



Responsabilité juridique des fournisseurs de services sur Internet et protection de la liberté d'expression en ligne

Réponse à la consultation de la Commission européenne sur la directive sur les services de société de l'information (dite « e-Commerce »).

À propos de La Quadrature du Net

La Quadrature du Net est une **organisation de défense des droits et libertés des citoyens sur Internet**. Elle promeut une adaptation de la législation française et européenne qui soit fidèle aux valeurs qui ont présidé au développement d'Internet, notamment la libre circulation de la connaissance.

À ce titre, la Quadrature du Net intervient notamment dans les débats concernant la liberté d'expression, le droit d'auteur, la régulation du secteur des télécommunications ou encore le respect de la vie privée.

Elle fournit aux citoyens intéressés des outils leur permettant de mieux comprendre les processus législatifs afin d'intervenir efficacement dans le débat public.

Résumé

La directive de 2000 sur le commerce électronique, qui établit un cadre juridique pour la plupart des activités en ligne, a permis d'établir un minimum de sécurité juridique pour les services de télécommunications et, plus important encore, pour les fournisseurs d'hébergement au travers d'exemptions de responsabilité ad hoc (articles 12 à 15). Ce faisant, la directive a créé un cadre juridique spécial, distinct de celui régissant les médias traditionnels et les moyens de communication interpersonnelle, débouchant sur une innovation intense et une forte croissance de l'économie numérique.

Toutefois, ces dernières années, des décisions législatives, administratives ainsi que judiciaires ont conduit à des interprétations divergentes concernant les exemptions de responsabilité prévues par la directive. Selon nous, la raison principale de ces interprétations divergentes ne réside pas dans l'ambiguïté des dispositions de la directive d'origine (même si certaines nécessiteraient un réajustement pour tenir compte des nouvelles technologies et des nouveaux usages). Cette tendance résulte bien davantage d'une offensive concertée des groupes

d'intérêts qui s'opposent à la philosophie de la directive. Cette dangereuse tendance doit prendre fin pour que la liberté d'expression en ligne soit protégée, et que l'innovation ainsi que la croissance économique soient encouragées.

Nous étayons ces propos dans nos réponses à la consultation de la Commission européenne.

- Nous insistons sur le fait que pour dépasser l'incertitude juridique actuelle tout en préservant les libertés fondamentales, il est nécessaire de réaffirmer et clarifier les principes fondateurs de la directive. Celle-ci doit étendre les exemptions de responsabilité à de nouvelles catégories de fournisseurs de services en ligne, et créer un cadre propice à l'émergence de nouveaux services encore inexistants à ce jour.

- En particulier, si les dispositions concernant la cessation d'une infraction peuvent sans doute être clarifiées sans changements substantiels, celles relatives aux injonctions destinées à prévenir une infraction doivent être réexaminées, afin de s'assurer qu'elles ne résultent pas de facto en une présomption d'infraction.

- Des procédures rapides de retrait de contenus peuvent être mises en place pour empêcher la continuation d'une infraction dans les cas très rares où elle est associée à des dommages irréparables, tels que dans le cas de la pornographie infantile. Cependant, même dans ces cas de très graves infractions pénales, de telles procédures ne peuvent reposer unilatéralement sur des obligations ou des actions imposées à des acteurs privés. Pour respecter l'État de droit, elles doivent au minimum reposer sur une injonction de l'autorité administrative, dont l'action préventive devra être rapidement suivie d'une confirmation d'illégalité par un tribunal indépendant et impartial.

- Dans tous les autres cas, le fait de signaler au fournisseur de service un contenu litigieux ne doit pas déboucher, comme c'est souvent le cas, sur un retrait systématique du contenu (l'hébergeur devrait d'abord chercher à contacter la personne responsable de la publication du contenu litigieux). Nous proposons différents principes pour codifier les procédures de « notification et retrait », et insistons sur le fait que le droit européen doit prévoir des sanctions appropriées et dissuasives pour lutter contre les notifications abusives.

En dépit de la tendance croissante à faire des fournisseurs de services sur Internet des auxiliaires de police - que ce soit au niveau national, européen ou international (avec des initiatives telles que l'Accord commercial anti-contrefaçon ou ACTA) - nous enjoignons à la Commission de protéger les libertés fondamentales des citoyens à l'occasion de la révision de cette directive e-Commerce, favorisant ainsi un environnement juridique propice à l'innovation et la croissance dans l'écosystème en ligne.

Questions

52. Globalement, avez-vous rencontré des difficultés dans l'interprétation des dispositions relatives à la responsabilité des prestataires intermédiaires ? Si oui, lesquelles ?

Dans l'ensemble, compte tenu des différences importantes entre les transpositions nationales de la directive, il est évident que dans certains États membres les législateurs et les juges ont eu des difficultés à interpréter la directive. Ces disparités expliquent le caractère fragmenté du cadre réglementaire au sein de l'UE : alors que certains États membres offrent des garanties

satisfaisantes pour la liberté d'expression, d'autres ont opté pour des dispositions beaucoup moins protectrices. En particulier, les « injonctions destinées à prévenir une infraction », la notion de « connaissance effective », ou les exigences relatives aux demandes de « notification et retrait », ont soulevé des difficultés qui sont détaillées dans les questions suivantes.

53. Rencontrez-vous des difficultés dans l'interprétation de la notion de « connaissance effective » incluse dans les articles 13.1(e) et 14.1(a) au sujet du retrait des informations problématiques ? Avez-vous connaissance de situations dans lesquelles ce critère s'est révélé contreproductif pour les prestataires qui s'engagent volontairement dans la détection d'activités illégales ?

La directive n'est pas explicite quant au fait de savoir si la « connaissance effective » renvoie au simple signalement de contenus litigieux ou une connaissance réelle de l'illégalité de la matière. En conséquence, la notion de « connaissance effective » a fait l'objet d'interprétations différentes, entraînant un certain flou juridique quant au niveau de connaissance nécessaire pour déclencher l'obligation pour les fournisseurs de service de supprimer « promptement » les informations problématiques. En particulier, les législateurs nationaux et les juges ont dû faire déterminer la manière dont un fournisseur d'hébergement pouvait obtenir une connaissance effective de l'illégalité d'un contenu donné, sans pour autant qu'on lui présente une décision judiciaire qualifiant ce contenu d'illégal.

