière de la personne du titulaire de l'accès et de sa situation concrète. D'autant plus que les moyens de

¹⁹³⁰ *Ibidem*.

¹⁹³¹ Sur ce point : *supra*, n° 532.

¹⁹³² Dans ce cas, si l'auteur ne peut être identifié parmi les titulaires, ils devraient être tenus *in solidum* envers la victime. – Voy. Brun, n°s 262-264 pour un état du lieu de la jurisprudence confrontée à des hypothèses de dommages causés par un groupe de personnes. – Comp. l'art. 1348 proposé par l'avant projet Catala de réforme du droit des obligations : « *Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur* » (une véritable solidarité a été préférée à l'obligation *in solidum*).

défense qu'il peut opposer pour se défaire de sa responsabilité sont très nombreux.

551. – Diversités des moyens de défense. Puisqu'il ne pèse sur le titulaire de l'accès qu'une présomption simple, ses moyens de défense sont très largement ouverts. Il peut opposer toutes les causes d'exonération que la loi permet. Bien avant, c'est son absence de faute qu'il peut prouver. L'usage pouvait paraître illicite, mais ne l'était pas. De la présence d'un contrat autorisant un usage apparemment fait sans droit au cas de force majeure, les hypothèses sont très variées. Le cas le plus utile reste encore celui où le titulaire de l'accès prouve qu'il n'est pas l'auteur des usages qui lui sont reprochés.

552. – Une exonération possible par la désignation d'un tiers auteur du dommage. Lorsque la responsabilité du fait personnel du titulaire de l'accès est recherchée, il peut démontrer qu'un tiers est l'auteur véritable des usages. Il ne s'agit pas d'évoquer le fait d'un tiers comme une cause exonératoire. Celle-ci serait inopérante à moins de présenter le caractère de la force majeure. Ce que le titulaire de l'accès peut prouver par cette voie, c'est qu'il n'est pas fautif. Aucun écart de comportement ne peut lui être reproché. Il peut tout simplement s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve qu'il n'est pas l'auteur des usages. Cette preuve peut utilement s'appuyer sur des données d'identification que les personnes ouvrant un accès à titre accessoire sont tenues de collecter¹⁹³³.

553. – Cas des personnes fournissant un accès à titre accessoire. Les cybercafés, hôtels ou Universités ne doivent pas être responsables, par principe, des usages qu'ils permettent. Pour cela, il est tout d'abord nécessaire de retourner la présomption lorsqu'il est avéré que leur activité principale a nécessité l'ouverture d'un accès à l'internet à des tiers. Ce devrait donc être au demandeur de prouver que les usages illicites sont le fait de la personne qui a fourni l'accès. L'habitude et la répétition d'usages illicites semblables peuvent alors témoigner qu'ils ne sont pas le fait d'une personne de passage.

En l'absence d'une telle preuve, ces personnes ne devraient pas, pour autant, échapper à toute responsabilité. Leur régime de responsabilité se détache de celui des FAI : il est possible de leur imposer des obligations de prudence et de filtrage¹⁹³⁴. D'une part, aucune limitation de responsabilité ne pénètre leur régime juridique, l'ouverture imprudente d'une connexion peut donc conduire à constater qu'ils ont commis une faute¹⁹³⁵. D'autre part, la défaillance dans la

¹⁹³³ *Supra*, n° 535.

¹⁹³⁴ Nous avons exclu qu'elles puissent être assimilées à des FAI : *supra*, n° 266 s.

¹⁹³⁵ *Infra*, n° 562.

collecte des informations d'identification peut être sanctionnée en elle-même¹⁹³⁶. Elles peuvent, de plus, être responsables des usages faits de leur connexion par un tiers lorsqu'elles doivent répondre de lui sur le fondement d'une responsabilité du fait d'autrui.

b) Sur la base d'une responsabilité du fait d'autrui

554. – L'hypothèse d'un auteur engageant la responsabilité d'une personne devant répondre de lui. À l'évidence, le titulaire de l'accès ne peut s'exonérer de sa responsabilité en désignant comme auteur une personne dont il doit répondre. Il peut aussi désigner une personne dont un tiers doit répondre. Dans tous ces cas, les conditions de la responsabilité du répondant doivent être réunies. Or, les régimes de responsabilité de fait d'autrui présentent des mécanismes divers. La doctrine tente de les réunir sur le constat que les répondants du fait d'autrui ont généralement autorité sur autrui¹⁹³⁷. De l'autorité à l'obligation de surveillance, il n'y a alors qu'un pas¹⁹³⁸. Cette obligation n'entre pas en conflit avec la neutralité du réseau, car il ne peut y avoir d'activité neutre au niveau de l'accès¹⁹³⁹.

555. – La responsabilité des commettants. Bien que les liens de préposition et de subordination ne se confondent pas, l'hypothèse à traiter est avant tout celle de l'accès fourni par un employeur à ses employés. Lorsque la causalité matérielle mène jusqu'à une adresse IP dont est titulaire une entreprise, la victime n'a pas à rechercher la responsabilité des employés à l'origine de l'acte illicite. L'alinéa 5 de l'article 1384 du Code civil est là pour ça. La responsabilité de l'entreprise est pleinement justifiée pour peu que ses préposés n'aient pas abusé de leurs fonctions¹⁹⁴⁰. Au regard de la jurisprudence actuelle, leur responsabilité devait s'effacer dans bien des cas¹⁹⁴¹.

Toutefois, en cas d'abus de fonction, l'employeur doit permettre l'identification de son préposé. Il en va de même lorsque le préposé a excédé les limites de sa mission et n'est ainsi plus couvert par son immunité¹⁹⁴². L'obligation de collecter des données d'identification mise

¹⁹³⁶ *Supra*, n° 536.

¹⁹³⁷ Voy. nos développements déjà effectués *supra*, n° 185.

¹⁹³⁸ La doctrine relève les liens existant entre l'obligation de surveiller une personne et l'obligation de répondre des faits de cette personne : *Viney et Jourdain*, t. II, n° 788 et n° 866 s.

¹⁹³⁹ *Infra*, n° 440.

¹⁹⁴⁰ Il est bien connu que l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 mai 1988 a tranché que le commettant ne peut s'exonérer de sa responsabilité que lorsque le préposé a agi hors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions (Plén. 19 mai 1988 : D. 1988 p. 513, note C. Larroumet ; RTD civ. 1989 p. 89 obs. P. Jourdain). Pour une appréciation critique de l'application postérieure de ces critères, voy. *Brun* n° 461-464.

¹⁹⁴¹ Le principe en a été posé par l'arrêt *Costedoat* : Plén. 25 févr. 2000, n° 97-17.378 et 97-20.152 : préc.

¹⁹⁴² L'arrêt *Cousin* (Plén., 14 déc. 2001 : D. 2002, 1230, note J. Julien ; p. 1317, obs. D. Mazeaud ; JCP E, 2002, n° 275, note Brière) a précisé l'arrêt *Costedoat* sur ce point : un préposé condamné pénalement pour une faute

à la charge de personnes fournissant une connexion à titre accessoire se justifie ici particulièrement¹⁹⁴³. Cette obligation, lorsqu'elle embrasse l'activité des salariés, n'est pourtant pas une évidence pour le droit du travail. Le comité d'entreprise doit être informé et consulté pour toute mise en place d'un système permettant le contrôle de l'activité des salariés¹⁹⁴⁴ et chaque salarié devrait être informé individuellement que ce système permet d'identifier ses usages¹⁹⁴⁵. Une fois ces formalités remplies, l'entreprise n'a pas forcément respecté toutes ses obligations. La connexion ouverte peut faire l'objet d'une vigilance particulière¹⁹⁴⁶.

556. – La responsabilité parentale. L'abandon de la condition d'imputabilité morale permet d'envisager la responsabilité de toutes personnes utilisant la connexion, y compris des *infantes*, mais les plaideurs viseront plus facilement, et par préférence, le titulaire de l'accès. À l'échelle familiale, un réseau n'oblige d'ailleurs pas à la collecte de données d'identification. À charge pour le titulaire de l'accès d'agir en « bon père de famille ». L'expression est là particulièrement adaptée.

Lorsqu'un parent souscrit à un « accès à l'internet », il doit répondre de l'usage qu'en font ses enfants sur la base de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. La jurisprudence donne à ce fondement un caractère parfaitement objectif¹⁹⁴⁷. La doctrine se montre souvent très critique. Elle voit dans cette responsabilité détachée de toute notion d'illicite une « *perte de sens* »¹⁹⁴⁸. Elle met aussi en exergue le caractère insoutenable d'une responsabilité obligeant les parents à répondre du fait, même parfaitement licite, de leur enfant¹⁹⁴⁹. L'internet en donne une

intentionnelle voit son immunité tomber.

¹⁹⁴³ Sur cette obligation, *infra*, n° 535.

¹⁹⁴⁴ Art. L. 2323-32 al. 3 du Code du travail.

¹⁹⁴⁵ Art. L. 1222-4 du Code du travail.

¹⁹⁴⁶ La faute de l'entreprise qui a laissé ses salariés se connecter à des sites illicites a été affirmée de manière incidente par les juges du fond. CA Paris, ch. 20, sect. B, 4 mai 2007, *Normaction c/ KBC Lease France, DM* (Légalis ; RLDI 2007/33 n° 1121) : une société, en laissant son personnel se connecter à des sites illicites, « a rendu, par sa faute, inefficace la protection [antivirus] » fournie par une seconde société. La première société ne pouvait donc résilier le contrat la liant à la seconde en invoquant l'inefficacité de la protection.

¹⁹⁴⁷ Après l'arrêt *Bertrand* détachant la responsabilité des parents de l'illicéité de leur comportement (Civ. 2, 19 févr. 1997 : JCP, II, 22848, concl. Kessous, note G. Viney ; D. 1997, p. 265, note P. Jourdain), ce sont les arrêts *Lever* (Civ. 2, 10 mai 2001 : JCP, 2001, II, 10163, note J. Mouly) et *Poulet* (Plén, 13 déc. 2002 : D. 2003, 231, note P. Jourdain) qui ont abandonné l'exigence de l'illicéité du comportement de l'enfant. Sur cette évolution très documentée en doctrine : GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n° 215-217 ; Brun, n°s 428-432 ; Le Tourneau, n°s 7406-7407 et 7432-7435, Viney et Jourdain, t. II, n° 880-2.

¹⁹⁴⁸ Brun, n° 284.

¹⁹⁴⁹ Voy. les exemples extirpés de diverses doctrines par le professeur Philippe Brun, évoquant not. « la responsabilité des parents de l'enfant qui aurait transmis à son insu un virus à un de ses camarades, l'indemnisation sur le fondement de ce texte de l'automobiliste qui aurait fauché un enfant traversant au feu rouge, pour la réparation de ses propres dommages, ou encore la responsabilité parentale pour une parodie de marque réalisée par le mineur » (Ph. Brun, « Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?) », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses

nouvelle illustration. L'expression parfaitement licite d'un mineur ne devrait pas engager la responsabilité de ses parents sur le simple constat qu'un tiers a à s'en plaindre. Les talents précoces, fréquents dans l'histoire de l'informatique, ne devraient pas plus engager la responsabilité de leurs parents lorsque les programmes et innovations qu'ils créent concurrencent des produits existants.

Enfin, ici comme ailleurs, pour être normative, la responsabilité doit désigner comme répondant la personne apte à éviter le dommage¹⁹⁵⁰. De ce point de vue, la conception juridique de la cohabitation retenue en jurisprudence¹⁹⁵¹ n'est pas adaptée pour désigner la personne la plus à même de surveiller l'enfant au moment où il cause le dommage¹⁹⁵².

Cependant, l'important n'est sans doute pas dans ces incohérences. Elles ont été mieux soulevées par d'autres avant nous. Ce qui importe ici, c'est que le titulaire de l'accès, s'il l'ouvre à ses enfants, sera responsable de l'usage qu'ils en font. Et ce, de manière très étendue.

557. – Diversités des hypothèses. Tous les cas où une personne peut être amenée à répondre d'autrui sont trop nombreux pour être évoqués en détail dans ces pages. L'absence d'unité de la responsabilité du fait d'autrui interdit toute lecture homogène¹⁹⁵³. La responsabilité dite générale du fait d'autrui développée à la suite de l'arrêt *Blieck*¹⁹⁵⁴ peut tout aussi bien s'appliquer que la responsabilité des instituteurs dont la charge a été transférée à l'État par la loi du 5 avril 1937¹⁹⁵⁵. La responsabilité des administrations du fait de leurs agents est aussi une hypothèse¹⁹⁵⁶. Il importe de souligner que dans l'ensemble de ces régimes, la possibilité pour le prétendu responsable de se soustraire aux usages adoptés par un tiers suivra les causes d'exonération propres au régime de responsabilité qui lui sied.

Le titulaire de l'accès peut aussi engager sa responsabilité pour avoir ouvert sa connexion à des tiers, non pas parce qu'il doit répondre de ces tiers, mais parce que cette ouverture est imprudente. Il ne s'agit alors plus de lui imputer des usages illicites.

Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 111, n° 13.).

¹⁹⁵⁰ En ce sens : G. Maitre, (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 195, p. 108.

¹⁹⁵¹ Sur ce point : *Le Tourneau*, n°s 7428 et 7428-1.

¹⁹⁵² Elle est la conséquence logique de l'abandon de la présomption de faute de surveillance des parents. En ce sens : *Viney et Jourdain*, t. II, n° 876 ; *Brun*, n° 424.

¹⁹⁵³ *Viney et Jourdain*, t. II, n°s 788-10 à 788-11.

¹⁹⁵⁴ Plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : JCP 1991.II.21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin ; RTD civ. obs. P. Jourdain ; GAJC, 12^e éd., 2008, t. II, n°s 227-229.

¹⁹⁵⁵ *Voy. Le Tourneau*, n°s 7635-7654.

¹⁹⁵⁶ Sur la responsabilité des administrations du fait de leurs agents lors de la fourniture d'un accès à l'internet : W. Duhén, *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet*, PUAM, 2013, n°s 256-259.

B. – Les cas de responsabilité autonomes

558. – Il ne s'agit pas toujours d'attribuer un usage illicite à un responsable. L'illicite peut avoir une source indépendante. Lorsque le titulaire de l'accès n'adopte pas les précautions attendues, sa responsabilité trouve sa source directement dans sa faute et non dans les usages illicites faits de sa connexion (1). Les velléités de contrôler l'environnement logiciel ont aussi conduit à rendre illicites des logiciels destinés à des usages illicites, indépendamment de la preuve de la réalité de ces usages (2).

1. – Les précautions attendues du titulaire de l'accès

559. – La question de la responsabilité du titulaire de l'accès ouvrant sa connexion à des inconnus, des amis ou des voisins, devrait être centrale. Lorsque cette ouverture est imprudente, elle peut conduire à l'illicite (b). Mais il faut tout d'abord revenir sur l'obligation de sécurisation de sa connexion imposée par la loi HADOPI. De par un dispositif complexe, elle a embrouillé la question tout en la concentrant sur le terrain très conflictuel du droit d'auteur (a).

a) Une question parasitée par le dispositif HADOPI

560. – Un dispositif baroque. Sur le constat qu'il est souvent difficile d'imputer la responsabilité au-delà du titulaire de l'accès, l'idée a germé d'attacher le fait générateur directement à l'accès. Obliger le titulaire de l'accès à surveiller sa connexion, puis présumer la défaillance en cas d'usages illicites, permet de créer un fait générateur qui lui est directement imputable sans passer par les affres de l'imputation. Cette idée ne s'est pas traduite par une remise au goût du jour de l'obligation de prudence et de la faute civile¹⁹⁵⁷. L'édifice de la loi HADOPI est quelque peu baroque. L'obligation pesant sur le titulaire de l'accès est prévue à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle¹⁹⁵⁸. Le législateur y a créé une nouvelle responsabilité du fait personnel, distincte de la contrefaçon, « l'imputabilité est alors simplifiée puisque la preuve de la matérialité de la contrefaçon elle-même ne sera pas exigée »¹⁹⁵⁹. Le dispositif de sanction, censuré une première fois, fut

¹⁹⁵⁷ Sur laquelle : Viney et Jourdain, t. II, n^{os} 477 s.

¹⁹⁵⁸ Ce que prévoyait déjà l'art. L. 335-12 créé par la loi n^o 2006-961 du 1^{er} août 2006.

¹⁹⁵⁹ G. Azzaria et C. Castets-Renard, « Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. Actes et colloques, 2011, p. 280.

finalement une contravention de négligence caractérisée¹⁹⁶⁰, mais la peine complémentaire de coupure de l'accès n'est aujourd'hui plus applicable faute de décret¹⁹⁶¹.

Les rappels de nature à contraindre le titulaire d'un accès à le sécuriser¹⁹⁶² répondent à l'argument selon lequel l'adresse IP n'est pas une donnée fiable. Le raisonnement est simple : en sécurisant sa connexion internet, le particulier, l'entreprise ou l'administration se met à l'abri du risque de substitution ; l'adresse IP peut donc être utilisée sans risque pour désigner le responsable. Pourtant, aucune sécurisation ne peut être vue comme efficace dans tous les cas. La principale vertu de ce dispositif est informative. Le titulaire de l'accès peut ne pas avoir connaissance des usages illicites faits de sa connexion. Il lui appartient alors, soit de faire la police auprès de ceux auxquels il a volontairement ouvert sa connexion, soit de sécuriser cette même connexion s'il s'avère qu'elle est utilisée sans son accord.

*b) La question de l'ouverture imprudente
d'une connexion à des tiers*

561. – Les risques générés par une connexion ouverte à tous les vents. En cas d'ouverture d'un accès à l'internet, par exemple au moyen d'une borne Wifi, la responsabilité du fait de cette ouverture doit être regardée au regard de son caractère raisonnable. Car ouvrir un accès neutre, c'est aussi prêter un outil permettant de commettre de nombreux faits illicites. Lorsque cette ouverture se fait par les airs, le titulaire de l'accès offre un tel outil au tout-venant. Il doit lui être opposé le devoir de prudence applicable en tout domaine¹⁹⁶³.

562. – La création d'un risque de dommage anormal. Pour évaluer s'il y a eu faute d'imprudence, il est nécessaire de recourir à un modèle abstrait adapté en fonction des catégories de personnes¹⁹⁶⁴.

Il faut partir du constat que la sécurité informatique n'est jamais absolue. En cas de piratage d'une connexion dûment sécurisée, le titulaire de l'accès ne devrait pas voir sa responsabilité engagée, car il n'est tout simplement pas fautif. La question se pose essentiellement en cas d'accès sans fil. Ceux-ci ne connaissent pas les limites du voisinage. Il est envisageable d'attendre d'un professionnel de l'informatique qu'il adopte les mesures de protection conformes au dernier état de l'art en la matière. À l'inverse, un simple particulier doit souvent

¹⁹⁶⁰ R. 335-5 I prévoit une contravention de 5^e classe.

¹⁹⁶¹ L'article R. 335-5 III du CPI issu du décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 a été supprimé par l'art. 2 du décret n° 2013-596 du 8 juill. 2013.

¹⁹⁶² Sur le dispositif de riposte graduée en lui-même : *infra*, n°s 651-660.

¹⁹⁶³ *Viney et Jourdain, t. II*, n° 47.

¹⁹⁶⁴ *Brun*, n° 306.

faire avec le matériel qui lui a été fourni par son FAI. Ces diverses situations ne s'opposent aucunement à ce qu'un modèle abstrait s'applique. Les bons professionnels et les personnes raisonnables doivent tous adopter un comportement prudent en rapport avec leurs compétences et leurs moyens.

Le titulaire de l'accès peut aussi avoir volontairement ouvert sa connexion à d'autres personnes. Si l'ouverture aux membres d'un même foyer ne devrait pas pouvoir être regardée comme imprudente, l'ouverture faite à des voisins, des inconnus ou des amis est plus dangereuse. Seule une appréciation *in concreto* permet dans ce cas de déterminer si le titulaire de l'accès aurait dû faire preuve d'une plus grande prudence.

L'accès peut aussi être ouvert à bien plus grande échelle, il oblige alors à collecter des données d'identification¹⁹⁶⁵. Les personnes fournissant un accès à l'internet à titre accessoire devront se ménager le soin de faire le lien entre ceux qui utilisent leur connexion et les usages qui en sont faits. Lorsqu'il s'agit d'une ouverture dans un lieu de passage, il est naturellement plus difficile de demander à l'agent de contrôler précisément l'identité des personnes qui utilisent sa connexion. Alors, il est parfaitement envisageable que des mesures de filtrage lui soient imposées pour prévenir les usages illicites. Il n'y a pas de réponse absolue. Le mécanisme de la riposte graduée a ici une réelle utilité : en informant le titulaire de l'accès que des usages illicites sont faits de sa connexion, la chance d'adopter des mesures de prévention avant qu'une sanction ne le frappe lui est offerte.

563. – L'exposition de mineurs aux risques liés à l'ouverture d'une connexion neutre.

Il faut revenir sur l'importance et la légitimité des restrictions apportées à l'accès au niveau du terminal. Parfois, ces restrictions peuvent être nécessaires, voire obligatoires, non pas seulement pour ménager les intérêts des tiers, mais pour protéger les personnes auxquelles cet accès est ouvert. Sur un plan général, le devoir de prudence « *implique que chacun surveille les personnes dont il a la possibilité de contrôler l'activité et qu'il prenne toutes les mesures adéquates afin d'empêcher ces personnes de se nuire à elles-mêmes ou de créer des dangers pour autrui.* »¹⁹⁶⁶. L'ouverture d'un accès à l'internet à des enfants doit s'accompagner de mesures propres à éviter qu'ils ne s'exposent à des contenus inappropriés. Le standard du bon père ou de la bonne mère de famille est là particulièrement adapté. Si les FAI sont obligés de proposer des solutions de contrôle parental à leurs clients, c'est bien pour que les parents les mettent en place. À défaut, une surveillance humaine est particulièrement nécessaire pour les

¹⁹⁶⁵ *Infra*, n°535.

¹⁹⁶⁶ Viney et Jourdain, t. II, n° 478, p. 422.

jeunes enfants exposés aux risques de l'internet.

564. – Le risque de cumul de responsabilités. Il y a potentiellement deux faits générateurs différents. L'un dû aux usages, l'autre à la faute d'imprudence du titulaire de l'accès. Ce dernier ne devrait pas pouvoir être déclaré responsable d'une défaillance dans la surveillance de son accès et, en même temps, auteur d'un usage illicite. De deux choses l'une, soit l'usage ne lui est pas imputable, mais il a manqué à son obligation de prudence, soit l'usage lui est imputable et la mauvaise surveillance de son accès n'est pas la cause du dommage¹⁹⁶⁷.

À s'en tenir au droit civil, les deux faits générateurs ayant concouru à créer le même préjudice, le principe de réparation adéquate semble s'opposer à ce que les sanctions se cumulent au profit de la victime. Mais à adopter une vision plus large, les choses sont plus complexes qu'il n'y paraît. Les sanctions ne sont pas forcément les mêmes lorsque deux régimes se superposent¹⁹⁶⁸. Le principe de la réparation adéquate n'est donc pas à même d'éviter tout risque de cumul.

2. – Le contrôle de l'environnement logiciel

565. – Les velléités de contrôle. Les usages peuvent être contrôlés de manière indirecte en sanctionnant les outils prévus pour un usage illicite. La démarche fait l'économie d'une imputation incertaine, car l'éditeur du logiciel est généralement identifiable.

566. – Aux États-Unis l'affaire *Napster* en 2001¹⁹⁶⁹ « a donné le ton »¹⁹⁷⁰. Par la suite, l'absence de contrôle des usages par l'éditeur du logiciel a parfois été un obstacle à sa sanction¹⁹⁷¹. L'affaire *Grokster* en 2005 a alors utilisé des voies détournées pour condamner l'éditeur¹⁹⁷². Se fondant sur la jurisprudence qui sanctionne le fait de contribuer en toute connaissance de cause à un acte de contrefaçon, les juges ont sanctionné le « modèle économique » de l'éditeur¹⁹⁷³. Le tribunal a estimé que celui-ci incitait à commettre des

¹⁹⁶⁷ Le professeur P.-Y. Gautier considère que, s'agissant de « *piratage sur l'Internet* », la présomption de contrefaçon devrait s'appliquer à l'abonné, mais que s'il s'avère que l'abonné n'est pas l'auteur des usages illicites, il faudra prouver sa négligence caractérisée pour le poursuivre personnellement (*Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^e éd, 2012, n° 764, p. 779).

¹⁹⁶⁸ Voy. en matière de droit d'auteur : *infra*, n° 650 s.

¹⁹⁶⁹ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001).

¹⁹⁷⁰ G. Azzaria et C. Castets-Renard, *op. cit.*, p. 274.

¹⁹⁷¹ Saisis du cas du logiciel *Kaaza*, les juges de la Cour d'appel d'Amsterdam le 28 mars 2002, tout comme ceux de la Cour du district central de Californie le 25 avril 2003, n'ont pas condamné son éditeur sur le constat qu'il ne pouvait exercer un contrôle sur les échanges effectués par les utilisateurs. Voy. Castets-Renard, n° 597 :

¹⁹⁷² *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

¹⁹⁷³ M. Leaffer, « *Internet 2.0 : une perspective américaine* » in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0. Actes du colloque du 27 octobre 2008*, Litec, coll. « Collection IRPI », 2009, p. 124.

infractions au *copyright*. Ainsi, du moins en théorie, ce n'est pas la technologie qui a été condamnée, mais l'utilisation qui en est faite. Pourtant, depuis cette affaire, la prudence est de mise chez les éditeurs de logiciel de *peer-to-peer*. L'innovation en ce domaine a été pour le moins réduite ces dernières années¹⁹⁷⁴. Il est vrai que les usages se sont naturellement déplacés sur le *streaming*.

567. – La France s'est dotée d'un arsenal légal conséquent afin de lutter contre les échanges illicites. Les logiciels destinés au piratage informatique ont été prohibés dès la LCEN par l'article 323-3-1 du code pénal¹⁹⁷⁵. La loi DADVSI du 1^{er} août 2006¹⁹⁷⁶ a créé l'article L. 335-2-1 du code de propriété intellectuelle punissant pénalement le fait « *de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés* », et s'inspirant de l'affaire *Grokster*, « *d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un [tel] logiciel* »¹⁹⁷⁷. Cette disposition a donné lieu à la condamnation dissuasive des deux créateurs du logiciel *Radioblog* à 10 000 euros d'amende chacun, 12 mois de prison avec sursis et, solidairement, plus d'un million d'euros de dommages et intérêts¹⁹⁷⁸.

568. – De manière générale, lorsqu'un logiciel ou un service s'oriente délibérément vers l'illicite, rien ne s'oppose à ce qu'il soit lui-même vu comme illicite. Il nous semble pertinent d'utiliser les mêmes critères que ceux utilisés pour qualifier les services globalement tournés vers l'illicite¹⁹⁷⁹. Ainsi, le caractère illicite d'un logiciel devrait apparaître de par son orientation affichée ou encore la volonté de ses auteurs de violer la loi.

569. – La limitation des mesures techniques de protection. Les mesures techniques de

¹⁹⁷⁴ M. Leaffer, *op. cit.*, p. 125.

¹⁹⁷⁵ Pour une application : T. corr. Saverne, 12 juin 2008, *Microsoft Corporation /c Jean-Charles S.* (Légalis) : condamnation pour la mise à disposition de tutoriels de *hacking* donnant lieu à 300 euros d'amende ; 6 mois de prison avec sursis et 5000 euros de dommages et intérêts.

¹⁹⁷⁶ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

¹⁹⁷⁷ Le dernier alinéa (« *Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux logiciels destinés au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur* ») a été déclaré non conforme à la constitution (Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, § 57 : manque de clarté du terme « travail collaboratif »).

¹⁹⁷⁸ T. corr. Paris, 3 sept. 2009, *Scpp c/ Jean-Louis et Benoît T.* : RLDI 2009/53 n° 1750 note A. Saint Martin. – La décision fut confirmée en appel (CA Paris, pôle 5, ch. 12, 22 mars 2011 : RLDI 2011/71, n° 2344, obs. L. C. ; RTD Com. 2011 p. 354 obs. F. Pollaud-Dulian), puis en cassation (Crim. 25 sept. 2012, n° 11-84.224 : : AJ Pénal 2013 p. 40 obs. G. Royer ; RLDI 2013/89 n° 2959 note O. Pignatari). – Sur la possibilité en matière de contrefaçon de prononcer des dommages et intérêts punitifs, voy. *infra*, n°s 661-664.

¹⁹⁷⁹ Voy les critères proposés, *supra*, n°s 248-251.

protection¹⁹⁸⁰ les plus connues sont, sans doute, les *D.R.M* pour *Digital Rights Management*. Elles visent à contrôler l'usage d'une donnée numérique, que ce soit pour en empêcher la copie, pour en limiter l'usage à une zone géographique ou pour en limiter le nombre de lectures. Leur objet est donc de limiter les possibilités offertes par le numérique. Les engagements internationaux de la France¹⁹⁸¹ l'ont conduite à protéger par la loi ces mesures¹⁹⁸². Le fait de « *porter atteinte sciemment, à des fins autres que la recherche* » à ces mesures est sanctionné pénalement à l'article L. 335-3-1 du Code de la propriété intellectuelle. Au regard des restrictions pour les libertés des utilisateurs qu'elles portent, il est naturel qu'elles s'accompagnent de quelques encadrements. Elles donnent notamment lieu à des obligations d'information¹⁹⁸³ et elles ne doivent pas entraver l'interopérabilité¹⁹⁸⁴. La HADOPI a été dotée d'un large pouvoir de régulation en ce domaine¹⁹⁸⁵.

Ces mesures recèlent un fort potentiel de conflits, car elles aboutissent à des restrictions d'usages auxquelles des consommateurs de bonne foi ne s'attendent pas. La commercialisation de CD ne fonctionnant pas sur tous les appareils du commerce a ainsi été sanctionnée par les juges¹⁹⁸⁶. À l'inverse, la capacité du support à permettre la copie privée n'a pas été considérée comme une caractéristique essentielle dans l'affaire *Mulholland*

¹⁹⁸⁰ Sur lesquelles : J.-M Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n°s 951 s.

¹⁹⁸¹ Art. 11 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 déc. 1996. Art. 6.1 Dir. 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Pour un historique de la construction du contenu de la protection : J. Lapousterle (dir. P.-Y. Gautier), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dact. Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2007, n°s 357-379, pp. 198-213.

¹⁹⁸² Elles sont définies à l'article L. 331-5 du CPI comme « *les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre* ».

¹⁹⁸³ Art. L. 331-10 CPI.

¹⁹⁸⁴ Art. L. 331-5 al. 4 CPI.

¹⁹⁸⁵ L'autorité de régulation des mesures techniques créée par la loi DADVSI de 2006, avec pour mission de veiller à l'interopérabilité de ces dispositifs et aux respects de droit du public (voy. F. Siirainen, « *L'autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ?* », RLDI 2007/25 (suppl.), n° 839), a vu ses compétences transférées à la HADOPI par la loi Création et internet du 12 juin 2009. L'autorité doit, en premier lieu, veiller au respect de l'exception de copie privée, elle est surtout dotée d'un pouvoir réglementaire et juridictionnel en la matière (L. 331-31 s. CPI). Pour un descriptif détaillé : *Castets-Renard*, n° 624 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^e éd, 2012, n°s 347-348.

¹⁹⁸⁶ La tromperie sur le fondement de l'art. L. 213-1 c. conso. a été retenue pour avoir commercialisé des CD dotés de mesures techniques de protection les rendant incompatibles avec certains lecteurs sans en avoir suffisamment informé le consommateur (TGI Nanterre, 24 juin 2003, *Association CLCL c/ EMI* : Comm. Com. électr., 2003, n° 86, note Ph. Stoffel-Munk – CA Versailles, 30 sep. 2004, *EMI c/ CLCV* : Comm. Com. électr., 2004, n° 163, note L. Grynbaum). De même pour avoir commercialisé un baladeur utilisant de telles mesures limitant son usage à un seul service (TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c/ Sony* : Comm. Com. électr., 2007, 64, note E. Caprioli ; RLDI 2007/24 n° 777, note O. Pignatari). Qu'un CD ne fonctionne pas sur certains appareils du fait des mesures techniques de protection a également pu être jugé comme un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil (TGI Nanterre, 2 sep. 2003, *Françoise M. et UFC Que Choisir c/ EMI et sté. Auchan* : Légalis).

Drive¹⁹⁸⁷. Quoi qu'il en soit de la solution juridique, ces affaires participent d'un climat délétère. Une protection excessive déçoit un consommateur qui a eu recours à un service légal. Les acteurs du secteur ont compris les risques que ces mesures font peser sur leur image et abandonnent progressivement l'usage des DRM depuis quelques années, du moins dans le secteur musical¹⁹⁸⁸.

II. – La détermination de la responsabilité des services en ligne

570. – La détermination de la responsabilité des services en ligne n'est pas soumise aux mêmes aléas que celles de leurs utilisateurs. Toutefois, la neutralité impose là aussi un contexte nouveau¹⁹⁸⁹. L'apparition de services de toute taille relevant de la responsabilité éditoriale implique pour le droit de la presse d'embrasser des activités pour lesquelles il n'a pas été pensé (A). Le développement du commerce électronique est lui un phénomène prévu et encouragé par le droit. La responsabilité qui en découle a ainsi été adaptée (B).

A. – Le droit de la presse hors la presse

571. – Pour bien s'appliquer à l'internet, l'échelle de responsabilité du droit de la presse doit saisir des acteurs dont le rôle s'apparente réellement à des acteurs de la presse traditionnelle (1). Le principal défi ne réside toutefois pas là. L'intemporalité des données publiées sur l'internet pose des questions plus profondes propres à toute publication sur l'internet (2).

1. – L'application de l'échelle de responsabilité

572. – **Un nouveau contexte pour l'échelle de responsabilité.** L'échelle de responsabilité du droit de la presse, parfois dénoncée comme inadaptée à l'internet¹⁹⁹⁰, peut

¹⁹⁸⁷ Si en première instance, les juges avaient considéré cette capacité comme essentielle (TGI Paris, 30 avr. 2004, *Perquin et as c/ SA Films A. Sarde et a.* : Comm. Com. électr., 2004, comm. 85 obs. C. Caron ; JCP E, 2004, 1101, note T. Maillard ; JCP G 2004 II 10135 note C. Geiger ; *Légipresse*, 2004, 214, II, p. 148, note M. Vivant et G. Vercken) ça n'a pas été le cas en appel (CA Paris, 22 avr. 2005 : Comm. Com. électr. 2005 98, note C. Caron ; RLDI 2005/5 n° 135, obs. D. Melison ; JCP E 2005 II, 10126 note. C. Geiger ; *Légipresse* 2005, 207, III, p. 236, note M. Vivant et G. Vercken), ni en cassation (Civ. 1, 19 juin 2008, n° 07-14.277 : LPA 2 août 2006, n° 153, p. 20, obs. C. Castets-Renard).

¹⁹⁸⁸ F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n° 522.

¹⁹⁸⁹ Ne sera ici envisagé que le cas d'un service non soumis au régime de responsabilité des hébergeurs, ce cas ayant été envisagé au registre de l'encadrement des activités non neutres des intermédiaires techniques (*supra*, n°s 409 s.).

¹⁹⁹⁰ *Castets-Renard*, n° 930.

s'y appliquer à condition de la réserver à de véritables éditeurs de contenus. L'internet met en scène des acteurs dont le fonctionnement ressemble trait pour trait à celui des éditeurs de presse traditionnels. Ce sont d'ailleurs souvent les mêmes entités de presse qui diffusent sur l'internet ce qu'ils destinaient avant exclusivement au papier. Mais le droit de la presse doit également embrasser des entités beaucoup moins organisées. Malgré l'absence d'adaptation légale à ce nouveau contexte, il est heureux que la jurisprudence sache faire preuve de mesure face à des amateurs¹⁹⁹¹.

573. – La question des limites. En bonne logique, le régime de responsabilité des hébergeurs ne devrait pas pouvoir se superposer à celui des éditeurs ou des producteurs. Ces régimes ont des vocations différentes et complémentaires qui invitent à les délimiter strictement. Une responsabilité de type éditoriale s'impose avec évidence pour les services en ligne que modèrent *a priori* les divers contenus fournis par des tiers¹⁹⁹². Faute de fixation préalable, seule la responsabilité en tant que producteur au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 pouvait être envisagée pour ceux qui modèrent *a posteriori* les messages¹⁹⁹³. La Cour de cassation a un temps considéré que les blogs et les forums de discussion pouvaient s'assimiler à des producteurs, les incitant, sous peine de sanction, à pratiquer une modération *a priori*. Le Conseil constitutionnel a exclu cette solution pour des acteurs qui n'avaient pas conscience de la nature des contenus avant leur mise en ligne¹⁹⁹⁴. Il y avait alors peu à créer. Le régime des hébergeurs vise des acteurs neutres n'ayant pas conscience des contenus qu'ils permettent de mettre en ligne ; les régimes de responsabilité issue de la loi de 1881 recouvrent des situations où le responsable était en mesure d'effectuer un contrôle *a priori*.

Malheureusement, les incertitudes longtemps attachées au champ d'application du régime de responsabilité des hébergeurs ont conduit à des solutions confuses. L'incohérence est désormais dans la loi. L'alinéa 4 de l'article 93-3 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, ajouté par la loi HADOPI 1, a prévu un régime très proche de celui des hébergeurs. Le directeur de la publication ne peut voir engager sa responsabilité « *comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour*

¹⁹⁹¹ Il a ainsi été jugé que l'auteur d'un blog édité « à titre purement privé et bénévole n'était pas tenu de se livrer à une enquête complète et la plus objective possible » (TGI Paris, ch. 17, 17 mars 2006, *Commune de Puteaux c/ C. G.* : prec.) ou, qu'en matière de diffamation, l'auteur « n'est pas un journaliste mais un particulier », il est possible de « tolérer une certaine dose d'exagération dans l'expression » (TGI Paris, réf., 24 juin 2015, *Electro Clim / Nicolas D.* : Légalis)..

¹⁹⁹² E. Dreyer., *Responsabilité civile et pénale des médias*, LexisNexis, 3e éd., 2012, n° 809.

¹⁹⁹³ Sur ce point, E. Dreyer, D. 2010 p. 2206 (spé. n° 4), note ss. Crim., 16 févr. 2010, préc..

¹⁹⁹⁴ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164-QPC : préc. – Sur cette question, voy. : *supra*, n° 188.

retirer ce message ». Toute superposition de régimes devrait être, à notre sens, exclue. Pour que l'édifice garde un sens, cette disposition devrait être regardée comme visant uniquement les cas de modération *a posteriori*¹⁹⁹⁵.

2. – Le défi de l'intemporalité

574. – Des contenus toujours jeunes. Contrairement au papier qui s'épuise en kiosque, jaunit en bibliothèque et s'oublie en archives, le temps n'altère pas les contenus publiés sur l'internet. Tout au plus, leur visibilité peut décroître, mais leur accessibilité restant entière, elle peut aussi se révéler longtemps après leur publication. La permanence de la publication sur l'internet bouleverse la vision de la prescription qui gouverne le monde de la presse. Sur l'internet, la Cour de cassation affirme avec constance que le délai de prescription part du premier jour de la publication¹⁹⁹⁶. Ce qui ne laisse aux victimes qu'une très étroite fenêtre pour agir sur le fondement de la loi de 1881, alors que les contenus dommageables bénéficient longtemps après leur publication de la même accessibilité qu'au premier jour. La LCEN avait essayé d'en tenir compte. La loi prévoyait en son art 6.-V que le point de départ du délai de prescription applicable pour les faits relevant de la loi de 1881 ne court qu'à partir de la date à laquelle a cessé la mise à disposition du public du message. Le Conseil constitutionnel, tout en relevant la spécificité des publications sur l'internet, a tranché qu'une telle disposition « *dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* »¹⁹⁹⁷.

575. – Une nouvelle publication nécessitant la manipulation des contenus. La question, sans cesse reposée depuis l'intervention du Conseil constitutionnel, est celle de savoir ce qui peut caractériser une nouvelle publication. La simple mise à jour d'un site¹⁹⁹⁸ comme l'adjonction d'une nouvelle adresse¹⁹⁹⁹ devraient être regardées comme insuffisantes, car ces actes ne visent pas spécifiquement les contenus déjà publiés. Il suffirait alors pour agir en toute impunité de publier de manière confidentielle un article puis d'attendre l'écoulement

¹⁹⁹⁵ Voy. note avis *supra*, n° 202-1.

¹⁹⁹⁶ Crim. 30 janv. 2001, n° 00-81.309 – Crim., 16 oct. 2001, n° 00-85.728 – Crim., 27 nov. 2001, n° 01-80.134 et 01-80.135 (affirmation du caractère instantané des délits de presse commis sur l'internet). – Civ. 2, 12 avr. 2012, n° 11-20.664 : Comm. com. électr. 2012, n° 7, comm. 82, note A. Lepage. – Les juges du fond doivent le rappeler dans de multiples circonstances, voy. à propos de contentieux *Google Suggest* : CA Paris, pôle 1, ch. 3, 8 mars 2011 : Légalis – CA Paris, pôle 2, ch. 7, 15 mai 2013 : Légalis. – Voy. encore TGI Paris, ch. 17, 15 nov. 2013, *Daniel D. c/ Jean-Marie T. et a.* : Légalis : précisant que l'antériorité de la date de publication peut être attestée par un constat d'huissier et des éléments fournis par l'hébergeur.

¹⁹⁹⁷ Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, § 14.

¹⁹⁹⁸ Crim. 19 sept. 2006, n° 05-87.230 : RLDI 2006/20 n° 616.

¹⁹⁹⁹ Crim., 6 janv. 2009, n° 05-83.491 : RLDI 2009/46 n° 1519 obs. M.T.

du délai de prescription avant d'en faire la publicité²⁰⁰⁰. Les juges du fond ont combattu cette pratique en considérant qu'il y a nouvelle publication en cas de création d'un lien vers un article plus ancien²⁰⁰¹. La solution mérite d'être précisée.

La Cour de cassation²⁰⁰², sollicitée pour avis par la 17^{ème} chambre correctionnelle du TGI de Paris a estimé, conformément à l'avis de l'avocat général²⁰⁰³, « *que les conditions dans lesquelles l'insertion dans un article mis en ligne sur le réseau Internet d'un lien hypertexte renvoyant à un texte déjà publié, serait susceptible d'être regardée comme une nouvelle publication de celui-ci, de nature à faire courir à nouveau le délai de prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, suppose un examen des circonstances de l'espèce, notamment de la nature du lien posé et de l'identité de l'auteur de l'article, comme de son intention de mettre à nouveau le document incriminé à la disposition des utilisateurs* ». Il paraît, en effet, capital de savoir si l'auteur du lien est le même que l'auteur de l'article initial, ou du moins s'il y a un ensemble éditorial cohérent entre la page liée et la page liante²⁰⁰⁴. Un lien créé sur un site externe par une personne qui n'a rien à voir avec le contenu initial ne devrait pas faire courir un nouveau délai. En juger autrement serait grandement altérer la sécurité juridique sur l'internet et abolir une notion cardinale du droit civil²⁰⁰⁵. Cette solution devrait s'imposer, non seulement pour déterminer le point de départ de la prescription en matière de presse, mais également à chaque fois que des contenus publiés sur l'internet appellent une responsabilité.

B. – Une responsabilité adaptée pour le commerce électronique

576. – Une responsabilité renforcée. Le corps de règles applicable aux contrats conclus via l'internet est abordé par le biais de la législation relative au commerce électronique.

²⁰⁰⁰ Le risque est not. soulevé par Emmanuel Dreyer : *Responsabilité civile et pénale des médias*, LexisNexis, 3e éd., 2012, n° 839.

²⁰⁰¹ TGI Paris, 18 mars 2013 : RLDI 2013/92 n° 3066 obs. L. C. : jugeant que « *la création d'un lien hypertexte permettant d'accéder directement à un article plus ancien, que la création d'un tel lien doit être analysée comme une nouvelle mise en ligne du texte auquel ce lien hypertexte renvoie* ».

²⁰⁰² Cass., avis, 26 mai 2014, n° 15008 : Dalloz actualité, 19 juin 2014 obs. S. Lavric

²⁰⁰³ Conclusions de Monsieur l'avocat général Xavier Salvat disponibles sur le Dalloz actualité du 19 juin 2014.

