

Pour une évolution du statut d'intermédiaire technique et du régime juridique des moteurs de recherche...

[Retour au sommaire de la lettre](#)

La notion du régime juridique des moteurs de recherche est essentielle aujourd'hui, au vu de l'importance prise par ces outils dans notre quotidien. Peuvent-ils être considérés comme des "éditeurs", des "hébergeurs" ou des "intermédiaires techniques" au rapport des pages web qu'ils proposent et des contenus qu'ils affichent dans leurs pages de résultats ? La jurisprudence à ce sujet est encore peu foisonnante mais une analyse pointue du monde des sites d'enchères comme ebay, par exemple, permet d'obtenir des perspectives plus précises de ce qui pourrait bien se passer dans les mois qui viennent dans ce domaine...

L'année 2008 a connu une avancée essentielle en matière de définition des intermédiaires techniques. La retentissante affaire ebay a fait écho aux affaires plus discrètes Fuzz (http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2256 - TGI Paris - référés - 26 mars 2008) ou encore Dahan (http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2260 - TGI Nanterre - référés - 28 février 2008), perturbant ainsi l'appréciation juridique sur les notions d'éditeurs, d'hébergeurs et d'intermédiaires techniques.

C'est notamment dans la distinction manichéenne éditeur / hébergeur et dans la définition légale d'hébergeur que se situent les problématiques actuelles. Pourtant, face à cette responsabilité des hébergeurs, se trouvent d'autres enjeux importants: la lutte contre toute forme d'intolérance (racisme, etc...), contre la pédophilie et contre la contrefaçon, etc.

Le régime des intermédiaires comprend également les moteurs de recherche. Les tribulations d'ebay ne visent pas uniquement les enchères en ligne, mais peuvent annoncer une évolution pour tous les intermédiaires, y compris les moteurs. Yahoo! et Google se font aujourd'hui assigner pour des liens naturels, et les solutions qui s'en dégageront viendront principalement de celles qui sont ci-après étudiées.

L'énoncé du problème

Un regard critique de la problématique soutiendrait que l'origine du problème provient du fait que les dispositions législatives afférentes à Internet ont été dessinées et rédigées il y a près de 10 ans, par des personnes qui n'étaient pas forcément spécialistes du domaine. Aujourd'hui, la loi est clairement en retard sur la technique !

1. Le droit européen

L'Union européenne a adopté le texte législatif concernant les intermédiaires techniques principalement au travers de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ("*la directive commerce électronique*") qui a été transposée, en droit français, grâce à la loi "Confiance en l'Économie Numérique" du 21 juin 2004 ("*la LEN*").

Le principe fondateur de l'Union repose notamment sur un système dualiste où l'Union adopte un texte que chaque Etat doit ensuite adapter de manière similaire voire identique, dans son droit interne. Ainsi, quand une directive impose un principe, la France est dans l'obligation de transposer de principe.

En matière d'intermédiaires sur Internet, la directive, très fortement inspirée du droit américain, a posé le principe suivant:

- "l'éditeur" est responsable du contenu (texte, images, etc...) du contenant (site, forum, serveur, etc...) qu'il gère,
- "l'intermédiaire technique" n'est pas responsable du contenu qu'il héberge ou traite ou transporte, sauf si un tiers lui notifie valablement. La raison de cette irresponsabilité de principe est qu'un intermédiaire ne peut pas tout surveiller et tout vérifier. Ainsi, Google ne peut pas vérifier la validité et licéité de tous les sites que son robot référence.

La question est donc : qui est "éditeur", qui est "intermédiaire technique" ?

La directive a ainsi prévu le régime d'exception pour les prestataires suivants :

- Simples transporteurs d'information (article 12 de la directive : *mere conduit*, par exemple France Telecom),
- Prestataires de caching (article 13 de la directive, par exemple, des serveurs intermédiaires),
- Hébergeurs au sens large (article 14 de la directive, par exemple, OVH ou autres courtiers en ligne).

2. Le droit français

En ce qui concerne les intermédiaires techniques, les premiers projets de loi se sont rapidement cristallisés autour du sort des hébergeurs, laissant par là-même les autres prestataires (comme les moteurs de recherche) à leur sort. Au demeurant, le projet LSI avait déjà (dans le prolongement de la directive) axé le régime d'irresponsabilité autour du sort de l'hébergeur.