Plusieurs cours de justice nationales ont ainsi créé la catégorie d'informations « manifestement » ou « clairement » illicites devant être retirées dès que leur existence est signalée au fournisseur de services, et ce même en l'absence d'une décision de justice déclarant ledit contenu illégal. Par exemple, le Conseil constitutionnel français a justifié la création d'une telle catégorie en soulignant la difficulté, « même pour un avocat », de caractériser un contenu donné comme étant illégal.

« En raison [...] de la difficulté fréquente d'apprécier la licéité d'un contenu, l'hébergeur ne disposerait dans beaucoup de cas, même lorsque la connaissance factuelle de ce contenu lui serait acquise, ni des moyens humains, techniques ou financiers, ni, en l'absence d'intervention des autorités juridictionnelles ou administratives compétentes, de la capacité d'analyse juridique suffisants pour honorer les obligations [de suppression des contenus litigieux]. La caractérisation d'un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste. Dans ces conditions, les hébergeurs seraient tentés de s'exonérer de leurs obligations en cessant de diffuser les contenus faisant l'objet de réclamations de tiers, sans examiner le bien fondé de ces dernières. Ce faisant, ils porteraient atteinte à la liberté de communication ».¹

Le manquement à l'obligation de retirer un contenu manifestement illicite engage la responsabilité de l'hébergeur. Dans la plupart des États membres ont été créées des catégories de contenus pour lesquelles l'hébergeur peut déterminer lui-même la légalité et promptement retirer ledit contenu en l'absence de décision de justice. Le plus souvent, les types de contenus inclus dans cette catégorie sont -- ou du moins étaient -- limités à la pédopornographie et à l'incitation à la haine. La nature restrictive de la catégorie du « manifestement illégal ; » était sensée garantir que la régulation extrajudiciaire du contenu en ligne serait marginale.

1. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, commentaires sur la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Cahier n° 17, p. 4. Adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-496-dc/commentaire-aux-cahiers.12885.html>

Toutefois, ce régime protecteur est remis en cause du fait de l'extension de la catégorie du « manifestement illégal ; ». Par exemple, en France, les juges sont allés au-delà des types de contenus sus-mentionnés et ont condamné des hébergeurs parce qu'ils n'avaient pas retiré promptement des contenus en infraction avec le droit d'auteur² ou diffamatoires³. En outre, dans un jugement de 2008⁴, le Tribunal de Grande Instance de Paris est allé à l'encontre de la décision du Conseil constitutionnel en étendant l'obligation pour un hébergeur « d'agir promptement » pour retirer des contenus « vraisemblablement » illégaux.

Par conséquent, on observe un élargissement inquiétant des types de contenu pouvant être retirés directement sur notification. Il s'agit d'une dérive qui, en étendant le rôle des hébergeurs dans la régulation des contenus en ligne, accroît la répression extra-judiciaire des atteintes à la libertés d'expression. Il s'agit d'une situation inquiétante si l'on considère que, dans un pays qui respecte l'État de droit, seul un juge devrait être autorisé à déclarer comme étant illégale l'utilisation ou la publication d'un contenu donné. La création de la catégorie « manifestement illicite » représente déjà une rupture par rapport à ce principe et de telles exceptions auraient dues être rigoureusement limitées.

Recommandation 1 : La réforme de la directive e-Commerce doit donc être l'occasion de réaffirmer le rôle du pouvoir judiciaire dans le prononcé des mesures interférant avec la liberté d'expression sur Internet. Le législateur communautaire doit aussi mettre un terme à l'extension actuelle du rôle des hébergeurs dans la régulation des contenus en ligne.

Dans le cas de graves infractions pénales, l'autorité administrative devrait être la seule entité non-judiciaire compétente pour ordonner le retrait de contenu « manifestement illicite » afin d'empêcher la continuation de l'infraction présumée. À ce stade, le contenu ne sera jamais que présumé illicite. Le diffuseur du contenu devra être poursuivi devant la justice afin de déterminer le caractère illicite dudit contenu et, le cas échéant, les mesures réprimant l'abus de liberté d'expression ainsi constaté.

La compétence de l'autorité administrative pour ordonner le retrait de contenu « manifestement illicite » doit cependant être vue comme une exception au principe général selon lequel seul un tribunal indépendant et impartial est compétent pour restreindre la liberté d'expression en ligne. En tant que telle, la catégorie « manifestement illicite » doit être limitée à des crimes extrêmement graves, comme la pédopornographie.

Enfin, il est également nécessaire d'affirmer clairement que, dans le cas où un hébergeur prend connaissance de la nature illicite d'un contenu donné et décide d'agir pour empêcher cela, cela ne doit pas constituer une preuve que l'hébergeur surveillait et vérifiait ses contenus, ce qui aurait pour effet de le priver du bénéfice de l'exemption de responsabilité.

2. Cour d'appel de Paris, 7 Juin 2006, Tiscali Media v.Dargaud.

3. Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 November 2004, Juris Data n° 2004-258504

4. Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 avril 2008, Jean-Yves Lafesse c/ Dailymotion.

<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1057>

« Contrairement au tribunal qui ne peut se fonder sur une vraisemblance de titularité des droits pour apprécier des actes de contrefaçon et prononcer une éventuelle condamnation, les hébergeurs doivent devant la vraisemblance des actes de contrefaçon et la vraisemblance de titularité des droits résultant éventuellement des mentions portées sur les supports de diffusion des œuvres communiqués, apprécier le caractère illicite des contenus mis en ligne. La transmission des documents exigés par l'article 6-I.5 de la LCEN par les auteurs ou les producteurs s'estimant contrefaits a pour effet de créer une nouvelle obligation de vérification des contenus argués de contrefaçon au regard des droits allégués, nouvelle obligation qui pèse sur les hébergeurs qui ne peuvent se contenter d'attendre une éventuelle décision de justice et qui doivent dès lors agir promptement pour faire cesser cette atteinte sur la seule base du caractère vraisemblable de la contrefaçon ».

54. Rencontrez-vous des difficultés dans l'interprétation de la notion d'action « prompte » incluse dans les articles 13.1(e) et 14.1(b) au sujet du retrait des informations litigieuses ?