²⁰⁰⁴ Il est intéressant de confronter cette exigence à l'arrêt *Svensson* (CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, aff. N. Svensson et a. c. Retriever Sverige AB : préc.) qui, rendu en matière de propriété intellectuelle, a estimé qu'un lien hypertexte n'implique pas une nouvelle communication au public du moment que le public n'est pas différent du public initialement ciblé. Ici, le constat que le public n'est pas différent pourrait être utilisé, au contraire, pour caractériser un nouvel acte de publication.

²⁰⁰⁵ Bigot de Préameneu disait que « *de toutes les institutions du droit civil la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social.* » (F.-J.-J. Bigot de Préameneu, « *Présentation au corps législatif et exposé des motifs* », in, A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcoq, 1856, p. 573).

L'appellation recouvre toutes les relations commerciales, quelles que soient les parties. Le commerce électronique peut donc donner lieu à l'application de règles de droit spécial, en particulier le droit de la consommation²⁰⁰⁶.

La LCEN, en son article 15.-I, précise en termes classiques que les personnes exerçant une activité de commerce électronique sont débitrices d'une obligation de résultat envers leurs clients²⁰⁰⁷. Cette responsabilité a une portée générale, elle ne peut ainsi s'appliquer en lieu et place de règles spéciales déjà applicables²⁰⁰⁸. S'ajoutent aux exceptions les règles spécifiques à l'internet régulièrement posées en des domaines très divers²⁰⁰⁹.

577. – La conservation d'équivalences de valeurs. Les interventions législatives suscitées par l'immatériel, sous l'impulsion du droit de l'Union²⁰¹⁰, n'ont été souvent que des adaptations nécessaires afin de recréer des équivalences avec le monde physique²⁰¹¹. La forme électronique des contrats en est une bonne illustration²⁰¹².

La confiance ne pouvant se manifester que vis-à-vis d'une personne clairement identifiée, la loi a rendu l'identification des acteurs du commerce électronique obligatoire²⁰¹³. Cette première information n'est pas suffisante pour créer les conditions de l'expression d'un consentement sain. Le consentement bénéficie sur l'internet d'une protection spécifique²⁰¹⁴.

²⁰⁰⁶ Castets-Renard, n° 350.

²⁰⁰⁷ Toute personne physique ou morale exerçant une activité de commerce électronique « est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. ». L'alinéa 2 détaille, sans surprise, que ces personnes peuvent s'exonérer « en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure. ». – Luc Grynbaum estime que « les parlementaires auraient pu faire l'économie de dispositions reprenant le droit commun des contrats » (« LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet », Comm. Com. électr. 2004/9, ét. 28).

²⁰⁰⁸ CA Paris, 26 mars 2009, *SASU Go Voyage c/ SCP Brouard Daude et a.* : Comm. com. électr. 2009, n° 7, comm. 66 obs. A. Debet : en cas de vente de billets d'avion par internet, les dispositions spéciales du code du tourisme (L. 211-18 excluant la responsabilité de plein droit pour la vente de « vols secs ») s'appliquent en lieu et place de l'art. 15 de la LCEN.

²⁰⁰⁹ Pour un panorama, voy. Castets-Renard, n°s 470-487 évoquant la vente en ligne de médicaments (470 s.), l'activité de paris et de jeux en ligne (475 s.) ainsi que la vente de services financiers (481).

²⁰¹⁰ Voy. principalement : Dir. 1999/93/CE du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. – Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

²⁰¹¹ La doctrine se montre généralement critique vis-à-vis de cette ambition : J. Rochfeld, « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ. 2004, pp. 574 s. – M. Mekki, « Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'empêche pas « neutralité axiologique », Revue des contrats, 2007 n° 3, p. 681 s.

²⁰¹² Sur le contrat conclu par voie électronique : L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., n°s 100-150.

²⁰¹³ Art. 19 de la LCEN.

²⁰¹⁴ Voy. art. 1108-1 du code civil et art. 1108-2 pour l'écrit électronique et art. 1369-1 à 1369-6 pour les contrats sous forme électronique. – Pour une description détaillée du régime des contrats électroniques introduit par la LCEN, voy. J. Rochfeld, *op. cit.*, pp. 574 s. ; L. Grynbaum, « Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné », D. 2004, pp. 2213 s. ; C. Castets-Renard, « Le formalisme du

Les droits finalistes, et en particulier le droit de la consommation, ont aussi dû transposer leurs objectifs à l'univers numérique²⁰¹⁵. La protection du consommateur y est accentuée par l'assurance contre le risque de fraude par carte bancaire²⁰¹⁶ et l'existence d'un droit de rétractation étendue²⁰¹⁷. Il n'y a pas là d'autonomie du droit de l'internet, mais au contraire, la volonté de préserver des valeurs déjà affirmées par ailleurs²⁰¹⁸. Une vente, même assortie d'un délai de rétractation spécial, reste attachée au tronc de son droit commun.

Le caractère international des échanges nécessite, lui, quelques abandons. L'adaptation de la loi Toubon²⁰¹⁹ à l'internationalité des échanges se heurte aux mêmes obstacles qu'en matière de désignation de la loi applicable. La doctrine pressent dans l'article 1369-4 3° du Code civil, prévoyant que l'offre électronique doit mentionner les langues proposées pour la conclusion du contrat, « *une tendance à la suppression de telles exigences linguistiques nationales, impraticables sur l'internet* »²⁰²⁰.

578. – Une concurrence plébiscitée. Les entreprises du luxe, de la cosmétique et du haut de gamme en général, se trouvent particulièrement mal à l'aise pour appréhender l'internet. Elles ont su bâtir, malgré un *a priori* défavorable du droit de l'UE²⁰²¹, des réseaux physiques de distribution sachant susciter chez le public le sentiment de l'exception ou de la rareté. Les exigences tenant à un conseil personnalisé et au contrôle de chaque détail s'accommodent mal de la vente en ligne. De nombreux fournisseurs ont souhaité interdire la vente en ligne de leurs produits les plus haut de gamme afin d'éviter leur banalisation et la politique tarifaire qui s'ensuit.

Le droit contemporain oppose à ces inquiétudes son souci de la concurrence. L'interdiction

contrat électronique ou la confiance décrétee », Defrénois, 30 oct. 2006, n° 20, pp. 1529 s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2014, n° 80-83.

²⁰¹⁵ Parfois sous le feu des critiques : A. Penneau, « *Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil* », LPA, 13 mai 2004 n° 96, pp. 3 s

²⁰¹⁶ Art. L. 132-4 Code monétaire et financier.

²⁰¹⁷ Art. L. 121-20-12 c. conso. (délai de rétractation de 14 jours). L'art. L. 121-20-1 issu de la loi n° 2008-3 dite Chatel du 3 janv. 2008 précise les conditions financières de la rétractation.

²⁰¹⁸ Comp. : C. Castets-Renard, art. *op. cit* et M. Mekki, art. *op. cit*.

²⁰¹⁹ L'art. 2 de la loi du 4 août 1994 impose l'usage du français « *dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances.* ».

²⁰²⁰ J. Schmidt-Szalewski, *L'internet ou l'illusion libertaire*, in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 814. – Comp. Vivant et alii, n° 2607, considérant que, malgré le 3° de l'article 1369-4 du Code civil, « *la règle selon laquelle l'offre doit l'être en français demeure donc intacte* ».

²⁰²¹ L'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'admet que de manière restrictive les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence. La CJUE a posé ses critères (Voy. les arrêts Métro (CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26-76) et L'Oréal (CJCE, 11 déc. 1980, aff. 31/80) qui ont admis que la qualité de certains produits peut nécessiter la présence de distributeurs spécialisés.

de vente en ligne n'est valable qu'en ce qu'elle est justifiée²⁰²². L'autorité de la concurrence, sans la sanctionner par principe, a strictement encadré les possibilités de la restreindre²⁰²³. Cette orientation, très favorable à la liberté du commerce en ligne, est confirmée par le règlement adopté en 2010²⁰²⁴. Pour l'instant, les fournisseurs gardent tout de même la faculté de subordonner leur agrément au fait que le distributeur ait un magasin physique²⁰²⁵. La doctrine relève qu'il y a une incohérence à prohiber l'interdiction de ventes en ligne lorsque le distributeur dispose d'un magasin physique et à permettre d'exclure des « pure player » internet²⁰²⁶.

§ 2. – La poursuite des auteurs de dommages

579. – Les victimes face à la masse des usages apparemment anonymes peinent bien souvent à poursuivre elles-mêmes les auteurs de faits illicites (I). Pour répondre à ces lacunes, divers adjuvants à la poursuite des responsables ont été créés (II). Entre excès et impuissance, ce sont sur ces politiques que repose une bonne part de l'équilibre entre liberté et responsabilité sur l'internet.

I. – Une poursuite difficile pour les victimes

580. – Les failles de l'intérêt à agir. L'intérêt que les victimes ont à agir à l'encontre des intermédiaires techniques est généralement fort²⁰²⁷. La même conclusion ne s'impose pas lorsqu'il s'agit de mettre en cause la responsabilité des utilisateurs du réseau. Plusieurs obstacles, plus ou moins dirimants, se dressent devant les victimes. Tout d'abord, l'identification des utilisateurs du réseau n'est ni aisée ni certaine. Ensuite, les dommages subis par l'intermédiaire de l'internet sont, bien souvent, le fruit d'une multitude de personnes ayant toutes causé un préjudice distinct, ce qui condamne la victime à multiplier les

²⁰²² Voy. Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, pt 51.

²⁰²³ Décision, 06-D-28 du 5 oct. 2006, *Boss, Focal, Triangle* ; Décision 07-D-07 du 8 mars 2007 ; Décision 08-D-25 du 29 oct. 2008, *Fabre*. Cette dernière décision a été contestée devant la CA de Paris qui a saisi la CJCE d'une question préjudicielle sur ce point (CA Paris, 29 oct. 2009, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Autorité de la concurrence : Légalis*). La CJUE, par un arrêt du 13 oct. 2011 (C-439-09 : RLDI, 2011/77 n° 2554 note Castets-Renard) a tranché que les clauses interdisant la vente en ligne constituent une restriction par objet lorsqu'elle n'est pas justifiée par la qualité des produits en cause.

²⁰²⁴ Règlement (CE) n° 330/2010 de la commission du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concernées (remplace le Règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 déc. 1999), voy. la note de Muriel Chagny et Stéphanie Choisy, *Comm. Com. électr.*, 2010, n° 9, éd. 17.

²⁰²⁵ Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, pt 54. Décision de l'autorité de la concurrence, 06-D-24 du 24 juill. 2006.

²⁰²⁶ *Castets-Renard*, n° 499-2.

²⁰²⁷ *Infra*, n° 74-75.

poursuites.

L'action de la victime peut aussi être découragée par la crainte de donner de la publicité à l'information dommageable. C'est un phénomène courant sur l'internet. La pratique lui a même trouvé un nom : l'*effet Streisand*, du nom d'une actrice américaine qui, en cherchant à faire supprimer une photo aérienne de sa propriété, lui a donné une très grande visibilité²⁰²⁸. Le phénomène n'est pas neuf. Diderot se plaisait déjà à écrire au XVIII^e siècle : « *Combien de fois le libraire et l'auteur d'un ouvrage privilégié, s'ils l'avaient osé, n'auraient-ils pas dit aux magistrats de la grande police : « Messieurs, de grâce, un petit arrêt qui me condamne à être lacéré et brûlé au bas de votre grand escalier ? ».* *Quand on crie la sentence d'un livre, les ouvriers de l'imprimerie disent : « Bon, encore une édition ! ».* »²⁰²⁹. L'internet donne au phénomène une portée considérable ; un contenu faisant l'objet de poursuites devient sulfureux et suscite naturellement la curiosité.

581. – Les failles dans la collecte des preuves. Les victimes doivent administrer avec soin la preuve de l'illicite. La jurisprudence est parfois exigeante²⁰³⁰. Mais l'obstacle n'est rien comparé au cas des victimes dans l'incapacité d'avoir connaissance des atteintes portées à leurs droits. C'est bien souvent le cas des titulaires de droits de propriété intellectuelle qui, à moins de déployer des dispositifs de surveillance particulièrement coûteux, restent dans l'ignorance du détail des usages illicites faits de leurs œuvres.

II. – Les adjuvants à la poursuite des utilisateurs

582. – La responsabilité civile relayée au second plan. Lorsque le schéma opposant une victime à un responsable n'est plus suffisant, c'est classiquement la responsabilité pénale qui est mise en avant²⁰³¹. Les divers mécanismes mis en place afin de faciliter la poursuite des responsables préservent pourtant, dans bien des cas, les mécanismes de la responsabilité civile afin de permettre aux victimes d'être indemnisées²⁰³². Ce ne doit pas masquer qu'elle est ici au second plan. L'intermédiaire de la puissance publique est nécessaire dans la majorité des

²⁰²⁸ E. Bloch, *Communication de crise et médias sociaux*, Dunod, coll. « Fonctions de l'entreprise », 2012, p. 37.

²⁰²⁹ D. Diderot, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Hachette, 1861 (éd. originale 1765), p. 71.

²⁰³⁰ TGI Paris, ch. 17, 10 avr. 2013, *J. H. c/ L. D.* (Légalis) : « *la production d'une simple impression sur papier est insuffisante pour établir la réalité de la publication, tant dans son contenu, que dans sa date et dans son caractère public, dès lors que ces faits font l'objet d'une contestation* ».

²⁰³¹ Sur la possibilité pour les victimes de déclencher l'action publique en se constituant partie civile : *Viney et Jourdain*, t. I., n° 103. – Sur les origines de ce principe, ses dérivés et sa consécration légale peu consistante : X. Pin, « *Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin* », D. 2007 p. 1025.

²⁰³² La loi HADOPI 2 en modifiant l'article 398-1 du code de procédure pénale avait souhaité permettre à la victime de demander des dommages et intérêts dans le cadre de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale. La disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel pour son manque de précision quand aux formes de la demande et quant aux garanties l'accompagnant (Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, § 14).

hypothèses. En effet, les signalements des internautes portant sur des usages pénalement répréhensibles sont réceptionnés par des organes de police (A) et la surveillance des usages illicites est généralement le fait d'institutions, au minimum, autorisées par la loi (B).

A. – Le signalement

583. – Depuis 2009, la plateforme PHAROS²⁰³³ recueille, traite et réoriente tout signalement portant sur une infraction pénale ne nécessitant pas un dépôt de plainte²⁰³⁴. Elle est à la fois alimentée par les signalements des opérateurs et par ceux provenant du site mis en place à destination des internautes²⁰³⁵. Le public s'est approprié ces outils, leur utilisation est importante. De 53 000 en 2009, le nombre de signalements est passé à 123 987 en 2013²⁰³⁶. Ce type de mécanisme est particulièrement utile sur un réseau neutre. Les libertés qu'ouvre un tel réseau sont l'occasion des pires usages. Seul le droit pénal peut les appréhender efficacement. Ouvrir aux « témoins » de ces usages la possibilité de les signaler facilement afin d'en saisir les autorités compétentes est parfaitement cohérent.

Naturellement, ces mécanismes restent largement étrangers à la responsabilité civile. Ils sont de nul effet sur son effectivité ou son caractère dissuasif. Certains dispositifs de surveillance ont, sur ce plan, un meilleur potentiel.

B. – La surveillance

584. – Des dispositions à la marge de la neutralité. Comme en d'autres domaines, les forces de police pratiquent une surveillance active des réseaux les plus dangereux (1). Seuls les titulaires de droit de propriétés intellectuelles disposent, à ce jour, des moyens et de la possibilité légale permettant d'institutionnaliser une telle surveillance à leur profit (2). La neutralité de l'internet n'est pas affectée par ces mécanismes, car ils ne modifient pas le fonctionnement du réseau. Ils peuvent tout de même porter atteinte à des droits et libertés par ailleurs défendus par la neutralité.

1. – Surveillance policière

585. – Les moyens de la surveillance. La lutte contre les infractions les plus graves ne peut se faire uniquement par des mécanismes de surveillances techniques. Ceux qui s'y

²⁰³³ Plateforme d'Harmonisation, d'Analyse, de Recoupement et d'Orientation des Signalements. – Voy. l'arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé « PHAROS » (JORF, 20 juin 2009, p. 10068).

²⁰³⁴ M. Quémener, « Signalez l'illicite sur internet » D. 2013, Entretien, p. 2096.

²⁰³⁵ <https://www.internet-signalement.gouv.fr/>

²⁰³⁶ Données publiées dans la rubrique *Actualités* du site internet-signalement.gouv.fr.

adonnent ne savent que trop bien les parer. La surveillance humaine, seule capable de s'infiltrer dans les réseaux criminels, s'avère indispensable pour mettre fin aux infractions les plus graves.

La loi donne les moyens nécessaires aux forces de police pour réprimer des infractions qui s'organisent généralement en réseau. La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a ainsi prévu des dispositions permettant une surveillance active afin de rassembler les preuves et de rechercher les auteurs d'un vaste panel d'infractions relatives à la mise en péril des mineurs²⁰³⁷, à la traite des êtres humains²⁰³⁸, au proxénétisme en général²⁰³⁹ et aux proxénétismes des mineurs et personnes vulnérables en particulier²⁰⁴⁰. Elle autorise des officiers ou agents de police judiciaire agissant au cours d'enquêtes ou sur commission rogatoire, mais à la condition qu'ils soient affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités²⁰⁴¹, à « *participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques* », à « *être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions* » et à « *extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites.* »²⁰⁴². Depuis la loi, dite LOPPSI 2, du 14 mars 2011, l'article 706-25-2 du Code de procédure pénale étend, dans des termes très voisins, les pouvoirs des agents de police judiciaire²⁰⁴³, afin de poursuivre les faits de provocations ou d'apologie aux actes de terrorisme²⁰⁴⁴. Il faut ajouter à ces dispositions l'article 59 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 sur l'ouverture des jeux en ligne qui permet à des officiers et agents de police judiciaire désignés par le ministre de l'Intérieur, des agents des douanes désignés par le ministre chargé des douanes et les fonctionnaires et agents mentionnés de participer à des sites de paris en ligne non agréés afin de constater les infractions à cette loi.

Ces textes prévoient tous, qu'à peine de nullité, ces actes ne peuvent pas constituer une

²⁰³⁷ L'article 706-47-3 al. 1^{er} du code de procédure pénale vise les art. 227-18 à 227-24 punissant des infractions diverses allant de la provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiants (art. 227-18), à la provocation à la commission d'un crime ou d'un délit (art. 227-21) en passant par la provocation à la consommation excessive et habituelle d'alcool (art. 227-19). L'art. 227-22 visant la corruption de mineurs et l'art. 227-23 visant la lutte contre la pédopornographie sont, malheureusement, les plus nécessaires.

²⁰³⁸ L'art. 706-35-1 al. 1^{er} du code de procédure pénale vise les art. 225-4-1 à 225-4-9 du code pénal.

²⁰³⁹ L'art. 706-35-1 al. 1^{er} du code de procédure pénale, encore, vise les art. 225-5 à 225-12 du code pénal.

²⁰⁴⁰ L'art. 706-35-1 al. 1^{er} du code de procédure pénale, toujours, vise les art. 225-12-1 à 225-12-4 du code pénal

²⁰⁴¹ Ces modalités ont été précisées par l'arrêté du 30 mars 2009 relatif à la répression de certaines formes de criminalité informatique et à la lutte contre la pédopornographie (NOR: IOCC0900775A).

²⁰⁴² 1°, 2° et 3, de l'art. 706-47-3 et 1°, 2° et 3° de l'art. 706-35-1 du code de procédure pénale.

²⁰⁴³ Art. 706-25-2 du Code de procédure pénale al. 1. – La liste des personnes habilitées a été précisée par l'art. 1^{er} de l'arrêté du 19 sept. 2011 (NOR : IOCJ1117663A) qui donne habilitation à divers organismes issues des services et unités relevant de la direction centrale de la police judiciaire, de la direction générale de la sécurité intérieure, des services et unités relevant de la préfecture de police et des services et unités relevant de la direction générale de la gendarmerie nationale.

²⁰⁴⁴ Réprimés par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 al. 6.

incitation à commettre les infractions qui motivent ces dispositions²⁰⁴⁵. La jurisprudence avait déjà tranché en ce sens²⁰⁴⁶.

586. – La surveillance peut aussi être beaucoup plus ciblée. Dans ce cadre, les dispositifs techniques de surveillance et de captation de données informatiques sont d'une efficacité redoutable. Ils sont aussi particulièrement intrusifs, c'est la raison pour laquelle leur mise en place est plus encadrée²⁰⁴⁷. La loi du 14 mars 2011 a investi le juge d'instruction du pouvoir d'autoriser et de contrôler la mise en place de tels dispositifs²⁰⁴⁸. Ces derniers sont alors installés sans le consentement des intéressés à la condition d'être nécessaires à l'information concernant de nombreux crimes ou délits, souvent commis en bande organisée²⁰⁴⁹. Le code de la sécurité intérieure, dans le cadre de son champ d'application, permet également un accès étendu aux données informatiques de personnes pouvant servir l'information des services de renseignement²⁰⁵⁰.

L'efficacité de ces techniques envers les réseaux criminels repose sur leur ciblage. Une surveillance plus généralisée doit justifier les atteintes qu'elles portent aux droits individuels à l'aune d'une efficacité beaucoup plus discutable. De plus, la surveillance des réseaux de pair à pair, parce qu'elle implique de participer aux échanges, n'est pas loin de franchir la limite de l'incitation. La participation est pourtant la seule option.

2. – La surveillance institutionnalisée

587. – De l'autorisation de manipuler des données d'identification. Au-delà de la vigilance de chacun quant au respect de ses droits, il est apparu nécessaire à certains intérêts de surveiller de manière beaucoup plus systématique le réseau. Les organismes professionnels défendant le droit d'auteur ont trouvé dans les logiciels d'échanges de pair à pair le moyen de repérer les internautes contrefacteurs. La majorité de ces logiciels permet, en effet, de visualiser l'adresse IP des *pairs* au cours d'un échange.

588. – Afin de traiter efficacement les données collectées, la législation protectrice des

²⁰⁴⁵ Art. 706-25-2, 706-35-1 et 706-47-3 du code de procédure pénale *in fine* et art. 59 al. 4 de la loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture des jeux en ligne.

²⁰⁴⁶ Illustrations : Crim., 11 mai 2006, n° 05-84.837 (RLDI 2006/17 n° 509 obs. L. C.) : n'est pas loyale la preuve obtenue par un policier se faisant passer pour un mineur sur un site de rencontre en demandant, de plus, des images pornographiques de mineurs. – Crim., 7 févr. 2007, n° 06-87.753 (RLDI 2007/26 n° 866) : un site créé aux États-Unis en vue d'attirer les pédophiles ne peut servir de base pour une preuve loyale (provocations policières). – Crim., 4 juin 2008, n° 08-81.045 : RLDI 2008/40 n° 1336 obs. L. C.

²⁰⁴⁷ Sur l'ensemble de la procédure, voy. art. 706-102-1 à 706-102-9.

²⁰⁴⁸ Art. 706-102-1 du code de procédure pénale.

²⁰⁴⁹ Renvoi est fait à l'art. 706-73 du code de procédure pénale.

²⁰⁵⁰ Voy., au lendemain de la loi n°2015-912 du 24 juill. 2015 relative au renseignement les art. L. 851-1- à L. 871-7 du code de la sécurité intérieure.

données personnelles a dû être adaptée. La loi du 6 août 2004 a autorisé les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur mentionnées à l'article L. 321-1 du code de la propriété intellectuelle et les organismes de défense professionnelle mentionnés à l'article L. 331-1 du même code à procéder à des « *traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté* »²⁰⁵¹. Le Conseil constitutionnel a validé ce dispositif sous réserve que les données recueillies acquièrent un caractère nominatif uniquement dans le cadre d'une procédure judiciaire et que la création d'un tel traitement soit autorisée par la CNIL²⁰⁵². Cette dernière est entrée en conflit avec la SACEM lorsqu'elle lui a refusé l'autorisation de collecter des adresses IP sur des réseaux de pair à pair en s'inquiétant particulièrement du caractère loyal des preuves ainsi réunies²⁰⁵³. Le Conseil d'État a finalement permis ce traitement²⁰⁵⁴. La Cour de cassation n'a, elle, pas jugé nécessaire l'autorisation de la CNIL pour la collecte manuelle d'adresses IP par des agents des sociétés de gestion des droits d'auteur, car ils n'effectuent pas de traitement automatisé²⁰⁵⁵.

Les accords de l'Élysée de 2007, à l'origine du dispositif HADOPI, ont abouti, après bien de remous, à codifier le détail de la riposte graduée²⁰⁵⁶. Le dispositif s'appuie sur la surveillance privée effectuée par des agents assermentés et agréés²⁰⁵⁷. L'expérience a donné lieu à très peu de condamnations²⁰⁵⁸, mais dans la perspective de lutter contre le sentiment d'impunité, l'expérience HADOPI est enrichissante.

589. – L'apport du contentieux à la qualification de l'adresse IP. La question centrale est de savoir si l'adresse IP est une donnée à caractère personnel. En l'absence de guide, les juges du fond ont apporté des réponses positives²⁰⁵⁹ ou négatives²⁰⁶⁰. La Cour de cassation ne s'est pas directement prononcée. Elle n'exige pourtant pas d'autorisation préalable pour tout

²⁰⁵¹ Art. 9 de la loi du 6 janv. 1978 tel que modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

²⁰⁵² Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, § 13.

²⁰⁵³ Délibération de la CNIL n° 2005-235 du 18 oct. 2005.

²⁰⁵⁴ Conseil d'État, cont., 23 mai 2007, n° 288149, *Sacem c/ CNIL* : AJDA 2007. 1413, concl. C. Vérot ; D. 2007 p. 1605, obs. J. Daleau ; RTD com. 2007 p. 546, obs. F. Pollaud-Dulian.

²⁰⁵⁵ Crim. 13 janv. 2009, n° 08-84.088. – Crim., 16 juin 2009, n° 08-88.560 : Dr. Pénal 2009, n° 123, obs. J. Robert ; RSC 2010.173, note J. Francillon ; Comm. com. électr. 2009, n° 31, note C. Caron ; Légipresse 2009, II, 98, note E. Derieux.

²⁰⁵⁶ Art. L. 331-25 du CPI.

²⁰⁵⁷ Art. L. 331-24 du CPI. Validé par Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, § 31, sous réserve (§ 29) que ce traitement soit soumis à la loi du 6 janv. 1978 et contrôlé par la CNIL.

²⁰⁵⁸ Quelques dizaines tout au plus. Sur ce point, voy. les informations disponibles : note *infra*, n° 652.

²⁰⁵⁹ TGI Paris, ch. 3, sect. 3, 24 juin 2009, *J.-Y. Lafesse et a. c/ Google et a.* : RLDI 2009/51, n° 1686 obs. M.T.

²⁰⁶⁰ CA Paris, ch. 13, sect. B., 27 avr. 2007, *Anthony G. c/ SCPP* : Légalis – CA Paris, ch. 13, sect. A, 15 mai 2007, *Henri S. c/ SCPP* : Légalis – CA Paris, ch. 12, pôle 5, 1^{er} févr. 2010, *Cyrille S. c/ Sacem, Sdrm* : Légalis.

traitement d'adresse IP ce qui exclut qu'il s'agisse d'une donnée sensible²⁰⁶¹. Le Conseil constitutionnel a lui laissé planer plus de doutes²⁰⁶² et la CJUE a affirmé de manière incidente que l'adresse IP est une donnée personnelle dans l'arrêt *Scarlet*²⁰⁶³.

Dès lors que les fournisseurs d'accès ont la possibilité d'attacher une personne juridique à une adresse IP, ne faut-il pas considérer que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel ?²⁰⁶⁴. L'adresse IP ne permet pas dans tous les cas d'identifier une personne déterminée, mais elle peut être rattachée au titulaire de l'accès²⁰⁶⁵. À notre sens, lorsque le traitement a pour finalité cette identification, l'adresse IP doit être considérée comme une donnée personnelle parce qu'elle est utilisée comme telle.

590. – Étape. Si la responsabilité civile a su trouver sa place dans les mécanismes de l'imputation des usages illicites, sa mise en œuvre à l'initiative des victimes est apparue insuffisante. Des mécanismes originaux censés combler les lacunes de la poursuite des auteurs de dommages ont été créés de toutes pièces sur l'internet, mais la responsabilité civile y occupe une place réduite.

591. – Conclusion du Chapitre premier. Dans un édifice respectueux de la neutralité du *net*, les intermédiaires techniques ne peuvent être chargés de la responsabilité des nombreux faits illicites que l'internet véhicule. Cette absence de responsabilité conduit naturellement à canaliser la responsabilité sur les utilisateurs du réseau. Les principes fondamentaux de la responsabilité civile ne s'en voient pas contrariés. Bien au contraire, faire peser le poids de la responsabilité sur les auteurs de dommages s'y inscrit parfaitement. De la promesse à la réalité, il y a pourtant de nombreux obstacles. Le premier d'entre eux porte sur la possibilité d'identifier les auteurs de dommages. Pour cela, la neutralité des intermédiaires techniques n'est pas un obstacle de principe, car les obligations de collecte et de conservation de données

²⁰⁶¹ Crim. 13 janv. 2009 : préc ; Cass. crim., 16 juin 2009 : préc.

²⁰⁶² C. const. 10 juin 2009, 2009-580 DC, § 27 : « l'autorisation donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne conduit à la mise en œuvre, par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions ». Or, qu'est-ce que ce traitement si ce n'est celui d'adresses IP ?

²⁰⁶³ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c/ SABAM*, (préc.), § 51 : « Il est constant, d'une part, que l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des **adresses IP** des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, **ces adresses étant des données protégées à caractère personnel**, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs. » (nous soulignons).

²⁰⁶⁴ Pour une réponse positive : J. Frayssinet, « La traçabilité des personnes sur l'internet, une possible menace pour les droits et libertés », in Ph. Pedrot (dir.), *Traçabilité et Responsabilité*, éd. Economica, 2003, p. 94, n° 10.

²⁰⁶⁵ Comp. J. Eynard, *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace*, Michalon, 2013, p. 81 : « Soit il est possible d'identifier l'internaute au regard de sa navigation et dans ce cas l'adresse IP est une donnée personnelle, soit cela est totalement impossible du fait notamment du nombre élevé d'utilisateurs de la machine et l'absence de code pouvant personnaliser la connexion à l'origine et dans ce cas, l'adresse IP est une information quelconque non protégée par la loi informatique et liberté. »

d'identification mises à leur charge n'impliquent pas leur intervention sur les contenus.

À partir de ces données, il est possible de retracer le fil de la causalité, mais le fil d'une causalité toute matérielle à la fiabilité imparfaite. C'est pourtant sur cette base, parce que c'est généralement la seule disponible, que doivent être bâties les politiques juridiques mettant en œuvre la responsabilité des utilisateurs. En ce domaine, la responsabilité civile n'a aucun domaine réservé. Elle cohabite avec l'infinie variété des régimes juridiques potentiellement applicables aux usages. Leur effectivité n'étant pas entière, la tentation est toujours grande pour le législateur de créer un droit spécial applicable à l'internet. Il se manifeste avec le plus de force, non pas dans des règles substantielles, mais dans la création d'adjuvants à la poursuite des utilisateurs fautifs. Une spécialisation grandissante qui s'affiche pourtant comme poursuivant les fonctions traditionnellement attachées à la responsabilité civile.

Chapitre 2. – Une responsabilité civile mise au défi dans ses fonctions

592. – La responsabilité civile dépassée ? Plutôt que des vides juridiques, ce sont des lacunes ou des « creux »²⁰⁶⁶ auxquels le droit a été confronté sur l'internet. Le droit civil, système juridique ouvert par excellence²⁰⁶⁷, devrait permettre de les combler. La célèbre règle de la liberté de Kelsen énonçant qu'« *une conduite qui n'est pas juridiquement défendue est juridiquement permise* »²⁰⁶⁸ n'est pas à même de court-circuiter notre responsabilité civile²⁰⁶⁹. « *Elle est un remède universel aux lacunes du Droit et aux défaillances du législateur* »²⁰⁷⁰, son esprit universaliste lui permet de couvrir l'ensemble des activités humaines²⁰⁷¹.

Pourtant, la responsabilité civile extracontractuelle, longtemps en première ligne face aux nouvelles inventions humaines, voit son espace rétréci. L'esprit du droit contemporain n'est plus à l'universalisme. La spécialisation est l'un de ses traits principaux. L'inventivité des utilisateurs d'un réseau neutre n'étant limitée que par leur imagination, l'ensemble des règles juridiques capables d'embrasser une situation dématérialisée peut virtuellement s'y appliquer. L'espace restant à la responsabilité civile, entre le droit de la presse, le droit de la propriété intellectuelle, la protection des données personnelles et autres droits spéciaux, peut paraître

²⁰⁶⁶ Référence est ici faite à René Savatier : « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 521 s.

²⁰⁶⁷ P. Foriers, *Les lacunes du droit*, in C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 23 s.

²⁰⁶⁸ H. Kelsen (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, pp. 57-58.

²⁰⁶⁹ Sur un plan plus théorique, Paul Foriers souligne qu'« *il n'existe pas dans l'esprit de Portalis, et donc des auteurs des codifications, une règle de liberté jouant automatiquement ou un espace juridique irrelevant. Au contraire, l'espace qui n'est pas couvert par une norme doit en principe faire l'objet d'un travail créateur, tout au moins en droit civil.* » (Les lacunes du droit, in C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 17).

²⁰⁷⁰ *Le Tourneau*, n° 11.

²⁰⁷¹ Sur l'universalisme ayant présidé à la création de la responsabilité civile : Viney et Jourdain, t. I, n° 14.

extrêmement réduit. Pourtant, bien souvent, ces diverses branches du droit concourent à remplir les fonctions que s'était donnée la responsabilité civile. L'indemnisation des victimes, la prévention des dommages et la sanction du responsable²⁰⁷² ne sont pas ses domaines réservés. Il faut tout d'abord constater que les difficultés que rencontre la responsabilité civile sont partagées par d'autres branches du droit. L'altération de sa fonction normative en donne une bonne illustration (Section 1). Entre rejet et indifférence, elle peine tout autant que d'autres matières à faire sentir sa normativité. Ces dernières cherchent à remédier à ces lacunes. Dans ce contexte, les fonctions de sanction et de réparation de la responsabilité civile sont, à bien des égards, mises à l'épreuve (Section 2).

Section 1. – Une fonction normative altérée

593. – Les difficultés à pénétrer le réel. C'est dans le domaine de rapport aux usages que le droit a le plus à progresser. S'il y affirme sa positivité, parfois de manière implacable, les utilisateurs du réseau vivent souvent en dehors du droit lorsqu'ils ne le rejettent pas fermement. La responsabilité civile peine, comme d'autres branches du droit, à s'y affirmer. La règle est souvent mal reçue par les utilisateurs (§ 1), et quand elle l'est, c'est parfois de manière imprévisible, ou du moins, imprévue (§ 2).

§ 1. – La mauvaise réception de la règle par les utilisateurs

594. – La différence même entre les faits et le droit implique un décalage²⁰⁷³. La révolte des faits contre le droit²⁰⁷⁴ n'est sans doute pas plus un phénomène original. Pourtant, la raison d'être du droit reste de commander les faits, ou du moins de leur servir de modèle²⁰⁷⁵. En certains domaines, le décalage entre ce que commande le droit et ce que sont les faits est immense. Lorsque les usages le rejettent avec force (I), il ne peut compter sur le sentiment coupable des auteurs d'usages illicites, car celui-ci est largement dysfonctionnel (II).

²⁰⁷² Fonctions traditionnellement attachées à la responsabilité civile, voy. : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, PUF, coll. « Thémis droit », t. II, 3^e éd., 2013, pp. 53-62 – Sur ces fonctions et leurs relations et interactions : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Économica, 2^e éd., 2012, t. V., n^{os} 3-62.

²⁰⁷³ En ce sens, Kelsen écrivait qu'« *il est indispensable qu'il puisse y avoir contrariété entre ce qu'une norme statue comme devant avoir et ce qui se passe effectivement* » (H. Kelsen, *op. cit.*, p. 287).

²⁰⁷⁴ Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, 1925 ; *La révolte du droit contre le Code*, 1945, cités par Ripert in *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 17.

²⁰⁷⁵ Pour cette idée, voy. A. Jeammaud, « *La règle de droit comme modèle* », D. 1990, p. 199⁺, spé. n^{os} 10 s.

I. – Le rejet de la règle par les utilisateurs

595. – Une mauvaise normativité fortement contextualisée. En amont de l'ineffectivité se situe le manque de normativité. Les utilisateurs ne rejettent pas toutes les règles juridiques de la même manière²⁰⁷⁶. À la relativement bonne normativité du droit de la vente, du droit de la presse ou même du droit des contrats, s'oppose la faible normativité du droit d'auteur. « *Si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime* » disait Rousseau²⁰⁷⁷. Or, l'amour des lois gouvernant le droit d'auteur n'est pas universellement partagé, particulièrement chez les jeunes générations²⁰⁷⁸. C'est là que se porte l'essentiel du rejet du droit (A). Aujourd'hui, il n'est plus le fait de quelques technophiles, il est aussi celui des grandes entreprises de l'internet pour lesquelles le droit des auteurs est une contrainte. Le rejet de la règle par ceux auxquels elle est censée s'appliquer n'est pourtant pas apte à la remettre en cause, et ce malgré son ineffectivité (B).

A. – Les droits de propriété intellectuelle comme terrain de conflit

596. – Un terrain conflictuel. « *La création est d'abord, dans son essence, immatérielle* » rappelle utilement le professeur Michel Vivant²⁰⁷⁹. Ainsi, la rencontre d'un droit protégeant des valeurs immatérielles et d'un outil favorisant leurs échanges portait en germe le conflit. L'ensemble des droits de propriété intellectuelle est confronté à un environnement hostile sur l'internet. La capacité du réseau à transporter n'importe quelle information numérique vers n'importe quel ordinateur connecté a commandé d'attacher d'innombrables vertus à l'internet²⁰⁸⁰. Or, c'est cette même capacité qui a rendu la violation du droit d'auteur si facile qu'il en est ébranlé à la base²⁰⁸¹. Sa violation est devenue commune au point que l'on peut partager le sentiment du professeur Christophe Caron qui évoque « *l'impression que les œuvres deviennent, dans les esprits, ces « choses communes » de l'article 714 du Code civil*

²⁰⁷⁶ Comp. la théorie du cyberspace, rejetée *supra*, 520 s.

²⁰⁷⁷ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'économie politique*, Librairie Philosophique Vrin, 2003 (1755), p. 53.

²⁰⁷⁸ Remarquons que les études statistiques révèlent que la « jeunesse » est une circonstance favorable à la commission d'infraction (sur ce point : J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 21, p. 37). Il n'est donc pas impossible que l'usage massif de l'internet par les jeunes générations et la fréquence des usages illicites soient liés du fait d'un phénomène sociologique qui n'est pas spécifique à l'internet.

²⁰⁷⁹ M. Vivant, « *L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire* », JCP G, 2000, I 193, n° 1.

²⁰⁸⁰ Sur sa protection par le droit : *supra*, n° 89 s.

²⁰⁸¹ Voy. not. : « *Reproducibility has become so easy that the copyright laws, designed to restrict copying, are virtually unenforceable.* » in E. Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 22., cité par V. Gautrais, « *Hadopi : regards du dehors* », RLDI/2011, n° 2218, p. 87.

qui « n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». »²⁰⁸².

597. – Les juridictions ont pourtant très tôt reconnu les conditions d'application du droit d'auteur sur l'internet²⁰⁸³. À la vue de l'ampleur des usages qui lui sont contraires, cette reconnaissance peut apparaître toute formelle. Dans ce contexte, il est naturel que les intérêts attachés à la préservation de la propriété intellectuelle, et particulièrement au droit d'auteur ou du *copyright*, se défendent. Hélas, leur lutte a souvent été un facteur de rejet supplémentaire. Aux États-Unis, les procédures judiciaires initiées par la RIAA²⁰⁸⁴ directement contre les internautes ont eu très mauvaise presse. Face à la massification des infractions au *copyright*, une vaste campagne de poursuites avait, en effet, été initiée au début des années 2000 dans le but de rappeler au public ce qu'il risque. La majorité des procédures s'est soldée par un arrangement à l'amiable, mais les quelques cas de condamnations excessives et les personnes déclarant opter pour la voie amiable par crainte, alors qu'elles n'ont rien à se reprocher, ont durablement entamé la réputation de l'organisation et de ceux qu'elle défend²⁰⁸⁵. Cette campagne est, sans surprise, dénoncée comme un échec par les associations de défense des libertés numériques²⁰⁸⁶. En France, les « *intérêts menacés* »²⁰⁸⁷ par l'internet ont bénéficié, pour ce qui est de la défense du droit d'auteur, de grandes victoires législatives qui n'ont guère amélioré l'effectivité de la matière²⁰⁸⁸. Les lois HADOPI, malgré des effets intéressants²⁰⁸⁹, ont mis au jour de profonds antagonismes.

598. – Face à ce terrain miné, une partie de la doctrine plaide pour un « *droit d'auteur raisonnable* »²⁰⁹⁰ afin d'en préserver ses fins. « *Protéger raisonnablement les intérêts des consommateurs permet, en définitive, de sauvegarder le droit d'auteur* » juge le professeur

²⁰⁸² C. Caron, « *Le consommateur et le droit d'auteur* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 257, n° 12.

²⁰⁸³ TGI Paris, réf., 4 août 1996, Art Music et Warner Chappell France c/ ENST et a. ; Pouchenel et a. c/ ECP, REY et a. : préc.

²⁰⁸⁴ La *Recording Industry Association of America* est une organisation professionnelle regroupant la majorité des maisons de disques américaines.

²⁰⁸⁵ M. Leaffer, « *Internet 2.0 : une perspective américaine* » in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0. Actes du colloque du 27 octobre 2008*, Litec, coll. « Collection IRPI », 2009, pp. 126-128.

²⁰⁸⁶ Voy. not. : Electronic Frontier Foundation, *RIAA v. The People : Five Years Later*, sept. 2008, p. 13: « *The RIAA's lawsuit campaign against individual American music fans has failed. It has failed to curtail P2P downloading. It has not persuaded music fans that sharing is equivalent to shoplifting. It has not put a penny into the pockets of artists.* ».

²⁰⁸⁷ F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, p. 51, n° 39 s.

²⁰⁸⁸ F. Macrez, *op. cit.*, n° 125-126.

²⁰⁸⁹ *Infra*, n° 611 et 652.

²⁰⁹⁰ J. Huet, « *Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire)* », *RLDI* 2011/73, n° 2436, p. 73, n° 9.

Christophe Caron²⁰⁹¹. Il est vrai que l'équilibre dans la défense des droits de chacun est le meilleur moyen de protéger les droits de tous. En cela, il faut suivre le professeur Michel Vivant lorsqu'il prescrit « *de penser autrement le droit d'auteur* »²⁰⁹² et de faire en sorte qu'il privilégie les « *ouvertures vers le réel* »²⁰⁹³. Il apparaît, en effet, impossible de recréer dans l'environnement numérique une protection juridique égale à la protection de fait que les supports physiques ont garantie pendant des décennies. « *Le moyen de concilier « droit » et « réalité » passera sans doute par une meilleure reconnaissance des nouvelles prérogatives des utilisateurs* »²⁰⁹⁴. « *Ici se dresse un mot terrible : l'intérêt du public !* » s'écrirait Balzac²⁰⁹⁵. Il est vrai que l'intérêt du public a subi en la matière un « *profond déclin* »²⁰⁹⁶. Aujourd'hui, « *ce public magnifié est désuet et moribond* »²⁰⁹⁷, il s'adonne au piratage et au consumérisme futile. Mérite-t-il finalement meilleur adversaire ?

599. – Un rejet s'organisant en luttes politiques. Face à des condamnations fortes jugées injustes ou des interventions législatives vues comme partiales, le cercle de ceux qui condamnent l'application du droit positif à l'internet s'est élargi bien au-delà des quelques informaticiens qui ont théorisé le *cyberspace*²⁰⁹⁸. La condamnation pour contrefaçon d'un internaute émeut tous ceux qui pourraient voir leur comportement assimilé à celui du responsable. Or, « *c'est bien mal défendre la propriété intellectuelle que d'en susciter la haine* »²⁰⁹⁹. « *Ce sentiment, ce ressentiment même, est loin d'être anodin notamment dans un contexte où, face à l'illégitimité ressentie par le public (notamment eu égard aux nouveaux coûts de production), ce dernier se trouve moralement habilité à « copier » des œuvres sur des communautés virtuelles notamment.* »²¹⁰⁰.