Le Forum des Droits de l'Internet a publié, dans sa Recommandation du 6 février 2003, sa position sur la qualification d'hébergeur et a souligné :

"Il convient de s'assurer que cette définition puisse englober l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes exerçant une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple certains fournisseurs et exploitants de forums de discussion ou certaines activités de courtage en ligne. (...)

Le Forum des droits sur l'internet souhaite donc que le régime de responsabilité spécifique défini aux nouveaux articles 43-8 et 43-9 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée puisse bénéficier à tous ceux qui assurent un service d'intermédiation au sein de la société de l'information consistant à stocker - au sens large du terme - tout contenu délivré à la demande d'un destinataire de ce service, cette activité se distinguant du simple transport d'information et de l'édition de contenu.

Or, la rédaction retenue par le projet de loi qui fait référence au « stockage direct et permanent », rédigée à une époque où le législateur visait les hébergeurs au sens strict du terme - c'est-à-dire ceux assurant le stockage physique des données - semble trop restrictive et ne pas prendre en compte de façon claire les nouvelles fonctions d'intermédiation mentionnés ci-dessus.

Le Forum souhaite que le législateur définisse les fonctions de l'intermédiation comme l'article 14 de la directive « commerce électronique » le prévoyait c'est-à-dire comme la fourniture d'un « service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Cette définition présente l'avantage de ne pas limiter l'activité d'hébergement à sa prestation purement « technique » et identifie plus précisément l'ensemble des fonctions d'intermédiation.." (<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-icen-20030206.pdf>)

Cet appel semble ne pas avoir été reçu de la part du législateur *in fine*.

Il convient de relever qu'à l'époque des discussions parlementaires (2003/2004), cette problématique n'était pas au centre des débats pour deux principales raisons :

- les intermédiaires autres que les hébergeurs ne semblaient pas poser problème car, imaginait-on à l'époque, les rôles de chaque intervenant dans la chaîne technique étaient clairs : l'hébergeur héberge et le responsable site édite son contenu (avec des tempéraments pour les forums). Les problématiques induites par les flux RSS ou la gestion participative d'un site n'ont pas été évoqués, alors que ces techniques existaient déjà.

- comme le rappelait le député Patrick Bloche (déjà rapporteur sur la LSI), le 25 février 2003, il n'y avait à l'époque quasiment aucun contentieux sur le régime des intermédiaires depuis la loi du 1er août 2000 (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2002-2003/20030147.asp#PG16>).

Pourtant, devant la teneur des travaux de l'Assemblée Nationale et du Sénat, le directeur général du marché intérieur de la Commission européenne a pris la précaution de rappeler en 2003 que "la

définition d'hébergeur prévue à l'article 14 de la directive 2000/31 vise tous les types d'hébergement, et non pas uniquement l'hébergement des patchs personnels".

(<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/227&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)

Au final, l'article 6 de la LEN a défini le champ d'application du régime spécifique des intermédiaires techniques de la manière suivante :

"I. - 2. 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.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa."

La jurisprudence

Les juges ont eu la difficile obligation de mettre en œuvre les textes régissant la responsabilité des intermédiaires en s'adaptant au cas par cas. L'année 2008 sera définitivement l'année de la responsabilité de l'intermédiaire tant en France qu'à l'étranger.

1. La jurisprudence française

L'année 2008 a débuté par deux coups de tonnerre :

- le 28 février, le juge des référés de Nanterre condamnait un site pour avoir mis en place un flux RSS dont le contenu violait la vie privée d'une star.

- le 27 mars, l'éditeur du site fuzz.fr a été condamné, en référés, à payer des dommages et intérêts à Monsieur M. pour atteinte à la vie privée, car l'éditeur du site fuzz.fr avait placé un lien vers un blog (qui d'ailleurs n'a pas été poursuivi) qui comprenait une brève ainsi rédigée « KYLIE M. ET OLIVIER M. TOUJOURS AMOUREUX, ENSEMBLE À PARIS ». L'éditeur du site fuzz.fr n'avait pas rédigé cette brève, seul un lien renvoyait vers le blog. Le juge a condamné la mise en place du lien (voir article dans la lettre "Recherche & Référencement" du mois de février 2008).