À notre connaissance, l'interprétation du terme « prompt » n'a pas créé de difficultés importantes. Ce qui pose problème, en revanche, est l'élément qui déclenche l'obligation de prompt retrait du contenu. Comme mentionné ci-dessus, un tel retrait n'était auparavant requis que pour les cas où le contenu était « manifestement illicite », mais la situation évolue désormais dans le sens d'une incertitude juridique accrue pour les fournisseurs de services en ligne.

Recommandation 2 : Le prompt retrait de contenus en ligne ne devrait être requis que lorsque la légalité de ces contenus est avérée, c'est-à-dire quand une décision de justice les a déclarés illicites, ou lorsque le contenu est manifestement illicite après notification d'une autorité administrative, en attendant qu'un juge se prononce. Tant que le contenu n'est que présumé illicite, il ne devrait y avoir aucune obligation pour le fournisseur d'agir promptement pour le retirer (voir nos recommandations sur les procédures de notification et de retrait dans notre réponse à la question 56), puisque le caractère illicite de ce contenu n'est pas encore établi.

55. Connaissez-vous des procédures de notification et retrait, tels que mentionnés dans l'Article 14.1(b) de la Directive, définies par loi nationale ?

La plupart des États membres ont adopté des exigences formelles concernant les procédures de notification et de retrait, soit directement au travers de la loi, soit au gré de la jurisprudence. De telles exigences sont extrêmement utiles pour aider les hébergeurs à déterminer la crédibilité des notifications transmises et leur donner suite. Cependant, certains États membres n'imposent aucun formalisme, s'en remettant à l'autorégulation, par ailleurs en partie encouragée par la directive (article 16). Or, l'autorégulation conduit à des incohérences quant au format et aux informations incluses dans les notifications, entraînant par conséquent une insécurité juridique pour les hébergeurs qui nuit à la liberté d'expression en ligne.

Recommandation 3 : La Commission devrait passer en revue les exigences imposées dans les États membres et dégager les meilleures pratiques afin de proposer au niveau européen un cadre clair définissant les procédures de notification et de retrait (adresse, nom complet et adresse de l'émetteur de la notification, identification précise de l'information présumée illicite, etc.).

56. Quelle expérience pratique avez-vous des procédures de notification et retrait ? Ont-elles fonctionné ? Sinon, pourquoi, à votre avis ?

L'absence d'exigences spécifiques dans le droit communautaire concernant les procédures de notification et de retrait a mené à d'importantes incohérences dans la manière dont les hébergeurs gèrent les demandes de retrait de contenu litigieux qui leur parviennent, dans les cas où le contenu n'est ni manifestement illicite, ni qualifié comme tel par un juge.

Des études menées en 2003-2004 ont montré que la majorité des hébergeurs, quand ils

reçoivent une demande de retrait, ne vérifient pas la véracité de l'infraction présumée, préférant retirer un contenu dont ils auraient facilement pu établir qu'il était pourtant tout à fait licite⁵. Dans ce contexte, la directive e-Commerce devrait définir strictement les procédures de notification et retrait, afin de protéger au maximum la liberté de communication en ligne. En l'absence d'obligations légales, l'hébergeur sera en effet tenté de gérer la requête avec négligence ou de minimiser tout risque juridique en retirant le contenu.

Comme Alhert, Marsden and Yung l'expliquent dans une étude parue en 2004 :

« Le dilemme pour les prestataires de services en ligne consiste à savoir s'il faut procéder à des enquêtes scrupuleuses sur toutes les allégations d'infraction, ce qui représente un coût en ressources juridiques, ou à adopter une approche plus égoïste, plus économique et plus aisée à mettre en œuvre [...]. Le prestataire est donc encouragé à devenir un organe de censure, afin d'éviter toute mise en cause de sa responsabilité, en procédant au retrait d'un contenu après une demande en ce sens. »

Recommandation 4 : Afin de s'assurer que les fournisseurs de service protégeront la liberté d'expression des utilisateurs d'Internet, la directive doit être amendée. En 2004, Sjoera Nas⁶ a proposé les principes suivants :

- En l'absence de décision judiciaire, les fournisseurs de service doivent être tenus de répondre à leurs clients dans un délai raisonnable.
- Dans l'attente de la réponse, le contenu ne doit pas être retiré, sauf en cas de contenu manifestement illicite, de danger immédiat ou de dommages financiers avérés.
- En cas de contre-notification de la part de l'utilisateur (s'il estime que le contenu litigieux est licite), le fournisseur doit notifier à la partie tierce qui a envoyé la demande de retrait que l'utilisateur s'y oppose, et propose que l'affaire soit renvoyée devant un tribunal.
- Le droit communautaire doit aussi prévoir des sanctions pour les demandes de retrait abusives, ainsi que pour les retraits injustifiés de la part de fournisseurs de services en ligne. En ce qui concerne les petits fournisseurs qui ont des difficultés à faire face au coût des expertises juridiques, ils doivent être incités à mutualiser leurs ressources en créant des organisations spécialisée, capables de les conseiller sur tout problème relatif aux demandes de retrait.
- Enfin, les fournisseurs doivent fournir à leurs utilisateurs des informations aisément compréhensibles sur les procédures de gestion des notifications et de retrait qu'elles mettent en œuvre.

57. D'autres pratiques que la « notification et retrait » vous paraissent-elles à priori plus efficaces ?

Voir la question 56. Une procédure « notification et contre-notification », consistant pour le fournisseur de service en ligne à informer la personne qui a mis en ligne le contenu litigieux, afin

5. Nas Sjoera, 2004, "The Multatuli Project : ISP Notice & Take Down", Sane. Adresse : <http://www.bof.nl/docs/researchpaperSANE.pdf>

6. Nas Sjoera, op. cit.

de lui donner l'occasion de contester la demande de retrait, nous semble préférable.

Nous notons que des procédures similaires existent déjà au Japon, où les fournisseurs de services en ligne, ont l'obligation d'envoyer une notification au contrevenant présumé. Ce dernier se voit alors offrir la possibilité de contester l'allégation d'infraction. Si le contrevenant présumé accepte de retirer le contenu, ou si aucune contre-notification n'est émise dans un délai de sept jours, alors le contenu est retiré.

Au Canada, une procédure, dans laquelle le fournisseur de service doit d'abord transmettre la notification à l'utilisateur qui a publié l'information, a aussi été étudiée en 2005 et 2008. Elle est restée à l'état de projet, suite aux élections fédérales⁷.