Au tournant de l'an 2000, l'internet est devenu un outil largement répandu auprès du grand public. Or, Ripert observait en son temps que « *dans une démocratie, la force prépondérante*

²⁰⁹¹ C. Caron, « *Le consommateur et le droit d'auteur* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 257, n° 13.

²⁰⁹² M. Vivant, « *L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire* », JCP G, 2000, I 193, n° 3.

²⁰⁹³ M. Vivant, « *Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon* », RLDI 2009/51, éditorial, p. 5.

²⁰⁹⁴ V. Gautrais, « *Hadopi : regards du dehors* », RLDI/2011, n° 2218, p. 89.

²⁰⁹⁵ H. de Balzac, *Notes remises à Messieurs les députés composant la Commission de la loi sur la propriété littéraire*, 1841, p. 15 : Balzac plaide ici pour la propriété littéraire perpétuelle, interrogeant : « *exhérer, au nom de l'intérêt public, les familles des auteurs, ne serait-ce pas préparer la ruine des autres propriétés ?* ».

²⁰⁹⁶ C. Caron, « *Le consommateur et le droit d'auteur* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 249, n° 4.

²⁰⁹⁷ *Ibidem*, n° 5.

²⁰⁹⁸ Jhering avait déjà souligné le rejet que peuvent susciter des condamnations ressenties comme injustes : R. Jhering (trad. A. F. Meydiéu), *Le combat pour le droit*, 1872, p. 37.

²⁰⁹⁹ M. Vivant, « *Internet, piratage et contrefaçon* », D. 2009 p. 1808.

²¹⁰⁰ V. Gautrais, « *Hadopi : regards du dehors* », RLDI/2011, n° 2218, p. 89.

est [...] la force du nombre. »²¹⁰¹. Il était donc naturel que la démocratisation de l'internet et de ses usages illicites engendre un mouvement politique. En réaction contre l'encadrement des usages, de véritables partis politiques ont éclos. Ils revendiquent le statut de *pirate*. Leur succès est modéré, mais ils ont réussi à obtenir quelques élus en Europe²¹⁰². Ils sont « *une force nouvelle qui ne désire ni conciliation ni transaction.* »²¹⁰³. Les pirates contemporains ne s'opposent plus simplement au droit, ils l'utilisent. Ils se saisissent de la liberté de communication et du droit à l'information et au savoir. Ils les associent à la technique dans une vision déterministe. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 indique pourtant que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». La propriété, du moins intellectuelle, est le parent pauvre des droits défendus par les partis pirates.

600. – L'intervention des grandes entreprises de l'internet. Les droits de propriété intellectuelle sont décrits comme un facteur primordial d'innovation²¹⁰⁴, mais ils sont souvent vus sur l'internet comme un frein à cette même innovation. C'est là encore, spécifiquement, le droit d'auteur qui est rejeté, ou du moins malmené. Encore une fois, Google est au centre du contentieux. L'ensemble des services du géant de Mountain View – de l'hébergement de vidéo (YouTube) à l'agrégation de nouvelles (Google News) – se revendique comme « *disruptif* » sur le marché des contenus²¹⁰⁵. Aucun n'oblige cependant avec autant de force que son service Google Book un monde ancien à suivre ses propres règles²¹⁰⁶. Dans sa volonté de rendre accessible l'ensemble du savoir de l'humanité²¹⁰⁷, Google a numérisé des millions de livres afin de les rendre disponibles en ligne sans le consentement préalable des auteurs. Le moteur de recherche bouscule le droit d'auteur en estimant qu'un système d'opt-

²¹⁰¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, pp. 94-95

²¹⁰² La grande presse s'en fait l'écho : « *Le Parti des pirates sera représenté au Parlement européen* » (*LeMonde.fr*, 20 mai 2009) ; « *Des résultats encourageants pour le Parti pirate* » (*LeFigaro.fr*, 11 juin 2012).

²¹⁰³ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 110.

²¹⁰⁴ Commission européenne, *Promouvoir l'innovation par le brevet. Livre Vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe*, Com(1997) 314 final, 24 p.

²¹⁰⁵ A. Strowel, *Quand Google défie le droit. Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, De Boeck & Larcier, 2011, p. 221.

²¹⁰⁶ A. Strowel, *op. cit.*, pp. 25-52.

²¹⁰⁷ Depuis les racines de l'entreprise sur le campus de Stanford, Google affiche clairement ses ambitions, encore visibles en lettres grasses tout en haut de la page de présentation de la société (<http://www.google.com/about/company/>, consulté le 12 juill. 2014) : « *Google's mission is to organize the world's information and make it universally accessible and useful.* » (ce que la société traduit sur ses pages françaises, de manière légèrement tronquée, par : « *La mission de Google : organiser les informations à l'échelle mondiale dans le but de les rendre accessibles et utiles à tous* »). Sur les ambitions de Google Book, voy. la contribution de Sergey Brin, cofondateur de Google, dans le *New York Times* datée du 8 oct. 2009 : « *A Library to Last Forever* » (http://www.nytimes.com/2009/10/09/opinion/09brin.html?pagewanted=all&_r=0, consulté le 12 juill. 2012).

out doit se substituer à l'*opt-in* traditionnel. En France, cela lui a valu d'être condamné pour contrefaçon²¹⁰⁸. Aux États-Unis, il n'aurait pas été loin d'aboutir à une nouvelle interprétation du *copyright* si l'accord qu'il avait signé avec des auteurs et des éditeurs américains avait été homologué²¹⁰⁹.

La question doit pourtant se poser différemment lorsque la numérisation porte sur des œuvres orphelines²¹¹⁰ ou des œuvres indisponibles²¹¹¹. Une conception par trop restrictive du droit d'auteur serait ici préjudiciable. Interdire la numérisation de ces ouvrages risque « *de nuire au rayonnement de la culture française dans le monde, tout en privilégiant en France la diffusion des ouvrages anglo-saxons au détriment des ouvrages français.* »²¹¹². Là, l'internet peut être un outil au service de la civilisation en permettant l'accès à des œuvres anciennes, peu accessibles, presque oubliées. Sur ce point, il est heureux que des lois soient intervenues²¹¹³ pour encadrer, sans paralyser, la pratique de grands groupes qui jouaient auparavant sur l'ineffectivité de la règle.

B. – L'impuissance de l'ineffectivité

601. – Ambiguïtés théoriques. Les auteurs qui définissent le système juridique par son efficacité sont naturellement enclins à considérer qu'une ineffectivité massive peut avoir des effets sur sa validité même. Kelsen écrivait que « *lorsqu'une norme juridique demeure*

²¹⁰⁸ TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 18 déc. 2009, *Seuil et a. c/ Google Inc et France* : JCP G 2010 247 note A. Lucas. – Sur les négociations intervenues à la suite de cette décision entre Google, l'État et les parties prenantes : F. Macrez, « *L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?* », D. 2012 pp. 749 s., spé. n° 2.

²¹⁰⁹ US District Court, southern district of New York, 22 may 2011, Judge D. Chin, *The authors Guild c/ Google Inc*. Le juge refuse l'homologation d'une transaction à laquelle les parties étaient parvenues à la suite d'une *class action*. Celle-ci, en généralisant le système de l'*opt-out*, risquait d'inclure, sans leur accord, des auteurs qui n'étaient pas parties. Voy. J. Larrieu, C. Le Stanc, P. Tréfigny-Goy, « *Droit du numérique* », D. 2011 p. 2363⁺ et P.-Y. Gautier, « *L'inopposabilité aux auteurs français d'une transaction collective américaine (arrêt de la Cour de New York, Google Books)* », D. 2011 p. 1272.

²¹¹⁰ L'art. L. 113-10 du CPI définit l'œuvre orpheline comme « *une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses* », sans qu'un régime spécifique lui soit réservé. – Voy. cep. la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (COM(2011) 289 final) ouvrant la voie à une utilisation de ces œuvres par des « *bibliothèques, établissements d'enseignement et musées accessibles au public* » (art. 1) dans le cadre de leurs missions d'intérêt public (art. 6).

²¹¹¹ La loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 a prévu un régime spécifique de gestion collective les concernant (ce dispositif fait l'objet d'une question préjudicielle auprès de la CJUE : Conseil d'État, 10 avr. 2015, n° 368208). – Sur le régime qui en résulte : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « *Droit fondamental* », 8^e éd, 2012, n° 582. – Adde : F. Macrez, *op. cit.*, D. 2012 pp. 749 s., décrivant un dispositif construit au seul profit des éditeurs sans considération pour les auteurs. – Comp. estimant que la gestion collective s'avère être la seule solution viable pour une exploitation à grande échelle : F.-M. Piriou, « *Un régime spécifique en faveur des livres indisponibles du XX^e siècle* », Légicom 2014, n° 51, pp. 23-30.

²¹¹² Y. Gaillard, *La politique du livre face au défi du numérique*, Rapport d'information du Sénat n° 338 (2009-2010), 25 févr. 2010, p. 38.

²¹¹³ Voy. notes, *supra*,

dépourvue d'efficacité d'une façon durable, elle n'est pas considérée comme valable. Ainsi, l'efficacité est une condition de la validité des normes juridiques en tant qu'il faut qu'elle s'ajoute à leur édicition pour qu'elles ne perdent pas leur validité. »²¹¹⁴. Capitant, par ailleurs opposé à la définition kelsenienne d'un droit comme un ordre de sanction, utilisait cette notion d'efficacité pour définir le droit positif en affirmant que « le droit positif est le droit généralement obéi »²¹¹⁵. Ripert, après avoir affirmé que « le refus d'application de la loi, serait-il à peu près unanime, n'a aucune importance pour le droit formel »²¹¹⁶, concédait qu'« il en est tout autrement dans l'ordre juridique réel. [...] Pour qu'une loi vive, il faut qu'elle soit reçue dans le milieu juridique, que par assentiment ou par crainte la règle édictée soit appliquée par les intéressés. »²¹¹⁷.

Est-ce à dire que la forte ineffectivité de certaines règles sur l'internet remet en cause leur validité ? Sur le plan purement théorique, le constat selon lequel l'ineffectivité ne porte pas sur l'ensemble du système juridique donne quelques arguments pour répondre négativement. Kelsen affirmait, en effet, qu'« une norme juridique considérée isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas efficace, c'est-à-dire qu'elle n'est pas obéie ou pas appliquée seulement dans un certain nombre de cas où elle devrait l'être. »²¹¹⁸.

602. – L'hypothèse d'une coutume *contra legem*. Des auteurs contemporains considèrent que « des coutumes ou des pratiques contraires se développent et la règle sort du champ du juridique – ou, si l'on refuse le réalisme cru du principe de désuétude, plonge dans un sommeil parfois sans retour. »²¹¹⁹. Pourtant, classiquement, la coutume ne « constitue une source de droit, à condition de ne pas aller à l'encontre d'une loi. »²¹²⁰. Il a pu être constaté un « véritable flottement de la doctrine moderne » autour de la définition précise de ce qu'est la coutume, à partir de quel moment elle est intégrée à l'ordre juridique²¹²¹. Elle se définit depuis Gény comme devant répondre à trois critères : un comportement généralisé sur une longue durée et la croyance en son caractère obligatoire²¹²². Ainsi définis, les usages de l'internet ont peu de chances d'accéder au rang de coutume. Le critère temporel est celui qui

²¹¹⁴ H. Kelsen (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2e éd., Dalloz, 1962, p. 15.

²¹¹⁵ R. Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, th., Paris, Dalloz, 1928, p. 115.

²¹¹⁶ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 396.

²¹¹⁷ *Ibidem*.

²¹¹⁸ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 287.

²¹¹⁹ C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTD Civ. 2003 p. 599+

²¹²⁰ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques 2010*, 2009, 17^e éd., Dalloz, entrée « Coutume », p. 214.

²¹²¹ B. Oppetit, « Sur la coutume en droit privé », *Revue Droits*, n° 3, 1986, p. 43.

²¹²² Voy. le long passage que le doyen Gény consacre à la coutume dans sa *Méthode d'interprétation* (LGDJ, 1919, t. 1, n° 109-137, pp. 316-446).

leur fait, à l'évidence, le plus défaut. Il peut toutefois être éludé si l'on adhère à l'idée novatrice émise dès 1970 d'une « *coutume à formation rapide, quasi instantanée* » dans le contexte de la société de l'information²¹²³. À adopter ce postulat, les usages contraires au droit – envisageons le téléchargement illicite – remplissent aussi le critère de généralité. Dans l'esprit de ses utilisateurs, la validité du droit positif n'est pas une évidence sur l'internet²¹²⁴. Le critère contesté²¹²⁵ tenant en la croyance au caractère obligatoire de la règle peut alors sembler rempli. Pourtant rien n'oblige à télécharger de manière illicite. Ce n'est pas tant que les sujets de droit se sentent *tenus* à une règle, c'est qu'ils se croient *autorisés* à ne pas respecter une règle.

Starck lui-même écrivait que « *du sociologique au juridique, il y a un pas à faire, c'est celui qui sépare le fait du droit.* »²¹²⁶. Il a été suffisamment montré qu'il fallait refuser de faire ce pas pour envisager avec une extrême réserve la consécration de coutumes contraires au droit formellement établi. L'environnement social produit sur la conscience du sujet un effet probablement voisin de celui exercé par une véritable coutume, mais une coutume négative, une coutume allant contre une règle de droit formelle. Or, la place de la coutume dans la hiérarchie des normes²¹²⁷ s'oppose à ce qu'elle produise un quelconque effet juridique lorsqu'elle contredit une loi²¹²⁸.

603. – Les usages, au sens juridique du terme, se voient opposer les mêmes obstacles. Il est vrai que « *l'usage, en tant qu'expression d'une certaine normalité, devient dans certaines hypothèses, notamment en matière de responsabilité, une véritable règle de conduite à*

²¹²³ B. Starck, « A propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle du droit », JCP, 1970, I, 2363, n° 26. Boris Starck, affirme que « *le temps n'est qu'un cadre* », qu'il doit être analysé autrement « *lorsque les usages et les comportements se propagent au rythme torrentiel des sociétés contemporaines. La prise de conscience collective, le phénomène d'imitation qui engendrent la généralité des comportements, se réalisent avec une vitesse extrême du fait des moyens d'information de masse.* » (n° 22). Voy. aussi nos développements *infra*, n° 422.

²¹²⁴ Des juges ont pu relever que « *ce remarquable outil de communication et d'échanges qu'est internet s'est développé sur une incompréhension lourde de conséquences ; nombre d'internautes ont considéré ou cru qu'il s'agissait d'un univers, lieu de liberté où les règles juridiques élémentaires ne s'appliquaient pas.* » (TGI Pontoise, ch. 6, 2 févr. 2005, Alain O. / Sacem et a. : Légalis).

²¹²⁵ Sur l'origine et la critique du critère de l'*opinio juris*, voy. P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, coll. « *Recherches Juridiques* », 2002, n°s 188-197, pp. 168-179

²¹²⁶ B. Starck, *op. cit.*, n° 12.

²¹²⁷ Sur la place de la coutume au sein des différentes théories des sources du droit : B. Oppetit, « *Sur la coutume en droit privé* », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 39-50 (spé. pp. 40-43).

²¹²⁸ Il est classiquement cité comme témoignage d'une coutume *contra legem* de droit positif, la validité des donations manuelles sans autre formalité, venant en contradiction de l'art. 931 c. civ. qui exige, sous peine de nullité, que les donations entre vifs soit passées devant notaire. Qu'il nous soit autorisé de voir ici un phénomène intéressant, mais d'une ampleur réduite en ce qu'il porte sur une règle de formalisme et n'aboutit qu'à créer une exception à la loi dont le principe reste valide.

laquelle les individus sont contraints de se soumettre. »²¹²⁹. Sur l'internet, le professeur Le Tourneau a appelé le produit de ce processus la *lex internautica* qui serait « constituée par les usages que les « bons » internautes (au sens « du bon père de famille ») considèrent comme normaux. »²¹³⁰. Il est douteux qu'un bon internaute puisse être un internaute qui ne respecte pas le droit. Cependant, le sentiment de ce qui est normal sur l'internet n'est pas forcément en accord avec la règle de droit. Il faut alors conclure que les usages, tout comme la coutume, ne disposent pas dans la hiérarchie des normes d'une place leur permettant d'aller contre la loi.

604. – L'hypothèse d'une désuétude accélérée. Portalis expliquait que si les codificateurs n'ont pas prévu d'abrogation par désuétude, « *c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même.* »²¹³¹. Dans une approche renouvelée, à propos de la désobéissance civile, le professeur Rafael Encinas de Munagorri s'est demandé si elle pouvait être conçue comme « *une coutume négative, un ensemble de pratiques répétées susceptibles de produire une abrogation par résistance ?* »²¹³². Si l'auteur en doute, il admet qu'elle puisse faire partie des forces créatrices du droit que décrivait Ripert. Le conservatisme du doyen de la Faculté de droit de Paris ne s'en trouverait pas contrarié si l'on retient de ses écrits que « *seules les volontés humaines créent la règle de vie.* »²¹³³. Or, la désobéissance civile est une véritable stratégie de modification du droit²¹³⁴. La violation massive des règles gouvernant le droit d'auteur sur l'internet ne témoigne généralement pas de la même volonté.

605. – Les règles de droit positif ne laissent que peu d'interstices permettant à l'ineffectivité de l'atteindre. Cela illustre, comme l'écrivait le doyen Carbonnier, qu'« *il peut être important de maintenir une règle, même violée, si elle a un intérêt social évident.* »²¹³⁵. Pourtant, le risque que court un droit ineffectif est de vivre en dehors des faits. L'ineffectivité participe du confort de l'esprit face au droit positif dont on sait qu'il n'y a pas beaucoup de

²¹²⁹ G. Henaff (dir. Hauser J.), *Les usages en droit des obligations : notion et rôles*, th. Bordeaux I, 1993, p. 12, n° 11.

²¹³⁰ Ph. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, p. 72 – Adde : *Le Tourneau*, n° 6783.

²¹³¹ Portalis, *Discours préliminaire*, *op. cit.*, p. 479.

²¹³² R. Encinas de Munagorri, *La désobéissance civile : une source du droit ?*, RTD Civ., 2005, p. 73⁺.

²¹³³ *Les forces créatrices*, *op. cit.*, p. 73

²¹³⁴ R. Encinas de Munagorri, *op. cit.*, p. 73⁺.

²¹³⁵ Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 3^e éd., 1976, p. 110.

chance qu'il frappe.

II. – Le dysfonctionnement du sentiment coupable

606. – Le sentiment d'une effectivité perfectible. Par le sentiment coupable, ce qui est désigné, c'est le processus psychologique qui fait qu'une personne, après avoir franchi la barrière de l'illicite, sait qu'elle n'est pas dans le bien, soit que sa conscience lui reproche quelque chose, soit qu'elle ait conscience de s'être exposée à un risque de sanction. En utilisant un outil ayant pour destination l'échange, les esprits sont naturellement enclins à adhérer à la vision classique selon laquelle les idées sont de libre parcours²¹³⁶. « *Dans notre société pourtant de plus en plus dominée par les richesses immatérielles, les esprits sont encore réfractaires à l'idée d'approprier l'immatériel.* »²¹³⁷. Or, il n'y a pas que des idées qui transitent sur l'internet, du moins, il n'y a pas que des idées sans valeur au sens juridique et économique. L'ineffectivité n'est pas étrangère aux dysfonctionnements du sentiment coupable. Le sentiment d'être à l'abri de toute sanction, s'il n'a aucune raison d'être absolu sur l'internet, prospère néanmoins sur la réalité d'une effectivité perfectible. « *Si l'auteur du dommage échappe dans certains cas à sa responsabilité alors qu'il aurait dû être condamné, le message incitatif de la responsabilité civile est parasité.* »²¹³⁸. La crainte de la sanction n'est pas incitative, mais elle n'est pas la seule à concourir au dysfonctionnement.

607. – La difficile perception de l'illicite. On ne peut s'étonner d'une faible normativité sur l'internet si l'on pense, avec Paul Esmein, que « *pour que les règles sociales soient respectées, il faut que leur violation entraîne chez tous les membres de la société, et non pas seulement chez ceux qui sont lésés, un sentiment de malaise et de crainte, qu'ils sentent une souillure à la fois de la société et de l'auteur de l'acte.* »²¹³⁹. À l'évidence, aucun malaise, aucune souillure, ne frappe l'auteur de téléchargement illicite, ce qui est déjà, en soi, un élément favorable au non-respect de la règle. Aujourd'hui encore, « *l'immatérialité est dans beaucoup d'esprits, synonyme de libertés et de gratuité.* »²¹⁴⁰.

²¹³⁶ Voy. le rappel du professeur Ph. le Tourneau, « *Folles idées sur les idées* », Comm. com. électr., 2001, n° 2, chron. 4, n° 6. – Sur les manifestations en droit positif des « *idées d'antan* » selon lesquels les idées sont exclues de la protection du droit : J. Larrieu, « *Les frontières de la propriété : les idées* », Droit et Ville, 2006, n° 62, spé. pp. 109-117.

²¹³⁷ C. Caron, « *Le consommateur et le droit d'auteur* », in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 257, n° 12.

²¹³⁸ G. Maître (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 308, p. 178

²¹³⁹ P. Esmein, « *La faute et sa place dans la responsabilité civile* », RTD civ., 1949, p. 483

²¹⁴⁰ C. Caron, « *Le consommateur et le droit d'auteur* », in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 257, n° 12.

C'est tout d'abord le sentiment de commettre un acte dommageable qui n'est pas entier sur l'internet. Le constat est bien connu. L'absence de subjectivité diminue l'empathie. Le sentiment coupable est émoussé par l'atteinte à des biens immatériels. L'illusion de l'anonymat désinhibe les comportements. Ce n'est pas seulement la force des règles juridiques qui s'estompe sur l'internet, mais aussi celle des simples règles morales. Le contexte social n'y est pas étranger. Le rejet du droit positif prospère « *dans un climat d'individualisme exacerbé, refoulant les valeurs du groupe* » aboutissant à « *un grand relativisme à l'égard des règles légales* »²¹⁴¹. « *Il est vain et quelque peu pharisaïque, d'attendre de jeunes sans-travail, sans ressources, sans milieu familial ou scolaire, sans référence religieuse, sollicités en permanence par la société de consommation et la publicité, le respect spontané de la règle, largement étrangère à leur univers mental.* »²¹⁴². Ce constat ne peut être que confirmé à l'ère de l'internet.

608. – Le renfort de l'habitude. Le sentiment d'impunité se trouve renforcé par le caractère habituel de certains usages illicites. Le téléchargement sans autorisation de fichiers protégés par le droit d'auteur est, encore une fois, l'exemple le plus révélateur. Le champ libre laissé au piratage a permis au sentiment de la gratuité de l'offre culturelle sur l'internet de s'installer²¹⁴³. Le caractère illicite de cet usage est souvent oublié au vu de l'habitude répandue de télécharger à peu près tout ce qui se numérise. Chez les jeunes générations, la confusion est souvent encore plus radicale. L'habitude illicite n'a pas supplanté une habitude licite – tel le téléchargement illégal de musique remplaçant l'achat de CD –, elle a tout simplement toujours été là. Auprès de ce public né avec l'internet, le droit ne bénéficie d'aucun *a priori* favorable et il ne jouit que d'un faible soutien au sein des familles. Les artistes mobilisés pour faire la promotion du droit d'auteur n'ont été que peu écoutés, quand ils n'ont pas été moqués ou boycottés.

« *Un million d'indicatifs ne fera jamais un impératif* » écrivait Henri Poincaré²¹⁴⁴. Il est

²¹⁴¹ B. Oppetit, « *Éthique et vie des affaires* », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 325.

²¹⁴² J. Rivero, « *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique* », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 677.

²¹⁴³ En ce sens : Le rapport « *Création et Internet* », janv. 2010, p. 2 (« *la gratuité, issue du piratage, [...] s'est installée au cœur des usages de consommation.* »). – Sur les pratiques licites de la gratuité en droit d'auteur, on lira l'éclairante doctrine du Professeur Michel Vivant : « *La pratique de la gratuité en droit d'auteur* », RLDI 2010/60 n° 1993, mettant en exergue la complexité de la question et la nécessité de ne pas se laisser enfermer dans des schémas trop rigides (voy. en particulier, n° 6, les différentes situations qui doivent être envisagées : la gratuité peut recouper une intention libérale, mais aussi la présence de contreparties non financières ou encore s'inscrire dans une démarche de type *copyleft* dans l'esprit de l'article L. 122-7-1 du CPI).

²¹⁴⁴ Dernières pensées, 1913, p. 225, cité par Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012, Intro, n° 31, p. 31.

classique d'affirmer que passer du normal au normatif est une faute logique²¹⁴⁵. Pourtant, « le droit est fondé sur la normalité des comportements, car tout individu doit pouvoir faire confiance au respect par autrui des normes de conduite sociale. »²¹⁴⁶. « La normalité, en ce qu'elle révèle le point d'équilibre social, préside à l'élaboration de la norme de jugement. »²¹⁴⁷. L'objectivisation de la faute, consacrée en droit positif, va dans le même sens. En effet, dans le schéma de la faute objective, « sera considéré comme fautif le fait ou l'abstention qui s'écarte de la conduite normale que chacun est en droit d'attendre d'autrui. »²¹⁴⁸. Si l'homme ordinaire ne sait probablement rien de l'objectivisation de la faute, elle participe d'un climat. D'autant plus que la confusion qui l'amène à confondre normal et normatif lui procure quelques avantages. Il est bien pratique d'être débarrassé du sentiment de culpabilité.

§ 2. – *L'imprévisible réception de la règle par les utilisateurs*

609. – Pour peu que la règle sache s'imposer sur l'internet, les buts qu'elle poursuit ne seront pas forcément atteints. Si elle sait faire ployer un certain type d'usages, celui-ci a tôt fait de muter ou de se déplacer. Le risque d'une normativité biaisée est avéré (I). Les politiques juridiques en ce domaine devraient porter une grande attention à l'inventivité dont les usages sont capables. Celle-ci s'illustre aussi dans le domaine juridique : les usages savent puiser dans les règles de droit comme dans une boîte à outils pour poursuivre des buts parfois imprévus (II).

I. – Le risque d'une normativité biaisée

610. – L'affichage d'une menace pesant sur certains usages peut avoir de réels effets normatifs. Ceux-ci ne réduisent pourtant pas forcément le nombre de faits illicites ou leur gravité. Les usages illicites, dans le contexte dynamique de l'internet, peuvent se déplacer très rapidement. Les effets pervers d'un droit par trop spécialisé sont là très apparents (A). L'antidote de la neutralité, non pas du réseau, mais du droit envers la technologie a l'ambition

²¹⁴⁵ C. Perelman, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, 1958, TY. I, p. 118 cité par S. Chassagnard-Pinet, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 157.

²¹⁴⁶ Viney et Jourdain, t. II., n° 463, p. 402.

²¹⁴⁷ S. Chassagnard-Pinet, *op. cit.*, p. 158.

²¹⁴⁸ Ph. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », RTD. civ., 1988, p. 558.

d'y répondre (B).

A. – Les effets pervers de la spécialisation

611. – Des effets imprévus aux effets pervers. Il est connu que les lois peuvent produire des effets pervers²¹⁴⁹. « *Le législateur doit prêter toute son attention aux effets lointains d'une loi qui paraissait pouvoir s'appliquer sans difficulté* » écrivait déjà Ripert²¹⁵⁰. Il s'agit là de l'une des nombreuses manifestations de la loi des conséquences inattendues : les effets réels d'une action ne sont pas forcément ceux que l'on attend²¹⁵¹. « *Il arrive qu'une règle législative produise un effet complètement contraire à celui que ses auteurs attendaient.* »²¹⁵². Faire l'affichage d'une menace planant contre une forme d'usage particulier peut être efficace en ce que la menace va dissuader d'utiliser tel ou tel mode de communication pour y exercer des activités illicites. Cette efficacité sera toutefois vaine si les activités illicites ne font que se déplacer vers d'autres usages.

Ainsi, la loi HADOPI, visant à sanctionner les usages illicites en pair à pair, s'est accompagnée d'une augmentation du trafic en *streaming* et du téléchargement direct²¹⁵³. Ce qui transitait par les réseaux de pair à pair transite maintenant par l'intermédiaire d'un serveur, mais les usages illicites sont toujours les mêmes²¹⁵⁴. Le *streaming* les a même, sûrement, rendus plus faciles. Il serait injuste d'imputer ce passage uniquement aux lois HADOPI. Elles ont coïncidé avec l'arrivée à maturité du web 2.0 et des technologies de

²¹⁴⁹ « *Le droit est un art difficile, notamment parce que les lois produisent souvent des effets pervers* » souligne le professeur Ph. Malaurie (« *L'effet pervers des lois* » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 309).

²¹⁵⁰ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 408.

²¹⁵¹ Cette « loi » issue des sciences sociales a été formalisée par le sociologue américain Robert K. Merton, voy. « *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action* », *American Sociological Review*, vol. 1, Issue 6, Dec. 1936, pp. 894-904. Merton, qui ne décrit pas les conséquences inattendues comme forcément négatives, en identifie cinq causes possibles qui raisonnent particulièrement dans le contexte qui nous préoccupe : l'ignorance, l'état des connaissances ne permettant pas de tout anticiper (pp. 898-901), l'erreur, résultant d'une mauvaise analyse de la situation et de sa spécificité (p. 901), les intérêts immédiats, interdisant d'analyser les conséquences lointaines (pp. 901-903), l'importance de certaines valeurs fondamentales, interdisant ou imposant certaines actions indépendamment de leurs conséquences (p. 903), les anticipations engendrées par l'action (ou prophéties autodestructrices, l'exact inverse des prophéties autoréalisatrices : en annonçant un événement comme probable, on en réduit la probabilité si les agents modifient leurs comportements pour l'éviter) (pp. 903-904).

²¹⁵² Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 310. Aux pages suivantes, le professeur Malaurie appuie sur l'effet pervers des lois ayant des visées protectrices.

²¹⁵³ Voy. les diverses études citées par P. Lescure, *Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 2013, t. 1, pp. 367-368. L'effet de vases communicants est attesté par l'augmentation des échanges constatée en pair à pair après la fermeture du site megaupload. Selon des analyses de bande passante, toujours sujettes à caution (cf. l'étude de l'*Internet Observatory* datant de février 2012, internetobservatory.net), le trafic en pair à pair aurait été multiplié par dix en Europe dans les jours qui ont suivi la fermeture de megaupload.

²¹⁵⁴ P. Lescure, *op. cit.*, t. 1, p. 371, au vu des chiffres de diverses études (Médiamétrie / NetRating pour le Figaro et Marsouin/Telecom Bretagne toute deux réalisés en 2012) estime que « *le recul du téléchargement de pair à pair a davantage profité aux autres formes de consommation illicite qu'à la consommation légale.* »

vidéos à la demande. Il y a tout de même là le témoignage que l'effet normatif d'une règle trop spécialisée peut être biaisé. De manière plus obscure, mais sans doute plus dangereuse, les lois HADOPI ont renforcé l'intérêt des connexions chiffrées et des *darknet*, particulièrement difficiles à contrôler²¹⁵⁵. L'effet pervers d'une loi censée permettre la lutte contre le piratage, mais amenant des particuliers à souscrire à des offres jusqu'ici réservées aux activités les plus illicites, est très perceptible.

612. – L'inopportunité de condamner une technique particulière. Pair à pair, streaming, téléchargement direct, les techniques ne sont rien d'autre que ce que l'on en fait. Le pair à pair a été particulièrement accusé d'être le vecteur d'usage illicite, mais il n'est pas que cela, loin de là. Tout d'abord, il faut faire référence au professeur Jérôme Huet qui indique avec audace qu'« *une singulière partie du peer to peer ne cause aucun préjudice aux auteurs parce que ce qui est téléchargé n'existe pas dans le commerce, ou parce que celui qui télécharge n'aurait en aucun cas acheté. On l'oublie trop souvent.* »²¹⁵⁶. Bien avant, il faut souligner qu'il existe de nombreux usages licites du pair à pair²¹⁵⁷, la technique n'est donc pas illicite en elle-même²¹⁵⁸. Il suffit de songer à l'échange de fichiers sous licences libres où à la communication interpersonnelle directe.

Aucune forme d'usage ou de technologie ne devrait être condamnée en tant que telle. Que des risques différents y soient attachés n'est pas contestable. Cela autorise le législateur à prendre des mesures spécifiques, mais il devrait toujours garder à l'esprit qu'à trop spécialiser le droit, il est amené à punir différemment des comportements équivalents. Sur l'internet, les faits savent s'adapter à des menaces trop ciblées. Les usages y sont comme des vases communicants et, malheureusement, le prochain vase à toutes les chances d'être encore plus difficile à réguler que le précédent.

B. – L'antidote de la neutralité technologique du droit

613. – Une question de méthode. La neutralité du *net* n'imposant rien à l'encadrement des usages, elle ne devrait avoir virtuellement aucun effet sur le droit portant sur les usages. Pourtant, pour que « *ce qui est illégal hors ligne reste illégal en ligne* »²¹⁵⁹, la neutralité

²¹⁵⁵ *Supra*, n^{os} 78-80.

²¹⁵⁶ J. Huet, « *Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le peer to peer et sur HADOPI)* », 2009, p. 2939+, n^o 7.

²¹⁵⁷ V. Schafer et H. Le Crosnier, *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « *Les Essentiels d'Hermès* », 2010, pp. 66-68.

²¹⁵⁸ En ce sens : Castets-Renard, n^o 584.

²¹⁵⁹ Commission européenne, *Communication. Contenu illégal et préjudiciable sur Internet*, COM(96)487 final,

nécessite parfois quelques adaptations. En effet, le droit est souvent attaché à un contexte technique. Or, la première condition au maintien du droit est qu'il puisse s'appliquer. « *Le droit n'a de sens que dans sa confrontation au fait* »²¹⁶⁰. Dans le contexte évolutif permis par la neutralité, ce ne sont plus seulement les fondements du droit qu'il faut vérifier, c'est aussi sa « *texture* »²¹⁶¹. Il doit faire preuve de souplesse et d'adaptabilité dans un contexte extrêmement dynamique qui le met directement aux prises avec les usages. Les adaptations sont nécessairement circonscrites, car il ne s'agit pas de modifier les valeurs inscrites dans le droit. Il s'agit avant tout d'une question de méthode. Cette méthode, c'est la neutralité technologique du droit : la conception d'un droit applicable quel que soit le contexte technique. Elle a été hissée au rang de principe législatif ces dernières années.

614. – Une neutralité technologique affirmée. Le constat est fait depuis longtemps que « *le droit commun, bien souvent, s'acclimate fort bien aux terra incognita* »²¹⁶². Toutefois, la spécialisation grandissante du droit et le reflux du droit commun sont des obstacles pour suivre les évolutions techniques. D'où l'idée de bâtir une législation détachée du contexte technique ; un droit technologiquement neutre. Il faut souligner que la proximité sémantique de la neutralité du *net* et de la neutralité technologique du droit peut être la source de ce que le professeur Lucien Rapp qualifie de « *dialogue de sourds* »²¹⁶³. Il est vrai que les deux notions, pour indépendantes qu'elles soient, présentent quelques liens. La neutralité du réseau, en canalisant la responsabilité sur les usages, rend l'objectif d'un droit technologiquement neutre à la fois souhaitable et possible. En effet, face à un réseau neutre, le droit se trouve devant une technologie générique qui peut porter une infinité d'usages impossibles à prévoir. Ce contexte en lui-même suggère de se détacher d'une technologie particulière afin de garantir l'adaptabilité du droit. De fait, la neutralité technologique du droit, plus qu'une méthode, devient un objectif dans cet environnement extrêmement dynamique²¹⁶⁴. « *Les États membres*

p. 5. Depuis, l'expression est régulièrement réemployée par la commission dans ses diverses communications.

²¹⁶⁰ J.-L. Aubert, « *Les faits et la Cour de cassation* », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, pp. 843-844.

²¹⁶¹ C. Thibierge, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ. 2003, pp. 599 s., entre le droit dur et le droit mou, le professeur Catherine Thibierge identifie différentes textures du droit dont la souplesse est gage d'adaptabilité.

²¹⁶² L. Marino, « *Les nouveaux territoires des droits de la personnalité* », Gaz. Pal., 18-19 mai 2007, p. 22⁺, n° 6.

²¹⁶³ Plus précisément, le professeur Lucien Rapp oppose la neutralité technologique et la neutralité concurrentielle, cette dernière ayant notamment vocation à être utilisée dans le règlement des litiges d'interconnexion, elle est une vision restreinte de la neutralité du réseau. L. Rapp, « *Dialogue de sourds autour du principe de neutralité* », Les Échos, n° 19105, 1^{er} mars 2004, p. 13.

²¹⁶⁴ Y compris en matière de droit international, la neutralité technologique étant perceptible dans les travaux de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) au travers de deux lois-types de 1996 et 2001 et de la convention du 23 nov. 2005 destinée à combler les lacunes du droit commun en matière de contrat électronique : J.-B. Racine et F. Siirainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Cours »,

tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable d'assurer la neutralité technologique de la réglementation et veillent à ce que les autorités réglementaires nationales en fassent de même » impose la directive relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques²¹⁶⁵. La doctrine souligne que « les mérites de cette neutralité technique sont aussi d'ordre intellectuel, puisqu'elle invite à voir ce qui, entre deux objets différents, est malgré tout commun. »²¹⁶⁶. Dans cette perspective, il ne s'agit finalement que de l'une des déclinaisons de l'exigence d'égalité devant la loi. En ce sens, le Conseil constitutionnel français concourt à la neutralité technologique lorsqu'il veille à ce que les différences de traitement entre ce qui se passe en ligne et ce qui se passe hors ligne se justifient réellement²¹⁶⁷.

615. – Les mérites d'un droit détaché d'un contexte particulier sont bien connus. La neutralité technique « est gage de parcimonie dans la création de nouvelles lois »²¹⁶⁸. « Toute loi écrite est déjà périmée. Car la main du scribe est lente et l'esprit des hommes est agile et leur destinée mouvante » écrivait Anatole France²¹⁶⁹. Ripert soulignait que « le législateur invoque comme excuse [à la succession des lois] la succession rapide des situations que la loi doit régir, mais c'est parce qu'il méconnaît son rôle qui est d'ordonner pour l'avenir et non de satisfaire des intérêts passagers. »²¹⁷⁰. L'internet en donne une bonne illustration. Dans un environnement hautement évolutif, l'intervention incessante de la loi serait le meilleur moyen d'en compromettre la viabilité. L'époque contemporaine avait pourtant hissé l'intervention de la loi en principe d'action. « C'est l'une des mélancolies des écrivains juristes d'aujourd'hui que de sentir à quel point ils tracent leurs lignes sur le sable d'institutions mouvantes » écrivait déjà René Savatier en 1951²¹⁷¹. La neutralité technologique ne permet pas de s'en

2^e éd., 2011, n^{os} 452-453.

²¹⁶⁵ Art. 8 § 1, al. 2 de la Directive 2002/21/CE (directive « cadre » telle que modifiée par la directive 2009/140/CE).

²¹⁶⁶ A. Lepage, « Internet au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse : un mode de communication comme un autre ? » in A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, coll. « Presaje », 2006, p. 140.

²¹⁶⁷ Cons. const., 10 juin 2004, n^o 2004-496 DC, § 14 : « la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique ». – Cons. Const., 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, § 65 « les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée ».

²¹⁶⁸ A. Lepage, « Internet au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse : un mode de communication comme un autre ? » in A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, coll. « Presaje », 2006, p. 140.

²¹⁶⁹ Anatole France, *Crainquebille*, Œuvre du domaine public consultable sur <http://www.inlibroveritas.net/> (vérifié le 22 avril 2014).

²¹⁷⁰ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 319

²¹⁷¹ R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », D. 1951, chron., p. 30.

prémunir entièrement, mais elle invite utilement à revenir à la généralité de la loi²¹⁷².

616. – Des adaptations plus que des évolutions. Malgré les vertus de la neutralité technologique, ce serait sans doute une erreur de considérer que le droit doit entièrement s'y soumettre. Une législation doit se prémunir contre une obsolescence prématurée, mais elle doit aussi s'inscrire dans son temps. Les adaptations que l'internet a nécessitées en donnent une bonne illustration. Tantôt, l'adaptation a consisté à détacher une législation existante d'un contexte antérieur, tantôt elle a eu pour objectif de l'adapter à de nouveaux enjeux. L'internet a, en effet, généré des règles spéciales dans bien des domaines. Elles sont une nouvelle spécialisation du droit en ce qu'elles créent une différence entre les règles applicables à l'internet et celles qui ne le sont pas. Car à défaut de pouvoir appliquer à l'internet tout le droit tel qu'il est, ce sont les valeurs qu'il porte qui ont été transposées en ligne. « *La dématérialisation du réel que consomme l'internet de façon stupéfiante et radicale ne change rien à ce qu'il est toujours réel et qu'il s'agit d'évaluer la rectitude sociale de personnes physiques et morales.* »²¹⁷³.

Une entreprise de rationalisation doit se draper d'humilité tant les domaines sont vastes et divers. Il faut simplement identifier les spécialisations du droit qui, sur l'internet, portent le risque d'une normativité biaisée. Toute règle visant un mode d'échange particulier s'expose à ce risque. Si ce n'est pas condamnable par principe, les effets pervers d'une telle spécialisation invitent à bien méditer l'opportunité de nouvelles interventions ciblées²¹⁷⁴.

II. – L'inventivité juridique des usages

617. – Certains usages de l'internet – la majorité, il faut l'espérer – sont loin d'être illicites. Ils peuvent tout d'abord utiliser le droit, mais pas forcément dans les finalités qui lui ont été attribuées (A). Le droit peut enfin être reçu conformément à son esprit. Les usages peuvent aller jusqu'à venir au soutien du droit (B).

²¹⁷² Citons Portalis qui a su donner à cette idée une portée intemporelle : « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.* » (Discours préliminaire, op. cit, p. 470). – Adde, Montesquieu dénonçant, en son temps, les législateurs qui « *se sont jetés dans des détails inutiles ; ils ont donné dans les cas particuliers, ce qui marque un génie étroit qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale.* » (Lettres persanes, Lettre LXXVIII).

²¹⁷³ P.-Y. Gautier, « De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », D. 2011, p. 2054⁺, n° 5.

²¹⁷⁴ *Infra*, n°s 611-612.

A. – Des usages circonvenant le droit

618. – Le libre ou la subversion du droit d’auteur. Conformément à l’idée de libre circulation des idées qui n’est jamais très loin chez certains technophiles, les licences libres²¹⁷⁵ utilisent le droit d’auteur pour satisfaire des objectifs différents de ceux qui lui sont *a priori* attribués. Le mouvement par lequel elles sont portées a été qualifié de « *tournant majeur dans l’histoire de la propriété intellectuelle* »²¹⁷⁶. Il s’agit ni plus ni moins que de subvertir le droit d’auteur²¹⁷⁷. Le mouvement du libre utilise le terme de *copyleft* aux États-Unis pour bien marquer son opposition au *copyright*. Le libre est, en effet, « *tourné vers les libertés accordées aux utilisateurs au lieu d’être tourné sur le droit d’interdire du titulaire.* »²¹⁷⁸.

619. – Quatre conditions sont traditionnellement nécessaires pour juger qu’un programme est « libre » : la liberté de l’utiliser, la liberté de l’étudier, la liberté de le modifier et la liberté de le distribuer²¹⁷⁹. La personne qui place ses réalisations sous une telle licence ne peut par la suite revendiquer aucune paternité sur ses créations. « *Il s’agit bien d’un décalque en négatif de la logique du droit de propriété intellectuelle qui instaure au profit du titulaire un droit de « suivre » le destin de sa création dans ses différents développements, à la différence près que la licence libre entend imposer un libre usage et non le restreindre.* »²¹⁸⁰. Il n’y a cependant pas de danger pour le principe même du droit d’auteur, le risque de contagion ou de viralité des licences libres étant généralement écarté par les observateurs²¹⁸¹.

Les licences libres utilisent donc le droit d’auteur pour en paralyser les effets. Il ne s’agit pas

²¹⁷⁵ F. Macrez, (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n° 424 : le terme licence est couramment employé et n’a pas à être différencié, du moins en droit français, de la cession de droit d’auteur. – J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d’auteur*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2012, n° 817 s. spé. n° 833.

²¹⁷⁶ V.-L. Benabou, « *Le libre* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, p. 58, n° 4.

²¹⁷⁷ F. Macrez, *op. cit.*, n° 424.

²¹⁷⁸ V.-L. Benabou, « *Le libre* », *op. cit.*, p. 62, n° 16.