Ces deux prestataires étaient condamnés pour avoir pointé vers un tiers. Le principe d'irresponsabilité des hébergeurs était écarté par les juges.

Quelques mois après, le Tribunal de commerce de Paris précisait cette jurisprudence naissante en condamnant ebay à payer quelques 39 millions d'euros de dommages et intérêts. En l'espèce, ebay était accusé de laisser des contrefaçons être vendues sur le site. ebay s'est défendue en expliquant qu'elle n'est qu'un intermédiaire technique et donc, a priori irresponsable.

Le Tribunal a retenu les éléments suivants.

« ebay est un site de courtage et ebay ne peut bénéficier de la qualité d'intermédiaire technique au sens de l'article 6 de la loi [LEN], car elle déploie une activité commerciale rémunérée sur la vente des produits aux enchères et ne limite donc pas cette activité à celle d'hébergeur de sites internet qui permettrait à eBay de bénéficier des dispositions applicables aux seuls hébergeurs »,

« le régime de responsabilité dérogatoire des hébergeurs ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous le contrôle ou l'autorité de l'hébergeur comme c'est le cas en l'espèce, eBay agissant principalement en courtier et offrant un service qui, par sa nature, n'implique pas l'absence de connaissance et de contrôle des informations transmises sur ses sites » (TC Paris - 30 juin 2008 - http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2354).

Le Tribunal a donc estimé que le régime d'irresponsabilité ne s'applique que dès lors où l'hébergement est la prestation unique ou principale.

De plus, le Tribunal a cru bon d'ajouter que l'activité commerciale rémunérée est un critère de non-application de ce régime d'irresponsabilité, alors que la loi ne vise absolument pas cette condition. Ce point, apparemment insignifiant, est en réalité important car plusieurs juges ont relevé le caractère lucratif d'une activité pour condamner les cybermarchands (par ex. Lafesse c/ Dailymotion où, synthétiquement, le juge avait relevé que Dailymotion gagnait de l'argent grâce aux vidéos illégalement uploadées et a retenu notamment cet élément pour prendre sa décision de condamner Dailymotion : TGI Paris – 15 avril 2008 - http://www.legalis.net/breves-article.php?id_article=2281).

Il est donc manifeste que la première moitié de l'année 2008 a vu un certain manichéisme dans le rendu des décisions. Pour prendre l'exemple d'ebay, il est intéressant de souligner que le site n'est qu'un site de courtage aux enchères et non un hébergeur, alors qu'un site peut avoir plusieurs activités et donc, plusieurs qualifications juridiques. Au demeurant, le Forum des droits sur Internet précisait dès 2003 :

"Le Forum précise que la personne physique ou morale qui, tout en gérant un service d'intermédiation, exerce une fonction éditoriale, doit bien entendu se voir imputer la responsabilité propre à cette dernière fonction. Le groupe de travail du Forum portant sur les « Responsabilités liées à l'activité des forums de discussion » réfléchit actuellement sur les critères permettant de qualifier une action d'édition qui, par ailleurs, ne reçoit aucune définition précise au sein des textes législatifs ou réglementaires français."
(<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.pdf>)

Ainsi, ebay peut parfaitement être éditeur pour certains aspects, hébergeur pour d'autres.

Le Tribunal de Grande Instance de Troyes, dans une affaire – encore - ebay, a d'ailleurs rappelé : *"la société Hermès ne constate à ebay pas la qualité [d'hébergeur, mais lui applique] également la qualité d'éditeur de site Internet"* (Tribunal de Grande Instance Troyes – 4 juin 2008).

Aujourd'hui, le dualisme hébergeur / éditeur trouve donc ses limites. Qu'il s'agisse de flux RSS, de simples liens vers un autre site, ou encore des activités de courtage en ligne (ebay) ou d'agrégateur de contenus, des règles plus adaptées à la réalité technique doivent rapidement être mises en œuvre.

C'est ce que de nombreux juges et parlementaires ont compris.