58. Avez-vous connaissance de cas dans lesquels des autorités nationales ou des instances judiciaires ont imposé des obligations générales de surveillance ou de filtrage ?

Les dispositions relatives aux injonctions visant à empêcher une infraction constituent une autre difficulté importante dans l'interprétation de la directive e-Commerce. Les articles 12 et 14 de la directive n'interdisent pas aux tribunaux ou aux autorités nationales d'exiger d'un fournisseur de services qu'il mette un terme ou empêche la commission d'une infraction, selon le cas d'espèce. Cette possibilité d'ordonner des mesures pour « prévenir une infraction » a entraîné un nombre important d'injonctions permettant la mise en place de pratiques de filtrage d'Internet -- assimilables à une forme de censure -- ce qui porte atteinte à la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE (voir la réponse à la question 60).

Législations nationales. En premier lieu, les transpositions nationales prévoient la possibilité d'imposer des mesures de filtrage. Ainsi, en France, la loi pour la confiance en l'économie numérique⁸ donne aux tribunaux le pouvoir d'ordonner toutes mesures pour prévenir ou faire cesser un dommage⁹. Cette interprétation des dispositions de la directive e-Commerce concernant la prévention des infractions a été réaffirmée par la loi HADOPI, qui vise à lutter contre le partage d'œuvres culturelles sur Internet. Dans son article 10, la loi accorde aux juges le pouvoir d'ordonner « *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* ».

Jurisprudence. En second lieu, les juges font face à d'importantes difficultés pour appliquer un droit communautaire imprécis tout en respectant les libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression ou le respect de la vie privée. Ainsi, en Belgique, dans l'affaire Scarlet/SABAM, le juge a ordonné au fournisseur d'accès à Internet de « *faire cesser les infractions au droit d'auteur en rendant impossible, d'une manière ou d'une autre, pour ses clients d'envoyer ou de recevoir par le biais de logiciels de peer-to-peer, des fichiers électroniques contenant des œuvres musicales du catalogue de la SABAM* ». Après cette première décision obligeant le fournisseur d'accès à Internet belge Scarlet à empêcher le partage d'œuvres soumises au droit d'auteur sur Internet, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé nécessaire de s'en remettre à la

7. Voir DeBeer Jeremy F. et Clemmer Christopher D., 2009, « Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries? », *Jurimetrics*, vol. 49, n° 4, p. 386. Adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1529722

8. Loi du 21 juin 2004 : Adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000801164&dateTexte=>

9. Article 6-I-8: « *L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, 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* ».

Cour de justice de l'Union européenne, en lui posant une question préjudicielle visant à déterminer si le filtrage généralisé a priori des contenus est conforme au droit communautaire¹⁰. Cette question préjudicielle est d'une grande importance pour la protection des droits fondamentaux sur Internet.

Dans un autre exemple datant de septembre 2010, un tribunal de Hambourg a estimé que l'hébergeur de vidéos Youtube était responsable de la mise en ligne de contenus contrevenant au droit d'auteur par ses utilisateurs, en particulier parce que YouTube peut être utilisé de manière anonyme¹¹. Le tribunal a condamné Youtube à payer des dommages et intérêts pour ne pas avoir empêché ni bloqué la mise en ligne de contenus par ses utilisateurs. Bien que le propriétaire de Youtube, Google, ait fait appel de la décision, ce précédent risque de contribuer à éroder un peu plus l'exemption de responsabilité prévue par la directive et pourrait mener à une obligation de contrôle général, pourtant expressément interdite par l'article 15 de la directive e-Commerce.

En France, la société de production Zadig Productions a poursuivi en 2007 Google Vidéo en raison de publications non autorisées et répétées de certaines de ses œuvres¹². Bien que Google ait répondu à toutes les demandes de retrait envoyées par Zadig, les plaignants ont fait valoir devant le tribunal que Google aurait dû établir un système visant à prévenir la publication non autorisée de ses contenus, c'est à dire un système de filtrage a priori des contenus. Malgré le fait que le juge ait reconnu que Google avait agi promptement pour retirer les contenus, le tribunal a jugé que l'entreprise était responsable de ne pas avoir empêché la répétition de l'infraction. Le tribunal ajouta même que « *si les [nombreuses publications] sont attribuables à différents utilisateurs, leur contenu [...] est identique* »¹². Google a donc été sommé, au détour d'une formulation taillée sur mesure, de mettre en œuvre une « *surveillance ciblée et temporaire* » afin d'« *éviter les dommages ou pour réduire les dommages causés par [certains contenus]* »¹³. Or, une telle condamnation est susceptible de mener d'autres ayants droit à poursuivre Google pour des contenus similaires prétendument illicites, augmentant la pression sur Google pour qu'il adopte un système de surveillance générale. Comme l'explique Méhaud :

*« Cette décision restreint de façon drastique le champ d'application de l'exemption de responsabilité [...] et place un lourd fardeau sur les épaules des hébergeurs pour maintenir des systèmes de surveillance des contenus publiés par les utilisateurs ».*¹⁴

De plus, après une décision similaire contre l'hébergeur Dailymotion (abordée dans notre réponse à la question 68), dans laquelle Dailymotion a été qualifié d'éditeur par le juge, Dailymotion a adhéré aux « Principles for User-Generated Content »¹⁵, négociés entre certaines majors d'ayants droit (parmi lesquelles CBS, Disney, Fox Entertainment, NBC Universal, Sony Pictures, et Viacom) et des intermédiaires techniques (tels que Microsoft, Crackle, MySpace, Veoh, et Dailymotion). Ces principes exigent que les sites qui hébergent des contenus créés par les utilisateurs mettent en œuvre des dispositifs de filtrage pour bloquer les fichiers enfreignant le

10. Voir la question de la Cour d'appel de Bruxelles, datant du 5 février 2010, ref C-70/10. International Law Office, 4 octobre 2010, « Courts look to ECJ as fight against illegal downloading continues », internationallawoffice.com.

Adresse : <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=c4173f67-7f9a-4063-8f62-a884b1149157#3>

11. Associated Press, 3 septembre 2010, « German court rules against YouTube over copyright », Adresse :

http://news.yahoo.com/s/ap/20100903/ap_on_hi_te/eu_germany_youtube

12. Tribunal de grande instance, Zadig Prod. v. Google, 19 octobre, 2007. Adresse :

<http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20071019.pdf> .