²¹⁷⁹ Ces quatre libertés ont été énoncées par la *Free Software Foundation*, l’organisation à l’origine de la licence libre la plus utilisée : la licence GNU. Voy. la page du projet GNU : « *Qu’est-ce que le logiciel libre ?* », <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.fr.html> (consulté le 6 août 2015).

²¹⁸⁰ V.-L. Benabou, *op. cit.*, p. 63, n° 21.

²¹⁸¹ Franck Macrez conclut, qu’« *alors que certains principes du droit d’auteur sont mis à mal par ces licences « libres », le risque de conflit est, dans les faits, quasiment inexistant ; il faut inférer de ce constat que l’impact sur l’organisation de la propriété littéraire et artistique relève de la contingence. En conséquence, au niveau des principes, cette situation n’a pas d’impact effectif sur le régime juridique de la propriété littéraire et artistique.* » (F. Macrez, *op. cit.*, n° 435, p. 348). Le risque apparaît d’autant plus minime que les licences libres se déclinent en des versions spécialement adaptées au risque de viralité lorsque le code qu’elles couvrent doit être inclus dans d’autres programmes. La LGPL (*GNU Lesser General Public License*) a ainsi été conçue par la *Free Software Foundation* pour s’adapter au code source des bibliothèques logicielles dont la nature implique qu’elles sont utilisées par d’autres programmes, pas forcément libres.

d'une négation pure et simple du droit d'auteur²¹⁸², puisque les mécanismes utilisés par ces licences s'appuient eux-mêmes sur la force obligatoire du droit d'auteur, en particulier lorsque ces licences imposent aux utilisateurs de partager les modifications qu'ils peuvent apporter aux logiciels²¹⁸³.

620. – Le succès des licences libres en tout domaine. Les premières licences libres ont été créées pour servir les objectifs du projet GNU visant à créer un système d'exploitation libre. Les logiciels libres font aujourd'hui partie de l'environnement logiciel de la plupart des ordinateurs. Ils sont choisis à la fois pour leur faible coût et les garanties d'interopérabilité et de sécurité qu'ils offrent²¹⁸⁴ et ils ne sont pas antinomiques d'une logique commerciale²¹⁸⁵.

Yochai Benkler, professeur à la faculté de droit de Harvard, identifie trois facteurs clés permettant l'émergence de ce qu'il appelle « *l'économie de la production sociale non marchande* » : la large répartition du matériel informatique au sein de la population, des matières premières aux coûts sociaux marginaux nuls tels que l'information ou le savoir et une structure d'organisation modulaire permettant à de nombreux individus de participer²¹⁸⁶. L'internet accompagne ou rend possible à une échelle mondiale ces trois conditions. Il n'est ainsi pas surprenant que le phénomène se soit étendu en dehors du domaine des logiciels à mesure du développement du réseau mondial. En s'étendant à des documents, le libre a été l'une des conditions de la réussite de projets aussi reconnus que Wikipédia. L'ensemble du contenu de l'encyclopédie en ligne est en effet soumis à la licence *Creative Commons* créée par le professeur américain Lawrence Lessig²¹⁸⁷. Elle est la condition du succès d'une telle entreprise, car il n'est guère concevable que des individus décident spontanément de contribuer à une encyclopédie si une licence libre ne les avait pas assurés que leur travail resterait à l'usage de la communauté. L'inventivité des usages conjuguée à l'évolution de la technologie peut générer une extension du phénomène encore imprévisible. Le champ des

²¹⁸² « On ne renonce pas sans pouvoir de renoncer » relève V.-L. Benabou (« *Le libre* », *op. cit.*, p. 64, n° 24).

²¹⁸³ Voy. l'art. 5, de la licence GNU GPL, traduction non officielle de l'APRIL : « Vous n'êtes pas obligé d'accepter la présente Licence étant donné que vous ne l'avez pas signée. Cependant, rien d'autre ne vous accorde l'autorisation de modifier ou distribuer le Programme ou les ouvrages fondés sur lui. Ces actions sont interdites par la loi si vous n'acceptez pas la présente Licence. ». – Sur ce point : J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 837.

²¹⁸⁴ Sur les politiques publiques d'interopérabilité et les logiciels libres : M.-C. Roques-Bonnet (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, pp. 548-552 – Les avantages que peuvent trouver des entreprises dans l'utilisation de logiciels libres sont diverses. Il peut s'agir de déléguer aux utilisateurs une partie pénible et coûteuse de la conception de logiciels (débugage, adaptation aux systèmes d'exploitation, traduction, tests divers....) tout en pouvant baser leurs propres créations sur des créations existantes et éprouvées.

²¹⁸⁵ V.-L. Benabou, *op. cit.*, pp. 67-72, n°s 33-50.

²¹⁸⁶ Y. Benkler (trad. A. Clerq-Roques et alii), *La richesse des réseaux. Marchés et libertés à l'heure du partage social*, Presses universitaires de Lyon, 2009 (2006), pp. 154-155.

²¹⁸⁷ <http://creativecommons.org/about/history> (vérifiée le 17 juill. 2014)

possibles aujourd'hui ouvert par les imprimantes 3D pourrait amener le libre à des usages encore insoupçonnés.

621. – L'efficacité juridique des licences libres. Pour concevoir l'une des premières licences libres, la *GNU General Public License*, Eben Moglen, professeur de droit à l'université de Columbia, a été sollicité. Les constructions qui en résultent apparaissent solides, même si une personne qui voudrait invoquer la nullité du contrat de licence ne manquerait probablement pas d'arguments²¹⁸⁸. Elle s'exposerait en cela au risque d'être reconnue coupable de contrefaçon, puisque la nullité du contrat serait celle de celui par lequel elle a obtenu le droit d'utiliser le logiciel²¹⁸⁹. Si la jurisprudence ne s'est pas directement prononcée²¹⁹⁰, elle a pu donner des indications allant dans ce sens²¹⁹¹. La pratique a fait de même. « *Il nous semble clair que l'opinio necessitatis est bien présente* » écrit Franck Macrez²¹⁹². Un grand FAI français a ainsi pu transiger avec des associations de défense des logiciels libres après avoir apparemment violé des licences de type *copyleft*. Le communiqué publié par la Free Software Foundation à l'issue du différend indique cependant que le « *contenu du protocole d'accord restera confidentiel* »²¹⁹³. Des pratiques non contentieuses illustrent aussi l'adhésion suscitée par les licences libres. Alors que la gestion collective des droits peut être un obstacle à l'adoption d'une licence libre, la SACEM a signé un accord avec l'association *Creative Commons* afin d'autoriser ses membres à diffuser leur création de manière non commerciale²¹⁹⁴. La pression d'artistes, désireux de diffuser certaines de leurs créations sous une licence libre, a permis cette évolution.

B. – Les usages au soutien du droit

622. – L'innovation comme facteur de légalité. Il est connu que la création de services adaptés permet de diminuer les obstacles à la consommation légale de biens culturels sur l'internet²¹⁹⁵. Elle se révèle plus efficace pour réduire les usages illicites que n'importe quelle

²¹⁸⁸ Franck Macrez cite dans sa thèse (*op. cit.*) : une cession non expressément limitée (n° 426), une cession sur œuvre future (n° 427) ainsi que des difficultés relatives au droit moral (n°s 428-429).

²¹⁸⁹ En ce sens : Macrez F., *op. cit.*, n° 432.

²¹⁹⁰ F. Macrez, *op. cit.*, n° 432.

²¹⁹¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 16 sept. 2009, RG n° 04/24298 (Légalis ; RLDI 2009/54, n° 1781 note S. Rambaud) : le client d'un prestataire informatique est autorisé à résilier le contrat dans le cas où ce prestataire a fourni un logiciel violant la licence GNU GPL. Les juges ont considéré que le logiciel livré était, en ce cas, non conforme.

²¹⁹² F. Macrez, *op. cit.*, p. 347.

²¹⁹³ Voy. communiqué de la Free Software Foundation France, du 16 sept. 2011 <http://fsffrance.org/news/article2011-09-14.fr.html>

²¹⁹⁴ SACEM, communiqué de presse, 9 janv. 2012.

²¹⁹⁵ Le Rapport « *Création et Internet* » (*op. cit.*, p. 2) a souligné, au vu d'une enquête d'opinion, « *qu'un des principaux obstacles à une plus grande consommation de services culturels légaux sur internet était, outre leur*

menace de sanction. Toutefois, ces offres ont mis du temps à apparaître. « *La spontanéité n'équivaut pas à l'instantanéité, on le sait, elle fait référence à l'idée que l'ordre se produit de lui-même, sans intervention extérieure.* »²¹⁹⁶.

Permettre l'innovation, c'est assurer la dynamique de la réponse aux besoins. La libre innovation, à la fois technique, économique et juridique, est indispensable à la création d'offres légales répondant à tous les besoins. Elles peuvent être payantes ou financées par la publicité, diffusées via un site web ou via un logiciel dédié, avec téléchargement ou sans téléchargement, etc. S'il est impossible de faire la liste des solutions légales que les innovations futures peuvent produire, la neutralité du réseau est à même de garantir la pérennité de l'ensemble des éléments favorables à une innovation dynamique. Cette dynamique est nécessaire au regard de l'évolution rapide des usages et donc des besoins. Ainsi, la neutralité permet à l'offre légale d'être aussi dynamique que l'offre illégale, elle n'est donc pas le principe complice de tous les excès parfois dénoncés. Une connexion neutre, à haut débit est l'une des conditions essentielles pour le développement et l'innovation en ce domaine.

623. – Les usages comme force d'appui du droit. Que ce soit par rejet du droit étatique ou par adhésion à des règles plus proches de leurs préoccupations directes, les usages présentent une force d'attraction indéniable sur l'ensemble des utilisateurs de l'internet. Ces règles bénéficient d'une bonne appréhension de la part du public, car ce à quoi l'internaute adhère lorsqu'il valide une charte ou des conditions d'utilisation d'un service en ligne va gouverner son comportement comme aucune loi ou jurisprudence ne pourrait le faire. Cette efficacité s'ancre dans la pratique, mais pas seulement. L'inflation législative, dénoncée comme une source d'affaiblissement du droit²¹⁹⁷, est l'un des éléments venant au renfort de ces règles.

La production de règles par les usages est, en elle-même, source de concurrence entre le

prix, les conditions peu ergonomiques de leur accessibilité. ».

²¹⁹⁶ G. Farjat, « Nouvelle réflexions sur les codes de conduite privée », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 154.

²¹⁹⁷ En ce sens, parmi bien d'autres : J. Carbonnier, « *L'avenir d'un passé* » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 6 : « la saturation juridique est arrivée. La cause en est un phénomène de pouvoir, l'excès, l'inflation législative. L'effet se produit chez les sujets : c'est une dépréciation de la loi, une réaction de rejet et de désobéissance. ». Carbonnier reprend ici la critique qu'il a développée en 1996 dans son petit livre *Droit et passion du droit sous la Ve République* publié chez Flammarion, sur ce sujet spé., voy. la conclusion (pp. 272-273), où l'ineffectivité de la règle est décrite comme le meilleur antidote au trop de droit : « *Le droit nous anéantirait s'il était totalement appliqué, mais il ne peut pas l'être. C'est la fatalité de l'excès. Trop de droit tue le droit, on en a fait un adage* ».

droit étatique et le droit issu des usages²¹⁹⁸. Mais cette concurrence n'est pas toujours une « *force contestataire* » du droit²¹⁹⁹. Elle peut être une force d'appui. Il ne faut pas oublier que dans l'immense majorité des cas, ces usages s'appuient sur le droit positif. Les documents validés quotidiennement par les internautes obligent bien souvent au respect de la loi²²⁰⁰ et menacent de recourir à la justice en cas de non-respect des règles qu'ils édictent. Ils peuvent donc généralement être sanctionnés juridiquement, mais la sanction juridique n'est pas forcément la plus évidente des contraintes²²⁰¹. De plus, « *la contrainte n'est qu'une cause parmi d'autres de l'effectivité* » observe le professeur Philippe Jestaz²²⁰². Mais au besoin, le droit dispose d'outils pour faire respecter ces engagements²²⁰³.

624. – Étape. L'altération de la fonction normative du droit est particulièrement visible en matière de droit d'auteur. En ce domaine, les interventions législatives et les condamnations jurisprudentielles n'ont eu qu'un faible impact sur les usages illicites. Elles ont cependant permis d'observer un phénomène instructif : la normativité biaisée. Il s'illustre lorsque le droit fait diminuer les usages illicites qu'il vise, mais que ceux-ci se transforment aussitôt pour renaître sous une autre forme. Dans un contexte d'usages très évolutif, la réponse juridique ciblée fait donc figure d'erreur à éviter. La méthode de la neutralité technologique du droit se présente alors comme un antidote. En exigeant que la règle soit formulée indépendamment de son contexte technique, elle garantit le droit contre une obsolescence prématurée. Elle ne préviendra cependant pas les inévitables effets imprévus du droit. Les licences libres sont ici la preuve que le droit d'auteur est un instrument plus souple que l'on a pu le penser. Enfin et heureusement, le droit peut aussi être reçu conformément à son esprit. Pour cela, la neutralité du réseau peut aussi être un facteur de légalité, car en favorisant l'apparition de nouveaux services, elle a permis l'éclosion de services légaux innovants dont il faut observer la force

²¹⁹⁸ A propos des codes de bonnes conduites en matière environnementale auxquels souscrivent volontairement des entreprises : J.-B Racine., « *La valeur juridique des codes de conduite privée dans le domaine des l'environnement* », RJE, 1996, n° 4, p. 414 s. : l'auteur relève que « *certaines codes de conduite ont pour objectif d'éviter l'intervention législative* » et qu'en manifestant leur intérêt pour la préservation de l'environnement, les professionnels « *signifient à l'État que son intervention est inutile.* ».

²¹⁹⁹ S. Chassagnard-Pinet, « *Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre* », in Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 161.

²²⁰⁰ *Supra*, n° 414 et 444.

²²⁰¹ À propos des instruments de *soft-law*, Cédric Groulier a observé que, « *normatifs, ils le sont dès lors qu'ils expriment un modèle ; comment nier le modèle de comportement que constitue une recommandation ? Juridiques, pourquoi ces instruments ne le seraient-ils pas quand ils ont pour objet de se poser comme références pour l'organisation du vivre ensemble ?* » (« *La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative* », in C. Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 208).

²²⁰² Ph. Jestaz, « *La sanction, cette inconnue du droit* », D. 1986, p. 199.

²²⁰³ Le constat a déjà été effectué pour ce qui est de la régulation du comportement des prestataires techniques (*supra*, n° 420-422). Il peut sans difficulté être transposé à la régulation du comportement des utilisateurs de l'internet.

d'attraction sur les utilisateurs.

Pourtant le constat le plus frappant est celui d'un droit souffrant, dans son application aux usages, d'une normativité gravement déficiente. « *La nature pondératrice du droit par rapport à la vie* »²²⁰⁴ peine à peser sur les usages de l'internet. Les autres fonctions de la responsabilité civile en sont naturellement saisies, car sa fonction normative agit en symbiose avec ses fonctions d'indemnisation et de sanction.

Section 2. – Des fonctions de sanction et d'indemnisation mises à l'épreuve

625. – Indemnisation, sanction et... dissuasion. Les frontières entre les différentes fonctions de la responsabilité civile ne sont pas étanches. Celles séparant la sanction et l'indemnisation se brouillent particulièrement en se plaçant du côté du responsable pour lequel les dommages et intérêts, même purement compensatoires et donc détachés de la gravité de faute, sont ressentis comme une peine²²⁰⁵. « *L'indemnisation de la victime, à certains égards, constitue une punition de l'auteur du dommage dès lors qu'il doit personnellement supporter la charge de la réparation sur son patrimoine* » résume le professeur Loïc Cadiet²²⁰⁶. L'effet normatif de la responsabilité civile repose sur ce double aspect de la réparation ; compensatoire du côté de la victime, punitif du côté du responsable. « *Prévention et indemnisation sont en étroite symbiose* » relève le professeur Philippe le Tourneau²²⁰⁷. Plus précisément, « *la responsabilité civile prévient parce qu'elle répare, c'est là son originalité.* »²²⁰⁸.

Sur l'internet, les difficultés que connaît la responsabilité pour remplir ses fonctions l'ont conduite à de nouvelles altérations. Sa fonction de sanction s'est mise en quête d'efficacité (§ 2) alors que sa fonction d'indemnisation doit se redéfinir (§ 1). En parallèle, le droit d'auteur agit fortement sur ces deux mêmes leviers, probablement parce qu'il peine plus que d'autres à faire respecter sa normativité. Ce faisant, il constitue un élément perturbateur, mais également un moteur et un laboratoire des évolutions possibles de la responsabilité civile. Il

²²⁰⁴ R. Savatier, « *Le droit et l'accélération de l'histoire* », D. 1951, chron., p. 30.

²²⁰⁵ Paul Esmein affirmait que « *pour celui qui doit les payer [les dommages et intérêts], c'est bien une peine, quand par l'acte dommageable, il ne s'est pas enrichi.* » (« *Le nez de Cléopâtre..* », op. cit., p. 215, n° 34). – Comp. : F. Terré, « *Propos sur la responsabilité civile* », Arch. philo. dr., 1977, n° 22, p. 39 : « *peut-être faut-il dire que la réparation est l'une des formes de la peine.* ».

²²⁰⁶ L. Cadiet, « *Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 1999, p. 507.

²²⁰⁷ Le Tourneau, n° 4.

²²⁰⁸ G. Maitre, op. cit., n° 114, n° 114, p. 57.

convient donc d'aborder cette étude sans se limiter au cadre strict de la responsabilité civile afin de mieux saisir sa place dans la problématique d'ensemble.

§ 1. – Une fonction d'indemnisation à redéfinir

626. – Une réparation émietlée. Le professeur Loïc Cadiet dénonçait, à l'aube de la rencontre de l'internet et du droit, une polarisation excessive de la doctrine sur le fait générateur la conduisant à « *négliger l'étude de la réparation, dominée par le principe de la réparation intégrale, généralement considérée comme se passant de justification, sa mise en œuvre étant abandonnée au savoir-faire des praticiens* »²²⁰⁹. L'internet n'a rien arrangé. En concentrant l'attention sur la cessation ou sur la sanction, son apparition dans le paysage juridique français a, une nouvelle fois, éludé la question de l'évaluation du préjudice. Pourtant, l'internet est le théâtre de mutations économiques profondes qui affectent nécessairement cette notion. Le droit s'en est saisi, mais par d'autres voies. Ainsi, en matière de droit d'auteur, la compensation des pertes subies du fait de l'internet n'est plus simplement recherchée par la responsabilité civile ou par des mécanismes voisins (I). Ces mécanismes nouveaux ont sans doute été favorisés par l'ineffectivité relative du droit sur l'internet, mais ils l'ont été également par l'altération d'une fonction d'indemnisation en manque de repère (II).

I. – Une fonction concurrencée en matière de droit d'auteur

627. – De la compensation à la rémunération. La concurrence que subit la fonction d'indemnisation de la responsabilité civile n'est pas ici le fait, comme en d'autres domaines, de fonds d'indemnisation ou de l'assurance. Elle est beaucoup moins avouée. La tentation est, en effet, toujours présente de compenser des usages contraires au droit d'auteur par des mécanismes de taxation (A). En parallèle, ce droit subit, de manière générale, un glissement d'un droit à l'exploitation vers un droit à la rémunération (B).

A. – La tentation de la taxation

628. – À chacun son domaine. L'exception de copie privée est, particulièrement dans

²²⁰⁹ L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^e journée René Savatier, PUF, 1997, p. 38.

l'environnement numérique, l'« enjeu d'un conflit généralisé »²²¹⁰. Le mécanisme de compensation équitable qui l'accompagne est source de nombreuses ambiguïtés²²¹¹. Il s'affiche pourtant comme excluant de son assiette les copies illicites²²¹². Il s'agit d'un impératif pour que le droit de la responsabilité puisse continuer à fonctionner en parallèle de ces mécanismes. Celui-ci s'est évertué, en d'autres domaines, à écarter le risque de double indemnisation²²¹³. Or, si le préjudice dû au « piratage » était compensé de manière générale, la compensation de préjudices individuels serait une figure impossible à appréhender. Or, en pratique, il est particulièrement difficile de s'assurer que la compensation pour copie privée ne déborde pas sur la compensation d'usages illicites.

629. – Un mécanisme sujet à dérives récurrentes. Des tentatives d'extension abusives des mécanismes de compensation de la copie privée ont été condamnées aussi bien par les juridictions qu'en doctrine²²¹⁴. La CJUE a posé ses limites en application de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001. Les premiers à être exclus de la taxation devraient être les professionnels²²¹⁵, car les supports qu'ils achètent sont généralement destinés à leurs propres données. La Cour considère surtout qu'une telle redevance doit obligatoirement distinguer entre les sources licites et illicites²²¹⁶.

²²¹⁰ J. Lapousterle (dir. P.-Y. Gautier), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dact. Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2007, p. 158. L'auteur rappelle utilement que la compensation pour copie privée, instaurée sous l'impulsion des ayants droit, est intimement liée à la diffusion des appareils permettant la reproduction d'œuvre sur différents supports (n^{os} 285-287, pp. 159-160) et qu'elle fut, dès l'origine, source d'une lutte impliquant ayants droit, pouvoirs publics et débiteurs de cette taxe (spé. n^{os} 288-293, pp. 160-163).

²²¹¹ En premier lieu, il peut être craint que les mesures techniques de protection (sur lesquelles : *supra*, n^o 569) rendent inopérant le droit de copie privée. Sur ce point, la CJUE affirme, en éludant les questions de méthode, que « la possibilité d'appliquer les mesures techniques visées à l'article 6 de la directive 2001/29 n'est pas susceptible de rendre caduque la condition de la compensation équitable prévue à l'article 5, paragraphe 2, sous b) » (CJUE, 27 juin 2013, aff. jointes C-457/11 à C-460/11, § 59). Sur les oppositions en présence : J. Lapousterle, *op. cit.*, 327-336, pp. 178-184.

²²¹² La loi n^o 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée a ajouté à l'article L. 311-1 du code de la propriété intellectuelle que la rémunération pour copie privée ne vaut que pour toute copie « réalisée à partir d'une source licite ».

²²¹³ Grégory Maitre cite dans sa thèse la paralysie de la responsabilité civile délictuelle par la loi de 1985 et par l'article 451-1 du Code de la sécurité sociale dans l'objectif d'éviter une double indemnisation (*La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n^o 36, p. 31, n^{os} 127-128, pp. 63-64) avant de conclure qu'« un mécanisme automatique d'indemnisation, dans le domaine qui est le sien, doit être totalement exclusif de toute intervention de la responsabilité civile en tant que mécanisme d'indemnisation. » (n^o 129, p. 65.). – Sur cette question en générale : M. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », LPA, 12 janv. 2005, p. 3⁺, spé. n^o 22 ; constatons qu'elle a principalement été envisagée dans le cas où un fond d'indemnisation a déjà indemnisé la victime (voy. : G. Viney (préf. A Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, n^o 225).

²²¹⁴ J. Huet, « Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le peer to peer et sur HADOPI) », D. 2009, p. 2939⁺, n^o 2.

²²¹⁵ CJUE, 21 oct. 2010, *Padawan c/ SGAE*, aff. C-467/08, spé. 51.

²²¹⁶ CJUE, 10 avr. 2014, *ACI Adam BV c/ Stichting de Thuiskopie et a.*, aff. C-435/12, spé. § 41, § 54 à 58.

En France, le Conseil d'État, dans sa décision du 11 juillet 2008²²¹⁷, avait déjà indiqué, en censurant une décision de la commission relative à la rémunération pour copie privée, le caractère impératif de l'exclusion des sources illicites du calcul de la redevance. Malgré l'intervention de la loi²²¹⁸, il a de nouveau dû intervenir en 2014²²¹⁹ en annulant la décision de la commission copie privée déplaçant la taxe et l'étendant à des supports tels que les GPS ou les tablettes tactiles dotées de fonction de baladeur²²²⁰. Cette décision avait entraîné le départ des industriels de la commission copie privée. Ces dérives récurrentes invitent à regarder avec circonspection les propositions²²²¹ visant à étendre la rémunération pour copie privée au stockage en ligne (le fameux *cloud*). D'autant que des études attentives remettent en question la pertinence des modalités de calculs censées exclure la copie illicite de l'assiette de la rémunération²²²². La volonté d'assurer une juste rémunération aux auteurs gagnerait à s'afficher plus ouvertement, et surtout plus légalement, comme telle.

B. – Le glissement vers l'idée d'un droit à rémunération

630. – Une idée dans l'air du temps. Sans qu'une réforme radicale soit formalisée, la sauvegarde du droit d'auteur semble passer d'un droit à l'exploitation à un droit à rémunération²²²³. Le terrain déjà conflictuel promet de le rester. Les fournisseurs de contenu s'apparentent alors à des propriétaires, créanciers d'un fermage envers l'exploitant. Or, « *tout ce qui est accordé à l'exploitant l'est au détriment du propriétaire et contribue à créer une propriété nouvelle* » écrivait déjà le doyen Ripert²²²⁴.

631. – Fluctuations autour de la licence globale. Le rapport « Création et internet » définit la Licence globale comme « *faisant supporter aux internautes un surcoût de quelques euros ajouté à l'abonnement mensuel payé au fournisseur d'accès à internet, en échange d'un*

²²¹⁷ Conseil d'État, 11 juill 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels Audiovisuels électroniques* : Légalis ; RLDI 2008/40, n° 1321, obs. L. C ; 2008/41, n° 1351 obs. L. C. – Adde : Conseil d'État, 17 déc. 2010, nos 310195, 314308, 315832. – Voy. Vivant et alli, n° 3014 s.

²²¹⁸ Loi n° 2011-1898 du 20 déc. 2011 relative à la rémunération pour copie privée, sur laquelle : Vivant et alli, n° 3017.

²²¹⁹ Conseil d'État, 25 juin 2014, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB)* : RLDI 2014/106, n° 3514 obs. L. C.

²²²⁰ Décision n° 13 du 12 janvier 2011 relative à la rémunération pour copie privée (JORF, 28 janv. 2011, p. 1835).

²²²¹ P. Lescure, *Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 2013, t. 1, proposition 42, p. 476. – SPEDIDAM, *Musique, Internet et partage de la valeur : 8 propositions pour les artistes-interprètes*, 2014, proposition, n° 6, spé. pp. 47-52.

²²²² F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n° 100.

²²²³ J. Farchy, *Internet et le droit d'auteur. La culture Napster*, CNRS Éditions, 2003, p. 84 s.

²²²⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 212

accès libre et sans limites à la musique en ligne. »²²²⁵. Il rejette ensuite vivement cette idée, car « son inspiration est contraire à l'essence même du droit d'auteur, qui est le droit exclusif d'un créateur libre et indépendant. »²²²⁶. Ce système est, à l'inverse, préconisé par le rapport Attali²²²⁷. L'idée, particulièrement conflictuelle²²²⁸, est le fruit du développement de l'internet auprès du grand public accompagné d'un usage contraire au droit d'auteur extrêmement répandu et difficile à endiguer²²²⁹. Dans ce contexte, « la rareté des œuvres est totalement à reconsidérer. »²²³⁰. D'un point de vue juridique, la licence globale ne peut cependant se justifier que par un droit d'auteur considéré comme un droit à rémunération²²³¹. Elle devait donc susciter les mêmes critiques que celles portant sur cette évolution par ailleurs contestée²²³².

632. – Dans ce système, rémunérer les artistes de manière proportionnelle à leur succès en ligne implique de mesurer le niveau d'échange de chaque contenu. La tâche est clairement impossible si la mesure porte sur l'ensemble des usages. Elle impliquerait la mise en place de dispositifs de filtrage généralisés, quels que soient le protocole et la destination des données²²³³. La licence globale, si elle veut répartir équitablement les revenus qui en découlent, implique alors de réserver la légalité des échanges à certains protocoles ciblés ou certains services en ligne. Elle ne présente alors plus de véritable avantage par rapport à la souscription directe par l'internaute à un service légal d'écoute de musique en ligne ou de vidéos à la demande. Pire, elle pourrait freiner l'innovation en ce domaine. Une licence globale imposée brutalement à tous les acteurs est en contradiction avec le modèle de d'innovation portée par la neutralité. Le développement, certes tardif, d'offres légales

²²²⁵ P. Zelnik, J. Toubon et G. Cerutti, « Création et internet », Rapport au Ministère de la culture et de la communication, janv. 2010, p. 3.

²²²⁶ *Ibidem*.

²²²⁷ J. Attali (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, 2008, p. 63, Décision 57.

²²²⁸ Voy. J. Lapousterle (dir. P.-Y. Gautier), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dact. Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2007, n^{os} 340-347, pp. 186-191, décrivant plus particulièrement le « climat délétère » lors du débat de la loi DADVSI un temps dotée d'un amendement favorable à la licence globale.

²²²⁹ En ce sens : F. Macrez (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, n^o 113.

²²³⁰ V. Gautrais, « Hadopi : regards du dehors », RLDI/2011, n^o 2218, p. 87

²²³¹ F. Siiriainen, « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », in M. Vivant (dir.), *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2014, pp. 53-54 : soulignant qu'il se cache derrière toute licence non volontaire la volonté de substituer au droit exclusif un droit à rémunération.

²²³² Not. : A. Latreille, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Droit & Patrimoine*, 2007, n^o 162, pp. 28-39 dénonçant un auteur devenu « un acteur parmi d'autres dont les intérêts ne sont protégés que pour autant qu'ils concourent à la réalisation d'un équilibre global. » au risque de tarir la source de la création (p. 39).

²²³³ Ces difficultés ne sont pas étrangères à l'abandon dans le projet de loi DADVSI d'un mécanisme de licence globale un temps prévu, voy. JOAN, 7 mars 2006, sp. 1584 s.

rencontrant leur public n'invite pas à une intervention radicale. Dans cette perspective, la licence globale cache le véritable débat, celui portant sur l'accessibilité des catalogues des titulaires de droit dans des conditions économiques vivables pour les exploitants et les artistes. Plutôt que d'assurer les utilisateurs d'une absence de poursuites, il apparaît plus judicieux, et conforme au modèle d'innovation permis par l'internet, de créer les conditions d'apparition d'offres légales innovantes et attractives. Sur un plan plus général, il a été souligné que la place de la propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel invite « à reconsidérer la notion d'exclusivité et son caractère pragmatique (ou plutôt parfois dogmatique) dans le cadre d'une nouvelle donne sociale et économique, mais aussi technique, technologique, en cherchant à conjuguer réservation et accès, liberté et régulation »²²³⁴. Pour cela, étendre le régime de la rémunération équitable appliqué à la radiodiffusion hertzienne²²³⁵ au service d'écoute de musique en ligne a tout d'une bonne idée²²³⁶.

633. – Mécénat et utopie. Historiquement, le mécénat est la forme de financement de l'artiste la plus répandue. Les exemples de mécènes agissant par amour de l'art ou par intérêt politique, ayant permis à des artistes de produire des chefs-d'œuvre sont légion. « *Il est assez faux de prétendre, comme ceux qui [défendent le droit d'auteur] et soutiennent ces abus et cette extension, que, sans lui, la création périrait : ils semblent oublier Léonard de Vinci, voire Cicéron...* » écrit de manière audacieuse le Professeur Jérôme Huet²²³⁷. Alors que le mécénat a progressivement cédé sa place, l'idée de le « globaliser » a été émise pour permettre le financement des artistes dans le contexte de l'internet. L'idée part du constat que les œuvres bénéficient avec l'internet d'une diffusion globalisée. Il s'agit d'un système proche de la licence globale, mais libéré des impératifs de surveillance du réseau qu'elle implique pour répartir la manne générée. Il a été mis au point par Francis Muguet aidé de Richard Stallman²²³⁸. Il s'agit de permettre à l'internaute de donner une somme d'argent à son fournisseur d'accès en l'affectant à un artiste. Si la somme n'est pas affectée, elle doit être redistribuée équitablement à des artistes peu connus. Le système pêche par naïveté, c'est évident. S'il n'est assorti d'aucune contrainte, il est à craindre que les sommes récoltées soient sans aucune mesure avec la consommation de biens culturels.

²²³⁴ F. Siirainen, *op. cit.* p. 54.

²²³⁵ Art. L. 214-1 du CPI.

²²³⁶ En ce sens : P. Zelnik, J. Toubon et G. Cerutti, « *Création et internet* », Rapport au Ministère de la Culture et de la Communication, janv. 2010, p. 5.

²²³⁷ J. Huet, « *Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire)* », RLDI 2011/73, n° 2436, p. 75, n° 9.

²²³⁸ F. Muguet et R. Stallman, « *Déclaration de principes du mécénat global* », 12 sep. 2009, <https://stallman.org/mecenat/global-patronage.fr.html>

633-1. – Pourtant, des formes de mécénats efficaces existent d'ores et déjà sur l'internet. Elles se développent rapidement sans qu'une grande attention leur soit accordée. Il ne s'agit pas de solutions globales ouvrant l'espoir de créer un nouveau paradigme, mais au contraire de solutions très particulières. La pratique est assez simple. Certains artistes décident de permettre le libre téléchargement de leurs œuvres sur leur site internet et laissent le visiteur libre de choisir la somme qu'il souhaite payer²²³⁹. Les résultats de ce type d'expérience témoignent d'une certaine efficacité. Il donne aujourd'hui naissance à des plateformes de financement participatif de grandes ampleurs dont le succès s'avère prometteur²²⁴⁰. D'ores et déjà, de nombreux créateurs nés avec l'internet vivent de ce type de financement non contraint²²⁴¹. Conjugué à l'usage de licences libres, il y a là, peut-on espérer, les prémices d'un modèle économique viable inspiré de l'antique mécénat.

634. – Étape. Le développement des offres légales de musique et de vidéo en ligne ces dernières années témoigne que des modèles économiques sont possibles sur les bases actuelles. Si une intervention est nécessaire, c'est alors à la marge. Pour assurer l'équilibre entre rémunération des artistes et viabilité de ces plateformes, l'idée de légaliser les échanges illicites tout en instituant des mécanismes assurant la rémunération des artistes se heurte aux droits de ces mêmes artistes ainsi qu'à des problèmes pratiques insurmontables, porteurs de risque important par la diversité de la création. Une différenciation claire doit subsister entre les usages licites et les usages illicites, y compris en matière de rémunération pour copie privée. C'est uniquement à cette condition qu'une juste rémunération pour les usages licites est possible, mais aussi qu'une juste indemnisation peut être espérée pour ce qui est des usages illicites.

II. – Une fonction en manque de repères

635. – Les mêmes facteurs causant des difficultés lors de la mise en œuvre de la responsabilité sur l'internet se font sentir lors de l'évaluation du préjudice. Alors que l'immatérialité des échanges et leur vitesse de propagation sont des éléments capitaux, la responsabilité civile ne dispose que de faibles outils pour en évaluer précisément les conséquences dommageables (A). Pour appréhender cet environnement inédit, un renouveau

²²³⁹ Cf. : « *Radiohead MP3 release a tactic to lift CD sales* » (Financial Times, 23 nov. 2007). – « *Nine Inch Nails releases Ghosts I-IV under a Creative Commons license* », 2 mars 2008 <http://creativecommons.org/weblog/entry/8095>.

²²⁴⁰ Citons l'américain *Patreon* ou le français *Tipeee*.

²²⁴¹ Fin 2014, *Patreon* drainait plus d'un million de dollars par mois vers les créateurs (chiffres publiées sur : <https://www.patreon.com/posts/1070951> (visitée le 3 avril 2015)).

s'avère nécessaire (B).

A. – La faiblesse des outils d'évaluation

636. – Des grandes ambitions. Aujourd'hui encore, rien ne résume mieux les ambitions de la responsabilité civile française que la formule que la Cour de cassation aurait empruntée à René Savatier : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »²²⁴². Elle recouvre le « principe de réparation appropriée » ou « principe de réparation adéquate » ; les appellations sont sans doute moins trompeuses que « principe de réparation intégrale », puisqu'il s'agit, non seulement d'indemniser intégralement le préjudice, mais aussi de n'indemniser que le préjudice²²⁴³. L'ambition derrière ce principe est bien d'effacer le dommage, de faire en sorte que le dommage n'ait été qu'un rêve comme le disait le doyen Carbonnier. Le juge se voit concéder pour cela un large pouvoir d'appréciation souveraine²²⁴⁴. Il s'agit, a-t-on souligné, de s'en remettre à sa sagesse « *en l'investissant d'un pouvoir discrétionnaire, la plus noble des prérogatives qu'il puisse se voir reconnaître.* »²²⁴⁵.

637. – De faibles contrôles. La Cour de cassation est toujours restée attachée au principe de l'équivalence entre le préjudice et la réparation²²⁴⁶. Cependant, dans bien des cas, la réparation en nature, la plus proche d'une véritable remise en état²²⁴⁷, s'avère impossible. Le pouvoir souverain d'appréciation qu'elle reconnaît aux juges du fond ne permet pas d'établir des méthodes d'évaluation concrètes à partir de ce principe²²⁴⁸. En effet, la Cour régulatrice n'exige pas des juges du fond qu'ils précisent les divers éléments du préjudice²²⁴⁹, pas plus qu'elle ne contrôle leurs méthodes d'évaluation du moment qu'ils n'avouent pas se détacher

²²⁴² Voy. les nombreux arrêts cités par Brun, n° 592 ; Le Tourneau, n° 1320 ou Viney et Jourdain, t. III, n° 57.

²²⁴³ Voy. Le Tourneau, n°s 2521-2546. – Sur les exceptions dont souffre ce principe, particulièrement en matière de contrefaçon : *infra*, n°s 657 s.

²²⁴⁴ Viney et Jourdain, t. III, n° 64 ; Le Tourneau, n°s 2506-2520.

²²⁴⁵ T. Ivainer, « *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices* », D. 1972, chron, p. 12.

²²⁴⁶ Viney et Jourdain, t. III, n° 59.

²²⁴⁷ M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1952, t. VII *Obligations. Deuxième partie*, n° 608, pp. 961-962 (« *La réparation en nature est [...] la seule adéquate et conforme à l'idée même de réparation.* »). – Adde L. Cadet, « *Les métamorphoses du préjudice* » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^e journée René Savatier, PUF, 1997, p. 63.

²²⁴⁸ Les juges du fond ne sont cependant pas dispensés de motiver leur décision. Pour une étude détaillée du contrôle de « *faible intensité* » pratiqué par la Cour de cassation : « *La réparation du préjudice économique* » (partie présentée par M. Guyomar et O. Matuchansky) in F. Ewald et alii. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice* (Séminaire « Risque, Assurance, responsabilité » sous l'égide de la Cour de cassation et a.), Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 315-327.

²²⁴⁹ Le Tourneau, n° 2511.

de la seule évaluation du préjudice²²⁵⁰. La responsabilité civile ne peut donc s'appuyer, pour indemniser les préjudices causés au moyen de l'internet, que sur bien peu de concepts opérationnels²²⁵¹. Ce faible contrôle, s'il peut se justifier par la nature fondamentalement factuelle du préjudice, a aussi permis à des pratiques clandestines de prospérer contribuant à brouiller les frontières entre réparation et peine privée²²⁵².

637-1. – Le flou des concepts. L'ambition d'effacer le préjudice ne doit pas aveugler. La réparation ne peut, bien souvent, être regardée comme l'exact équivalent du préjudice, ne serait-ce que parce qu'elle intervient après coup et que la remise en état parfaite n'est que rarement possible²²⁵³. La fonction réparatrice des dommages et intérêts fait parfois place à une fonction consolatrice ou punitive. Ainsi, s'il n'est plus question aujourd'hui de rejeter l'indemnisation des préjudices moraux²²⁵⁴, affirmer qu'une somme d'argent peut venir compenser ce type de préjudices a de quoi laisser sceptique²²⁵⁵, voire choquer²²⁵⁶. Son évaluation, « *largement arbitraire* »²²⁵⁷, cache aux yeux d'une doctrine classique une peine privée qui ne dit pas son nom²²⁵⁸. En parallèle, lorsque la réparation est évaluée à un euro symbolique, son objet est plus de déclarer une responsabilité que de réparer un dommage²²⁵⁹.

²²⁵⁰ Viney et Jourdain, t. III, n° 62 et les nombreux exemples cités notes 130 à 134.

²²⁵¹ Voy. le constat effectué par le professeur Loïc Cardiet (« *Les métamorphoses du préjudice* », *op. cit.*, p. 39) : « *en caricaturant à peine, [...] l'histoire du préjudice depuis 1804 et, surtout depuis un siècle, peut être présentée [...] comme celle de sa désintégration progressive* ».

²²⁵² En ce sens : G. Viney, « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, p. 2946-2947 : « *Sous le couvert du « pouvoir souverain » qu'elle reconnaît aux juges du fond pour chiffrer le préjudice, la Cour de cassation approuve en effet, dans ces hypothèses, de très nombreuses condamnations à des dommages et intérêts n'ayant aucune portée réellement indemnitaire ou compensatoire, mais qui tendent soit à confisquer un profit illicite, soit à punir un comportement jugé répréhensible.* »

²²⁵³ En ce sens : R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, Coll. « Précis », 4^e éd., n° 216, p. 270 : « *La sécurité de la victime n'est restaurée que par des équivalents boiteux : presque toujours par une somme d'argent.* ».

²²⁵⁴ En ce sens : Brun, n° 214.

²²⁵⁵ Voy. not. M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, pp. 283-296.

²²⁵⁶ Parmi de nombreuses références, citons René Savatier qualifiant de « *répugnant* » le fait d'égaliser « *la joie de toucher une somme d'argent avec l'atteinte à la pudeur ou à l'honneur de la victime, ou avec la peine que lui cause la mort d'un proche.* » (R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. II, n° 527, pp. 92-93).

²²⁵⁷ R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. II, 528, p. 93.

²²⁵⁸ G. Ripert, *Rev. crit. lég. jur.*, 1910, pp. 144-149, obs. ss. Dijon, 28 déc. 1908 ; même auteur, « *Le prix de la douleur* », D. chron. 1948, pp. 1-4. – Adde P. Esmein, « *La commercialisation du dommage moral* », D. 1954 chr. p. 113 (insistant à la fois sur le caractère personnel du préjudice moral et sur son caractère punitif, ce dernier ne devant, selon l'auteur, justifier l'allocation de dommages et intérêts pour préjudice moral qu'en présence d'une véritable faute.) ; même auteur, « *Peine ou réparation* » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 2 : Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 37-42

²²⁵⁹ Entre autres : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 28, pp. 29-31, soulignant que la condamnation au franc symbolique, « *pécuniairement légère* », mais « *moralelement sévère* », se justifie « *parce qu'il est dans l'intérêt général – et non pas de la seule victime – d'affirmer l'autorité de la règle de droit.* » – Adde : Ph. Jestaz, « *La sanction ou l'inconnue du droit* », *op. cit.*, p. 23, note de bas de

Et lorsque la Cour de cassation affirme que « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »²²⁶⁰, la confusion entre la faute et le préjudice semble consommée²²⁶¹.

La souplesse pratique de l'évaluation du préjudice conjuguée à l'affirmation de l'application quasi scientifique du principe de réparation adéquate trouble largement l'idée que l'on peut s'en faire. Face à des préjudices nouveaux causés par un nouvel outil, les flottements étaient alors inévitables.

B. – Un renouveau nécessaire face à l'immatérialité

638. – Proposition de typologie des préjudices causés via l'internet. Les juges du fond sont assurément les mieux placés pour évaluer la consistance d'un préjudice. Toutefois, leur pouvoir d'appréciation souverain ne doit pas exclure que des méthodes guident leur évaluation. Un effort de typologie est un premier gage de prévisibilité et d'égalité²²⁶². Il faut constater que la même méthode ne peut être employée dans tous les cas où un préjudice est causé via l'internet. Les particularités relevées sont sans doute inhérentes à toutes atteintes à un bien immatériel, mais l'internet leur donne une intensité jusque là inconnue. Le cas où un préjudice est subi du fait de l'atteinte à un bien immatériel (1) et celui où un contenu se révèle préjudiciable *per se* (2) doivent être différenciés. Il s'agit, dans un cas, d'indemniser la perte de valeur du bien immatériel et, dans l'autre, le préjudice causé par le contenu lui-même.

1. – Le préjudice dû à l'atteinte à un bien immatériel

639. – De l'atteinte au bien à l'atteinte au droit. « *C'est le droit qui a le pouvoir de transformer les choses – qualification qui relève de la nature – en biens – qualification juridique –, permettant leur circulation sur un marché.* »²²⁶³. Ce pouvoir est particulièrement

page n° 38 : Le franc symbolique, par « *la désapprobation qu'il implique n'en apaise pas moins le plaignant* ».