Ainsi, le rapport parlementaire sur l'application de la LEN (rapport n°627 de l'Assemblée Nationale) souligne les limites de la législation actuelle et appelle de ses vœux une nouvelle définition des intermédiaires techniques, notamment pour le courtage en ligne (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i0627.asp>). Il convient toutefois d'être très clair sur un point : la Commission européenne refuse catégoriquement de modifier la moindre ligne de la directive commerce électronique. C'est donc aux juges que revient la charge d'adapter le droit à la réalité.

En matière de lutte contre la contrefaçon, le Tribunal de Grande Instance de Troyes a rappelé qu'ebay a mis en place de mesures techniques de prévention et de recherche de contenus illicites et fournit une information « pleine et parfaite » quant à l'utilisation de leur service et distincte des Conditions Générales d'utilisation.

2. La jurisprudence étrangère

Dans une affaire ebay (encore) en Belgique, Lancôme reprochait à eBay d'avoir laissé passer des contrefaçons sur le site. Après une analyse remarquable, les juges belges ont appliqué à ebay un principe d'irresponsabilité *a priori* (avec l'obligation de supprimer toute annonce qui serait notifiée comme illicite), tout en rappelant qu'ebay participe à la lutte contre la contrefaçon (Tribunal de Commerce de Bruxelles - 31 juillet 2008).

Chez nos voisins Germains, c'est encore ebay qui alimente le débat. Rolex a assigné ebay pour avoir permis à des contrefaçons de montres d'être vendues sur les sites concernés (BGH- 19 Avril

2007). Pour ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires, la Cour suprême allemande a refusé d'appliquer le régime d'irresponsabilité des hébergeurs au motif que "ebay participe au trouble". La Cour a reconnu qu'ebay doit mettre en œuvre des moyens pour lutter contre les contrefaçons (par ex., interdire les mots "fake"), sans avoir à mettre en place des procédures manuelles ou de surveillance générale.

Dans une affaire relative à la musique, la même Cour fédérale allemande a posé le même principe : l'obligation de mettre en place des outils pour pouvoir être reconnu comme a priori non-responsable du contenu du site mis par les utilisateurs (*BGH 12 Juillet 2007*).

Ces jurisprudences germaniques sont particulièrement intéressantes, car elles posent un principe de lutte contre la contrefaçon en imposant la mise en place de mesures de contrôle, mais laissent clairement la porte ouverte au principe d'irresponsabilité en cas de respect de ces conditions (Plus de précision : *World Trademark Review Magazine – Janvier 2008 – "Recent Jurisprudence of host providers in France and Germany"*, par Alexandre Diehl et Philipp Plog).

Les États-Unis sont allés encore plus loin dans le cadre d'un jugement new-yorkais Tiffany (*NY 14 Juillet 2008*). Dans le cadre de cette procédure, Tiffany reprochait à ebay d'avoir permis la vente de contrefaçons. Le juge a reconnu ebay "non-coupable" dans la mesure où la responsabilité d'un courtier en ligne est clairement de limiter l'obligation à la suppression de toute annonce dès que ce courtier reçoit une notification de la part du propriétaire de la marque.

Il convient toutefois de rappeler que la loi américaine (*Digital Millenium Copyright Act*) impose la mise en place d'outils de recherche de contenus illicites, comme les contrefaçons ou encore les contenus racistes.

En conclusion, il semblerait qu'il existe un courant général où certains intermédiaires, autres que des purs hébergeurs (OVH), aient des droits et obligations différents de ceux-ci. Il semblerait qu'à l'exception des jurisprudences parisiennes de la première moitié de l'année 2008, la plupart des juges européens considère que les courtiers aux enchères en ligne, les moteurs de recherche, les agrégateurs, etc... puissent être considérés comme irresponsables du contenu sur leur site qu'ils ne maîtrisent pas, à condition qu'ils mettent en œuvre des outils de contrôle de contenus illicites. Cette évolution, si elle est confirmée dans les mois à venir, impliquera des dépenses pour les sites collaboratifs, mais qui seront absolument nécessaires pour la validité et la crédibilité de ceux-ci.

Alexandre Diehl
Avocat à la Cour
alexandre.diehl@lawint.com

Réagissez à cet article sur le blog des abonnés d'Abondance :
<http://abonnes.abondance.com/blogpro/2008/10/pour-une-volution-du-statut.html>