13. DeBeer Jeremy F. et Clemmer Christopher D., op. cit., p. 400.

14. Mehaud Jeanne, 2007, « Saga Internet Hosting Provider Liability France », Bird & Bird Continuing. Adresse :

http://www.twobirds.com/Finnish/News/Articles/Sivut/Continuing_saga_internet_hosting_provider_liability_France.aspx

15. <http://www.ugeprinciples.com/>

droit d'auteur, qu'ils promeuvent le respect du droit d'auteur auprès de leurs utilisateurs, et qu'ils retirent les œuvres protégées mises en ligne avant l'accord. En échange de ces efforts des hébergeurs pour protéger le droit d'auteur, les ayants droits s'engagent à ne pas les poursuivre. Par conséquent, en raison de la pression juridique résultant d'une jurisprudence dangereuse allant à l'encontre des exemptions de responsabilité prévues par la directive e-Commerce, on a abouti à une situation dans laquelle les fournisseurs de services en ligne sont obligés de mettre en place des systèmes de filtrage préventif.

Injonctions administratives. Bien qu'une telle jurisprudence soit regrettable, le recours à des injonctions administratives visant à bloquer ou à restreindre l'accès à des contenus sur Internet est encore plus dangereux puisqu'il exclut les garanties procédurales inhérentes à un procès équitable. Ces injonctions administratives sont par exemple envisagées dans le projet de loi LOPPSI en France, le Digital Economy Act au Royaume Uni, ou par le questionnaire envoyé par la Présidence du Conseil aux États membres en février 2010, qui témoigne de l'intérêt grandissant des décideurs européens pour le filtrage, et notamment le filtrage administratif¹⁶.

« **Auto-régulation** ». Dernièrement, l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance est affaiblie par les appels répétés à davantage « d'auto régulation », au nom de la prévention ou de la répression d'abus de liberté d'expression et de communication. En effet, ces appels pourraient aboutir à la remise en cause de l'exemption de responsabilité des hébergeurs et des fournisseurs d'accès quant aux contenus qu'ils hébergent ou transportent.

Par exemple, certains eurodéputés britanniques se sont récemment déclarés opposés au principe du « simple transport » (*mere conduit*) défini à l'article 12 de la directive, qui garantit que le rôle des opérateurs de réseau et des fournisseurs d'accès à Internet est limité au transport des données. En avril 2010, Jeremy Hunt, alors porte-parole conservateur britannique à la culture, indiquait que les fournisseurs d'accès à Internet devaient être juridiquement responsables des contenus soumis à droit d'auteur et coopérer avec les ayants droit : « *I don't think it is satisfactory to say they are a 'mere conduit'* »¹⁷.

Pendant les négociations de l'Accord Commercial Anti-Contrefaçon (ACTA), certains négociateurs ont également proposé que les exemptions de responsabilité des fournisseurs de services sur Internet soient conditionnées au fait que ces derniers « surveillent leurs services ou recherchent activement des faits indiquant qu'une activité illégale a lieu »¹⁸.

Le rapport Gallo sur l'application des droits de propriété intellectuelle, adopté par le Parlement européen le 22 septembre 2010, contient également des dispositions appelant à la création d'une police privée du copyright, dans lesquelles le droit d'auteur s'appliquerait au moyen de mesures extra-législatives et extra-judiciaires, sur de simples accusations des ayants droit et avec la coopération des fournisseurs d'accès¹⁹. Souvent mentionnées dans le domaine du droit d'auteur comme un moyen de contourner le bouclier juridique dont bénéficient les intermédiaires techniques, de telles mesures non législatives pourraient profondément altérer l'écosystème

16. La Quadrature du Net, 25 février 2010, « *Présidence espagnole : l'Inquisition numérique en Europe ?* ». Adresse : <http://www.laquadrature.net/fr/presidence-espagnole-linquisition-numerique-en-europe>

17. Horten Monica, « *Conservatives want to get rid of mere conduit* », *Iptegrity.com*. Adresse : http://www.iptegrity.com/index.php?option=com_content&task=view&id=508&Itemid=9

18. Voir la page 28 de la version datée du 18 janvier 2010 du texte de l'ACTA : http://www.laquadrature.net/wiki/ACTA_20100118_version_consolidated_text#Page_28

New Zealand can, however, support the inclusion of a provision aimed at preventing a party to ACTA conditioning safe harbours on an online service provider 'monitoring its services or affirmatively seeking facts indicating that infringing activity is occurring'.

19. Le rapport stipule que : « *des mesures non législatives complémentaires peuvent s'avérer utiles pour renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle, notamment des mesures résultant d'un dialogue approfondi entre les parties prenantes* ». Voir <https://lqdn.co-ment.com/text/Gq4N8gUR9UB/view/>

d'Internet et porter atteinte aux libertés fondamentales.

Recommandation 5 : À nos yeux, la révision de la directive doit mettre un terme à l'affaiblissement de l'exemption de responsabilité dont jouissent les intermédiaires techniques:

- La directive devrait ainsi affirmer le principe selon lequel tout contenu mis en ligne jouit d'une présomption de légalité.

- En particulier, afin de renforcer le principe défini à l'article 15, la directive doit bannir tout mécanisme préventif obligatoire visant à empêcher la publication de certains types de contenu en ligne, qu'ils soient imposés par les autorités administratives ou judiciaires. Le principe du « simple transport » de l'article 12 doit par ailleurs être clairement réaffirmé.

59. Du point de vue technique et technologique, avez-vous connaissance de moyens efficaces de filtrage spécifique ? Pensez vous qu'il soit possible d'établir un filtrage spécifique ?

Le « filtrage spécifique » semble faire référence à des cas où un contenu web spécifique est ciblé et filtré par un intermédiaire technique (le filtrage spécifique est par conséquent opposé au filtrage général et a priori). De tels systèmes, qu'ils soient spécifiques ou généraux dans leur mise en place, sont non seulement inefficaces techniquement, mais aussi totalement disproportionnés et dangereux.