²²⁶⁰ Civ. 1, 5 nov. 1995, n° 94-14.798 : JCP 1997, II, 22805, note J. Ravanas.

²²⁶¹ En ce sens : L. Cadet, *op. cit.*, p. 45 : « *On pourrait arguer que la solution sonne moins le glas du préjudice lui-même que de sa preuve, le préjudice et la faute se réduisant semblablement de la seule constatation de l'atteinte portée au droit. Il n'en reste pas moins que la faute et le préjudice sont alors confondus.* ».

²²⁶² Comp. la préconisation d'un effort de typologique du préjudice économique permettant à la Cour de cassation d'exercer plus efficacement son contrôle : « *La réparation du préjudice économique* » (partie présentée par N. Nussenbaum) in F. Ewald et alii. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice* (Séminaire « Risque, Assurance, responsabilité » sous l'égide de la Cour de cassation et a.), Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 342-349.

²²⁶³ M.-A. Frison-Roche, « *Les bouleversements du droit par l'internet* », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p. 59. – En des termes plus classiques, on se référera à Savatier (*La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, Coll. « Précis », 4^e éd., spé. n°s 22-25, pp. 31-34) ou à Capitant : « *Les choses ne peuvent nous procurer quelque avantage que par les droits que nous avons sur elles ; ces droits représentent une valeur,*

visible pour les biens immatériels. Une meilleure appréhension de ce mécanisme permettrait de réintégrer l'indemnisation du « piratage » dans le droit commun et ainsi d'en éviter les dérives et incertitudes. Les biens immatériels, protégés par le droit d'auteur ou non, doivent leur valeur à la protection que le droit leur assure (a). Or, l'internet facilite la circulation de ces biens, mais il les expose aussi à des risques considérables. Lorsqu'il est porté atteinte à un bien immatériel, l'évaluation du préjudice qui en résulte est complexe, car ce qu'il faut évaluer en réalité, ce n'est pas le bien en lui-même, mais sa perte de valeur (b).

a) Des valeurs garanties par le droit

640. – L'existence de valeurs immatérielles. L'immatériel est loin d'être une nouveauté pour le droit²²⁶⁴. Des auteurs précurseurs ont décrit l'émergence d'une forme de propriété de l'information²²⁶⁵ et ont imaginé les mécanismes de sa protection²²⁶⁶. « *La source principale des richesses réside désormais dans les informations et les connaissances de tous ordres* » relève le professeur Philippe le Tourneau²²⁶⁷. « *L'immatériel est bien une réalité économique et donc juridique* » ajoute le professeur Pierre-Yves Gautier²²⁶⁸.

L'informatique avait déjà permis de numériser une grande partie des créations humaines, l'internet permet aujourd'hui leur partage pour un coût marginal quasi nul et sa neutralité les rend accessibles au plus grand nombre. Toutes les créations humaines numérisables deviennent alors des biens non rivaux.

640-1. – L'ère des biens non rivaux. Un bien est « *considéré comme non rival lorsque sa consommation par une personne donnée ne diminue aucunement sa capacité à être consommé par une autre.* »²²⁶⁹. Les savoirs sont par essence des biens non rivaux. Partager un savoir

une utilité économique, et c'est cette valeur qui constitue le bien. » (Introduction à l'étude du droit civil : notions générales, Pedore, 1898, p. 168).

²²⁶⁴ *Incorporales sunt, quae tangi non possunt* (Gaius, Institutes, II, 14 in P.-F. Girard, Textes de droit romain, éd. A. Rousseau, 1890, p. 193).

²²⁶⁵ P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, chron., p. 97 s. – Même auteur : « La « propriété » de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 97-112.

²²⁶⁶ En dehors du champ contractuel, Pierre Catala cite la responsabilité de droit commun (« La « propriété... », *op. cit.*, n° 32), et plus spécifiquement afin de se détacher de la faute : l'action en concurrence déloyale (n° 33) et la théorie des agissements parasitaires (n° 34).

²²⁶⁷ Ph. le Tourneau, « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 4, n° 1. – Adde. : J. Larrieu, « Les frontières de la propriété : les idées », *Droit et Ville*, 2006, n° 62, pp. 105-131 : appuyant une démonstration séduisante, à la fois, sur l'art contemporain dans lequel les idées sont premières et sur l'importance des idées dans l'économie post industrielle pour soutenir une extension prudente du champ de la propriété intellectuelle à certaines idées.

²²⁶⁸ P.-Y. Gautier, « Rapport de synthèse », in *Le droit de l'immatériel*, Colloque, Arch. philo. dr., 1999, n° 43, p. 234 – Sur ce thème, voy. aussi : F. Siirainen F., « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel », in M. Vivant (dir.), *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2014, spé. pp. 37-62.

²²⁶⁹ Y. Benkler (trad. A. Clerq-Roques et alii), *La richesse des réseaux. Marchés et libertés à l'heure du partage*

n'implique pas de l'oublier. La personne à l'origine d'une découverte ou d'une idée gardera exactement la même connaissance, même si cette idée ou cette découverte est reprise à l'infinie. La valeur de cette connaissance peut, à l'inverse, en être grandement affectée. Une idée largement répandue n'a plus de valeur marchande. C'est là que le droit intervient – *parfois* – pour garantir la valeur des idées²²⁷⁰. Sa tâche n'a jamais été aussi grande que face à l'internet. Car le monde numérique a démultiplié les biens non rivaux de manière totalement inédite.

641. – De l'atteinte au droit au préjudice. Le calcul du préjudice résultant de l'atteinte à un bien non rival ne peut s'effectuer comme pour celui de l'atteinte à un bien rival. Les biens rivaux – que sont généralement les biens physiques que nous connaissons – impliquent, pour être consommés, ou même utilisés, une dépossession au moins partielle. Le vol d'un bien rival dépossède son propriétaire. À l'inverse, le vol d'un bien non rival – si tant est que l'on puisse parler de vol – accroît la connaissance du voleur, mais ne diminue pas celle de son propriétaire. L'atteinte ne porte en réalité pas sur le bien, mais sur la valeur – patrimoniale ou extrapatrimoniale – qu'il représente pour son propriétaire. Or, « *le droit au sens d'instance juridique crée cette valeur en permettant de faire de l'objet immatériel un objet d'échange* »²²⁷¹. Les droits de propriété intellectuelle sont les premiers à garantir cette valeur, ils ne sont pourtant pas aptes à apporter toutes les réponses²²⁷².

b) L'évaluation d'une perte de valeur

642. – La nécessité d'un contrôle resserré. Face à la multiplication des préjudices indemnisables, la doctrine affirme la nécessité pour la Cour de cassation de resserrer son contrôle²²⁷³. L'affirmation est d'autant plus vraie face à un bien immatériel, car l'évaluation du préjudice est alors une question autant juridique que factuelle. Concéder un très large pouvoir souverain d'appréciations aux juges du fond, car ils sont les mieux placés pour évaluer *les faits*, n'a plus autant de sens lorsqu'il s'agit d'évaluer l'atteinte à une valeur garantie par *le droit*.

social, Presses universitaires de Lyon, 2009 (2006), p. 70.

²²⁷⁰ Les mécanismes de la propriété intellectuelle ont été créés pour cela. Sur la protection des idées par les actions en concurrence déloyale et en parasitisme : Ph. Le Tourneau, « *Folles idées sur les idées* », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 4, spé. n^{os} 17-19 et 24.

²²⁷¹ J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2012, n^o 5.

²²⁷² TGI Paris, ch. 2, sect. 4, 27 mars 2014 (Légalis ; RLDI 2014/104 n^o 3452 obs. L.C.) : la transcription de textes médiévaux ne peut être protégée par le droit d'auteur faute d'apport créatif reflétant la personnalité de l'auteur (le tribunal précise utilement que les demandes « *sont uniquement fondées sur la contrefaçon* », une protection efficace pourrait sans doute être trouvée sur d'autres fondements tels que la concurrence déloyale ou le parasitisme).

²²⁷³ En ce sens : Viney et Jourdain, t. III, n^o 66.

Il faut tout d'abord clarifier les cas dans lesquels l'indemnisation dépasse le préjudice. Il faut afficher clairement lorsqu'il est nécessaire d'aller au-delà du préjudice de la victime. Il est de notre avis que concernant l'atteinte à des biens immatériels, le profit illicite du responsable doit servir de guide lorsqu'il est supérieur au préjudice de la victime. La fonction de sanction de la responsabilité civile est alors au premier plan²²⁷⁴. Lorsque ce n'est pas le cas, la rigueur dans l'évaluation du préjudice devait être de mise.

643. – Le téléchargement illicite au cœur du débat. La question de la sanction du « piratage » a motivé des interventions législatives importantes, plus centrées sur la sanction du responsable que sur l'indemnisation de la victime²²⁷⁵. La fonction d'indemnisation a été, une fois de plus, négligée.

Il est vrai que les analyses macroéconomiques n'ont pas permis d'aboutir à un résultat satisfaisant. Elles partent généralement d'un raisonnement par analogie erroné. Combien de fois a-t-on entendu que le téléchargement d'un fichier de manière illicite est l'équivalent du vol d'un support physique²²⁷⁶ ? Or, il y a atteinte à la valeur, mais non dépossession. Les pertes de chiffre d'affaires de ces secteurs sont, bien sûr, un indice témoignant de l'importance du coût du téléchargement illicite, mais elles ne peuvent être utilisées pour individualiser le coût de chaque faute par une simple opération de division : baisse du chiffre d'affaires divisé par le nombre de téléchargements illicites. C'est en réalité une question de lien de causalité. Parmi la multitude des causes ayant conduit au dommage, le droit ne juge que de celles qui sont illicites²²⁷⁷. Le professeur Clothilde Grare souligne dans sa thèse que « *la réalisation d'un événement, quel qu'il soit, est le fruit d'une conjonction de conditions*

²²⁷⁴ C'est la raison pour laquelle la nécessité de couvrir le bénéfice du responsable sera évoquée *infra*, n° 368.

²²⁷⁵ Évoquées au registre de la fonction de sanction de la responsabilité : *infra*, n° 657 s.

²²⁷⁶ Des vidéos d'avertissements ont été incluses dans de nombreux DVD avec pour slogan « Le piratage, c'est du vol ». – Adde dans le même esprit : D. Olivennes, *La gratuité, c'est le vol*, Grasset, 2007, 131 p.

²²⁷⁷ Sur la nécessaire distinction entre la causalité du monde physique et la causalité juridique, voy. not. : G. Marty, « *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile* », RTD civ. 1939 p. 687 : Si prendre en compte la totalité des événements qui ont contribué au résultat serait logiquement satisfaisant, ce serait impraticable, car cette conception courrait le risque d'aboutir à « *la causalité de l'univers* » ; « *la faute ou le fait sur lequel on prétendait fonder la responsabilité ne serait jamais que l'une des conditions constitutives de la cause du dommage et jamais la cause elle-même. A ce compte, il n'y aurait jamais causalité ni responsabilité.* ». – F. Ewald, « *La faute civile, droit et philosophie* », Droits, 1987, p. 46 : « *Dès qu'on y regarde d'un peu près, les causalités sont toujours complexes, multiples et enchevêtrées. Si l'on voulait toutes les suivre, on ne pourrait pas s'arrêter à ce qui serait la cause de l'événement.* » – Sur ce constat, voy. aussi : P. Ricœur, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, pp. 64-66. – R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. II, n° 457, pp. 3-4 et n° 475 pp. 23-24. – Adde Francis Becon qui a justifié la préférence du droit anglais pour la *causa proxima* par l'impossibilité de retracer la causalité antérieure (*Maxims of the Law*, Regula 1. : « *It were infinite for the law to judge the cause of causes, and their impulsions one of another; therefore it contenteth itself with the immediate cause, and judgeth of acts by that, without looking to any further degree.* »).

qui peut remonter à la nuit des temps. »²²⁷⁸. Le responsable ne devra donc supporter le poids du dommage qu'en ce que le ou les faits générateurs seront réputés en être la cause. Ainsi, la causalité « intervient pour déterminer l'étendue de la réparation ; car le responsable n'est tenu de réparer le préjudice que dans la mesure où le fait (fautif ou non fautif) dont il répond peut être réputé avoir causé le dommage. »²²⁷⁹. Ce constat, *a priori* évident, a été souligné par des travaux récents affirmant que l'étendue de la réparation se mesure par le lien de causalité²²⁸⁰. La confusion entre les causes « matérielles » du dommage et celles que le droit reconnaît²²⁸¹ est facile dans un système largement orienté vers l'indemnisation. Le développement de l'internet peut être dommageable pour de nombreux secteurs économiques, mais cela résulte de phénomènes économiques parfaitement licites. Si les consommateurs se détournent des magasins physiques au profit de magasins en ligne, il y a bien un dommage et un lien de causalité, seulement ce dernier ne mène pas vers un fait illicite. Le dommage n'est pas juridiquement imputable. De même, évaluer le préjudice lié au téléchargement illicite de manière globale produirait inévitablement des résultats erronés difficiles à pondérer.

Il faut s'en remettre à d'autres référents. Classiquement l'expertise financière permet d'individualiser le préjudice. Or, même ainsi limitée, l'imprécision de ce type de mesure est par ailleurs soulignée²²⁸², d'autant que la crainte est classiquement formulée d'un abandon trop grand du juge à l'expert²²⁸³. L'expertise économique est pourtant le moins pire des guides, à défaut d'être le meilleur²²⁸⁴. Le risque est alors d'indemniser trop ou trop peu. Des auteurs en ont déduit que « pour avoir la certitude de ne pas aller au-delà du dommage réellement subi, il faut donc se résigner à la quasi-certitude de ne pas réparer l'entier

²²⁷⁸ C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz, 2005, n° 67, p. 53.

²²⁷⁹ G. Marty, *op. cit.*, p. 686.

²²⁸⁰ C. Quézel-Ambrumaz (préf. Ph. Brun), *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, n°s 451 s. : la causalité définie par l'auteur comme un « mouvement de valeur » sert de support à la démonstration.

²²⁸¹ Soulignons que lorsque Christophe Quézel-Ambrumaz affirme dans sa thèse que le préjudice se mesure par le lien de causalité (*op. cit.*, n°s 451 s.), cela prospère sur le constat de la nécessité d'une causalité véritablement juridique (*op. cit.*, n°s 200 s.).

²²⁸² C. Lucas de Leyssac, « Les victimes », in B. Bouloc (dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, p. 140 : « Lorsque le juge fait appel à un expert économique, les éléments de réponse qu'il obtiendra seront fréquemment faits de vraisemblances, de probabilités, de fourchettes. »

²²⁸³ « La réparation du préjudice économique » (partie présentée par N. Nussenbaum) in F. Ewald et alii. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice* (Séminaire « Risque, Assurance, responsabilité » sous l'égide de la Cour de cassation et a.), Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, p. 349-351 (insistant sur la précision nécessaire de la mission de l'expert et sur le contrôle par le juge des méthodes employées).

²²⁸⁴ L.-M. Duong, « Le traitement juridique du préjudice « immatériel » », JCP E, 2005, 525, n° 28. – Adde : F. Siirainen, « Préjudice, propriété intellectuelle et droit économique », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Presse de la Sorbonne, 2002,

dommage. »²²⁸⁵. Afin de ne pas se résoudre à ce type d'arbitrage en faveur des responsables, il est nécessaire d'opérer de nouvelles distinctions.

644. – De la différence entre celui qui offre (*upload*) et celui qui consomme (*download*) un fichier contrefaisant. Il faut constater avec le Professeur Michel Vivant que le piratage se produit dans un contexte très différent de celui de la contrefaçon traditionnelle. « *La contrefaçon proprio sensu (c'est-à-dire ramenée à son juste objet) et le piratage (pour lequel on a d'ailleurs significativement inventé un mot), appellent sanction, mais pas dans les mêmes termes.* »²²⁸⁶. La surconsommation des biens non rivaux par le piratage détache leur usage de la notion de besoin. Le préjudice pour le titulaire de droit n'a rien à voir avec le vol d'un support physique. Il est à la fois beaucoup plus léger – celui qui télécharge une œuvre n'avait que peu de chance de se la procurer légalement – et beaucoup plus grave – lorsque le téléchargement s'accompagne d'un partage de l'œuvre. Le titulaire du droit en perd alors définitivement le contrôle. C'est là qu'il faut opérer une distinction au sein même du processus de « piratage », le cas de celui qui consomme (*download*) et le cas de celui qui offre (*upload*) ne peuvent être confondus.

645. – Download. L'exemple du simple téléchargement de morceaux musicaux, démontre que le préjudice qui en découle peut être évalué de manière très variable. Dans l'hypothèse la plus favorable pour les victimes, il peut être considéré que chacun des fichiers aurait été acheté sur une plateforme de vente de fichiers musicaux. Dans l'hypothèse la moins favorable, le comportement de l'internaute pourrait être comparé au comportement de celui qui s'abonne légalement à un service en ligne de diffusion de musique en illimité. Entre ces deux cas, le juge devra trancher en fonction de l'espèce.

Soyons réalistes, dans la majorité des cas le préjudice dû à un simple téléchargement devrait être infime. Ici comme ailleurs, « *le juge ne doit accorder réparation que dans la mesure exacte où l'acte dommageable a provoqué un préjudice, fût-il symbolique.* »²²⁸⁷. Le « pirate » n'aurait, dans bien des cas, pas acheté légalement l'œuvre s'il ne l'avait pas téléchargé. Il aurait peut être – cela reste incertain – fait usage d'une plateforme de diffusion légale. Or, celles-ci ne reversent que quelques centimes par diffusion aux titulaires de droit. Serait-il injuste d'accorder une indemnité sur la base d'une perte de chance de recevoir un

²²⁸⁵ C. Lucas de Leyssac, *op. cit.*, p. 140.

²²⁸⁶ M. Vivant, « *Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon* », RLDI 2009/51, éditorial, p. 5. – Voy. aussi : M. Vivant, « *Internet, piratage et contrefaçon* », D. 2009 p. 1808.

²²⁸⁷ T. Ivainier, « *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices* », D. 1972, chron, p. 9.

revenu minime ? La solution peut choquer, mais elle tient compte du fait que, dans bien des cas, la victime n'aurait vu sa situation changer que de manière infime si le téléchargement n'avait pas eu lieu. Ce qui n'est absolument pas le cas lorsque le responsable diffuse le fichier et ne se limite pas à le télécharger.

646. – Upload. La question du partage de fichiers doit appeler des sanctions plus fortes. Il n'est pas ici nécessaire d'altérer la fonction indemnitaire de la responsabilité pour en favoriser la fonction de sanction. Le partage d'un fichier protégé porte atteinte à la valeur de l'œuvre et cause généralement à son titulaire une perte d'exploitation.

Du point de vue de la méthode, il serait convenable d'exiger des juges du fond qu'ils motivent leur décision en commençant par évaluer la perte de valeur du bien du fait de sa publication illicite. Cette perte peut être partielle ou totale, ce point précis dépendant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce premier constat est intimement lié au second élément nécessaire de l'analyse : la perte d'exploitation due à l'atteinte. Là également, un bien, selon l'ampleur de sa propagation, peut perdre toute valeur d'exploitation ou seulement une partie. La personne à l'origine de sa diffusion illicite devrait alors être responsable à hauteur de la perte de valeur d'usage du bien représentant la valeur du droit et des revenus que pouvait en attendre le titulaire²²⁸⁸.

Une difficulté supplémentaire survient lorsque l'on envisage le cas des utilisateurs de logiciels de pair à pair. Ce type d'échanges implique généralement de mettre à disposition de tiers ce que l'on télécharge. Celui qui consomme est alors aussi celui qui offre. Il n'est cependant pas celui à l'origine de la diffusion du contenu. Sa sanction devrait s'en ressentir. Il faut, en effet, remonter le plus haut possible dans la chaîne de causalité pour, à la fois, indemniser le plus complètement les victimes et affirmer le caractère normatif du droit en frappant la source première du dommage. Car, pour que la responsabilité ait un effet réellement préventif, il importe d'agir en priorité sur l'auteur de la première publication dommageable. Si celle-ci est opérée de manière publique, il y a lieu qu'il réponde de l'entier dommage. Même si la majeure partie de la visibilité d'un contenu lui a été conférée par des reprises, il n'a pas lieu de considérer que la causalité n'est plus directe. Publier un contenu accessible à tous sur l'internet expose au risque qu'il soit repris. Toutefois, le premier auteur peut très bien se voir condamner *in solidum* avec les auteurs de reprises, ceux-là n'étant

²²⁸⁸ Comp. F. Siirinen, *op. cit.*, in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Presse de la Sorbonne, 2002, pp. 101-102, rejetant la méthode d'évaluation dite de la « redevance indemnitaire » correspondant « en quelque sorte du prix de la licence non octroyée », ce qui revient à assimiler le contrefacteur à un licencié au mépris du droit exclusif » et du consentement du titulaire du droit.

responsables que pour la fraction de dommage qu'ils ont causé. Par cette voie, une meilleure adéquation entre l'indemnisation et le préjudice permet de sanctionner l'auteur à la source d'un dommage avec un effet dissuasif renforcé.

646-1. – Étape. La voie d'une réintégration de l'indemnisation du « piratage » dans le droit commun, moyennant un effort de typologie, nous semble à même, à la fois, de renforcer la normativité du droit et d'adapter l'indemnisation en fonction du préjudice réellement subi par la ou les victimes. Telle n'est cependant pas l'orientation actuelle du droit.

2. – *Le préjudice dû à un contenu préjudiciable* per se

647. – Même contexte, approche différente. Les mêmes considérations que pour les biens non rivaux valent pour les contenus préjudiciables. S'il est difficile de les qualifier de biens, ils présentent tous les caractères des biens non rivaux. La notion de préjudice s'en trouve également affectée. Un texte diffamatoire publié sur l'internet peut se propager et se multiplier sans fin, produisant un préjudice d'autant plus grand pour la victime. La différence tient dans la notion de préjudice elle-même. Il n'y a pas perte de valeur d'un bien du fait de sa circulation, mais une perte ou une douleur ressentie par la victime du fait d'un contenu mis en circulation.

648. – Le cas des contenus portant préjudice économique²²⁸⁹. La neutralité du *net* peut être un véritable détonateur pour un contenu préjudiciable. Il peut être diffusé à très grande échelle en très peu de temps. Toutefois, lorsque les dommages qu'ils causent sont de nature économique, le préjudice est certes difficile à évaluer, mais ces difficultés ne sont pas spécifiques à l'internet²²⁹⁰. Le dénigrement, la publicité trompeuse ou le parasitisme n'ont pas attendu l'invention de l'internet. La démarche n'est pas très différente de celle présidant à l'évaluation de la perte de valeur résultant de l'échange d'un contenu protégé²²⁹¹, à la différence près qu'il n'y pas lieu d'exiger un contrôle resserré. Le dommage est ici une question de fait comme l'enseigne traditionnellement la doctrine. Il faut toutefois souligner, encore une fois, que la nature neutre de l'internet implique que chaque contenu publié sur le réseau est accessible et reproductible, ceux qui se risquent à y publier des contenus dommageables doivent répondre de l'entier dommage qu'ils causent. Or, ce n'est pas

²²⁸⁹ Sur la notion de préjudice économique : « *La réparation du préjudice économique* » (partie présentée par L. Aynès) in F. Ewald et alii. (dir.), *op. cit.*, p. 351-353 et (partie présentée par N. Nussenbaum), pp. 280-281.

²²⁹⁰ Pour une étude détachée du contexte de l'internet : L.-M. Duong, « *Le traitement juridique du préjudice « immatériel* » », JCP E, 2005, 525, spé. n° 28.

²²⁹¹ Sur laquelle, voy. *supra*, n° 642 s.

seulement la visibilité initiale du contenu qu'il faut prendre en compte, mais l'ensemble des reprises et multiplications dont il a pu faire l'objet.

Il faut souligner que dans le contexte de l'internet, une action en justice peut donner de la publicité à un contenu illicite, ce qui contribue à aggraver leur caractère dommageable²²⁹². Le préjudice est, en effet, bien souvent encore évolutif, puisque l'information diffusée est définitivement en circulation. Le principe de l'évaluation du préjudice au jour où le juge statue²²⁹³ devrait, du moins théoriquement, permettre de tenir compte d'une bonne partie de ces évolutions. Lorsque ce n'est pas l'instance, mais la décision définitive qui donne de la publicité au contenu, la victime devrait pouvoir profiter de la jurisprudence lui permettant de faire valoir l'aggravation du préjudice postérieure au jugement²²⁹⁴.

648-1. – Le cas des contenus portant préjudice extrapatrimonial. Le bouche-à-oreille numérique peut multiplier la diffusion d'une information en quelques minutes de manière largement décorrélée de la visibilité de son origine première. Un simple « tweet », destiné au départ à quelques abonnés, peut être repris des milliers de fois en quelques instants. Lorsqu'il s'agit d'un contenu portant atteinte à l'honneur, à la vie privée ou la réputation d'une personne, la question est celle de l'indemnisation du préjudice moral²²⁹⁵. La voie la plus naturelle est celle de la réparation en nature²²⁹⁶. Imposer à l'auteur du dommage de faire la publicité de sa condamnation est adapté²²⁹⁷, quoiqu'incomplet.

En son temps Raymond Lindon avait proposé, en présence d'une atteinte à la vie privée, et donc d'un dommage le plus souvent moral, de juger que « *le préjudice est à la mesure du nombre de lecteurs du journal et l'ordre de grandeur peut en être connu par le tirage* »²²⁹⁸. Il s'agit donc, expliquait-il, d'évaluer à une certaine somme le préjudice subi par la victime du fait de la réaction dommageable d'un seul lecteur et de la multiplier par le nombre de tirages. L'idée de M. Lindon est particulièrement intéressante dans le contexte de l'internet, car « à la

²²⁹² Voy. effet *Streisand* : *supra*, n° 580.

²²⁹³ *Brun*, n° 610 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations. Le fait juridique*, Sirey, 13^e éd., 2009, t. II, n° 390 (insistant sur la nécessité de ne prendre en compte que les variations intrinsèques à l'exclusion des variations dues à une cause étrangère au fait générateur). – Pour un rappel en matière de droit de la personnalité : Civ. 1, 31 oct. 2012, n° 11-26.941 : Comm. com. électr., 2013, comm. 18 obs. A. Lepage.

²²⁹⁴ *Brun*, n° 612.

²²⁹⁵ Sur les difficultés soulevées par la question, *supra*, n° 637-1.

²²⁹⁶ R. Savatier (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. II, n° 526, p. 92.

²²⁹⁷ Cette forme de réparation s'impose sans difficulté à des sites web. À titre d'illustration, voy. la validation de la condamnation à la publication d'un bandeau couvrant partiellement la page d'accueil « *eu égard à la nature du dommage* » (dénigrement) : Com. 24 sept. 2013 n° 12-19.790 : CCC 2013, comm. 262 obs. M. Malaurie-Vignal ; D. 2013 p. 2270, obs. Delpech.

²²⁹⁸ R. Lindon, D. juris. 1983 p. 376 obs. ss. CA Paris, 1^{er} ch., 26 avril 1983.

*dichotomie tranchée, Internet substitue un continuum dans lequel certains propos sont « très publics », d'autres moins et d'autres pas du tout. »*²²⁹⁹.

La question n'est pas si différente que celle de la sanction de la presse traditionnelle, car les dommages causés par des contenus préjudiciables *per se* sont bien souvent de même nature, mais d'échelle différente. Pourtant, la méthode suggérée par M. Lindon est-elle parfaitement adaptée à l'ambition de mieux réparer le dommage ? Susanne Carval en doute, elle y voit davantage une peine privée motivée par un objectif de dissuasion²³⁰⁰. Il est vrai l'indemnisation du préjudice moral est parfois décrite comme une forme de peine privée²³⁰¹. Récemment, il a été soutenu que « *seul l'abandon du principe de la réparation intégrale s'agissant des préjudices extrapatrimoniaux pourrait permettre de consacrer l'obligation pour les juges du fond d'assortir leur décision d'une motivation effective* »²³⁰². Face au mystère que constitue l'évaluation d'un préjudice non évaluable, considérer cette indemnisation comme une peine privée présente de nombreux avantages. Tenir compte de la gravité de la faute apparaît, dans un contentieux qui implique désormais de simples particuliers, comme une règle de justice et d'équité²³⁰³. Déplacer le centre de gravité de l'indemnisation des dommages moraux vers la fonction punitive de la responsabilité civile n'est pas choquant dans un domaine où le droit peine à affirmer sa normativité. La même solution ne devrait pourtant pas s'imposer de manière générale.

²²⁹⁹ D. Cardon, *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, p. 36.

²³⁰⁰ « On ne peut, écrit-elle, considérer qu'un lien mathématique uni ces deux éléments et que le préjudice subi du fait d'une publication à 200 000 exemplaires soit exactement le double que celle ressentie du fait d'une publication à 100 000 exemplaires. Il faut donc admettre que le mode de calcul proposé par M. Lindon ne sert pas tant à qualifier un dommage moral qu'à mettre en œuvre un objectif de dissuasion qui est celui de la peine privée » (S. Carval, *op. cit.*, n° 33, p. 36). Raymond Lindon différenciait, de son côté, clairement la dissuasion et la sanction. « *Ce qui est possible et même recommandé, ce n'est pas la punition, mais la dissuasion.* » (R. Lindon, D. juris. 1984 p. 283 obs. ss. TGI Paris, réf., 31 janv. 1984).

²³⁰¹ Voy. *supra*, n° 637-1.

²³⁰² « La réparation du préjudice extrapatrimonial » (synthèse réalisée par N. Molfessis) in F. Ewald et alii. (*dir.*), *op. cit.*, p. 428 (voy. aussi la proposition d'introduction des dommages et intérêts punitifs : pp. 430 s.).

²³⁰³ Comp. l'application mesurée du droit de la presse par des juridictions confrontées à des amateurs : *supra*, n° 572.

§ 2. – Une fonction de sanction en quête d'efficacité

649. – Le professeur Mustapha Mekki relève, sur un plan général, que la sanction « est la jonction entre le droit et les faits, entre le droit et la société civile. »²³⁰⁴. Dans la volonté de renforcer les effets normatifs du droit, la responsabilité civile se voit suppléée par des mécanismes qui lui sont *a priori* étrangers (I). Le droit pénal est mis en avant²³⁰⁵ dans une unité fonctionnelle avec la responsabilité civile rappelant que ces deux branches du droit partagent les mêmes racines²³⁰⁶. La responsabilité civile se trouve elle-même directement impactée dans son économie générale par cette même volonté d'accentuer son caractère de sanction (II).

I. – Une fonction suppléée

650. – **La protection de la propriété intellectuelle comme moteur.** Le droit français a innové dans le domaine du droit d'auteur dont les difficultés sur l'internet sont très apparentes. En matière de sanction, les mécanismes traditionnels de la responsabilité civile ont été écartés. En menaçant de sanctionner avant de sanctionner, le mécanisme de la riposte graduée se veut tout autant pédagogique que punitif (A). Ce mécanisme s'accompagne de diverses sanctions dont la plus significative, bien que dorénavant inapplicable, est celle tendant à la coupure de l'accès (B).

A. – L'idée d'une riposte graduée

651. – **L'idée d'une riposte « graduée » face au « piratage ».** Face au phénomène du piratage, c'est une « *délinquance des gens honnêtes* » qu'il faut appréhender²³⁰⁷. Une délinquance presque banale. Pour y répondre, la riposte graduée fut inspirée par le constat selon lequel « *la certitude d'un châtement modéré fera toujours une plus forte impression que*

²³⁰⁴ M. Mekki, « La cohérence sociologique de la responsabilité civile », in *Études Offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, n° 3, p. 743.

²³⁰⁵ Soulignons que la cohabitation des actions civiles et pénales en matière de contrefaçon a pu faire naître l'idée que l'aspect pénal domine le domaine de la sanction de la contrefaçon. Pour une réfutation nette de cette idée : J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 1032.

²³⁰⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 677 : « *Qu'il s'agisse du droit romain primitif ou des plus anciennes coutumes françaises, voire germaniques, la communauté d'origine du délit pénal et du délit civil semble généralement admise.* ». – Sur l'apparition de la distinction à la fin du moyen-âge : J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd, 2010, n° 637, pp. 946-947. – Adde, pour souligner la persistance de la parenté entre les deux régimes, F. Terré, « *Propos sur la responsabilité civile* », Arch. philo. dr., 1977, n° 22, p. 39 : « *l'on peut estimer que les mêmes catégories intellectuelles peuvent être utilement employées dans l'un et l'autre domaine.* ».

²³⁰⁷ G. Kessler, « *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite* », D. 2005, pp. 2527 s.

la crainte d'une peine plus sévère, jointe à l'espérance de l'éviter »²³⁰⁸. Faite d'avertissement et de prévention, elle se présente comme un mécanisme plus doux et efficace que l'application directe d'une règle punitive²³⁰⁹.

Elle nécessite la surveillance des échanges pour fonctionner. Celle-ci s'est portée sur les réseaux de pair à pair²³¹⁰. Les raisons d'un tel choix étaient à la fois contextuelles – le piratage pendant la genèse de la loi était essentiellement opéré par ce type d'échanges –, mais aussi pratiques. Le pair à pair est, en effet, le seul mode d'échange permettant de relever directement l'adresse IP des machines qui téléchargent.

652. – Pédagogie et peur du gendarme. Les mécanismes de la loi HADOPI, « *impasses avérées* » pour le professeur Michel Vivant²³¹¹, sont toutefois riches d'enseignements. L'expérience témoigne de l'effet dissuasif²³¹² d'un gendarme médiatisé qui ne verbalise presque jamais²³¹³. Le doyen Carbonnier ne s'en étonnerait pas, lui qui écrivait que l'« *on a oublié trop vite qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de « mauvaise conscience », qui s'oppose à des violations plus étendues.* »²³¹⁴. Dans la société moderne, l'importance de la communication peut aboutir à formuler une règle juridique que les individus croient efficace, à laquelle ils se conforment, alors que cette règle n'est que peu effective. Propagande ou éducation, c'est selon.

Dans tous les cas, la contribution, d'une ampleur incertaine, de la loi HADOPI à la diminution des échanges illicites en pair à pair doit être mise en vis-à-vis du coût de son coût de fonctionnement. « *Autant d'argent qui pourrait aller dans la poche des auteurs sur*

²³⁰⁸ Beccaria (trad. Morellet A.), *Traité des délits et des peines*, 1797, §XX, p. 103.

²³⁰⁹ Sur le détail du dispositif : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^e éd, 2012, n° 783.

²³¹⁰ Sur le mécanisme de la surveillance : *supra*, n°s 587.

²³¹¹ M. Vivant, « *Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon* », RLDI 2009/51, éditorial, p. 5.

²³¹² Elle a, au minimum, accompagné la diminution des échanges en pair à pair que toutes les sources constatent (voy. P. Lescure, *Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 2013, t. 1, pp. 367-368). Sur le risque de normativité biaisée, voy. *infra*, n°s 610 s.

²³¹³ L'HADOPI ne publie que peu de données, mais les diverses sources confirment un très faible nombre de condamnations effectives. Dans une réponse ministérielle formulée après deux ans de fonctionnement du dispositif (JO 25 déc. 2012, p. 7918), sur plus d'un million de premières recommandations envoyées, il est cité le chiffre de trois internautes ayant fait l'objet de décisions judiciaires définitives. L'un a été relaxé. Un autre a été dispensé de peine. Le troisième a été condamné à une peine d'amende de 150 euros. M. David Assouline évoquait en 2013 un bilan dépassant les deux millions d'avertissements, pour quatorze décisions définitives allant de la dispense de peine à 600 euros d'amende au maximum (*Rapport sur le projet de loi organique et sur le projet de loi relatifs à l'indépendance de l'audiovisuel public*, Sénat n° 848 (2012-2013), pp. 21-22).

²³¹⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 3^e éd., 1976, p. 111, affirmation faisant écho au théorème de W. I. Thomas « *Quand les hommes considèrent certaines situations comme réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences.* ».

lesquels on larmoie » s'exclame le professeur Jérôme Huet²³¹⁵.

653. – Le législateur attendait l'effet dissuasif de la loi HADOPI ailleurs. Le mécanisme de la riposte graduée veut que la poursuite effective ne soit possible qu'après avoir averti trois fois le contrevenant. L'information donnée à cette occasion doit rappeler l'existence de lois punissant la contrefaçon et inciter à sécuriser sa connexion. Il est vrai que la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » n'est plus qu'une fiction nécessaire au système juridique dans le contexte d'inflation législative du XXI^e siècle. Un rappel s'impose parfois, *avertis avant de frapper*²³¹⁶ demandent les esprits pour lesquels l'application de la loi sur l'internet n'est toujours pas une évidence. Ce mécanisme n'en reste pas moins critiquable, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, il témoigne d'un droit qui a pris acte de son inefficacité chronique en prévoyant les moyens de rappeler qu'il existe. On aurait pu rêver d'un droit d'une allure plus fière. Ensuite, l'ensemble de la mécanique n'est qu'un palliatif au manque d'effectivité du droit d'auteur sur l'internet. Le droit objectif vient défendre le droit subjectif malmené.

B. – La sanction tenant à la coupure de l'accès

654. – Une sanction de son temps. « Pour que la sanction soit dissuasive, il n'est pas nécessaire qu'elle soit, dans l'absolu, d'une exceptionnelle rigueur, il est indispensable par contre qu'elle soit adaptée à la mentalité, au mode de vie, aux préoccupations de ceux qu'elle entend dissuader, de telle sorte qu'elle apporte dans leur existence une perturbation qu'ils ont tout intérêt à éviter. »²³¹⁷. Ces mots de Jean Rivero datent de 1985. Ils auraient pu être écrits en commentaire de la loi HADOPI ; de son esprit plus que de son texte. En visant à couper l'accès aux « pirates » récidivistes, elle vise à les priver d'un outil qu'ils affectionnent tout autant qu'à les empêcher de persévérer dans leurs habitudes illicites. Le droit connaît de telles sanctions dans d'autres domaines : interdiction d'exercer pour les faillis responsables, confiscation du véhicule pour les alcooliques au volant, interdiction de fréquenter les casinos pour les joueurs compulsifs. « *Le garnement sera puni par là où il a péché* » relevait le doyen Carbonnier à propos de ces pénalités spécifiques²³¹⁸. Que dirait-il d'une telle pénalité infligée après trois avertissements ?

²³¹⁵ « *Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le peer to peer et sur HADOPI)* », D. 2009, p. 2939+, n° 6. – Adde : V. Gautrais, « *Hadopi : regards du dehors* », RLDI/2011, n° 2218, pp. 92-93 : pour une analyse coûts versus bénéfices de la structure HADOPI.

²³¹⁶ *Lex moneat priusquam feriat.*

²³¹⁷ J. Rivero, « *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique* », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 682.

²³¹⁸ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, pp. 140-141.

655. – Une sanction en guise de palliatif. Pour couper la connexion du pirate récalcitrant, la première voie est celle de la résiliation de son contrat d'accès par le FAI²³¹⁹. À cette solution pourtant prometteuse, le dispositif HADOPI a préféré l'effet dissuasif renforcé de la responsabilité pénale. L'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle, dont la rédaction concentre quelques-unes des tares de la législation moderne, entend cette sanction comme une peine complémentaire : la suspension de l'accès d'une durée d'un an est encourue en complément d'une condamnation pour contrefaçon. L'article L. 335-7-1 du même code s'émancipe du caractère complémentaire en associant la suspension de l'accès (cette fois d'une durée de seulement un mois) à la violation de l'obligation de sécurisation de la connexion internet. Les difficultés à formaliser une telle obligation ont déjà été évoquées²³²⁰.

Le fait que l'abonné reste tenu du prix de la connexion envers le FAI²³²¹ apparaît justifié à la fois par l'esprit punitif du dispositif et par le droit des contrats. Le FAI ne peut contrôler le comportement de son abonné, en juger autrement contreviendrait d'ailleurs à sa neutralité. Si l'abonné se voit sanctionné pendant la période de l'abonnement, le FAI n'a certes plus à fournir de service, mais il n'a pas à subir négativement un élément imprévisible touchant uniquement son abonné²³²².

656. – Un dispositif ineffectif. Le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 avait institué à l'article R. 335-5 III du CPI la peine complémentaire de coupure d'accès. L'article 2 du décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 a supprimé cette peine contraventionnelle complémentaire après une seule condamnation²³²³. Que de débats, de textes et d'intelligence mobilisés pour un résultat bien maigre. Si le droit commun s'est révélé largement impuissant, la création d'un dispositif spécial s'est révélée encore plus limitée.

656-1. – Le paradoxe de la riposte graduée, telle qu'elle a été mise en place, est d'utiliser une sanction de coloration – puis de nature – pénale par souci de pédagogie. Or, la masse diverse des contentieux que l'internet fait naître ne peut être de manière réaliste renvoyée au droit pénal. Il est bien connu qu'« *on ne saurait poursuivre efficacement les délinquants quand la masse en est considérable.* »²³²⁴. La sanction pénale doit garder sa place. « *Qui trop*

²³¹⁹ *Supra*, n° 444 s.

²³²⁰ *Infra*, n° 560.

²³²¹ Art. L. 335-7 al. 3 du CPI.

²³²² Sa seule obligation est de couper l'accès sous peine d'une amende de 5000 euros, cf. L335-7 *in fine*, ce qui implique une gestion des « peines » qui peut avoir un certain coût pour l'opérateur.

²³²³ Le Tribunal de police de Montreuil (3 juin 2013 : *Légipresse* 2013, n° 307, p. 399) a prononcé la seule condamnation connue à une peine de suspension. En l'espèce, le défaut de sécurisation de l'accès a été puni de 600 euros d'amende à titre principal et d'une peine de suspension de 15 jours à titre complémentaire.

²³²⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 113.

embrasse mal étreint : la « surpénalisation » risque de vider de son sens le caractère stigmatisant de la sanction pénale. »²³²⁵.

Une sanction tenant à la coupure de l'accès n'est pas, pour autant, à exclure en elle-même. Elle permet de sanctionner plus efficacement celui qui a donné les moyens de commettre les usages illicites sans en être lui-même l'auteur. Un simple retour à l'ancienne faute d'imprudence permettrait de consacrer cette construction²³²⁶. Une meilleure collaboration entre les victimes et les FAI pourrait aller dans le même sens. Pourtant, « aucune réponse unifiée n'est aujourd'hui apportée à la lutte contre les réseaux peer-to-peer »²³²⁷. La riposte graduée semble d'ailleurs s'imposer, non pas par la loi, mais par des accords entre FAI et organismes de défense des droits aux États-Unis²³²⁸. Un même potentiel a déjà été perçu en France dans les mécanismes d'exclusion par les intermédiaires techniques des auteurs de dommages²³²⁹.

II. – Une fonction accentuée

657. – La tentation de détacher la punition de l'indemnisation. La responsabilité civile ne connaît apparemment qu'un seul mode de réparation, la réparation intégrale. « Croit-on vraiment, lorsqu'on avance ces solutions, que cette théorie simpliste concorde avec les faits ? » écrivait déjà Saleilles à la fin du XIX^e siècle²³³⁰. La jurisprudence, tout au long du XX^e siècle, a eu du mal à cacher la prise en compte de la gravité de la faute dans le calcul des dommages et intérêts²³³¹. Aujourd'hui, la loi autorise ces pratiques à sortir de la clandestinité. L'internet a été un accélérateur de ce mouvement, car la neutralité a réduit les barrières à l'entrée en tout domaine ; y compris pour les activités illicites qui en deviennent d'autant plus lucratives. Afin de lutter contre ces phénomènes en matière de contrefaçon, le droit dispose depuis 2007 de la possibilité d'ordonner la restitution des profits illicites (A). Le terrain glisse alors naturellement vers la question de la peine privée. Toujours âprement débattue en France,

²³²⁵ C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, 2005, n° 154, p. 120

²³²⁶ *Infra*, n° 562.

²³²⁷ G. Azzaria et C. Castets-Renard, « Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. Actes et colloques, sept. 2011, p. 267.

²³²⁸ Sur laquelle, voy. : R. Giblin, « Evaluating Graduated Response », *Columbia Journal Of Law & The Arts*, 2014, vol. 37 n° 2, spé. pp. 176-181.

²³²⁹ *Supra*, 444 s.