Le filtrage, quand il est appliqué par les opérateurs télécom, consiste à surveiller le trafic Internet et à bloquer certains types de flux de données. Bien que de telles pratiques puissent donner l'illusion de réprimer efficacement les infractions contre lesquelles elles sont censées lutter, les cas de filtrage d'images et de films montrant des enfants maltraités ont démontré les défauts d'une telle méthode. Les promoteurs de ces dispositifs leur donnent généralement deux objectifs. Le filtrage est tout d'abord censé empêcher les gens d'accéder par inadvertance à de tels contenus en surfant sur le Web. Le second but qu'on lui assigne consiste à lutter contre l'accès volontaire à ce type de contenu. Dans le cas extrêmement théorique d'accès involontaire²⁰, des logiciels de filtrage installés par les utilisateurs d'Internet sur leurs ordinateurs seraient beaucoup plus efficaces et beaucoup moins intrusifs que le filtrage sur le réseau. D'autre part, dans le cas d'accès volontaire aux contenus illégaux, l'existence de nombreuses techniques de contournement rend le filtrage totalement inefficace. Le filtrage ne fait que s'attaquer aux techniques de distribution qui étaient utilisées aux débuts d'Internet, mais qui ont depuis laissé place à des méthodes beaucoup plus sophistiquées. Ces dernières ont justement été développées dans le but de s'assurer que les activités des diverses organisations criminelles qui se sont engagées dans le commerce de contenus pédophiles ne seraient pas entravées par le développement du filtrage d'Internet. Par conséquent, ils ont développé des réseaux d'hébergement invisibles, distincts de l'Internet public et complètement imperméables aux techniques de filtrage²¹. La porte-parole de l'Internet Watch Foundation, qui recense les sites filtrés par les fournisseurs d'accès britanniques, reconnaît elle-même que le filtrage du Net n'est efficace que pour bloquer l'accès involontaire, contre lequel il

20. La véracité et la fréquence de ces accès par inadvertance reste à démontrer, puisque ces contenus sont cachés dans des zones sombres du web, comme indiqué ci-dessous.

21. Voir Fabrice Epelboin, 2010, « Le commerce de la pédopornographie sur Internet de 2000 à 2010 ». Adresse : <http://bit.ly/pedobiz>

existe déjà des outils moins intrusifs et plus efficaces, comme mentionné ci-dessus²². Le filtrage est complètement inefficace pour les cas de pédopornographie. Même des sites amateurs peuvent aisément le contourner afin de rester disponibles, comme le prouve l'exemple du site antisémite Aaargh, censé être bloqué par les fournisseurs d'accès français en application d'une décision de justice²³ mais qui reste largement accessible à tous les utilisateurs d'Internet basés en France.

De plus, le filtrage d'Internet peut être contreproductif. Les chercheurs Tyler Moore et Richard Clayton ont ainsi montré que la mise en place du filtrage pour combattre la pédopornographie en ligne avait eu tendance à décourager la coopération internationale en matière d'investigation et de répression de la production et la distribution de contenus pédopornographiques²⁴. Ce genre de coopération fait défaut au niveau européen : le Royaume-Uni, la France et le précédent gouvernement allemand se sont opposés à la création d'un service centralisé mettant en commun les efforts des États membres dans la lutte contre la pédopornographie. Rien n'est fait pour retirer ces contenus et enquêter sur les organisations criminelles qui maltraitent des enfants, alors qu'il s'agit là de la meilleure façon de lutter contre ce fléau. Le filtrage donne seulement l'illusion de s'attaquer à ce problème urgent, alors qu'il nous détourne en fait de la seule solution vraiment adéquate.

Enfin, le filtrage d'Internet est malheureusement imprécis, ce qui mène au surblocage de contenus parfaitement légitimes²⁵, comme en témoigne le cas du blocage de Wikipedia par les fournisseurs d'accès britanniques, fin 2008²⁶.

Au-delà de la pédopornographie, on recense en Europe de nombreux cas où les tribunaux et les législateurs ont imposé des obligations de filtrage. Par exemple, en 2008, dans le cas Aaargh mentionné ci-dessus, la Cour de Cassation a confirmé l'obligation pour tous les fournisseurs d'accès à Internet du pays de bloquer l'accès à ce site antisémite hébergé aux États-Unis. Dans une décision similaire, un juge a ordonné, sur le fondement de la loi « Jeux en ligne » d'août 2010, aux FAI français de bloquer l'accès à un site hébergé au Royaume-Uni. Dans cette décision, le juge fait explicitement référence à diverses méthodes de blocage, telles que le Deep Packet Inspection (inspection profonde de paquets), très controversées en raison de leur impact sur le respect de la vie privée²⁷.

L'inefficacité évidente du filtrage et le risque de censure de formes d'expression en ligne parfaitement légales font de cette méthode une mesure disproportionnée. D'un point de vue juridique, puisque ces mesures sont inefficaces et que d'autres méthodes moins intrusives existent pour atteindre le même objectif, il semble nécessaire d'exclure le filtrage au cœur du réseau comme mode d'application de la loi. Dans les cas où il est toutefois mis en œuvre, seul un juge doit être habilité à ordonner une telle mesure, après un contrôle de proportionnalité approfondi²⁸.

22. BBC, 29 mai 2010, "Delete child abuse websites says German minister". Adresse :

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8596650.stm>

23. Cas Aaargh. Decision n° 707 du 19 juin 2008. Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_11682.html

24. Moore Tyler et Clayton Richard, 2008, "The Impact of Incentives on Notice and Take-down", Computer Laboratory, University of Cambridge. Adresse : <http://www.cl.cam.ac.uk/~rnc1/takedown.pdf>

25. Le gouvernement français le reconnaît lui-même dans l'étude d'impact de la loi LOPPSI.

<http://www.ecrans.fr/IMG/pdf/pl1697.pdf>

26. Wikinews, 7 décembre 2008, "British ISPs restrict access to Wikipedia amid child pornography allegations". Adresse :

http://en.wikinews.org/wiki/British_ISPs_restrict_access_to_Wikipedia_amid_child_pornograp

27. Béjot Michel et Bouvier Caroline, 2010, "France: Gambling and Betting on the Internet: French Courts Steps In and Requires the Service Providers to Block an Illicit Website", Adresse :

http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=291&Itemid=182

28. Pour plus d'informations sur la compétence exclusive de la justice pour porter atteinte à la liberté de communication

en ligne, voir Callanan Cormac, Gercke Marco, De Marco Estelle et Dries-Ziekenheiner Hein, 2009, "Internet

Blocking: Balancing Cybercrime Responses in Democratic Societies", Aconite Internet Solutions. Adresse :

<http://www.aconite.com/blocking/study>

Recommandation 6 : Le développement du filtrage revient à construire une infrastructure technique permettant la censure automatisée des informations qui circulent à travers l'architecture d'Internet. Il est extrêmement regrettable que nos démocraties libérales décident l'une après l'autre de recourir à une telle méthode en dépit de son inefficacité et du risque qu'elle représente pour les droits fondamentaux.