²³³⁰ R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, 1897, p. 38, n° 24. Il poursuivait : « Croit-on que la jurisprudence, laquelle est forcément dominée par les faits, ne tienne comptent de la cause du dommage, ni du degré de la faute, et qu'elle accepte objectivement, sous forme abstraite, une mesure d'indemnité mathématique exactement calculée sur le dommage, sans se laisser impressionner par les faits ? Croit-on vraiment que ce soit possible ? »

²³³¹ G. Viney (préf. A Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, n° 365, pp. 309-311.

la réparation forfaitaire est une possibilité que la loi a ouverte pour punir plus efficacement la contrefaçon (B).

A. – Les restitutions des profits illicites à la victime

658. – La restitution à la victime les bénéfices en cas de contrefaçon. Au-delà des projets de réformes du droit commun²³³², le droit positif a prévu dans certains domaines d'aller au-delà de la simple fonction indemnitaire traditionnellement allouée aux dommages et intérêts²³³³. La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon²³³⁴ a prévu à l'alinéa premier de l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle que « *pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte.* ». En affirmant que la juridiction « prend en considération » ces éléments, le texte crée plus une obligation qu'une possibilité pour le juge. La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon a précisé, d'une part, que chacun des chefs de préjudice doit être pris en considération « *distinctement* » et, d'autre part, qu'il y a aussi lieu de prendre en considération les « *investissements intellectuels, matériels et promotionnels* » économisés par l'auteur de l'atteinte aux droits²³³⁵.

659. – Une réponse aux problèmes des fautes lucratives. Les fonctions de la responsabilité civile voient leur équilibre bouleversé par la physionomie de certains usages illicites. L'existence de fautes dites lucratives, de fautes qui rapportent plus à leurs auteurs qu'elles ne lui coûtent en réparation, interdit à la fonction réparatrice d'agir concomitamment aux fonctions de sanction et de prévention. La doctrine relève que ces fautes mettent « *en lumière la faiblesse des moyens dont dispose la responsabilité civile pour assurer sa fonction normative* »²³³⁶ ou que l'« *excessive rigidité de la condamnation à dommages et intérêts dessert l'efficacité du droit de la responsabilité en de nombreux domaines* »²³³⁷ ce qui serait la

²³³² Voy. *infra*, n° 640.

²³³³ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^e éd, 2012, n° 792-794.

²³³⁴ Sur laquelle : P.-Y. Gautier, « *Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent* », D. 2008 pp. 727 s.

²³³⁵ La doctrine ne voit qu'une portée pratique limitée dans la première précision (M. Dhenne, « *La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon* », D. 2014 p. 1164, n° 29) et s'interroge sur la seconde, dans la mesure où les économies visées par le texte sont « *intimement attachées aux bénéfices* » (J.-C. Galloux, « *Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014* », RTD Com. 2014 p. 579⁺).

²³³⁶ C. Grare, *op. cit.*, n° 518, p. 391

²³³⁷ S. Carval, *op. cit.*, n° 123, p. 129.

source de l'« *inadaptation chronique* » de la sanction civile²³³⁸. En effet, si la fonction réparatrice du droit de la responsabilité est alors intacte, la réparation étant toujours équivalente au préjudice, les fonctions de sanction et de prévention ne jouent plus aucun rôle. Certes, le droit de la responsabilité contemporain fait avant tout cas de la fonction réparatrice de la responsabilité civile, mais cela n'a pas abrogé ses autres fonctions. L'analyse des fautes lucratives met pourtant en exergue une hypothèse où elles deviennent inopérantes. Il y a même une véritable incitation à la faute si celle-ci devient source de profit²³³⁹. Le droit pénal ne peut combler toutes ces lacunes, car les condamnations qu'il prononce sont limitées face à des profits que ne le sont pas²³⁴⁰. Il importe de lutter contre ces situations si l'on fait cas d'un minimum de morale en droit. Car, comment peut-on justifier l'interdiction faite à la victime de tirer profit de la faute²³⁴¹ si le responsable en a la possibilité ? Comment accepter que « *les dommages et intérêts ne [soient] alors que la « taxe » que le défendeur doit acquitter pour enfreindre la loi à son avantage* »²³⁴² ?

660. – Appréciation critique. La question de la personne à laquelle les profits illicites doivent être restitués est des plus délicates. Leur attribution à la victime est souvent rejetée²³⁴³. Il est ainsi proposé d'attribuer la part du bénéfice dépassant le préjudice de la victime au trésor public²³⁴⁴ ou à des fonds d'indemnisation²³⁴⁵. *A contrario*, il est souligné que la restitution des bénéfices illégitimes à la victime peut venir compenser les frais du procès²³⁴⁶. D'un point de vue utilitaire, cet enrichissement constitue une incitation supplémentaire faite à la victime à faire respecter ses droits, ce qui contribue à faire baisser le

²³³⁸ S. Carval, *op. cit.*, n° 123, p. 130. – Pour une étude détaillée dans la perspective des propriétés intellectuelles : F. Siirainen, *op. cit.*, 2002, pp. 109-112.

²³³⁹ En ce sens : S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 69, n° 4 : « *L'analyse économique du droit démontre que dans certaines hypothèses, il vaut mieux ne pas respecter une règle de droit plutôt que de la suivre, tout du moins si l'on se place dans une optique purement économique.* ».

²³⁴⁰ G. Viney, « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, p. 2945.

²³⁴¹ Parmi de nombreuses affirmations en jurisprudence : Civ. 2, 23 janv. 2003, n° 01-00.200 : « *les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* » – Com., 11 mai 1999, n° 98-11.392 : « *la réparation du dommage ne peut excéder le montant du préjudice* ».

²³⁴² S. Carval, *op. cit.*, n° 196, p. 207.

²³⁴³ M. Behar-Touchais, « *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?* », LPA, 20 nov. 2002 n° 232, p. 36⁺, spé. n°s 22-23 – R. Méza, « *L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives* », D. 2012, spé. p. 2757.

²³⁴⁴ L'avant projet de réforme Catala (art. 1371) prévoyait pour le juge « *la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public* » des dommages et intérêts punitifs.

²³⁴⁵ A. Anziani et L. Bétaille, « *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires* », Rapport d'information du Sénat, n° 558 (2008-2009), 15 juill. 2009, Recommandation n° 24, p. 100 : propose que les dommages et intérêts punitifs soient « *versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public.* »

²³⁴⁶ G. Viney, « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, p. 2946.

degré d'ineffectivité de la règle²³⁴⁷. Il y a là un adjuvant à la poursuite des usages illicites sur l'internet dont le droit aurait tort de se priver. L'attribution à la victime des bénéfices illicites n'est pas plus choquante que leur attribution au trésor public. Particulièrement en cas d'utilisation sans droit d'un bien non rival, ces bénéfices sont les fruits du droit de la victime²³⁴⁸. L'espoir peut être formulé qu'en les lui reversant, elle sache utiliser son droit à bon escient ou innover dans son domaine²³⁴⁹.

Toutefois, dans le cas où le bénéfice de la victime doit servir de guide, son évaluation doit faire preuve d'une rigueur que l'évaluation du préjudice a pour une part abandonnée²³⁵⁰. En application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, certaines condamnations de services en ligne se sont montrées très sévères²³⁵¹. L'évaluation des bénéfices qu'elles fondent sur les revenus publicitaires générés par le service devrait être contrôlée plus précisément par la Cour de cassation. Cette méthode ne différencie pas entre les fruits de la contrefaçon et ceux éventuellement dus aux efforts propres du contrefacteur. Surtout, elle ne se calque pas sur le bénéfice du contrefacteur, mais sur son chiffre d'affaires. Adopter une telle méthode, c'est en réalité opter pour une réparation forfaitaire. Si elle n'a pas à être condamnée *a priori*, il faudrait au minimum l'assumer comme telle.

Quoi qu'il en soit de sa mise en œuvre, la loi réserve donc cette solution à la sanction de la contrefaçon. Des travaux avaient déjà proposé de limiter la restitution des profits à certains contentieux, essentiellement le droit de la personnalité, le droit de la presse et le droit de la concurrence²³⁵². Le phénomène, lui, n'est pas cantonné. Nous ne voyons pas ce qui impose,

²³⁴⁷ En ce sens : G. Maitre, *op. cit.*, n° 326, p. 187.

²³⁴⁸ Lorsqu'ils sont protégés par un droit de propriété intellectuelle, il s'agit bien de « rendre au titulaire du droit son exclusivité » (P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. I, 1952, n° 100, cité par J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 1009).

²³⁴⁹ Dans une telle hypothèse, le risque que les concurrents de la victime souffrent d'un désavantage a été soulevé (M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, 20 nov. 2002 n° 232, pp. 36⁺, spé. n° 22). Il y a pourtant du chemin à parcourir pour considérer qu'un concurrent qui n'a pas été victime d'un fait illicite est placé dans une situation moins confortable que celui qui en aurait été victime. Une restitution se limitant aux bénéfices illicites nous semble à même de limiter tout risque en ce domaine.

²³⁵⁰ Sur ce point *supra*, n°s 636-637. Les critiques adressées au trop lâche contrôle de l'évaluation du préjudice par la Cour de cassation pourraient tout aussi bien être transposées au contrôle de l'équivalence entre le bénéfice et le montant de la restitution. Il est ainsi souhaité que la Cour de cassation exige « des juges du fond qu'ils s'expliquent sur toutes les circonstances de fait qui ont pu avoir une influence sur l'étendue du préjudice et qu'ils exposent clairement la méthode et les bases de calcul qu'ils ont utilisées pour évaluer l'indemnité. » (Viney et Jourdain, t. III, n° 66).

²³⁵¹ Voy. la condamnation à plus d'un million d'euros de dommages et intérêts correspondant aux recettes publicitaires générées par le service : T. corr. Paris, 3 sept. 2009, *Scpp c/ Jean-Louis et Benoît T.* (préc.) confirmée en appel (CA Paris, pôle 5, ch. 12, 22 mars 2011 : préc.), puis en cassation (Crim. 25 sept. 2012, n° 11-84.224 : préc.).

²³⁵² A. Anziani et L. Bétaille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », Rapport d'information du Sénat, n° 558 (2008-2009), 15 juill 2009, p. 93.

une fois admis le principe de la restitution des bénéfices illicites, de le limiter²³⁵³. Le principe de légalité ne peut être invoqué pour justifier cet abandon puisque, du côté du responsable, il ne s'agit que de restituer ce qu'il a injustement perçu. Il n'y a rien, à proprement parler, de punitif ici²³⁵⁴. La restitution des bénéfices illicites devait être possible à chaque fois qu'il est prouvé qu'ils sont supérieurs au préjudice de la victime. Elle implique le rétablissement de la situation du responsable, là où le principe de réparation adéquate impose le rétablissement de la situation de la victime²³⁵⁵.

En comblant l'une de ses lacunes, la responsabilité civile gagnerait en utilité dans un domaine où elle se voit, petit à petit, dépossédée de ses prérogatives. Toutefois, il ne devait y avoir bénéfice que lorsqu'il y a gain en argent. Évaluer l'éventuel bénéfice moral du responsable, ou la satisfaction personnelle qu'il a pu tirer du mal qu'il a causé, s'inscrirait assurément dans une perspective punitive.

B. – L'ouverture à la réparation forfaitaire

661. – Une ouverture en matière de contrefaçon. L'article L. 331-1-3 *in fine* du Code de la propriété intellectuelle issu de la loi du 29 octobre 2007, puis modifié par la loi du 11 mars 2014 pour tenir compte du préjudice moral de la victime, prévoit que la juridiction peut, à titre d'alternative à l'indemnisation tenant compte du bénéfice du responsable²³⁵⁶, « *et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.* ».

²³⁵³ En ce sens : G. Viney, « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, p. 2948.

²³⁵⁴ Voy. la proposition de Rodolphe Mésa, « *La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ?* », Gaz. Pal., 21 nov. 2009, n° 325, p. 15-21 : pour éviter les inconvénients qu'il dit inévitablement liés aux dommages et intérêts punitifs, l'auteur prône l'adoption d'un « *principe de restitution intégrable* », « *complémentaire du principe de la réparation intégrale* » visant à « *effacer les conséquences profitables de la faute de façon à le replacer dans la situation qui était la sienne avant la transgression de la règle de droit* », ce principe n'aurait « *pas de finalité punitive* », car il n'a « *pas pour objet de contraindre le fautif à une perte patrimoniale* » ; à condition que « *l'indemnité restitutive ne soit pas versée à la victime, sous peine de rendre la faute lucrative pour cette dernière* ». Ainsi « *l'indemnité devrait être attribuée à un fonds d'indemnisation et de garantie* ». – Comp. considérant que la restitution des profits illicites est à la fois réparatrice et punitive : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « *Droit fondamental* », 8^e éd, 2012, n° 793.

²³⁵⁵ En ce sens : Mésa R., « *L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives* », D. 2012, spé. p. 2756.

²³⁵⁶ Prévue au même article : *supra*, n° 658 s.

Sur l'internet, lieu où les droits de propriété intellectuelle peinent souvent à se faire respecter, la volonté perceptible est de « taper fort ». L'idée que les dommages et intérêts punitifs viennent au renfort de la normativité de la règle peut paraître évidente. Le Code civil du Québec l'explicite²³⁵⁷. L'analyse économique du droit le met en avant²³⁵⁸. Il faut pourtant rester prudent. Les pénalistes eux-mêmes ne considèrent pas forcément la peine privée comme une solution à des régimes qu'ils estiment trop doux²³⁵⁹.

662. – Retour sur un vieux débat toujours actuel. La peine privée est un débat ancien²³⁶⁰. Le droit comparé y est souvent mobilisé. Les *exemplary damages* du droit anglais²³⁶¹ et surtout les *punitive damages* du droit américain²³⁶² fascinent tout autant qu'ils repoussent. Le Code civil du Québec s'ouvre lui aussi aux dommages et intérêts punitifs. Il en donne une image moins brutale en laissant une grande liberté au juge dans leur évaluation²³⁶³ tout en limitant leur prononcé aux domaines que la loi prévoit²³⁶⁴. En France, dans les années 1990, Susanne Carval a pris le parti de la peine privée dans une thèse remarquée. Elle y défend l'idée qu'« *il suffirait au législateur d'expliquer clairement les buts de la peine privée – sanctionner un comportement répréhensible et non pas ruiner le défendeur – et de lever toute équivoque quant à la possibilité de la faire prendre en charge pas l'assureur – il nous semble évident qu'elle ne doit pas pouvoir l'être – pour écarter tout risque de dérapage dans la pratique des condamnations punitives.* »²³⁶⁵. Des plumes particulièrement écoutées²³⁶⁶ ainsi

²³⁵⁷ L'art. 1621 al. 1 du Code civil du Québec indique que les dommages-intérêts punitifs « *ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.* »

²³⁵⁸ G. Maitre (préf. H. Muir Watt), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 311, p. 180 : « *lorsque la réparation intégrale du préjudice ne suffit pas du point de vue de l'incitation à la prévention, les dommages et intérêts exemplaires permettent de compléter l'indemnisation afin de parvenir au niveau de précaution efficient.* »

²³⁵⁹ E. Dreyer, « *La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée* », JCP G 2008, I, 201.

²³⁶⁰ L. Hugueney, « *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle* », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. II, pp. 249-257 : Louis Hugueney revenant en 1950 sur sa thèse de doctorat de 1904 voit dans le droit positif de l'époque, contre une partie de la doctrine, la confirmation de l'expansion des peines privées. – Comp. B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, spé. pp. 354 s.

²³⁶¹ Admis par l'arrêt : Court of Appeal, *Rookes v. Barnard* de 1964.

²³⁶² Où le montant des dommages et intérêts punitifs souvent moqué en France est limité depuis l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 20 mai 1996, *BMW of North America v. Gore*.

²³⁶³ L'art. 1621 al. 2 du Code civil du Québec prévoit que les dommages et intérêts punitifs « *s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.* »

²³⁶⁴ Art. 1621 al. 1 du Code civil du Québec.

²³⁶⁵ S. Carval (préf. G. Viney), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 258, p. 293.

²³⁶⁶ G. Viney, « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, p. 2945-2948.

que l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations²³⁶⁷ et le rapport Terré²³⁶⁸ sont allés dans le même sens.

663. – Les risques de la peine privée. Dans un système de dommages et intérêts punitifs, il est indispensable d'envisager la situation de la victime. Face à une faute lucrative, la restitution du bénéfice à la victime est déjà une forme d'enrichissement. Celle-ci peut, à notre sens, se justifier, car les bénéfices sont le fruit du droit qui a été utilisé de manière illicite²³⁶⁹. Dépasser cette limite, c'est passer la frontière de la peine privée. Il n'y a plus rétablissement, ni du côté de la victime ni du côté du responsable. La doctrine se montre méfiante. Lorsqu'elle ne rejette pas les dommages et intérêts excédants le préjudice de la victime²³⁷⁰, elle ne les admet souvent qu'en cas de faute lucrative²³⁷¹. Il est vrai qu'en l'absence de repères clairs, le risque d'une disparité dans le sort fait aux victimes est bien présent²³⁷². L'indemnisation des préjudices économiques, que l'on dit par ailleurs raisonnable²³⁷³, peut ici devenir disproportionnée. La victime d'un préjudice économique pourrait tirer un bénéfice tel qu'elle serait placée dans une situation plus favorable que ceux qui n'ont pas eu « la chance » d'être victime.

Pour cette raison, les éventuels dommages et intérêts dépassant à la fois le préjudice de la victime et le bénéfice du responsable ne doivent pas être attribués à la victime, car ils ne dépendent tout simplement pas de la responsabilité civile. Le Conseil constitutionnel²³⁷⁴ et la

²³⁶⁷ Art. 1371 précité.

²³⁶⁸ Art. 54 précité.

²³⁶⁹ *Supra*, n° 660.

²³⁷⁰ Voy. l'opinion classique selon laquelle être favorable à la peine privée, c'est « confondre le rôle indemnitaire des dommages-intérêts civils et le rôle punitif des amendes pénales » (Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1⁺).

²³⁷¹ R. Mésa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2009, n° 325, p. 15-21. – Voy aussi (même auteur) : « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, pp. 2754-2759. – Adde A. Anziani et L. Béteille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *Rapport d'information du Sénat*, n° 558 (2008-2009), 15 juill. 2009, p. 90, relevant que plusieurs personnes entendues (dont François Terré, Fabrice Leduc et Patrice Jourdain) « ont marqué leur préférence pour que le prononcé de dommages et intérêts punitifs ne concerne que des hypothèses de fautes lucratives. ». – Ainsi, l'art. 54 du projet Terré prévoyant que « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité. ». L'art. 1371 de l'avant-projet de réforme Catala prévoit lui que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. ».

²³⁷² Voy. not. : S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 71, n° 18.

²³⁷³ X. Pradel (préf. P. Jourdain), *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°s 74 s.

²³⁷⁴ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 89-248 DC, § 36.

CEDH²³⁷⁵ estiment que les garanties propres au droit pénal ne se limitent pas aux dispositions que le législateur veut bien étiqueter comme telles. Le professeur Rodolphe Mésa affirme alors que les dommages et intérêts punitifs se trouvent soumis au principe de légalité et au principe de proportionnalité²³⁷⁶. Boris Starck plaideait lui en sens inverse²³⁷⁷. Susanne Carval a pris ce même chemin en estimant que la peine privée ne se trouve pas pleinement soumise au principe de légalité. Elle fait remarquer que le principe de légalité est dans les branches techniques déjà altéré, de sorte qu'il est difficile d'attendre de matières extra-pénales, « *qu'elles appliquent à la lettre un principe auquel le droit pénal fait lui-même subir de sérieuses entorses.* »²³⁷⁸. L'auteur prend cependant grand soin de formuler sa proposition afin qu'elle ne heurte pas les principes du droit pénal²³⁷⁹. À notre sens, pour ne pas être assimilables à une sanction pénale, les dommages et intérêts ne doivent pas présenter de caractère purement punitif, c'est-à-dire, ne pas dépasser le bénéfice du responsable.

664. – Caractère suffisant de la restitution des bénéfices illicites en cas de préjudice économique. Il faut tout d'abord différencier la question de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. L'impossibilité d'évaluer une valeur non monnayable conduit, à défaut de guide adéquat, à constater son caractère avant tout punitif²³⁸⁰. En cas de préjudice économique, le droit pénal ne se trouve pris en défaut que lorsque le bénéfice du responsable dépasse les peines qu'il peut prononcer. La restitution du bénéfice illicite par le biais de la responsabilité civile vient combler cette lacune. Alors, qu'il n'y a plus de raison pour que le droit de la responsabilité (en général) manque de normativité, les diverses solutions proposées afin de limiter les avantages que la victime peut tirer du caractère punitif de la condamnation du responsable ne peuvent qu'ajouter à la complexité.

Au surplus, la gravité de la faute, souvent proposée comme critère pour évaluer la peine privée, joue déjà un rôle important dans notre droit de la responsabilité. Tout d'abord, au

²³⁷⁵ CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, aff. *Engel et a. c/ Pays-Bas*, § 81.

²³⁷⁶ Mésa R., « *La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ?* », *Gaz. Pal.*, p. 15⁺.

²³⁷⁷ B. Starck, *op. cit.*, p. 383 : « *Seules les sanctions pénales proprement dites présentent [un] caractère afflictif ou infamant [...]. C'est pourquoi, même si on reconnaît avec nous le caractère pénal de certaines condamnations civiles, nous ne croyons pas que le principe nullus in poena sine lege y soit applicable.* »

²³⁷⁸ S. Carval (préf. G. Viney), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 209, p. 225.

²³⁷⁹ Mme Carval souhaite que le pouvoir créateur du juge en ce domaine soit limité afin d'assurer « *le principe selon lequel nul ne saurait être puni en vertu d'une règle non encore en vigueur au moment de l'acte commis* », cela conduit à « *s'en tenir à une position intermédiaire, consistant à donner au juge le pouvoir de sanctionner la violation d'obligations définies par des textes.* » (S. Carval, *op. cit.*, p. 226). Pour respecter le principe de proportionnalité, il suffirait selon elle « *qu'un montant maximal soit assigné à chaque peine privée prévue par un texte, et que soit énumérée une liste d'éléments (bonne ou mauvaise fois du défendeur, gravité et durée du manquement...) dont le juge devrait tenir compte pour fixer le montant de la peine.* » (pp. 227-228).

²³⁸⁰ *Supra*, n° 648.

stade de la contribution à la dette, en cas de concours entre différentes fautes, la répartition se fait à l'aune de la gravité des fautes respectives²³⁸¹. Où l'on voit que, détaché de l'impératif d'indemnisation des victimes, le droit de la responsabilité accorde encore une place prépondérante et, sans doute excessive, à la faute²³⁸². Sa gravité joue aussi sur son assurabilité, l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances excluant du champ de l'assurance les fautes intentionnelles ou dolosives. Où l'on voit que le droit de la réparation peut lui aussi moraliser les comportements.

665. – Étape. Le contexte posé par la neutralité du *net* impose une rationalisation dans le calcul des préjudices liés à l'internet. Le contexte de surconsommation de biens non rivaux interdit toute analogie avec le monde physique. C'est au juge de trancher. Le droit de la responsabilité ne lui offre, pour cela, que bien peu de repères stables ou de méthodes établies. Une première rationalisation devrait consister à différencier le cas des contenus préjudiciables *per se* et celui des contenus dont la valeur s'érode avec l'échange. Dans le premier cas, le préjudice de la victime est égal à la perte ou à la douleur subie du fait de la diffusion de ce contenu. Dans le second cas, le préjudice est égal à la diminution de valeur que le titulaire du droit subit. Le droit lui-même garantissant cette valeur, la méthode d'évaluation ne peut se calquer sur celle du premier cas.

La neutralité rend également nécessaire la prise en compte des bénéfices du responsable. En abaissant radicalement les barrières à l'entrée pour nombre d'activités, elle favorise aussi le caractère lucratif des activités illicites. Si les bénéfices qui en sont retirés dépassent le préjudice de la victime, ils devraient lui être restitués, car ces bénéfices sont le produit du droit violé de la victime. À l'inverse, aller au-delà des bénéfices du responsable pour instaurer une véritable peine privée en droit français apparaît porteur de nombreux risques et incertitudes. L'indemnisation du préjudice moral apparaît comme le seul domaine où elle s'explique, si ce n'est se justifie, car il faut bien considérer qu'en présence d'une valeur non évaluable, la sanction prend le pas sur l'indemnisation.

666. – Conclusion du Chapitre 2. L'analyse des fonctions de la responsabilité civile appliquée aux utilisateurs du réseau démontre que cette matière est bien en crise. Elle ne l'est pas en tout domaine, puisque notre recherche avait fait apparaître son étonnante équation à la régulation de l'activité des acteurs du réseau. Mais s'agissant de régir l'infinité diversité des

²³⁸¹ Brun, n° 587. – M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, PUF, coll. « Thémis droit », t. II, 3^e éd., 2013, p. 225-226.

²³⁸² Brun, n° 589.

comportements de ses utilisateurs, la responsabilité civile fait face à d'importantes difficultés dans l'affirmation de ses fonctions. Pourtant, ses maux sont souvent aussi ceux de branches du droit voisines avec lesquelles la responsabilité civile partage quelques mécanismes. En particulier, l'altération de la fonction normative du droit sur l'internet est avant tout celle du droit d'auteur. En souhaitant le préserver, le législateur a renforcé à la fois la fonction de sanction et de punition de la responsabilité en ce domaine. La responsabilité civile s'en trouve nécessairement affectée. Elle ne dispose d'aucun monopole. Le droit pénal est appelé en renfort et des mécanismes de compensation détachés de l'illicite menacent la notion même d'indemnisation de perdre tout objet.

Le droit positif de la responsabilité civile a éludé trop longtemps la question de sa réforme et de sa place dans l'ordre juridique pour que ces faiblesses n'apparaissent pas manifestes au moment d'embrasser les tumultueux usages de l'internet. L'absence de méthodes d'évaluation claires et les lacunes de la responsabilité civile en matière de peine privée lui portent ici clairement préjudice. Y revenir de manière raisonnée permettrait d'envisager de rapprocher l'indemnisation de préjudices spécifiques, tel que ceux résultant de la contrefaçon, du droit commun. La cohérence du droit et l'égalité entre les victimes auraient beaucoup à y gagner.

667. – Conclusion du Titre 2. La neutralité est aussi porteuse d'une promesse. Celle selon laquelle la liberté qu'elle confère aux usages aura pour corollaire leur responsabilité. La promesse est d'autant plus forte que la responsabilité des intermédiaires techniques est limitée du fait de leur neutralité. La responsabilité se canalise donc sur les utilisateurs du réseau. Le schéma de responsabilité qui se dessine implique tout d'abord de détacher fermement la neutralité de toute théorie niant ou rejetant le droit. Il faut ensuite souligner que l'efficacité de cette promesse repose, ici encore, sur les intermédiaires techniques. Par les obligations d'identification qui sont mises à leur charge, ils constituent d'indispensables vecteurs de responsabilité sur un réseau neutre. Elles sont la condition de la mise en cause de la responsabilité des utilisateurs du réseau. Sur ce dernier point, la responsabilité civile s'efface en bonne partie. D'autres branches du droit la suppléent, la relayent ou la concurrencent.

Est-ce de nature à remettre en cause la symbiose de la responsabilité civile et de la neutralité ? Une réponse négative s'impose. D'une part, l'encadrement des usages n'est directement commandé en rien par la neutralité. D'autre part, la responsabilité civile peut très bien être relayée sans y perdre sa place. Simplement, le grand empire qui est le sein au stade de l'encadrement des intermédiaires techniques est ici réduit. La neutralité du *net* permettant aux usages d'agir, d'interagir et de créer en toute liberté, il n'est pas surprenant que le panel

de règles applicables soit vaste. À vrai dire, l'encadrement des usages d'un réseau neutre donne à la responsabilité civile, à peu de chose près, la même place que celle qui est la sienne dans l'encadrement de l'ensemble des activités humaines. Elle y présente des carences très visibles, mais de même nature. Les usages de l'internet ne sont finalement que le prolongement de l'activité humaine accélérée et amplifiée, pour le meilleur ou pour le pire.

667-1. – Conclusion de la seconde partie. Pour assurer une régulation efficace de la neutralité du *net*, il fallait que les limitations de responsabilité dont bénéficient les intermédiaires techniques puissent être remises en cause. Prolongeant le constat effectué à l'étape de l'intégration de la neutralité, ces possibilités se sont révélées perceptibles dans le droit positif. Sa lecture par le prisme du principe de neutralité est, là aussi, enrichissante. La procédure de notification de contenus manifestement illicites aux hébergeurs prévue par la LCEN s'analyse alors comme la restauration de la possibilité d'effectuer un choix chez l'hébergeur. C'est cette possibilité qui doit conditionner l'effacement des limitations de responsabilité. Ainsi, la restauration de la capacité de choix des FAI est beaucoup plus difficile, car leurs possibilités d'intervention sont imparfaites. La responsabilité civile des hébergeurs est donc au cœur des mécanismes de régulation de la neutralité du *net* tandis que la responsabilité civile des FAI s'avère largement incapable d'y concourir.

Cette régulation *a posteriori* de la neutralité serait insuffisante si les activités non neutres des intermédiaires techniques n'étaient pas également encadrées. La qualification distributive des activités neutres, définie en première partie, implique que la part de neutralité de chaque intermédiaire est plus ou moins étendue. Le choix de se spécialiser réduit d'autant la neutralité. Il y a là un arrimage pour de multiples obligations différenciées selon la nature de l'activité de l'intermédiaire et des risques qu'elle porte pour les tiers. Au classique standard du raisonnable enrichi par le droit mou s'ajoute un plus inattendu standard d'ouverture. Ce dernier permet de sanctionner les intermédiaires techniques qui affectent par trop les droits des utilisateurs. Cela s'avère parfaitement cohérent, car il serait illogique de limiter la responsabilité des intermédiaires techniques sur l'autel du droit des utilisateurs et de leur permettre ensuite de limiter arbitrairement les droits de ces mêmes utilisateurs.

La cohérence d'ensemble de l'édifice se concrétise par la possibilité que doit offrir un réseau neutre de mettre en cause la responsabilité de ses utilisateurs. Comme un prix de la neutralité, le droit positif a mis à la charge des intermédiaires techniques des obligations d'identification qui sont la clé de voûte d'un schéma de responsabilité cohérent : les intermédiaires techniques étant déchargés de la responsabilité des usages, la responsabilité se

canalise sur les utilisateurs du réseau. Cette canalisation n'est que l'application de la règle de justice élémentaire qui veut que celui qui répond d'un acte soit par priorité celui qui en est à l'origine.

En dehors de ce schéma, la neutralité du *net* n'impose rien d'autre qu'un contexte fait d'usages extrêmement dynamiques. Face à leur immense diversité, la responsabilité civile se trouve souvent au second plan. D'autres branches du droit se donnent pour objectif d'indemniser, de sanctionner ou de punir. Il est possible de s'en alarmer en constatant que, décidément, la responsabilité civile est bien en crise. Ce serait oublier sa très bonne adéquation à l'encadrement de l'activité des intermédiaires techniques et, surtout, que les maux qu'elle connaît sont globalement partagés. En ce sens, les adaptations d'un droit d'auteur souffrant d'une ineffectivité chronique à l'ère numérique constituent un laboratoire enrichissant pour la responsabilité civile. Ses mécanismes originaux – riposte graduée, réparation forfaitaire, restitution des profits illicites – constituent autant d'enseignements permettant de mieux penser les évolutions de la responsabilité civile.

Conclusion générale

668. – Une opportune rationalisation. Dès son titre, cette étude s’est donnée pour ambition de concilier deux concepts apparemment très différents. L’ancienne responsabilité civile et l’émergente neutralité du *net* avaient tout pour s’opposer. Leurs interactions sont pourtant apparues à la fois incontournables et sous-estimées. Loin des antagonismes redoutés, la conciliation des deux concepts a conduit à les rationaliser. La neutralité y gagne la maturité qui lui manque pour être pleinement acceptable par notre système juridique et la responsabilité civile y trouve une nouvelle cohérence.

À l’heure où la consécration légale de la neutralité du *net* est proposée de toute part, il serait regrettable de ne pas s’en saisir pour préciser les relations entre libertés et responsabilité sur l’internet.

669. – Une clé de lecture cohérente. La neutralité de l’internet n’est pas le fruit du hasard. Son fonctionnement a été pensé depuis ses origines pour intégrer des valeurs fondées sur le partage des savoirs. Les propositions visant à la consacrer en droit ont formulé ces valeurs sous forme de droits et de libertés pour les utilisateurs. Elles se recoupent avec le mouvement, observé à l’échelle mondiale, de protection de l’internet par le biais des droits fondamentaux. La responsabilité civile est directement impactée par ce phénomène, car elle s’avère être l’une des conditions essentielles de la neutralité. Les débats entourant la neutralité du *net* ont un peu vite oublié ce qui avait été mis en lumière dès la rencontre du droit et de l’internet : en s’appliquant aux acteurs constitutifs du réseau, la responsabilité civile gouverne

les comportements au-delà de ses destinataires directs. Il est certain que si les intermédiaires techniques sont rendus responsables des dommages causés par le biais de leur réseau, ils ne permettront plus aux utilisateurs d'exercer leurs libertés sans entrave. Bien avant d'autres branches du droit, la responsabilité civile s'est donc révélée apte à modeler le réseau.

Le régime de responsabilité applicable aux intermédiaires techniques, issu de la Directive de 2000 et transposé en droit français par la LCEN en 2004, s'avère très largement compatible avec l'existence d'un réseau neutre. Ce régime est pénétré de limitations de responsabilité qui lui donnent une nature apparemment anachronique dans une matière que l'on dit toujours plus préoccupée par l'indemnisation des victimes. Il justifie son caractère favorable par des objectifs proches de ceux affichés par la neutralité. L'idée de l'y intégrer plus directement était prometteuse. Elle ne s'est heurtée qu'à peu d'obstacles. L'expérience a surtout produit des résultats enrichissants. Tout d'abord, l'intégration explique et justifie sur des bases particulièrement solides le caractère favorable de ce régime. Les limitations de responsabilité commandées par la directive ne font plus figure d'argument d'autorité, elles s'appuient sur la protection de l'internet au plus haut niveau normatif. Ensuite, ce régime s'est remarquablement prêté à une interprétation à l'aune de la neutralité. La souplesse de la notion de faute au cœur de la LCEN a autorisé cette entreprise. La neutralité renforce la cohérence de ce régime juridique en exigeant que son bénéfice soit réservé à des acteurs qui favorisent réellement les objectifs attachés à la neutralité. Elle le stabilise également, car elle est l'une des rares constantes sur laquelle toute activité sur le réseau doit s'appuyer. L'apport n'est pas négligeable pour un régime aussi disputé, parfois fluctuant, en jurisprudence.

670. – Une neutralité mesurée. En miroir, l'intégration permet de mieux définir la neutralité. Ses formulations en termes de droits et libertés des utilisateurs ne sont cependant pas directement utilisables par le droit de la responsabilité, car elles ne disent pas ce qu'est précisément un comportement neutre. Pour construire une définition opérationnelle de la neutralité en droit de la responsabilité, il a fallu partir du constat selon lequel un réseau neutre n'opère, de lui-même, aucun choix. Ainsi, la neutralité en droit de la responsabilité a été définie comme une absence de choix dans une activité d'intermédiation de contenus. Toute activité est pourtant forcément le produit d'un choix. Une qualification distributive des activités des intermédiaires techniques s'imposait. La neutralité de chaque intermédiaire apparaît alors graduée, plus ou moins spécialisée par les choix qu'il a opérés.

Cette graduation de la neutralité est d'un grand secours pour en dessiner les limites. Elle lui insuffle une moralité qu'on ne lui connaissait pas. Il n'y a aucune raison pour considérer

qu'un intermédiaire neutre doit le rester éternellement. Sa neutralité ne doit plus être regardée comme légitime lorsqu'il est mis en position de faire un choix. Le droit positif s'interprète, là encore, très bien sur cette base. Les procédures de cessation de l'illicite qu'il met en place peuvent être vues comme des formes de remise en cause de la neutralité des intermédiaires techniques. Elles s'accordent avec la neutralité, car elles s'appuient sur la capacité de choix des intermédiaires. Les hébergeurs, dont la régulation est efficace et ciblée, peuvent voir leur responsabilité engagée s'ils ne répondent pas à une demande de retrait d'un contenu manifestement illicite. À l'inverse, l'intervention des FAI dans les échanges qu'ils permettent est malhabile. La remise en cause de leur neutralité impose donc le recours à un juge, car elle risque d'entraver les libertés des utilisateurs. La neutralité voit ainsi sa limite posée, car la responsabilité civile définit précisément les cas dans lesquels l'absence de choix ne peut plus être vue comme légitime.

La graduation de la neutralité découvre aussi de vastes champs d'activités non neutres qui ne bénéficient d'aucune limitation de responsabilité. Un intermédiaire dont la neutralité n'est pas remise en cause ne devrait donc pas échapper, par principe, à toute responsabilité. Ses activités non neutres doivent tout d'abord témoigner d'un comportement raisonnable. Lorsqu'elles impliquent une spécialisation de l'intermédiaire créant un risque particulier, il est légitime d'attendre de lui qu'il prenne certaines précautions. L'idée est sous-jacente dans les jurisprudences qui exigent des plateformes vidéo qu'elles collaborent avec les ayants droit afin de lutter contre la contrefaçon. Ces services sont reconnus comme neutres, mais leur neutralité est spécialisée. Elle les expose à un risque connu de contrefaçon contre lequel ils doivent mettre en œuvre toute solution raisonnable, sans pour autant remettre en cause leur neutralité. Les droits des tiers ne sont pas les seuls à poser des exigences aux activités non neutres. Les utilisateurs des services en ligne ne doivent pas s'en retrouver captifs ou voir leurs libertés entravées de manière excessive. La responsabilité civile impose déjà à ces activités, dans divers domaines, une certaine ouverture. Celle-ci est le prolongement logique de la neutralité. Car, sans elle, rien ne servirait d'édifier un régime de responsabilité limitée au nom des libertés des utilisateurs si celles-ci peuvent être obérées par d'autres voies. L'ouverture n'est cependant pas un simple accessoire du régime de responsabilité favorable, elle s'impose, au-delà du réseau, à toute personne en capacité de restreindre l'usage qui en est fait. Enfin, alors que la neutralité implique l'ubiquité des contenus sur l'internet, l'analyse des activités non neutres incite à se garder d'en conclure à la compétence universelle de la loi et des juridictions françaises. Les activités non neutres témoignent nécessairement de choix qui

peuvent s'interpréter comme une volonté de cibler ou de ne pas cibler le public français. Il y a là une invitation à adopter un critère de compétence de raison.

671. – Un schéma de responsabilité justifié. Sur un réseau neutre, toutes les activités découlent de choix effectués par les utilisateurs. La responsabilité civile est naturellement conduite à se canaliser sur leurs personnes. La neutralité implique là ce que les principes les mieux assis de la responsabilité civile commandent. Cette dernière impose, comme une contrepartie de la neutralité, que les intermédiaires techniques contribuent à l'identification des auteurs de dommages. Au-delà de cette étape, la neutralité n'impose plus qu'un contexte. Pour l'appréhender, la responsabilité civile souffre globalement des mêmes maux qu'ailleurs. Le constat est connu : la concurrence d'autres branches du droit diminue son empire, la spécialisation réduit sa généralité, le relativisme face à la règle affaiblit sa normativité. Les maux sont de même nature, mais l'internet en accentue l'intensité. C'est peut-être que le caractère neutre de l'internet en fait plus qu'un vecteur : il est un révélateur et un accélérateur en tout domaine.

672. – Résumé des propositions. Il convient à présent de dresser un récapitulatif de nos propos sous forme de propositions. La loi n'est pas le seul véhicule envisageable des transformations du droit. L'interprétation jurisprudentielle pourrait tout aussi bien convenir pour rendre efficace l'ensemble, du moins certaines, de nos propositions. Celles-ci valent tout aussi bien comme *clé d'interprétation*.

Article 1. « *L'internet est un réseau neutre.*

Un réseau neutre permet à ses utilisateurs d'accéder sans discrimination à tous ses points, quelle que soit la nature de l'usage qu'ils en font. ».

Commentaire : La simple affirmation du caractère neutre de l'internet permettrait d'éviter toute ambiguïté dans l'interprétation des contrats d'accès à l'internet. Au-delà, cette disposition serait utile à l'interprétation, en faveur des libertés des utilisateurs, de nombreuses règles préexistantes.

Article 2. « *Un intermédiaire est réputé neutre dans la mesure où il n'a pas choisi les usages qu'il véhicule. »*

Commentaire : C'est là l'un des points les plus utiles pour le droit de la responsabilité. Cet article peut servir de base pour établir un critère de qualification des intermédiaires techniques clair et stable.

Article 3. « *Le degré de neutralité de l'activité doit être regardé à l'aune des choix que l'intermédiaire a effectués et des risques qu'ils portent pour les droits des tiers.* »

Commentaire : Cet article affirme la graduation de la neutralité et la nécessité d'une qualification distributive des activités des intermédiaires techniques. Il ouvre la voie à ce que des obligations différenciées soient imposées aux intermédiaires selon leur spécialité.

Article 4. « *Un intermédiaire neutre ne peut engager sa responsabilité du fait du comportement de ses utilisateurs.*

Ne peut être considéré comme neutre :

1° L'intermédiaire de stockage qui a été mis en situation d'effectuer un choix concernant un contenu déjà publié.

2° L'intermédiaire de transport qui a été requis par une autorité judiciaire habilitée par la loi. »

Commentaire : En affirmant l'absence de responsabilité découlant d'un comportement neutre, la neutralité se présente comme la clé d'interprétation du régime de responsabilité des intermédiaires techniques.

La différence de régime entre les hébergeurs et les FAI se justifie par la nature de leurs pouvoirs sur le réseau. Elle se trouve déjà en bonne partie dans le droit positif. La procédure de notification de contenus manifestement illicites prévue par la LCEN recouvre le cas de l'hébergeur mis en situation de faire un choix, sous la réserve du caractère excessivement formaliste que lui confèrent les juridictions. Les risques pour les libertés individuelles attachés à l'intervention des FAI justifient que leurs obligations de régulation ne puissent naître que sur injonction d'un juge. Ce point est régulièrement un sujet du débat législatif qui gagnerait à être tranché.

Article 5. « *Les activités non neutres des intermédiaires techniques doivent concourir à la sauvegarde des droits des tiers, ainsi qu'aux libertés des utilisateurs.* »

Commentaire : Il s'agit là d'ouvrir la voie à l'affirmation jurisprudentielle du standard du prestataire raisonnable et du standard du prestataire ouvert.

Bibliographie

Ouvrages généraux, manuels et traités

A

Ancel B. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, 5^e éd., 832 p.

Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., 1871, t. IV, 783 p.

B

Bacache-Gibeili M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd., 2012, t. V., 968 p.

Bénabent A., *Droit civil. Les obligations*, LGDJ, coll. « Domat », 14^e éd., 2014, 730 p.

Bergel J.-L., *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001, 408 p.

Boulloc B., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 23^e éd., 2013, 742 p.

Bruguière J.-M et Vivant M., *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2012, 1118 p.

Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3^e éd., 2014, 642 p.

C

Cabrillac R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^e éd., 2014, 1013 p.

Capitant H., *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, éd. A. Pedore, 1898, 331 p.

Capitant H., Terré F., Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, 12^{ème} éd., t. I, 580 p.

Carbonnier J., *Droit civil*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, vol. II, p. 1516-2574.

Carbonnier J., *Droit civil. Les Obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, t. IV, 665 p.

Caron C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^e éd., 2013, 623 p.

Castets-Renard C., *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien, Coll. « Cours », 2^{ème} éd., 2012, 492 p.

Chérot J.-Y., *Droit public économique*, Economica, 2007, 1032 p.

Cornu G. (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 2007, 8^e éd., PUF, 986 p.

D

De Bellescize D. et Franceschini L., *Droit de la communication*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2011, 528 p.

Dejean de la Bâtie N., *Responsabilité délictuelle* in Aubry et Rau, *Droit civil français*, Librairies techniques, 8^{ème} éd., 1989, t. VI-2, 337 p.

Demogue R., *De la réparation des délits civils. Étude de droit et de législation*, Rousseau, 1898, 366 p.

Demogue R., *Des obligations en général. Effets des obligations*, Rousseau, 1932, t. VI., 756 p.

Demogue R., *Des obligations en général. Sources des obligations*, Rousseau, 1923, t. III, 594 p.

Derieux E. et Granchet A., *Droit des médias. Droit français, européen et international*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^e éd., 2010, 1146 p.

Dreyer E., *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2012, 1224 p.

Dreyer E., *Responsabilité civile et pénale des médias*, LexisNexis, 3^e éd., 2012, 592 p.

F

Fabre-Magnan M., *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrat*, PUF, coll. « Thémis droit », t. II, 3^e éd., 2013, 523 p.

Fabre-Magnan M., *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, PUF, Coll. « Licence Droit », 2009, 285 p.

Fages B., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2014, 516 p.

Fauchoux V. Deprez P. et Bruguière J.-M., *Le droit de l'internet. Lois, contrats et usages*, LexisNexis, 3^e éd. 2014, 446 p.

Féral-Schuhl C., *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6^e éd., 2011-

2012, 1124 p.

Flour J., Aubert J.-L., Savaux É., *Droit civil. Les obligations. Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^e éd., 2011, t. III, 489 p.

Flour J., Aubert J.-L., Savaux É., *Les obligations. Le fait juridique*, Sirey, 13^e éd., 2009, t. II, 507 p.

G

Gautier P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8^e éd., 2012, 503 p.

Grynbaum L., Le Goffic C. et Morlet-Haïdara L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 1^{er} éd., 1040 p.

Guillien R. et Vincent J. (dir. S. Guinchard et G. Montagnier), *Lexique des termes juridiques 2010*, 2009, 17^e éd., Dalloz, 769 p.

Guinchard S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 8^e éd., 2014-2015, 1936 p.

H

Huc T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Librairie Cotillon, Paris, 1892, t. I, 532 p.

J

Josserand L., *Cours de droit civil positif français*, Librairie du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1939, t. II, 1215 p.

L

Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., *Droit des assurances*, Dalloz, Coll. « Précis », 13^{ème} éd., 2011, 930 p.

Lambert-Faivre Y. et Porchy-Simon S., *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2012, 944 p.

Larrieu J., *Droit de l'internet*, Ellipses, coll. « Mise au Point », 2^e éd., 2010, 218 p.

Le Tourneau Ph, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 8^e éd., 2014-2015, 521 p.

Le Tourneau Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 10^e éd., 2014-2015, 2264 p.

Lepage A., Maistre du Chambon P. et Salomon R., *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd., 2010, 832 p.

Leroy J., *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^e éd., 2014, 486 p.

Letteron R., *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2012, 613 p.

Lévy J.-P. et Castaldo A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010, 1619 p.

M

Malaurie Ph. et Morvan P., *Introduction au droit*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012, 399 p.

Malaurie Ph., Aynès L. et Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, LGDJ, coll. « Droit privé », 6^e éd., 2013, 847 p.

Malinvaud Ph., Fenouillet D. et Mekki M., *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. « Manuel », 13^e éd., 2014, 802 p.

Mayer P. et Heuzé V., *Droit international privé*, LDGJ, coll. « Domat », 10^e éd., 2010, 820 p.

Mazeaud H., L. et Chabas F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montcrétien, 6^e éd., 1978, t. III, vol. 1, 932 p.

Mazeaud H., L. et Tunc A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6^e éd., 1965, t. I, 1080 p.

Miaille M., *Une introduction critique au droit*, éd. F. Maspero, 1982, 383 p.

Morvan P., *Droit de la protection sociale*,

Litec, 6^e éd., 2013, 1005 p.

N

Niboyet M.-L. et Geouffre de la Pradelle (de) G., *Droit international privé*, LGDJ, 3^e éd., 2011, 880 p.

P

Planiol M. *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., 1923, t. II, 1114 p.

Planiol M., Ripert G. et Esmein P., *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1952, t. VI, *Obligations*. Première partie, 1147 p.

Planiol M., Ripert G. et Esmein P., *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1954, t. VII, *Obligations*. Deuxième partie, 1111 p.

Pradel J., *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, 726 p.

R

Racine J.-B. et Siiriainen F., *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Cours », 2^e éd., 2011, 529 p.

Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, 730 p.

S

Savatier R. (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. I, 500 p.

Savatier R. (préf. G. Ripert), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. II, 572 p.

Savatier R., *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, Coll. « Précis », 4^e éd., 1979, 424 p.

Sériaux A., *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, 315 p.

Sirinelli P. et Costes L. (dir.), *Lamy Droit des Médias et de la Communication*, Lamy, 2015 (version numérique).

Starck B., Roland H. et Boyer L., *Obligation. 1. Responsabilité civile*, Litec, 5^{ème} éd., 1996, 582 p.

T

Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, 1594 p.

Tunc A., *La responsabilité civile*, Economica, coll. « Études juridiques comparatives », 1989, 2^{ème} éd., 200 p.

V

Viney G. et Jourdain P., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, t. I, 693 p.

Viney G. et Jourdain P., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, t. II, 1397 p.

Viney G. et Jourdain P., *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, t. III, 963 p.

Viney G., Jourdain P. et Carval S., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, 1316 p.

Vivant M. (dir.) et alli, *Lamy Droit du Numérique*, Lamy, 2015 (version numérique).

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

A

Agostinelli X., *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, th. dact. Aix-Marseille, 1994, 511 p.

Albrieux S. (dir. P.-Y. Gautier), *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique*, th. Université Paris II Panthéon-Assas., 2004, 380 p.

Atias C., *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. « Précis », 1^e éd., 2002, 228 p.

B

Barraud B., *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2012, 393 p.

Beccaria (trad. Morellet A.), *Traité des délits et des peines*, 1797, 232 p.

Benkler Y. (trad. A. Clerq-Roques, M. Lahache, B. Couing, L. Duval, A. et P. Bouillon), *La richesse des réseaux. Marchés et libertés à l'heure du partage social*,

Presses universitaires de Lyon, 2009 (éd. originale 2006), 603 p.

Bloch C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Th. Aix-Marseille III, Dalloz coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2008, 673 p.

C

Cachard O. (préf. Fouchard Ph.), *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 365, 2001, 487 p.

Capitant R., *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, th., Paris, Dalloz, 1928, 230 p.

Carbonnier J., *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 1978, 416 p.

Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, 276 p.

Carbonnier J., *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, 336 p.

Carbonnier J., *Flexible droit*, LGDJ, 3^e éd., 1976, 338 p.

Carval S. (préf. G. Viney), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, 417 p.

Cassagnabère C. (dir. S. Hennion-Moreau), *La responsabilité envers soi-même*, th. dact. Rennes I, 2011, 573 p.

Catala P., *Le droit à l'épreuve du numérique*. Jus ex machina, PUF, 1998, 345 p.

Clerc-Renaud L. (dir. Ph. Brun), *Du Droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, th. dact. Univ. de Savoie, 2006, 535 p.

D

De Balzac H., *Notes remises à Messieurs les députés composant la Commission de la loi sur la propriété littéraire*, 1841, 24 p.
http://www.e-corporus.org/eng/ref/99829/CCL_Balzac_1841/

Deumier P. (préf. J.-M. Jacquet), *Le droit spontané*, Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2002, 477 p.

Diderot D., *Lettre sur le commerce de la librairie*, Hachette, 1861 (éd. originale 1765), 112 p.

Duhen W. (avant-propos H. Isar, préf. J. Frayssinet), *La responsabilité extracontractuelle du fournisseur d'accès à Internet*, PUAM, 2013, 640 p.

Duong L.-M. (dir. G. J. Martin), *La notion de raisonnable en droit économique*, th. dact., Université de Nice, 2004, 448 p.

E

Ewald F. et alii. (dir.), *Les limites de la réparation du préjudice (Séminaire « Risque, Assurance, responsabilité » sous l'égide de la Cour de cassation et a.)*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, 453 p.

Ewald F., *L'État providence*, Grasset, 1986, 608 p.

Eynard J., *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace*, Michalon, 2013, 435 p.

F

Farchy J., *Internet et le droit d'auteur. La culture Napster*, CNRS Éditions, 2003, 202 p.

G

Gény F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, t. I, 446 p.

Gény F., *Science et Technique en droit positif privé*, Sirey, 1927, t. II, 422 p.

Girard B. (préf. M. Fabre-Magnan), *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, 2015, 405 p.

Girard P.-F., *Textes de droit romain*, éd. A. Rousseau, 1890, 750 p.

Grare C., (préf. Y. Lequette), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Th. Paris II, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, 436 p.

Grayot S. (préf. G. Viney), *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, 2009, 644 p.

H

Henaff G. (dir. Hauser J.), *Les usages en droit des obligations : notion et rôles*, th. dact. Bordeaux I, 1993, 349 p.

J

Jault A., *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, 344 p.

Jhering R. (trad. O. de Meulenaere), *Études complémentaires de l'Esprit du Droit Romain. I - De la faute en droit privé*, 1880,

83 p.

Jhering R. (trad. O. de Meulenaere), *L'évolution du droit*, 1901, 312 p.

Jhering R., (trad. A. F. Meydié), *Le combat pour le droit*, 1872, 56 p.

Josserand L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Rousseau, 1897, 129 p.

K

Kelsen H. (trad. C. Eisenmann), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, 496 p.

L

Lapousterle J. (dir. P.-Y. Gautier), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dact. Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2007, 544 p.

Le Tourneau Ph., *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, 269 p.

Lécuyer G. (préf. L. Cadet), *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, th., LGDJ, 2006, 611 p.

Lessig L. (trad. Bony A. et Soufron J.-B.), *L'Avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presse Universitaires de Lyon, 2005, 414 p.

M

MacCornick N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1996, 322 p.

Macrez F. (préf. M. Vivant), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, « Coll. du CEIPI » (Université de Strasbourg), 2011, 494 p.

Maitre G. (préf. Muir Watt H.), *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, 315 p.

Marchet N. (dir. J. Larrieu), *La responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet*, th. dact. Toulouse I, 2003, 357 p.

Molfessis N. (préf. M. Gobert), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, 602 p.

Montesquieu, *L'esprit des lois*, Librairie Firmin-Didot, 1862, 600 p.

Montesquieu, *Lettres persanes*, 1721, (éd. 1873), t. I, 226 p.

Motulsky H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (1948), 184 p.

O

Ost F., *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1990, t. 2, 196 p.

P

Pradel X (préf. P. Jourdain), *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, th., LGDJ, 2004, 528 p.

Puech M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Strasbourg, LGDJ, 1973, 387 p.

Q

Quézel-Ambrumaz C. (préf. Ph. Brun), *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, 750 p.

R

Ricbourg-Attal E. (dir. J. Julien), *La responsabilité civile des acteurs de l'internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, th. dact. Toulouse 1 Capitole, 2012, 541 p.

Ricœur P., *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, 221 p.

Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 421 p.

Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, 431 p.

Roques-Bonnet M.-C. (préf. L. Rapp), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010, 607 p.

Roubier P., *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz 2005 (1945), 334 p.

Roujou de Boubée M.-È., *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, 493 p.

Rousseau J.-J., *Discours sur l'économie politique*, Librairie Philosophique Vrin, 2003 (1755), 224 p.

S

Saleilles R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, 1897, Rousseau, 91 p.

Starck B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, 503 p.

Strowel A., *Quand Google défie le droit. Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, De Boeck & Larcier, 2011, 238 p.

V

Viney G. (préf. A Tunc), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, 416 p.

Articles et contributions

A

Achilleas Ph. et Binet L., « *Un an de régulation du marché des communications électroniques* », Comm. Com. Electr. 2015/5, chron. 5.

Albrieux S., « *La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique* », Légipresse, n° 220, avril 2005, pp. 40-46.

Al-Sanhoury A.-A., « *Le standard juridique* », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, pp. 144-156.

Arhab F., « *Les nouveaux territoires de la faute* », RCA 2003, n° spé. « *La responsabilité pour faute* », Chron. 16, pp. 43-55.

Atias C. et Linotte D., « *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* », D., 1977, pp. 251-258.

Atias C., « *Des réponses sans questions 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique)* », D. 1998, pp.

406 s.

Atias C., « *Le droit de nuire* », D. 1997, pp. 385-386.

Aubert J.-L., « *Les faits et la Cour de cassation* », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 843 s.

Azzaria G. et Castets-Renard C., « *Le renouvellement du droit de la responsabilité sur l'internet* », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, coll. « Actes et colloques », 2011, pp. 265-282.

Azzi T., « *Atteintes en ligne aux droits de la personnalité et aux droits de propriété intellectuelle : tribunal compétent et loi applicable* », Légicom, 2014, n° 52, pp. 39-50.

Azzi T., « *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs* », RTD civ 2007, pp. 227 s.

B

Bach L., « *Lois et décrets* », Répertoire de

droit civil, sept. 2004 (act. mars 2014).

Bach L., « *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français* » (première partie), RTD civ. 1977, pp. 17-53.

Barbry É., « *Le droit de l'internet est devenu au fil des années un droit spécial* », Gaz. Pal., 23 oct. 2010, n° 296, pp. 14 s.

Bardin M., « *Le droit d'accès à l'internet, entre « choix de société » et protection des droits existants* », RLDI 2013/91, n° 3047, pp. 79-87.

Bars (Le) T., « *La nature de la prescription, une question sans réponse ?* » in Ph. Casson et Ph. Pierre (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin régulé ?*, Dalloz, 2010, pp. 3-10.

Behar-Touchais M., « *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?* », LPA, 20 nov. 2002 n° 232, pp. 36 s.

Benabou V.-L., « *Le libre* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 57-73.

Benabou V.-L., « *Le web 2.0, et alors ? Variations sur les phénomènes de décentralisation* », in Colloque Juriscom.net du 17 sept. 2008. *Enjeux des nouveaux réseaux internet : du contributif au coopératif*, RLDI 2008/43 n° 1439.

Bénoit F.-P., « *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel* », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 23-38.

Bensamoun A. et Zolynski C., « *La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit* », D. 2011, p. 1773 s.

Benyekhlef K., « *ACLU v. Reno: pour la reconnaissance d'un régime propre à l'Internet au regard de la liberté d'expression* », Lex Electronica, vol. 3, n° 2. <http://www.lex-electronica.org/articles/v3-2/benyekhl.html> (consultée le 10 juin 2013).

Bergel J.-L., « *A la recherche des concepts émergents en droit* », D. 2012, pp. 1567-1572.

Bergel J.-L., « *Le processus des concepts émergents* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 439-451.

Bigot C., « *Le point sur les règles de notification de contenus illicites* », Légicom, 2014, n° 52, pp. 67-71.

Bigot C., « *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information* », D. 1998, p. 235 s.

Bigot de Préameneu F.-J.-J., « *Présentation au corps législatif et exposé des motifs* », in, A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcoq, 1856, p. 573-602.

Bloch C., « *Définition de la faute* », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, pp. 101-113.

Bloud-Rey C., « *Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ?* », D. 2013, p. 2795 s.

Boizard M., « *Détermination de la qualité d'hébergeur : voyage en eaux troubles* », RLDI 2013/101, n° 4970.

Borghetti J.-S., « *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps* », RTD Civ. 2010, p. 1 et s.

Bories A., « *La responsabilité civile des*

personnes morales », R.R.J. 2006-3, pp. 1329-1371

Bosco D., « Google et le droit de la concurrence : avis de tempête ! », Comm. Com. électr., 2011, n° 4, étude n° 7.

Boyer J., « Le juge des référés peut... réflexion sur les pouvoirs du juge des référés », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 135-142.

Bruguière J.-M., Mallet-Poujol N. et Vivant M., « Droit de l'internet », JCP E, 2005, I, 81, n° 1.

Brun Ph., « Causalité juridique et causalité scientifique », RLDC 2007/40, suppl., n° 2630.

Brun Ph., « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations », RTD Civ. 2010 p. 487 s.

Brun Ph., « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute » RCA, juin 2003, chron. 15, pp. 37-42.

Brun Ph., « Le droit en « principes » : la réparation intégrale en droit du dommage corporel », RLDC, 2013/110, suppl., n° 5245.

Brun Ph., « Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (*Vers l'irresponsabilité des petits ?*) », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 105-118.

Brunet F. et de La Serre E., « L'affaire Microsoft : le droit de la concurrence à la croisée des chemins ? », Contrats, conc., consom. 2002, chron. n° 9.

C

Cachard O., « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur

la méthode de la focalisation », RLDI 2010/63 suppl., n° 2098.

Cadiet L., « Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 1999, pp. 495-510.

Cadiet L., « Les métamorphoses du préjudice » in *Les métamorphoses de la responsabilité, 6^e journée René Savatier*, PUF, 1997, pp. 37-64.

Carbonnier J., « L'avenir d'un passé » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 5-10.

Caron C., « Faut-il réformer la LCEN », Comm. Com. électr. 2008/6, repère 6.

Caron C., « LCEN. Aspects de propriété intellectuelle analyse d'un saupoudrage discret », Comm. Com. électr., 2004/9, ét. 23.

Caron C., « Le consommateur et le droit d'auteur », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, pp. 245-260.

Caron C., « Le web 2.0 vu d'Outre-Atlantique », Comm. Com. électr. 2010/9, comm. 83.

Castets-Renard C., « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétee », Defrénois, 30 oct. 2006, n° 20, pp. 1529

Castets-Renard C., « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012, p. 827 s.

Castets-Renard C., « Publication du décret d'application relatif à la conservation et à la communication des données d'identification à la charge des prestataires techniques : enfin ! », RLDI 2011/70 n° 2323

Catala P., « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, chron., p. 97 s.

Catala P., « La « propriété » de

l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 97-112

Catala P., « *La matière et l'énergie* », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 557-565.

Cayla O., « *La qualification ou la vérité du droit* », *Droits* 1994, n° 18, pp. 3-18.

Champeil- Desplats V., « *Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination* », in *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 5, 2010, 16 p., http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP_5_Champeil_corr01.pdf (consultée le 22 déc. 2013).

Chassagnard-Pinet S., « *Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre* », in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, pp. 153-163.

Chazal J.-P., « *Le consommateur existe-t-il ?* », *D.* 1997, pp. 260 s.

Chilstein D., « *Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international* », *Légicom*, 2014, n° 52, pp. 51-57.

Coëtlogon (de) P. et Koch Ph., « *Le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement sur Internet en droit allemand* », *Légipresse*, déc. 1999, n° 167, pp. 155-158.

Couard J., « *Interview d'un praticien* », in *Glose autour des lois « Hadopi »* (dossier spécial), *RLDI* 2011/67 n° 2212.

D

De Beer J. et Clemmer J. C., *Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?*, *Jurimetrics*, vol. 49, 2009, pp. 375-409.

De Lamy B., « *Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles* », *D.* 2005 p. 411.

Debet A., « *Les chartes et autres usages du droit de l'internet* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2008, n° 4, 40.

Derieux E., « *Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique* », *LPA*, 17 nov. 2004, n° 230, pp. 37-39.

Derieux E., « *Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'internet* », *RLDI* 2011/74, n° 2464.

Derieux E., « *Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?* », *JCP G*, 2012, doct. 386.

Derieux E., « *Régulation de l'internet : libertés et droits fondamentaux* », *RLDI* 2012/78, n° 2618.

Deumier P., « *Les sources de l'éthique des affaires. Code de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques* », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337 s.

Dhenne M., « *La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon* », *D.* 2014, pp. 1164 s.

Dreyer E., « *Interrogations sur la responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement* », *Légipresse*, juin 2004, n° 212, p. 89-90.

Dreyer E., « *La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée* », *JCP G* 2008, I, 201

Dreyer E., « *Le blocage de l'accès aux sites terroristes ou pédopornographiques* », *JCP G* 2015, doct. 423.

Dreyfus J.-D., « *Pourquoi les autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique* », in B. Bouloc (dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 9-13.

Duong L.-M., « *Le traitement juridique du préjudice « immatériel »* », JCP E, 2005, 525.

Duong L.-M., « *Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau* », D. 2010, pp. 783 s.

Dupré de Boulois X., « *Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé* », JCP G, 2007, n° 49, I, 211.

E

Encinas de Munagorri R., *La désobéissance civile : une source du droit ?*, RTD Civ., 2005, p. 73 s.

Esmein P., « *La faute et sa place dans la responsabilité civile* », RTD civ., 1949, pp. 481-490.

Esmein P., « *La commercialisation du dommage moral* », D. 1954 chr. p. 113

Esmein P., « *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité* », D. 1964, pp. 205-216.

Esmein P., « *Peine ou réparation* » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2 : *Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 37-42.

Ewald F., « *La faute civile, droit et philosophie* », Droits, 1987, n° 5, pp. 45-50.

E

Falque-Pierrotin I., « *La Constitution et l'internet* », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, n° 36, pp. 31-44.

Falque-Pierrotin I., « *Les responsabilités sur l'internet : les difficultés du débat* » in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. Légispresse, 2001, pp. 251-255.

Farjat G., « *Au-delà des concepts émergents du droit des affaires* », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 4-11.

Farjat G., « *Nouvelle réflexions sur les codes de conduite privée* », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 151-164.

Fischer J., « *Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile* », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 383 s.

Florestal E. et Perray R., « *L'arrêt Ficoba et ses conséquences : premier pas d'un droit autonome des héritiers à la protection des données personnelles du défunt ?* », RLDI 2015/113 n° 3702.

Flour Y., « *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?* », Droits, n° 5, 1987, p. 29 s.

Forest D., « *Piqûre de rappel sur le « droit à l'oubli numérique »* », RLDI 2011/70 n° 2321

Foriers P., « *Les lacunes du droit* », in C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 9 s.

Fortier V., « *La fonction normative des notions floues* », RRJ 1991, pp. 755-768.

Foyer J., « *Le droit civil dominé* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 13-20.

Frayssinet J., « *La traçabilité des personnes sur l'internet, une possible menace pour les droits et libertés* », in Pedrot Ph. (dir.), *Traçabilité et Responsabilité*, éd. Economica, 2003, pp. 88-113.

Frison-Roche M.-A., « *Existe-t-il un impératif d'action neutre dans les systèmes économiques régulés ?* », Economix, 2012,

22 p.
http://economix.fr/pdf/seminaires/lien/MAFR_Neutralite.pdf (consultée le 15 juin 2015)

Frison-Roche M.-A., « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », LPA, 28 déc. 2000, n° 259, pp. 4 s.

Frison-Roche M.-A., « Les bouleversements du droit par l'internet », in *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, pp. 47-76.

Frydman B., « Comment penser le droit global », in J.-Y Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012 pp. 17-48.

G

Galloux J.-C., « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014 », RTD Com. 2014 pp. 579 s.

Gasnier J.-P. et Roux O., « Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes internet », RLDI 2009/47, n° 1593.

Gateau C. et Rouhette T., « Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique », RLDI 2011/72, n° 2399.

Gautier P.-Y., « De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », D. 2011, p. 2054 s.

Gautier P.-Y., « Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », D. 2008 pp. 727 s.

Gautier P.-Y., « L'inopposabilité aux auteurs français d'une transaction collective américaine (arrêt de la Cour de New York, Google Books) », D. 2011, p. 1272.

Gautier P.-Y., « Rapport de synthèse », in *Le droit de l'immatériel*, Colloque, Arch. philo. dr., 1999, n° 43, pp. 233-240.

Gautrais V., « Hadopi : regards du dehors », RLDI/2011, n° 2218, pp. 87-94.

Gazzaniga J.-L., « Notes sur l'histoire de la faute », Droits, n° 5, 1987, pp. 17-28

Gérard Ph., « Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression » in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, pp. 152- 170.

Giblin R., « Evaluating Graduated Response », *Columbia Journal Of Law & The Arts*, 2014, vol. 37 n° 2, pp. 147-210.

Gilles D., « La neutralité de l'arbitre (XVI-XVIII^e s.) : une aspiration historique ou une nécessité moderne ? » in V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La neutralité et le droit*, Éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, pp. 159-178.

Gorchs B., « Vers un référé de l'Internet autonome », Comm. Com. électr., 2007, n° 12, ét. 31.

Granchet A., « Les amateurs. Création et partage de contenus sur Internet : nouveaux défis juridiques (compte rendu du forum Légipresse du 5 oct. 2007) », Legipresse 2007, n° 246, pp. 150-155.

Groffe J., « La mort numérique », D. 2015 p. 1609 s.

Groulier C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in C. Thibierge (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, pp. 199-210.

Grua F., « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ, 1994, pp. 1 s.

Grynbaum L., « Après la loi « économie

numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné », D. 2004, p. 2213 s.

Grynbaum L., « La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », JCP G, 2001, n° 12, I, 307.

Grynbaum L., « LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet », Comm. Com. électr. 2004/9, ét. n° 28, p. 36 s.

Guerrier C. « La « Loppsi 2 » en 2011 », RLDI 2011/70 n° 2325.

Guinchard S., « L'action de groupe en procédure civile française », RIDC, 1990-2, pp. 599-635.

Guinchard S., « Les procès hors les murs », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, pp. 201-216.

H

Hardouin R., « L'hébergeur et la publicité : la neutralité comme condition d'une coexistence », RLDI 2010/62, n° 2041, spé. p. 50-51.

Henriot J., « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsable » », Arch. philo. dr., n° 22, 1977, pp. 59-62.

Huet A., « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger », JurisClasseur Procédure pénale, Fasc. 30.

Huet J., « Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le peer to peer et sur HADOPI) », 2009, p. 2939.

Huet J., « Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, pp. 507-516.

Huet J., « Un bien qui répand la terreur : le

droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », RLDI 2011/73, n° 2436, pp. 73-76.

Hugueney L., « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. II, pp. 249-257.

I

Idoux P., « Neutralité du Net : une prise de position décisive du régulateur américain », Revue Lamy de la concurrence, 2015/43 n° 2761.

Ivainer T., « Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices », D. 1972, chron, pp. 8-12.

J

Jeammaud A., « La règle de droit comme modèle », D. 1990, pp. 199 s.

Jestaz Ph., « Une question d'épistémologie à propos de l'affaire Perruche », RTD civ. 2001 pp. 547 s.

Jestaz Ph., « La sanction, cette inconnue du droit », D. 1986, pp. 197-204.

Jobart J.-C., « La logique juridique, de l'ordre et de désordre au chaos », R.R.J., 2006-4 (I), pp. 1891-1919

Josserand L., « La responsabilité envers soi-même », D. 1934, chron., pp. 73-76.

Josserand L., « Le contrat dirigé », D.H. 1933, chron., pp. 89-92

Jourdain P., « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », RCA, H.S., nov. 2000, pp. 5-9.

Jourdain P., « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 67-81.

Jourdain P., « Retour sur l'imputabilité », in

Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2007, pp. 511-527.

K

Karila de Van J., « *Le droit de nuire* », RTD civ. 1995, pp. 533-558.

Kessler G., « *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite* », D. 2005, pp. 2527 s.

L

Lambert-Faivre Y., « *L'éthique de la responsabilité* », RTD civ. 1998, pp. 1 s.

Lambert-Faivre Y., « *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation* », RTD. civ., 1987, pp. 1-19.

Lampe A.-S., « *De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN* », RLDI 2008/39, n° 1298, pp. 27-30.

Lampe A.-S., « *La protection d'œuvres illicitement partagées sur les sites communautaires du Web 2.0* », RLDI 2007/32, n° 1093, pp. 77-83.

Lardeux G., « *Détermination de la loi applicable* », JurisClasseur Droit international, Fasc. 553-1 n° 24.

Larrieu J., « *L'internationalité et Internet* », Revue Lamy Droit des affaires, 2002/46 suppl., pp. 41-49.

Larrieu J., « *Les frontières de la propriété : les idées* », Droit et Ville, 2006, n° 62, pp. 105-131.

Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny P., « *Droit du numérique* », D. 2014 p. 2317.

Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny P., « *Droit du numérique* », D. 2013 p. 2487.

Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny P., « *Droit du numérique* », D. 2012 p. 2343.

Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny P., « *Droit du numérique* », D. 2009 p. 1992.

Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny-Goy P., « *Droit du numérique* », D. 2011 p. 2363.

Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny-Goy P., « *Droit du numérique* », D. 2010 p. 1966.

Latina M., « *L'imprévision* », Blog Réforme du droit des obligations, 23 mars 2015 <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limpr-evision/> (consultée le 17 juill. 2015).

Latreille A., « *L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur* », Droit & Patrimoine, 2007, n° 162, pp. 28-39.

Leaffer M., « *Internet 2.0 : une perspective américaine* » in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0. Actes du colloque du 27 octobre 2008*, Litec, coll. « Collection IRPI », 2009, pp. 123-132.

Lecerf G., « *L'identification des groupes d'intérêt. Note sur le lobbying citoyen en France (avec mise en perspective européenne)* », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « Gazette du Palais », 2011, p. 89-110.

Leduc F., « *Causalité civile et imputation* », RLDC 2007/40 suppl., n° 2631.

Leduc F., « *L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux* » in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif. Colloque des 7 et 8 déc. 2000*, Chambéry, RCA, Hors-série, juin 2001, pp. 50-57.

Leduc F., « *Le droit de la responsabilité civile hors le code civil* », LPA, 6 juillet 2005, pp. 3 s.

Leduc F., « *Le spectre du fait causal* », RCA, 2001, n° 10, chron. 20.

Lepage A., « *Du sens de la mesure en matière de responsabilité sur l'internet* », D. 2001, p. 322 s.

Lepage A., « *Internet au regard de la loi du*

29 juillet 1881 sur la presse : un mode de communication comme un autre ? » in A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, coll. « Presaje », 2006, pp. 129 s.

Leroy J., « La force dissuasive de la norme pénale de fond », in C. Thibierge (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, pp. 389 s.

Lessig L., « Code Is Law. On Liberty in Cyberspace », *Harvard Magazine*, January-February 2000, <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (consultée le 26 déc. 2013).

Lévy M. et Eskinazi E., « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2005, n° 109, p. 33 s.

Limpens J., « La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé » in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 559-581.

Linant de Bellefonds X., « Gestation difficile », *Comm. Com. électr.*, n° 5, mai 2004, repère 5.

Linant de Bellefonds X., « Le droit de décompilation des logiciels : Une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G* 1998, I 118.

Lucas A., « La responsabilité civile du fait des choses immatérielles », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 817-826.

Lucas A., « La responsabilité des différents intermédiaires de l'internet », in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. Légispresse, 2001, pp. 235-250.

Lucas de Leyssac C., « Les victimes », in B.

Bouloc (dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 135-143.

M

Macrez F., « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.* 2012, p. 749 s.

Maïa J., « L'« efficacité du droit » et les nouvelles technologies », *Arch. phil. droit*, 2011, n° 54, pp. 7-12.

Mainguy D., « Le « raisonnable » en droit (des affaires) », in E. le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2010, pp. 307-336.

Malaurie Ph., « L'effet pervers des lois » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, pp. 309-316.

Malaurie Ph., « L'effet prophylactique du droit civil » in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean-Claude Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 669-686.

Malaurie Ph., « L'humilité et le droit » in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, 725 s.

Malaurie Ph., « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, pp. 603-620.

Manara C., « Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM », *Juriscom*, 4 nov. 2011, 18 p., <http://juriscom.net/wp-content/documents/resp20111004.pdf> (consultée le 5 mai 2014)

Marino L., « Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs », *RCA*, 2011, n° 6, ét. 8.

Marino L., « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 22 s.

- Martial-Braz N., Rochfeld J., Gattone É., « *Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ?* », D. 2013 p. 2788 s.
- Martin G., « *Principe de précaution et responsabilités* », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, pp. 415-421.
- Marty G., « *Illicéité et responsabilité* », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, pp. 339-350.
- Marty G., « *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile* », RTD civ. 1939, pp. 685-712.
- Maxwell W., « *La neutralité du net et la liberté d'expression* », Légipresse, juin 2010, n° 273, pp. 59-60.
- Mazeaud D. et Genicon T., « *Protection des professionnels contre les clauses abusives* », RDC 2012, n° 1, pp. 276 s.
- Mazeaud D., « *La protection par le droit commun* » in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, pp. 33-54.
- Mazeaud D., « *Responsabilité civile et précaution* », RCA juin 2001, HS, pp. 72-76.
- Mazeaud H., « *La « faute objective » et la responsabilité sans faute* », D. 1985, chron., pp. 13-14.
- Mbongo P., « *La « neutralité économique de la Constitution » à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation* », LPA, 22 janv. 2009 n° 16, p. 79 s.
- Mekki M., « *La cohérence sociologique de la responsabilité civile* », in *Études Offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 739-762.
- Mekki M., « *Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique »* », Revue des contrats, 2007 n° 3, p. 681s.
- Mekki M., « *Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels* », LPA, 12 janv. 2005, pp. 3 s.
- Mekki M., « *Rapport général* », in M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso éd., Coll. « Gazette du Palais », 2011, pp. 11-85.
- Mésa R., « *La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ?* », Gaz. Pal., 21 nov. 2009, n° 325, pp. 15-21.
- Mésa R., « *L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives* », D. 2012, pp. 2754-2759.
- Messaï-Bahri S. et Rousille M., « *La responsabilité pour faute des personnes morales* », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, pp. 119-129.
- Mestre J., « *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives* » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommages à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 677-688.
- Meuris F., « *La proposition d'une neutralité bienveillante* », Comm. Com. électr. 2012, n° 7, alerte 56.
- Molfessis N., « *Le titre des lois* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 47-72.
- Montero É., « *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet* », Revue Ubiquité, 2000/5, pp. 99-117.
- Montero É., « *Les responsabilités liées au web 2.0* », Revue du Droit des Technologies de l'Information, 2008/32, pp. 363-388.

Montéro É., Van Enis Q., « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », RLDI 2010/61, n° 2028, pp. 86-99.

Mouly J., « L'abandon de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile du fait des choses. Enjeux et perspectives. », D. 2011, p. 690 s.

Mouly J., « Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui ? », RCA, 2008, n° 9, ét. 10.

Mousseron J.-M., « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en l'honneur d'André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 277-283.

O

Oppetit B., « Éthique et vie des affaires » in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, pp. 319-333.

Oppetit B., « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 39-50.

Osman F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources du droit », *RTD civ.* 1995, pp. 509-531.

Oudot P., « La perte de chance : incertitude sur un préjudice certain », *Gaz. Pal.*, 26 févr. 2011, n° 57, pp. 8 s.

Oudot P., « L'internet et la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 3 nov. 2007, n° 307, pp. 2 s.

P

Paisant G., « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G*, 2013, 589.

Pech L., « Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information », *Comm. Com. électr.*, juill. 2004, n° 7, ét. 20.

Pech L., « Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 3000.

Pecnard C., « Libre propos sur le principe de responsabilité », *LPA*, 14 oct. 2004, n° 206, p. 3 s.

Penneau A., « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *LPA*, 13 mai 2004 n° 96, pp. 3 s.

Perelman C., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 363-374.

Pérès C., « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité », in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso Édition, 2008, pp. 805-834.

Piedelièvre S., « *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?* » in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif. Colloque des 7 et 8 déc. 2000*, Chambéry, RCA, Hors-série, juin 2001, pp. 68-72.

Pin X., « *Le centenaire de l'arrêt Laurent-Atthalin* », *D.* 2007 p. 1025.

Piriou F.-M., « *Un régime spécifique en faveur des livres indisponibles du XX^e siècle* », *Légicom* 2014, n° 51, pp. 23-30.

Planiol M., « *Études sur la responsabilité civile* », *Rev. crit. lég. jur.*, 1905, pp. 277-292.

Portalis J.-É.-M., « *Présentation et exposé des motifs au corps législatif (séance du 3 frimaire an X)* » in A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1836, p. 33-52.

Portalis J.-É.-M., « *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* » (signé

Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville) in, A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 465-523.

Q

Quémener M., « Signalez l'illicite sur internet » D. 2013, Entretien, p. 2096.

R

Racine J.-B., « La valeur juridique des codes de conduite privée dans le domaine de l'environnement », RJE, 1996, n° 4, pp. 409-424.

Radé C., « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », in *Responsabilité civile et assurance. Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 375-390.

Radé C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », D. 1998, p. 301 s.

Radé C., « Réflexion sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999, pp. 313 s.

Rapp L., « Distribution en réseaux et réseaux de distribution : l'infrastructure peut-elle rester durablement neutre ? », RLDI 2007/33, n° 1125.

Rebut D., « Extradition » in *Rép. de droit international*, Dalloz, janv. 2015 (en ligne).

Reidenberg J., « L'encadrement juridique de l'internet aux États-Unis » in *L'internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000*, Victoire Éd., coll. Légispresse, 2001, pp. 139-156.

Rémy Ph., « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323 s.

Rials S., « Les standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 39-53.

Ripert G., « Le prix de la douleur », D. chron. 1948, pp. 1-4.

Rivero J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 675-685.

Robin A., « Le principe de neutralité de l'internet : les tentatives de neutralité de la technologie », in V. Fortier et S. Lebel-Grenier (dir.), *La neutralité et le droit*, Éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, pp. 113-127.

Robin A., « Neutralité du Net : vers une consécration européenne du principe ? », Comm. com. électr., 2015/6, ét. 12.

Rochfeld J., « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ. 2004, pp. 574 s.

Rojinsky C., « Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe », Gaz. Pal., 24 juin 2000 n° 176, p. 18 s.

Rousseau D., « Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3 ? », Légipresse, 2009 n° 267, pp. 173-174.

S

Saint Martin A., « Hébergeur et identification des contributeurs à un contenu : dans l'attente du décret d'application, la jurisprudence est fluctuante », RLDI/47, n° 1545.

Saint Martin A., « Proposition d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0 », RLDI 2007/32, n° 1070.

Saint-Pau J.-C., « Responsabilité civile et anormalité », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses

Universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 105-118.

Savatier R., « *L'inflation législative et l'indigestion du corps social* », D. 1977 chron, pp. 43-48

Savatier R., « *Le droit et l'accélération de l'histoire* », D. 1951, chron., p. 29-32.

Savatier R., « *Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation* », in Perelman Chaïm (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 521 s.

Schmidt-Szalewski J., « *L'internet ou l'illusion libertaire* », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, pp. 803-821.

Sédallian V., « *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique* », Cahiers du Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 110, janv. 1999.

Séguir Ph., « *Le terrorisme et les libertés sur l'internet* », AJDA 2015, pp. 160 s.

Siiriainen F., « *L'autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ?* », RLDI 2007/25 (suppl), n° 839.

Siiriainen F., « *La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel* », in M. Vivant (dir.), *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2014, pp. 37-62.

Siiriainen F., « *Préjudice, propriété intellectuelle et droit économique* », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Presse de la Sorbonne, 2002, pp. 91-114.

Siiriainen F., « *Réflexions sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le commerce électronique* », in J.-B. Racine (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de règlement des conflits, pluralisme du droit*,

L'Hermès, 2002, pp. 131-159.

Starck B., « *A propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle du droit* », JCP, 1970, I. 2363.

Starck B., « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* », RTD civ. 1958, pp. 475-516

Stoffel-Munck Ph., « *La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision* », AJCA, juin 2015, pp. 262-265.

T

Terré F., « *Être ou ne pas être... responsable. À propos des prestataires de service par Internet* », JCP G, 2011, n° 43, p. 1175 s.

Terré F., « *Propos sur la responsabilité civile* », Arch. philo. dr., 1977, n° 22, pp. 37-44.

Thibierge C., « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ. 2003, pp. 599 s.

Thibierge C., « *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité* », RTD Civ. 1999, pp. 561 s.

Thiérache C., « *Le droit à l'oubli numérique : un essai qui reste à transformer* », RLDI 2011/67, n° 2188.

Touffait A. et Tunc A., « *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celle de la Cour de cassation* », RTD civ. 1974, pp. 487-508.

Tourneau (Le) Ph., « *Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective* » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^e journée René Savatier, PUF, 1997, pp. 19-33.

Tourneau (Le) Ph., « *Folles idées sur les idées* », Comm. com. électr., 2001, n° 2, chron. 4.

Tourneau (Le) Ph., « *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la*

relativité de son déclin) », RTD. civ., 1988, pp. 505-518.

Tricoire E. « *La responsabilité du fait des choses immatérielles* », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp. 983-1002.

Trudel P., « *La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux* », texte préparé pour le cours DRT 3808, 2007, 9p.

<http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/RegulInternetmodelereso.pdf> (visitée le 23 juillet 2013)

Tunc A., « *Le droit en miettes* », Arch. philo. dr., 1977, n° 22, pp. 32-35.

Tunc A., « *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux* », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Éd. A. Pédone, 1975, t. I, pp. 407-415.

V

Vasseur M., « *Urgence et droit civil* », RTD civ., 1954, pp. 405-437.

Vergès E., « *Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé* », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Lexisnexis, 2012, pp. 853 s.

Vergès E., « *La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer* », D. 2014, p. 617 s.

Villey M., « *Esquisse historique sur le mot responsable* », Arch. philo. dr., n° 22, 1977, pp. 45-58.

Viney G., « *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques* », Arch. philo. dr., 1977, pp. 5-22.

Viney G., « *Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ?* », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre*

Catala, Litec, 2001, pp. 555-566.

Viney G., « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, pp. 2944 -2954.

Vivant M., « *Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon* », RLDI 2009/51, éditorial, pp. 3-5.

Vivant M., « *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* », JCP G 1996, I, 3969.

Vivant M., « *Droit d'auteur : déroutante territorialité* », D. 2013 p. 1973

Vivant M., « *Internet, piratage et contrefaçon* », D. 2009 p. 1808 s.

Vivant M., « *Internet, support publicitaire régulation et déontologie* », Gaz. Pal., 1997, II, doct. pp. 1503-1506.

Vivant M., « *L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire* », JCP G, 2000, I 193.

Vivant M., « *La pratique de la gratuité en droit d'auteur* », RLDI 2010/60 n° 1993.

Vivant M., « *La responsabilité des intermédiaires de l'internet* », JCP G 1999, I, 180.

Vivant M., « *Le commerce électronique, défi pour le juge* », D. 2003 p. 674.

Vivant M., « *La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations* », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, pp. 1151-1168.

Vivant M., « *Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle* », D. 2011 p. 2351.

Vivant M., « *Ingénierie inverse, ingénierie perverse ?* », JCP E 1991, I, 56.

Von Lewinski S., « *What is wrong with Copyright?* », PlanetAgora, 2005 http://www.planetagora.org/theme2_suj6_note.html

W

Wu T., « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », Journal of Telecommunications and High Technology Law, vol. 2, p. 141, 2003, disponible via

SSRN : <http://ssrn.com/abstract=388863> (visitée le 30 juill. 2012).

Z

Zenati F., « *L'immatériel et les choses* », Arch. phil. Droit, 1999, t. 43, pp. 79-95.

Extrait des notes, observations et documents de jurisprudences

Benabou V.-L. et Rochfeld J., D. 2014, p. 1476 note ss. CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.*

Benabou V.-L., RLDI 2009/52 n° 1735 note ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Benoit-Rohmer F., RTD eur. 2012 p.404, obs. ss. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10.

Bruguière J.-M., JCP E 2012, n° 1627, obs. ss. Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188, 11-13.666, 11-13.669.

Bruguière J.-M., D. 2009, p. 1770 obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

Bruguière J.-M., D. 2009, p. 1770 obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Caron C., Com. Comm. électr. 2012/1, comm. 2, obs. ss. Civ. 1, 20 oct. 2011, n° 10-14.069 :

Caron C., Comm. Com. électr. 2011 comm. 32 obs. ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*).

Caron C., Comm. com. électr., 2012, comm. 91, obs. ss. Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188, 11-13.666, 11-13.669.

Caron C., Comm. com. électr., 2012, comm. 91, obs. ss. Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188, 11-13.666, 11-13.669

Castets-Renard C., D. 2012, p. 2075, note ss. Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188, 11-13.666, 11-13.669.

Castets-Renard C., RLDI 2010/56 n° 1934

note ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Castets-Renard C., RLDI 2010/58 n° 1934 note ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Castets-Renard C., RLDI 2010/61 n° 1999 note ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google*, aff. C-236/08.

Castets-Renard C., RLDI 2011/74, n° 2460, note ss. CJUE, 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Castets-Renard C., RLDI 2013/96 n° 3204 note ss. Civ. 1, 19 juin 2013, n° 12-17.591.

Castets-Renard C., RLDI 2014/106, n° 3535 note ss. CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.*

Castets-Renard C., RLDI 2015/112 n° 3362 note ss. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 2 déc. 2014.

Castets-Renard C., RLDI 2012/79, n° 2622 note ss. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10.

Castets-Renard C., RLDI 2011/69 n° 2258, note ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*).

Castets-Renard C., RLDI 2010/63, n° 2063, note ss. Com., 10 juill. 2010, n° 06-20.230, 05-14.331 et 08-13.944.