- De notre point de vue, en raison des défauts techniques des mesures de filtrage, la directive e-Commerce devrait être amendée afin de proscrire les injonctions visant à filtrer le trafic Internet.

- À tout le moins, la directive doit spécifier que si des États membres décident d'adopter des mesures de filtrage du Net, celles-ci ne doivent être utilisées qu'en dernier ressort, dans les cas où le retrait du contenu est impossible. De plus, ces mesures ne devraient être prononcées que suite à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, après un rigoureux contrôle de proportionnalité, afin de s'assurer, dans le cas d'espèce, qu'elles sont efficaces et qu'elle constituent le mode d'action le moins restrictif de liberté (un tribunal pourra considérer que ces mesures sont impossibles à réaliser, inefficaces, ou que d'autres mesures moins intrusives conviennent mieux, et ainsi estimer que le critère de proportionnalité ne peut être respecté).

60. Pensez-vous que l'introduction de normes techniques pour le filtrage contribuerait utilement à la lutte contre la contrefaçon et le piratage, ou au contraire risquerait de les faciliter ?

L'introduction de normes techniques harmonisées au niveau européen ne peut en aucun cas remédier à l'inefficacité des mesures de filtrage. Quelles que soient les techniques de filtrage employées, les systèmes automatisés de filtrage ne permettent en aucun cas d'appréhender la complexité des situations juridiques qu'ils sont censés résoudre. C'est typiquement le cas en matière de droit d'auteur : la transmission d'une œuvre soumise à droit d'auteur sur les réseaux ne constitue pas en soi une contrefaçon. En effet, dans bien des cas, la transmission d'une œuvre protégée peut relever d'utilisations permises par les législations nationales, qui prévoient de nombreuses exceptions au droit d'auteur (par exemple à des fins d'information, de citation ou de copie privée). Des systèmes de filtrage préventifs, tels que ceux adoptés par l'hébergeur de contenus vidéos Youtube, sont incapables d'apprécier concrètement si une utilisation donnée constitue ou non une infraction. Par mesure de sécurité juridique, le dispositif va considérer tous les fichiers correspondant à une œuvre soumise à droit d'auteur comme illégaux et, le cas échéant, bloquera ces derniers.

La prévention d'une publication litigieuse par un système automatique entravera nécessairement des utilisations licites, telles que la parodie, l'information du public ou le droit de citation. Enfin, si de tels systèmes de filtrage bénéficiaient d'un statut légal, ou même d'une simple reconnaissance de la part des pouvoirs publics, le risque serait grand de voir de puissants ayants droit les utiliser à des fins anti-concurrentielles.

Le filtrage et les autres modes d'application de la loi dans l'environnement numérique pourraient aussi indirectement encourager des mécanismes de contournement de ces dispositifs, tels que le chiffrement des communications Internet. Dans le cadre des débats sur les lois de

Voir également la note de La Quadrature du Net, « Le filtrage du Net viole l'État de droit ». Adresse : <http://www.laquadrature.net/fr/le-filtrage-dinternet-viole-letat-de-droit>

riposte graduée visant à combattre le partage de fichiers en ligne au Royaume-Uni et en France, les services secrets des États-Unis et du Royaume-Uni ont ainsi exprimé leur préoccupation²⁹ de voir ces mécanismes répressifs conduire un nombre important d'individus à basculer vers l'utilisation d'outils Internet chiffrés, ce qui rendrait leurs missions bien plus difficile à accomplir. Le filtrage aura à coup sûr des répercussions similaires. Malheureusement, au nom de la protection d'un régime de droit d'auteur profondément inadapté aux technologies numériques, les exemptions de responsabilité prévues par la directive e-Commerce sont progressivement remises en cause. Comme l'expliquent DeBeer et Clemmer :

« Auparavant, l'approche standard aux problèmes de la responsabilité des fournisseurs de services sur Internet consistait à exiger des transporteurs et des hébergeurs qu'ils se comportent passivement jusqu'à ce qu'ils soient avertis d'activités contrevenant au droit d'auteur [...]. Dans plusieurs juridictions, des évolutions très récentes aboutissent à une nouvelle tendance s'éloignant de l'approche « passive-réactive » pour adopter une approche « active-préventive ». Des politiques gouvernementales, des politiques volontaristes, des textes législatifs et des décisions judiciaires participent tous à ce glissement des règles applicables aux intermédiaires en ligne. Une des raisons de ce glissement est la pression croissante exercée par les ayants droit sur les législateurs et sur les décideurs pour que les intermédiaires jouent un plus grand rôle dans l'application des droits d'auteur sur Internet. Une autre raison, moins évidente, réside dans le fait que les intérêts des intermédiaires et des ayants droit convergent. Les ayants droit étant préoccupés par l'application du droit d'auteur et les intermédiaires s'occupant de la gestion du réseau, il en résulte un intérêt commun pour le filtrage ou la gestion du trafic »³⁰.

En Europe, une telle évolution se retrouve dans de nombreuses initiatives prises par la Commission ces derniers mois³¹, ou par le Parlement européen à travers l'adoption du rapport Gallo sur l'application des droits de propriété intellectuelle, qui met l'accent sur le partage d'œuvres culturelles en ligne. L'UE devrait bien au contraire s'opposer à cette tendance visant à transformer les intermédiaires techniques en police du copyright sur Internet.

Recommandation 7 : Malgré cette tendance inquiétante, il est clair que la promotion de standards techniques pour le filtrage au niveau européen ne ferait qu'aggraver le problème de l'application de la loi, en incitant les utilisateurs à contourner les différents systèmes de filtrages et à chiffrer leurs communications sur Internet, et ce sans le moindre bénéfice pour les industries musicale et cinématographique, les auteurs ou les artistes. Par conséquent, les législateurs européens doivent rejeter le filtrage et privilégier des politiques publiques à l'efficacité avérée afin de faire appliquer la loi dans l'environnement numérique.