Cerf V., « *Étude technique sur les possibilités de filtrage en fonction de la provenance géographique d'internaute* » in *Rapport d'expertise présenté en défense par Yahoo! Inc. dans l'affaire Front 14*, juill. 2000, 28 p.,

<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000811-rp-def.pdf>

Cruz Villalón P., Conclusions de l'avocat général, 14 avr. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ Sabam*

De Lamy B., RSC 2010 p. 209, obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Debet A., Comm. Com. électr. 2014, ét. 13 note ss. CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.*

Debet A., Comm. com. électr., 2012, n° 6, comm. 63 obs. ss. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10.

Debet A., JCP G 2011, n° 18, 520, note ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*).

Debet A. Comm. Com. électr. 2013 n° 7, comm. 77 obs. ss. CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, aff. *Ahmet Yildirim c/ Turquie* :

Debet A., Comm. Com. électr., 2012, n° 6, comm. 63 obs. ss. CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM*, aff. C-360/10.

Debet A., Comm. com. électr., nov. 2012, comm. n° 122, obs. ss. TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, *TF1 et a. c/ Dailymotion*.

Derieux E., JCP G 2010, 112, obs. ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Derieux E., RLDI 2012/78, n° 2611 obs. ss. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10.

Derieux E., RLDI 2013/96 n° 3203 note ss. Civ. 1, 19 juin 2013, n° 12-17.591.

Dreyfus N., RLDI 2008/39 n° 1297 note ss. TGI Paris, ch. 3, sect. 1, 15 avr. 2008, J.-Y. L. et a. c/ *Sté DailyMotion et a.*

Francillon J., RSC 2012, p. 163, obs. ss. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10.

Francillon J., RSC 2012, p.163, note ss. CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM*, aff. C-360/10.

G. Ripert, Rev. crit. lég. jur., 1910, pp. 144-

149 obs. ss. CA Dijon, 28 déc. 1908

Gautier P.-Y., D. 2011, p. 2054 note ss. CJUE, 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Grynbaum L. 2015/112 n° 3671 note ss. TGI Paris, ch. 3, réf., 4 déc. 2014.

Grynbaum L., D. 2011 p. 1113, note ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*).

Grynbaum L., RLDI 2010/60 n° 1980 note obs. ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google*, aff. C-236/08.

Grynbaum L., D. 2011 p. 1113, note ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (arrêt *Dailymotion*), 09-13.202 (arrêt *Fuzz*).

Grynbaum L., RLDI 2011/74, n° 2459, note ss. CJUE, 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Larrieu J., Propriété industrielle, 2010, comm. 25 note ss. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 sept. 2009, n° 07/20549.

Larrieu J., Propriété industrielle, 2010, comm. 45 note ss. CJUE, 23 mars 2010, *Google*, aff. C-236/08.

Larrieu J., Propriété industrielle, 2012, comm. 9 obs. ss. CA Douai, ch. 1, sect. 2, 5 oct. 2011, JurisData n° 2011-022690.

Larrieu J. D. 2010, p. 1974, obs. J. obs. ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Larrieu J., Propriété industrielle, 2005/4, éd. 9, note ss. Com., 11 janv. 2005, n° 02-18.381, *Hugo Boss*.

Lepage A., Comm. Com. électr. 2008/4, comm. 58 obs. ss. TGI Paris, réf., 3 mars 2008, X. c/ *Note2be.com*.

Lindon R., D. juris. 1983 p. 376 obs. ss. CA Paris, 1^{er} ch., 26 avril 1983

Lindon R., D. juris. 1984 p. 283 obs. ss. TGI Paris, réf., 31 janv. 1984.

Manara C., D. 2012, p. 2075, obs. ss. Civ 1, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188,

11-13.666, 11-13.669.

Manara C., D. 2011, p. 1965, obs. ss. CJUE, 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Marino L., D. 2009 p. 2045, obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

Marino L., D. 2009 p. 2045, obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Marino L., JCP G, 2014, 768 note ss. CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.*

Martial-Braz M. et Rochfeld J., D. 2014, p. 1481 note ss. CJUE, 13 mai 2014, C-131/12, aff. *Google Spain SL et a. c/ AEPD et a.*

Jääskinen N., Conclusions de l'avocat général, 9 déc. 2010, *eBay*, aff. C-324/09

Pollaud-Dulian F., RTD com. 2011, p. 351, obs. ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*).

Pollaud-Dulian F., RTD com. 2009 p. 730, note ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Revet T., RTD civ. 2009 p. 754 obs. ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Rousseau D., RLDI 2009/51 n° 1699 note ss. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *HADOPI 1*.

Saint Martin A., RLDI n° 2309 note ss. Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (*Dailymotion*), 09-13.202 (*Fuzz*).

Saint-Martin A., RLDI 2010/56 n° 1935 note ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Saint-Martin A., RLDI 2010/58, n° 1935 note RLDI 2010/58 ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Schaffner M. et Sroussi G., RLDI 2010/59 n° 1951 note ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Stoffel-Munck Ph., Comm. com. électr. 2010, comm. n° 25 obs. ss. Civ. 1, 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *Tiscali*.

Tréfigny-Goy P., D. 2011, p. 2372, obs. ss. CJUE, 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Treppoz E., RTD eur. 2011. 847, obs. ss. CJUE, 12 juill. 2011, *eBay*, aff. C-324/09.

Troianiello A., RLDI 2012/78, n° 2613 obs. ss. CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM*, aff. C-360/10.

Vivant M. et Vercken G., Légipresse 2005, 207, III, p. 236, note ss. CA Paris, 22 avr. 2005.

Vivant M. et Vercken G., Légipresse, 2004, 214, II, p. 148, note ss. TGI Paris, 30 avr. 2004.

Rapports, études et avis

Anziani A. et Béteille L., *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information du Sénat, n° 558 (2008-2009), 15 juillet 2009 : <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>

ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, Les Actes de l'ARCEP, sept. 2010, 62 p.

ARCEP, *Neutralité des réseaux. Network neutrality. Actes du colloque du mardi 13*

avril 2010, Les rapports de l'ARCEP, juill. 2010, 117 p. http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/actes-colloque-neutralite-130410-juil10.pdf

ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012, 133 p.

Assouline D., *Rapport sur le projet de loi organique et sur le projet de loi relatifs à l'indépendance de l'audiovisuel public*,

Sénat n° 848 (2012-2013), 157 p.
<http://www.senat.fr/rap/l12-848/l12-848l.pdf>

Attali J. (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, 2008, 242 p.
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041/0000.pdf>

Béteille L. et Yung R., *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, 9 févr. 2011, n° 296, 79 p.

Bloche P. et Verchère P., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur les droits de l'individu dans la révolution numérique*, 22 juin 2011, n° 3560, 384 p.

Callanan C., Gercke M., De Marco E., H. Dries-Ziekenheiner (trad. E. De Marco), *Filtrage d'Internet. Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, Étude réalisée à l'initiative de l'Open Society Foundations, 2009, 257 p.
<http://juriscom.net/wp-content/documents/lib20100520.pdf>

CNIL, Délibération n° 2013-223 du 18 juill. 2013 portant avis sur un projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé « PHAROS ».

Commission européenne, *L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe*, 19 avr. 2011, COM(2011) 222 final, 11 p.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:FR:PDF>

Commission européenne, *Promouvoir l'innovation par le brevet. Livre Vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe*, Com(1997) 314 final, 24 p.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0314:FIN:FR:PDF>
 (consultée le 14 juill. 2014).

Commission mixte paritaire, *Projet de loi*

pour la confiance dans l'économie numérique, 27 avr. 2004, 71 p.
<http://www.senat.fr/rap/l03-274/l03-274l.pdf>

Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Doc. fr., 1998, 193 p. (version PDF)
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001519/index.shtml>

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr., 2014, 446 p.
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000541/>

Conseil de l'union européenne, *Conclusions du Conseil sur l'internet ouvert et la neutralité de l'internet en Europe*, 13 déc. 2011, 6 p.
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/fr/trans/126891.pdf

Conseil fédéral Suisse, *Rapport sur la neutralité publié en annexe du « rapport sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90 »*, 29 nov. 1993, 32 p. (version pdf), disponible sur
<http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00437/00463/index.html?lang=fr>

Conseil national du numérique, *Avis n° 2013-1 du Conseil National du Numérique sur la « Net Neutralité »*, 1^{er} mars 2013, 2 p.
<http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-avis-net-neutralite-VFINALE.pdf>

Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable (Avis n° 2014-2)*, Rapport, 2014, 118 p., http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2014/06/CNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf

Conseil national du numérique, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport, 2015, 397 p.
<http://contribuez.cnnumerique.fr/sites/default/files/media/CNNum--rapport->

[ambition-numerique.pdf](#)

Conseil national du numérique, *Rapport relatif à l'avis net neutralité n° 2013-1 du 1^{er} mars 2013*, 2013, <http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-rapport-net-neutralite-VFINALE.pdf>

Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), *Rapport annuel, 2013*, 219 p. http://www.csa.fr/content/download/48241/490501/file/rapport_annuel_CSA_web.pdf

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet présidée par P. Sirinelli*, 4 juill. 2008, 98 p. <http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/18987/162834/file/Rapport%20prestataires%20de%20l%27Internet%202008.pdf>

Curien N. et Maxwell W., *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, 126 p.

De Montgolfier A. et Dallier Ph., *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur le rôle des douanes dans la lutte contre la fraude sur internet*, Sénat, 2013-2014, n° 93, 86 p. <http://www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-093-notice.html>

Dionis du Séjour J. et Erhel C., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, 23 janv. 2008, 103 p.

Dionis du Séjour J., *Rapport sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 déc. 2003, n° 1282, 1^{ère} partie, 86 p.

Equancy et Tera Consultants, *HADOPI : Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France. Quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique*, nov. 2008, 73 p. <http://www.sacem.fr/files/content/site>

[s/fr/files/mediatheque/sacem/presse/etudes/Impact_Piratage_France.pdf](#)

(consultée le 31 déc. 2013).

Erhel C. (présidente) et Raudière (de la) L. (rapporteuse), *Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la neutralité de l'internet et des réseaux*, 13 avril 2011, 145 p.

Falque-Pierrotin I., *Internet : enjeux juridiques : rapport au ministre délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace et au ministre de la culture*, Doc. fr., 1997, 151 p.

FCC Policy Statement on Network Neutrality FCC 05-151 (2005), 3 p. http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf

Gaillard Y., *La politique du livre face au défi du numérique*, Rapport d'information du Sénat n° 338 (2009-2010), 25 févr. 2010, 103 p. <http://www.senat.fr/rap/r09-338/r09-3381.pdf>

Groupe 29, *Avis 2/2006 sur les problèmes de protection de la vie privée liés à la fourniture de services de vérification du contenu des courriers électroniques*, 21 févr. 2006, 00451/06/FR WP 118, 11 p. http://www.cnpd.public.lu/fr/dossiers-thematiques/nouvelles-tech-communication/cybersurveillance-lieu-travail/wp118_fr_pdf.pdf

Groupe 29, *Guidelines on the implementation of the court of justice of the european union judgment on "google spain and inc v. agencia española de protección de datos (aepd) and mario costeja gonzález*, 26 nov. 2014, C-131/12, 14/EN WP 225, 20 p. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf

Herisson P. et Sido B., *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rapport du Sénat, n° 232, annexé au procès-verbal de la séance du

3 mars 2004, 59 p.
<http://www.senat.fr/rap/103-232/103-2321.pdf>

Imbert-Quaretta M., *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne. Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication*, 2014, 39 p.

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Ressources/Rapports-administratifs/Outils-operationnels-de-prevention-et-de-lutte-contre-la-contrefacon-en-ligne>

Joyandet A., Hérisson P. et Türk A., *L'entrée dans la société de l'information. Rapport d'information n° 436 de la Mission commune d'information sur l'entrée dans la société de l'information*, 1996 /1997
http://www.senat.fr/rap/r96-436/r96-436_mono.html

La Rue F., *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/17/27 (Nations Unies), 16 mai 2011, 22 p.
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

Lescure P., *Acte II de l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 2013, t. 1, 719 p.

McKinsey&Compagny, *Impact d'internet sur l'économie française. Comment internet transforme notre pays*, 2011, 41 p.
<http://www.economie.gouv.fr/files/rapport-mckinsey-company.pdf>

Ministère de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, *France Numérique. Bilan et perspectives*, 2011, 80 p.,
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/114000700/>

Morin-Desailly C., *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, Rapport d'information du Sénat n° 696, 8 juill. 2014, 398 p. <http://www.senat.fr/rap/r13-696-1/r13-696-11.pdf>

OECD, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, OECD Publishing, 2008, 396 p.
http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/trade/the-economic-impact-of-counterfeiting-and-piracy_9789264045521-en. M.-à-j. 2009:
<http://www.oecd.org/industry/ind/44088872.pdf>

Reporters Sans Frontières, *Les ennemis d'internet. Rapport 2012*, 72 p.,
http://fr.rsfs.org/IMG/pdf/rapport_ennemis_internet_2012.pdf

Robert M., *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, Ministère de la justice, févr. 2014, 277 p.
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000372/>

Scott Marcus J., Nooren P., Cave J. et Carter K. R., *Neutralité des réseaux, défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux États-Unis d'Amérique* (rapport commandé par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs), mai 2011, ét., IP/A/IMCO/ST/2011-02, 51 p.

SPEDIDAM, *Musique, Internet et partage de la valeur : 8 propositions pour les artistes-interprètes*, 2014, 64 p.,
<http://www.spedidam.fr/medias/livre-blanc-8-propositions.pdf>

Unifab, *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France*, Rapport, avr. 2010, 136 p.
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000186/>

Zelnik P., Toubon J. et Cerutti G., « *Création et internet* », Rapport au Ministère de la culture et de la communication, janv. 2010, 147 p.,
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000006/index.shtml>

Accord interinstitutionnel, *Mieux légiférer*, 2003/c 321/01, 5 p.

La neutralité de l'internet : Un atout pour le

développement de l'économie numérique. Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, 50 p.

Secrétariat d'État à la Prospective et au Développement de l'économie numérique, *Consultation publique sur la « neutralité du net »*. Synthèse des réponses, 2010, 20 p.

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/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, COM(2003) 702 final, 28 p.

Hors champ

N.B. : La présente étude a nécessité l'utilisation de documents écrits par des non juristes ou par des juristes publiant sur des supports non juridiques. Ces documents sont réunis sous la rubrique « Hors champ », car ils n'adoptent pas le formalisme propre aux écrits juridiques.

Anderson N., « *Vint Cerf: one quarter of all computers part of a botnet* », *Ars Technica*, 25 janv. 2007, <http://arstechnica.com/uncategorized/2007/01/8707/> (consultée le 4 mai 2014).

Barlow J.-P., « *Vendre du vin sans les bouteilles : l'économie de l'esprit sur le réseau global* » (traduit de l'anglais), in O. Blondeau et F. Latrive, *Libres enfants du savoir numérique*, Éditions de l'Éclat, 2000, pp. 83-128. Document en anglais disponible sur <https://projects.eff.org/~barlow/EconomyOfIdeas.html> (consultée le 25 juill. 2013)

Berners-Lee Tim in IBM developerWorks Interviews, 22 August 2006, <http://www.ibm.com/developerworks/podcasts/dwi/cm-int082206txt.html> (consultée le 28 déc. 2013)

Berners-Lee Tim, « *Long Live the Web: A Call for Continued Open Standards and Neutrality* » 22 nov. 2010, publié dans *Scientific American*, <http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=long-live-the-web> (Consultée le 4 mars 2013)

Bloch E., *Communication de crise et médias sociaux*, Dunod, coll. « Fonctions de l'entreprise », 2012, 224 p.

Brand S., « *We owe it all to the hippies* », *Time Magazine*, 1^{ère} mars 1995, http://members.aye.net/~hippie/hippie/special_.htm (consultée le 29 nov. 2013)

Cardon D., *La démocratie internet. Promesses et limites.*, Seuil, coll. « La république des idées », 2012, 104 p.

Cerf V., « *Internet Access Is Not a Human Right* », *The New York Times*, 4 janv. 2012, <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html> (consultée le 6 mai 2013)

Colombier N., M'Chirgui Z. et Pénard T., « *Une analyse empirique des stratégies d'interconnexion des opérateurs internet* », *Revue d'économie Industrielle*, 2010, vol. 131, pp. 25-50.

Crocker S. D., « *How the Internet Got Its Rules* », *The New York Times*, 6 avr. 2009 <http://www.nytimes.com/2009/04/07/opinion/07crocker.html> (consultée le 22 avr. 2013)

Dahlgren P. et Relieu M., « *L'espace public et l'internet. Structure, espace et communication* », *Réseaux*, 2000, vol. 18, n° 100, pp. 158-186.

Dang-Nguyen G. et Pénard T., « *Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements*

stratégiques aux droits de propriété », Revue d'économie industrielle, 2000, vol. 92, pp. 297-316.

Electronic Frontier Foundation, *RIAA v. The People : Five Years Later*, sept. 2008, 20 p. <https://www.eff.org/files/eff-riaa-whitepaper.pdf> (consultée le 30 avr. 2014)

Flichy P., *L'imaginaire d'internet*, La découverte, coll. « Science et société », 2001, 273 p.

Internet society, « Les interconnexions d'Internet. Les propositions pour un nouveau modèle d'interconnexions par Internet ne suffisent pas », Documents d'information, 2012, 12 p. http://www.internetsociety.org/sites/default/files/bp-interconnectionproposals-201208-fr_0.pdf (consultée le 7 juin 2014)

Lessig L. et McChesney R. W., « No Tolls on The Internet », Washington Post, 8 juin 2006, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/07/AR2006060702108.html> (consultée le 26 juill. 2012).

Merton Robert K., « The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action », American Sociologie Review, vol. 1, Issue 6, Dec. 1936, pp. 894-904.

Moglen E., « A bas les intermédiaires ! » (traduit de l'anglais, originalement publié dans *The Nation*), *Courrier International*, 15 janv. 2004, <http://www.courrierinternational.com/article/2004/01/15/a-bas-les-intermediaires> (consultée le 28 juin 2013)

Mueller M., « DPI Technology from the standpoint of Internet governance studies: An introduction », Syracuse University, 11 p., http://dpi.ischool.syr.edu/Technology_files/WhatIsDPI-2.pdf (consultée le 4 mai 2014).

Muguet F. et Stallman R., « Déclaration de principes du mécénat global », 12 sep. 2009,

<https://stallman.org/mecenat/global-patronage.fr.html>

Musso P., « La rétiologie », Quaderni, n° 55, Automne 2004, pp. 21-28

Noam E., « Why the Internet Is Bad for Democracy », Communications Of The ACM, October 2005/Vol. 48, n°. 10, pp. 57-58

Noam E., « Why TV regulation will become telecom regulation », *Financial Times*, 24 oct. 2006, <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/97c883b2-5ebf-11db-afac-0000779e2340.html> (consultée le 3 mars 2013).

Parrochia D., « Quelques aspects historiques de la notion de réseau », Flux n° 62, oct.-déc. 2005, pp. 10-20.

Rapp L., « Dialogue de sourds autour du principe de neutralité », Les Échos, n° 19105, 1^{er} mars 2004, p. 13

Schafer V. et Le Crosnier H., *La neutralité de l'internet. Un enjeu de communication*, CNRS Éditions, Coll. « Les Essentiels d'Hermès », 2010, 168 p.

Siwek S. E., *The True Cost of Sound Recording Piracy to the U.S. Economy*, Institute for Policy Innovation, Policy Report 188, 2007, 28 p. http://www.ipi.org/docLib/20120515_SoundRecordingPiracy.pdf (consultée le 30 avr. 2014).

Vox Internet, *Réponse collective à la consultation publique sur la « neutralité du Net »*, 17 mai 2010, <http://www.csi.ensmp.fr/voxinternet/www.voxinternet.org/spip889e.html?rubrique34&lang=fr> (consultée le 4 mars 2013)

Weller D. et Woodcock B., « Internet Traffic Exchange: Market Developments and Policy Challenges », OECD Digital Economy Papers, 2013, n° 207, 98 p. <http://dx.doi.org/10.1787/5k918gpt130q-en> (consulté le 7 juin 2014).

Index

A

Abus de la liberté d'expression : 127, 377-3.

Accord de peering : 35, 468.

Accord de transit : 35, 467.

API : 480.

B

Best effort : 9, 462, 472.

Blocage : 366 s. (voy. aussi *Filtrage*).

- Administratif : 377, 390-391.
- Coût : 406.
- Légalité : 375 à 377-3.
- Mixte : 377-2, 390.
- Proportionnalité : 380-383.
- Recours : 393-394.
- Subsidiarité : 378-379.

C

Causalité (voy. aussi : *Imputation*).

- Matérielle (ou scientifique) : 528, 546, 645.

Cessation de l'illicite : 297 s.

- Hébergeurs : 299 s.

Voy. aussi *Procédure de notification de contenus illicites*.

- Fournisseurs d'accès à l'internet : 362 s.

Collaboration, voy. *Obligation / De collaboration*.

Consommateurs

- Clause attributive de compétence : 504.
- Commerce électronique : 576-577.
- Contrat d'accès à l'internet : 442, 444, **447**, 459.
- Juridiction compétente : 507.
- Loi applicable : 502-1.
- Mesures techniques de protection : 569.
- Vente liée : 490.

Contenus odieux :

- Définition : 330-331.
- Régime : 330, 332-333.

Contrat d'accès à l'internet :

- Neutralité de l'accès : 456.
- Ouverture : 455-465.
- Résiliation : 444-446.

Contrefaçon : 132-133.

- Sanction : 650 s., 658 s.
- Indemnisation : 639 s.

Copie privée : 628 s.

Coutume : 422, 602.

Cyberspace (théorie) : 520 s.

Digital Millennium Copyright Act : 206-207, 359.

D

Directeur de la publication : 202-1, 573.

Données personnelles : 129, 286 s.

Domage : 123 s. (voy. aussi *Préjudice*).

Domage et intérêts :

- Et bénéfices du responsable, voy. *Faute / Lucrative*.
- Punitifs : 661 s.

Droit à l'oubli numérique : 286 s., **317 s.**

Droit de la consommation : 457, 502-1, 507.

Droit de nuire : 112 s.

Droit de la régulation : 62-64, 471.

Droit mou : 415-423.

F

FAI : voy. *Fournisseurs d'accès à l'internet*.

Faute :

- Condition d'imputabilité : 214-217.
- D'abstention : 221, 354 s.
- Définition: 204.

- Et neutralité : 212 s.
- Lucrative : 658-660.

Filtrage : 369 (voy. aussi *Blocage*).

Fondement de la responsabilité :

Risque : 42 s., **174 s.**

Fonction normative de la responsabilité civile :

- Appliquée aux intermédiaires techniques : **30 s.**, 67 s.
- Appliquée aux utilisateurs : 593 s.
- Biaisée : 310 s.

Fonction structurante : 30 s.

Forum de discussion : 188, 255, 429.

Fournisseurs d'accès à l'internet : 34, 197-2.

- Qualification : 263 s.

G

Garantie (théorie de la) : 179.

Groupes d'intérêt : 137 s.

H

HADOPI, voy. *Riposte graduée*.

Hébergeurs : 37, 197-1. (voy. aussi *Qualification des intermédiaires techniques*).

I

Identification :

- Des acteurs du réseau : 69 s.
- Des utilisateurs du réseau : 525 s. (voy. aussi *Procédures d'identification*).

Imputabilité : 215-219.

Imputation : 545-557.

Intermédiaires techniques :

- Qualification, voy. : *Critères de qualification des intermédiaires techniques*.
- Responsabilité pénale : 200 s.

Internet :

- Caractère mondial : 81-83
- Historique : 7-11.
- Neutralité : 6-16, 24.

Interopérabilité : 478, 489, 620.

J

Juridiction compétente : 504 s.

L

Licences libres : 618-621.

Liberté de communication : **90-92**.

Libertés économiques : 93-95.

Limitation de responsabilité : 105 s., **196 s.**

Lobbys : voy. *Groupes d'intérêts*.

Logiciels libres, voy. *Licences libres*.

Loi applicable : 500 s.

M

Mesures techniques de protection : 569.

Moteurs de recherche :

- Qualification : 281-284.
- Neutralité : 282-284, 484.
- Ouverture (ou neutralité) : 484-487.

N

Nétiquette : 413-414, 522.

Neutralité du *net* :

- Définition : 13.
- Définition en droit de la responsabilité (proposition) : 164 s.
- Graduation : 168, 229 s.

Notification : voy. *Procédure de notification de contenus illicites*.

O

Obligation :

- De collaboration : 431 s.
- D'information : 442-443.

Obligation de collecte des données d'identification : 526 s.

- Données pertinentes : 530-536.
- Sanction : 536.

Ouverture (standard) : 447 s.

P

Peine privée : 661-664.

Pluralisme : 92.

Préjudice : 626 s. (voy. aussi *Domage*).

- Appréciation souveraine : 636-637.

Prescription :

- Et manifestement illicite : 316.
- Point de départ : 574 s.

Procédures d'identification : 539-540.

Procédure de notification de contenus illicites :

- Éléments nécessaires : 307-310.
- Contrôle du manifestement illicite : 313 s.
- Portée : 347 s.
- *Stay down* : 351-352.

Q

Qualification des intermédiaires techniques : 227 s., **252 s.**

- Critère de la rémunération : 243 s.
- Critère de la neutralité (proposition) : **262 s.**
- Critère du rôle actif : 255 s.
- Critère technique : 239 s.
- Distributive : 230 s.
- Unitaire : 245 s.

R

Relativité aquilienne (théorie de la) : 154.

Responsabilité civile :

- Fondements : 174-180.
- Fonction structurante : 30 s.

- Historique : 223.
- Universalisme : 592.

Responsabilité du fait d'autrui : 185-187, 554 s.

Responsabilité du fait des choses : 182-184.

Responsabilité pénale :

- Intermédiaires techniques : 60-62, **200 s.**, 247.

Riposte graduée : 588, 651-653.

- Normativité : 611, 652.

S

Surveillance :

- À la charge des intermédiaires techniques (non) : 221.
- Policière : 585 s.
- Institutionnalisée : 587 s.

Stockage intermédiaire : 39, **197-3.**

U

Usages

- De l'internet : 9-10.
- Juridiques : 413 s., 603, 617-623.

Table des matières

REMERCIEMENTS	V
SOMMAIRE.....	VII
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VIII
INTRODUCTION.....	1
Section 1. – La responsabilité civile au cœur du droit de l'internet	2
Section 2. – L'émergence du concept de neutralité du <i>net</i>	7
Section 3. – La nécessité d'une conciliation	16
PARTIE I. : L'INTÉGRATION DE LA NEUTRALITÉ DU NET PAR LA RESPONSABILITÉ CIVILE	21
TITRE I. – LES ENJEUX DE L'INTÉGRATION.....	23
<i>Chapitre 1. – La préservation de la neutralité du net</i>	<i>25</i>
Section 1. – La responsabilité civile comme condition de la neutralité du <i>net</i>	26
§ 1. – La fonction structurante de la responsabilité civile appliquée au réseau	28
I. – Les paramètres de la fonction structurante de la responsabilité civile.....	29
A. – Le champ d'application de la fonction structurante	29
1. – Un champ étendu aux acteurs du transport	30
2. – Un champ étendu aux acteurs du stockage	31
B. – Le degré de responsabilité du réseau pour ses usages	34
1. – Une stricte responsabilité : vers une structure fermée.....	35
a) La force normative d'une responsabilité objective	36
b) Des effets incompatibles avec la neutralité du réseau.....	40
2. – Une absence de responsabilité : vers une structure incontrôlée	42
II. – La place de la fonction structurante de la responsabilité civile.....	44
A. – Une fonction essentielle.....	45
B. – Une fonction non exclusive	47
1. – Une responsabilité pénale effacée.....	47

2. – Un droit de la régulation plébiscité	49
§ 2. – L’efficacité de la responsabilité civile appliquée au réseau.....	54
I. – Des acteurs du réseau réceptifs à la force normative de la responsabilité civile	54
A. – L’intérêt des acteurs du réseau à se conformer à la règle.....	54
1. – Le caractère identifiable des acteurs du réseau	55
2. – La nature économique des intérêts des acteurs du réseau	56
B. – L’intérêt des victimes à agir.....	57
II. – Un contexte technique défavorable à une parfaite efficacité.....	59
A. – La robustesse du donné technique	59
B. – Le contexte global du donné technique.....	61
Section 2. – Les usages comme cause de la protection de la neutralité.....	64
§ 1. – La protection de l’internet par le biais des libertés fondamentales.....	64
I. – L’internet n’est pas une liberté.....	64
II. – L’internet favorise les libertés	66
A. – La liberté de communication	66
B. – Les libertés économiques.....	71
§ 2. – Une protection fondée sur le caractère neutre de l’internet	73
I. – De la protection des usages à la protection de la neutralité	73
II. – Des limites de la protection des usages aux limites de la neutralité.....	76
<i>Chapitre 2. – La préservation du principe de responsabilité</i>	<i>79</i>
Section 1. – Un principe mis à l’épreuve des libertés fondamentales	79
§ 1. – Des libertés limitant l’empire de la responsabilité	80
I. – La limitation des effets normatifs de la responsabilité civile	80
II. – Des limitations de responsabilité inscrites dans le droit de leur temps	83
§ 2. – Une victoire des faits sur le droit ?.....	84
I. – Le jeu trouble du droit de nuire.....	85
A. – La nature dommageable de l’évolution des usages.....	85
B. – Un puissant processus d’évolution économique	88
II. – L’incidence de la prévalence temporelle des dommages	89
Section 2. – L’impérative réponse aux usages dommageables.....	91
§ 1. – Le constat de l’importance des dommages subis sur l’internet	92
I. – La force du constat.....	92
A. – Les risques pour les personnes.....	92
B. – Les pertes économiques	97
II. – Les limites du constat	100
§ 2. – Une réponse mettant en scène le jeu des groupes d’intérêt	101
I. – Des victimes en lutte pour la responsabilité des intermédiaires techniques	102
II. – La défense à géométrie variable de la neutralité du <i>net</i>	106
TITRE II. – LES MODALITÉS DE L’INTÉGRATION	111
<i>Chapitre 1. – L’identification des caractères d’un comportement neutre</i>	<i>113</i>
Section 1. – La recherche des caractères d’un comportement neutre.....	113
§ 1. – Le rejet d’une neutralité définie par ses effets.....	114

§ 2. – Les enseignements du raisonnement par analogie.....	116
I. – Les faibles apports de l’analogie en termes de responsabilité.....	116
II. – L’identification de caractères partagés dans les fonctions de la neutralité.....	119
Section 2. – Les caractères d’un comportement neutre utiles à l’intégration	122
§ 1. – L’absence de choix.....	122
§ 2. – L’intermédiation de contenus.....	124
<i>Chapitre 2. – La construction d’un régime de responsabilité limitée</i>	<i>127</i>
Section 1. – L’inadéquation des fondements extérieurs à la faute.....	128
§ 1. – La recherche d’un fondement théorique.....	129
§ 2. – La recherche d’un fondement technique	134
I. – Responsabilité du fait des choses	134
II. – Responsabilité du fait d’autrui	136
III. – Droit de la presse.....	139
IV. – Responsabilité personnelle étendue.....	140
Section 2. – L’adéquation du fondement de la faute civile	141
§ 1. – Une construction de droit positif	142
I. – L’assise légale du régime	142
A. – Des limitations de responsabilité au cœur du régime.....	142
1. – Des limitations intégrées par la responsabilité civile	142
2. – La fausse unité de la responsabilité pénale	148
B. – Le retour en grâce de la faute civile	154
II. – L’appui des solutions de droit comparé	158
§ 2. – Les apports de l’intégration de la neutralité	160
I. – La confirmation de motivations concordantes	160
II. – L’osmose des conditions de la responsabilité et de la neutralité	162
A. – Une condition d’imputabilité définissant la limite de la neutralité	163
1. – Une condition d’imputabilité spécifique.....	163
2. – La nécessaire preuve de l’imputabilité.....	167
B. – Un régime juridique garantissant la licéité de la neutralité	168
1. – L’interdiction d’édifier une obligation générale de surveillance.....	168
2. – L’autonomie de la faute de l’intermédiaire technique	171
<i>Chapitre 3. – La définition de critères de qualification pertinents.....</i>	<i>175</i>
Section 1. – Le principe d’une qualification distributive	176
§ 1. – L’utilité d’une qualification distributive	176
I. – L’utilité de préserver l’applicabilité du régime de responsabilité limitée pour les activités neutres	177
II. – L’utilité de préserver les mécanismes de droit commun pour les activités non neutres	178
A. – Une garantie d’adaptabilité.....	178
B. – Le refus de céder à la casuistique.....	180
III. – Le rejet des critères portant à confusion	181
A. – Le critère technique	182
B. – Le critère de la rémunération	185
§ 2. – L’utilité résiduelle de la qualification unitaire	187

I. – L’absence de neutralité des services globalement tournée vers l’illicite	187
II. – Les critères d’identification des activités globalement tournées vers l’illicite	189
Section 2. – La qualification des activités neutres	191
§ 1. – La cohérence d’un critère de neutralité	191
I. – La nécessité d’affiner le critère du rôle actif	192
II. – Le recours au critère de neutralité	195
§ 2. – Les apports d’un critère de neutralité	197
I. – La clarification de la qualification d’intermédiaires de transport	198
A. – L’identification de la part d’activité non neutre dans la fourniture d’accès	198
B. – L’exclusion des réseaux privés du champ d’application de la neutralité	200
II. – La graduation de la qualification d’hébergeur	203
A. – Les hébergeurs publiant des contenus fournis par des tiers	203
1. – Les hébergeurs ayant pour objet la publication des contenus	203
2. – Les hébergeurs publiant des contenus à titre accessoire	205
B. – Les hébergeurs renvoyant vers des contenus publiés par des tiers	209
1. – Les moteurs de recherche	210
a) La particularité d’une indexation automatique	210
b) La concurrence pressante de la législation protectrice des données personnelles	213
2. – L’édition de liens commerciaux	215
PARTIE II. : L’ENCADREMENT DE LA NEUTRALITÉ DU NET PAR LA RESPONSABILITÉ	
CIVILE	221
TITRE I. – LA RÉGULATION DES ACTIVITÉS DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES.....	223
<i>Chapitre 1. – La régulation des activités neutres.....</i>	<i>225</i>
Section 1. – La régulation des activités neutres des hébergeurs.....	226
§ 1. – Une régulation facilitée	227
I. – La voie privilégiée de la notification.....	227
A. – Une forme de remise en cause extrajudiciaire de la neutralité	227
1. – La fonction probatoire de la notification.....	228
a) La présomption de connaissance attachée à la notification.....	228
b) Les éléments nécessaires à la présomption	230
2. – La sanction des notifications abusives	233
B. – L’obligation de contrôle après notification	234
1. – Un contrôle portant sur l’illicite.....	234
a) L’autonomie de la notion d’illicite	234
b) Une perspective de réalisation pour le droit à l’oubli numérique.	237
2. – Un contrôle limité à des situations manifestes.....	240
a) Une appréciation simplifiée	241
b) Une appréciation circonstanciée	244
II. – Les exceptions à la notification	246
A. – La remise en cause extrajudiciaire de la neutralité sans notification	246
1. – L’exception des contenus odieux.....	246

2. – L'utilité des mécanismes de droit commun	249
B. – L'utilité persistante du recours au juge	252
§ 2. – Une régulation opportune	254
I. – L'efficacité de l'obligation de retrait des hébergeurs	254
A. – Une obligation justifiée par les pouvoirs des hébergeurs	254
B. – Une obligation variant selon le degré de neutralité des hébergeurs	256
1. – Un délai souple	256
2. – Une portée variable	257
a) Le cas du « sur-hébergeur »	257
b) L'obligation de déréférencement des moteurs de recherche	258
c) L'impossible généralisation de l'obligation de « stay down »	259
II. – Les sanctions de la régulation pratiquée par les hébergeurs	261
A. – La sanction de la faute d'abstention des hébergeurs	261
1. – Un préjudice détaché	261
2. – La question des recours en contribution	263
B. – La sanction de la faute de commission des hébergeurs	264
Section 2. – La régulation des activités neutres des transporteurs	266
§ 1. – L'encadrement du recours aux pouvoirs de régulation des transporteurs	266
I. – Des pouvoirs imparfaits	267
A. – Des techniques aux effets incertains	267
1. – Les techniques de blocage	267
2. – Les techniques de filtrage	269
B. – Des techniques dangereuses pour les droits des utilisateurs	270
II. – Des garanties nécessaires	272
A. – L'exigence de légalité	272
B. – L'exigence de subsidiarité	275
C. – L'exigence de proportionnalité	277
§ 2. – La mise en œuvre du pouvoir de la régulation des transporteurs	281
I. – Une mise en œuvre nécessitant l'intervention de l'autorité judiciaire	281
A. – Les organes habilités	282
1. – La légitimité de l'autorité judiciaire autorisée par la loi	282
2. – Les réserves suscitées par le blocage administratif	284
B. – L'exigence d'un recours effectif	285
II. – Des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi	286
A. – Une portée limitée	286
1. – L'intensité des mesures	287
2. – La sanction des mesures	288
B. – Une charge adaptée	290
1. – Le répondant des mesures	290
2. – La répartition du coût des mesures	291
<i>Chapitre 2. – La régulation des activités non neutres</i>	295
Section 1. – Le standard du prestataire raisonnable	296

§ 1. – Les sources du standard	297
I. – Un standard nourri par les usages	298
II. – Un standard nourri par des pratiques collaboratives	300
A. – Des pratiques génératrices d’un droit mou	300
B. – Des pratiques à valeur de modèle	303
§ 2. – Les effets du standard.....	306
I. – Des précautions envers les contenus	307
A. – Des précautions impossibles au niveau des FAI	307
B. – Des précautions circonstanciées au niveau des hébergeurs.....	308
1. – Les précautions de nature à limiter la neutralité de l’hébergeur	309
2. – Les obligations génératrices d’une responsabilité autonome	310
a) Des obligations inscrites dans un processus collaboratif	311
b) De la collaboration à l’association.....	314
C. – Des précautions nécessaires au niveau du terminal.....	315
II. – Des précautions envers les utilisateurs.....	317
A. – La généralisation des obligations d’information.....	317
B. – L’exclusion des auteurs d’usages illicites	319
Section 2. – Le standard du prestataire ouvert	322
§ 1. – La transversalité du standard.....	323
I. – Un standard utile à la préservation de la neutralité	323
II. – Un standard dépassant le principe de neutralité	325
§ 2. – Les manifestations du standard	326
I. – Les manifestations du standard au niveau des activités de transport.....	327
A. – Le caractère ouvert de l’accès.....	327
1. – L’encadrement du contrat d’accès	328
2. – La preuve de la défaillance	333
B. – Le caractère ouvert des accords internes au réseau	337
1. – Typologie des accords d’interconnexion	337
2. – La relation entre la couche réseau et la couche usages en toile de fond.....	339
3. – Accords d’interconnexion et moyens de droit privé	340
II. – Les manifestations du standard au niveau des activités des services en ligne.....	342
A. – L’ouverture des contrats	343
1. – L’ouverture des données.....	343
2. – L’ouverture des marchés.....	346
B. – La liberté du référencement	347
1. – L’affirmation du principe de la liberté d’établir des liens.....	348
2. – Les difficultés à contraindre l’ouverture du référencement	349
III. – Les manifestations du standard au niveau des terminaux	352
Section 3. – Le standard du prestataire ciblant le public français	355
§ 1. – Les activités non neutres au secours du critère du ciblage	356
I. – L’analyse des activités neutres à la source de solutions irrationnelles	356
II. – L’analyse des activités non neutres au soutien de solutions de raison	358

§ 2. – L'utilité du critère du ciblage dans certains contentieux internationaux	361
I. – Un critère central dans la dévolution de la compétence législative	361
II. – Un critère accessoire dans la dévolution de la compétence juridictionnelle	366
TITRE II. – LA RESPONSABILITÉ DES UTILISATEURS D'UN RÉSEAU NEUTRE.....	373
<i>Chapitre 1. – La canalisation de la responsabilité sur les auteurs de dommages.....</i>	<i>375</i>
Section 1. – Un schéma de responsabilité cohérent	375
§ 1. – Les auteurs de dommages comme premiers responsables.....	376
I. – Une responsabilité induite par la neutralité du réseau	376
II. – Une responsabilité différenciant la neutralité de la théorie du cyberspace	378
A. – Le rejet du droit par la théorie du cyberspace.....	379
B. – L'impasse de la théorie du cyberspace.....	380
§ 2. – Le réseau comme vecteur de responsabilité	382
I. – L'obligation de collecter des données d'identification.....	382
A. – Une obligation essentielle à la responsabilité sur l'internet	383
1. – Une obligation indispensable à la détermination de la causalité matérielle	383
2. – Une obligation portant sur des données variables	384
B. – Une obligation à concilier avec les droits des utilisateurs.....	390
II. – Les procédures d'identification à la disposition des tiers.....	391
Section 2. – La mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de dommages	393
§ 1. – La détermination de la responsabilité.....	393
I. – La détermination de la responsabilité des utilisateurs du réseau	394
A. – L'imputation des usages illicites.....	394
1. – L'utilité du recours à la notion d'imputation	394
2. – La diversité des mécanismes de l'imputation	396
a) Sur la base d'une responsabilité personnelle	396
b) Sur la base d'une responsabilité du fait d'autrui.....	398
B. – Les cas de responsabilité autonomes.....	401
1. – Les précautions attendues du titulaire de l'accès	401
a) Une question parasitée par le dispositif HADOPI	401
b) La question de l'ouverture imprudente d'une connexion à des tiers.....	402
2. – Le contrôle de l'environnement logiciel	404
II. – La détermination de la responsabilité des services en ligne.....	407
A. – Le droit de la presse hors la presse	407
1. – L'application de l'échelle de responsabilité.....	407
2. – Le défi de l'intemporalité	409
B. – Une responsabilité adaptée pour le commerce électronique	410
§ 2. – La poursuite des auteurs de dommages	413
I. – Une poursuite difficile pour les victimes	413
II. – Les adjuvants à la poursuite des utilisateurs	414
A. – Le signalement.....	415
B. – La surveillance.....	415
1. – Surveillance policière	415

2. – La surveillance institutionnalisée.....	417
<i>Chapitre 2. – Une responsabilité civile mise au défi dans ses fonctions.....</i>	<i>421</i>
Section 1. – Une fonction normative altérée.....	422
§ 1. – La mauvaise réception de la règle par les utilisateurs.....	422
I. – Le rejet de la règle par les utilisateurs.....	423
A. – Les droits de propriété intellectuelle comme terrain de conflit.....	423
B. – L’impuissance de l’ineffectivité.....	427
II. – Le dysfonctionnement du sentiment coupable.....	431
§ 2. – L’imprévisible réception de la règle par les utilisateurs.....	433
I. – Le risque d’une normativité biaisée.....	433
A. – Les effets pervers de la spécialisation.....	434
B. – L’antidote de la neutralité technologique du droit.....	435
II. – L’inventivité juridique des usages.....	438
A. – Des usages circonvenant le droit.....	439
B. – Les usages au soutien du droit.....	441
Section 2. – Des fonctions de sanction et d’indemnisation mises à l’épreuve.....	444
§ 1. – Une fonction d’indemnisation à redéfinir.....	445
I. – Une fonction concurrencée en matière de droit d’auteur.....	445
A. – La tentation de la taxation.....	445
B. – Le glissement vers l’idée d’un droit à rémunération.....	447
II. – Une fonction en manque de repères.....	450
A. – La faiblesse des outils d’évaluation.....	451
B. – Un renouveau nécessaire face à l’immatérialité.....	453
1. – Le préjudice dû à l’atteinte à un bien immatériel.....	453
a) Des valeurs garanties par le droit.....	454
b) L’évaluation d’une perte de valeur.....	455
2. – Le préjudice dû à un contenu préjudiciable per se.....	460
§ 2. – Une fonction de sanction en quête d’efficacité.....	463
I. – Une fonction suppléée.....	463
A. – L’idée d’une riposte graduée.....	463
B. – La sanction tenant à la coupure de l’accès.....	465
II. – Une fonction accentuée.....	467
A. – Les restitutions des profits illicites à la victime.....	468
B. – L’ouverture à la réparation forfaitaire.....	471
CONCLUSION GÉNÉRALE	479
BIBLIOGRAPHIE.....	485
OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS.....	485
OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES	488
ARTICLES ET CONTRIBUTIONS	491
EXTRAIT DES NOTES, OBSERVATIONS ET DOCUMENTS DE JURISPRUDENCES	505

RAPPORTS, ÉTUDES ET AVIS	507
HORS CHAMP	511
INDEX.....	513
TABLE DES MATIÈRES	517