29. Cf. TechDirt, 15 mars 2010, "BPI Says That UK Spies Are Against Digital Economy Bill". Address:

<http://www.techdirt.com/articles/20100315/0034508554.shtml>

TechDirt, 6 octobre 2010, "US Intelligence Agencies Angry At France Over Three Strikes; Worried It Will Drive Encryption Usage". Adresse : <http://www.techdirt.com/articles/20101006/04135311311/us-intelligence-agencies-angry-at-france-over-three-strikes-worried-it-will-drive-encryption-usage.shtml%29>

30. DeBeer Jeremy F. et Clemmer Christopher D., op. cit.

31. Voir les différentes initiatives :

- dialogue sur le téléchargement illégal au sein de la DG Marché Intérieur ;
- dialogue sur les « ventes de produits contrefaits sur Internet » au sein de la DG Marché Intérieur ;
- dialogue sur la coopération privé-public pour contrer la dissémination de contenus illégaux dans l'Union européenne au sein de la DG Affaires Intérieures ;
- financement du blocage « auto-régulateur » d'Internet par la DG Affaires Intérieures.

62. Quelle est votre expérience des régimes de responsabilité pour les hyperliens dans les États membres ?

63. Quelle est votre expérience des régimes de responsabilité pour les moteurs de recherches dans les États membres ?

Bien que quelques États membres aient prévu des régimes spéciaux de responsabilité pour des outils de localisation d'information en ligne, tels que les hyperliens et les moteurs de recherche, le droit communautaire n'aborde pas le sujet. Compte tenu du développement d'une jurisprudence incohérente en la matière, les législateurs européens doivent harmoniser le régime de responsabilité applicable à ces outils de location d'informations.

Hyperliens. Le World Wide Web a transformé Internet en une sphère publique universelle et intégrée, attirant de nouveaux publics capables d'utiliser des moyens de communication sans pareil. Largement fondé sur les liens entrants et sortants, le Web s'appuie sur les hyperliens comme un moyen de citer le contenu hébergé par des tiers. Le droit de citation étant essentiel au fonctionnement de la sphère publique en ligne, et puisqu'il est de toute façon déraisonnable de s'attendre à ce que quelqu'un qui crée un hyperlien soit responsable du contenu présenté sur la page web liée (notamment parce que le contenu peut changer à tout instant), les créateurs d'hyperliens doivent jouir d'une exemption de responsabilité similaire à celle dont jouissent les hébergeurs.

Moteurs de recherche. Les moteurs de recherche fonctionnent comme des outils techniques qui indexent automatiquement les pages Web et offrent aux utilisateurs un spectre d'hyperliens menant au contenu correspondant à des mots clés donnés. Ils effectuent une tâche de « nature purement technique et automatique »³². Ils doivent aussi bénéficier des exemptions de responsabilité, à l'image de celles que plusieurs États membres leur ont déjà reconnues.

Recommandation 8 : Le régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de localisation d'information devrait être harmonisé au niveau européen.

- Le droit de citation étant essentiel au fonctionnement de la sphère publique en ligne, et puisqu'il est déraisonnable de s'attendre à ce que quelqu'un qui crée un hyperlien soit responsable du contenu présenté sur la page web liée, les créateurs d'hyperliens doivent jouir d'une exemption de responsabilité similaire à celle dont bénéficient les hébergeurs.

- Les moteurs de recherche doivent aussi jouir des exemptions de responsabilité accordées aux hébergeurs, à partir du moment où ils informent de manière transparente sur la façon dont l'information présentée est sélectionnée, rangée et classée, ainsi que, le cas échéant, la manière dont certaines catégories d'informations sont susceptibles d'être retirées des résultats de recherche.

32. Considérant (42) : « Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées ».

64. Avez-vous connaissance de difficultés particulières liées à l'application du régime de responsabilité pour le web 2.0 et « l'informatique en nuage » (cloud computing) ?

En ce qui concerne les sites collaboratifs ouverts à la participation de tout utilisateur (blogs, forums de discussion, sites ouverts aux commentaires des utilisateurs), il semble qu'il y ait des incertitudes quant à savoir s'ils peuvent bénéficier des exemptions de responsabilité accordées aux intermédiaires techniques. Certains tribunaux considèrent ainsi les opérateurs de ces sites comme les éditeurs de toutes les informations qui y sont présentées³³. Ils sont donc jugés responsables du contenu publié par leurs utilisateurs, même lorsque ce contenu n'a pas été modéré. Pour mettre fin à ce régime absurde, depuis juin 2009, la loi française accorde aux éditeurs de sites collaboratifs une nouvelle exemption de responsabilité inspirée du régime applicable aux intermédiaires techniques :

« Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale 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 »³⁴.

Recommandation 9 : Les fournisseurs de services en ligne hébergeant des espaces de participation et des éditeurs amateurs tels que les blogueurs doivent bénéficier d'exemption de responsabilité pour tous les contenus créés par les utilisateurs. Cela permettra de leur apporter une certaine sécurité juridique par rapport aux conséquences juridiques éventuelles liées à l'ouverture de leurs services à la participation de tous. Une telle exemption permettra de renforcer la protection de la liberté d'expression en ligne. La directive e-Commerce doit être amendée pour accorder à ceux qui hébergent des espaces participatifs la même exemption de responsabilité que celle dont jouissent les hébergeurs.

66. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment prononcé un arrêt important en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires, dans l'affaire Google contre LVMH. Pensez-vous que le concept de caractère « purement technique, automatique et passif » de la transmission d'information par des moteurs de recherche ou des plateformes d'enchères en ligne est suffisamment clair pour être interprété de façon homogène ?

Non. Ce concept n'est à ce jour seulement présent que dans le considérant 42 de la directive et l'application de la directive montre qu'il y a toujours beaucoup d'incertitudes autour de ce concept, malgré la décision de la Cour de justice de l'Union européenne.

33. Voir le cas Fillipis en France, impliquant le site du quotidien Libération. Journaliste et « pire que la racaille » - LeMonde.fr, Adresse : http://www.lemonde.fr/societe/article/2008/11/29/journaliste-et-pire-que-la-racaille_1124889_3224.html

34. Article 93-3 de la loi 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, telle que modifiée par l'article 27 de la loi Hadopi.

La révision de la directive e-Commerce devrait être l'opportunité de décliner ce principe à différentes activités exercées par les divers intermédiaires techniques sur Internet (voir les réponses aux questions 62, 63, 64 et 68).

67. Pensez-vous que l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance soit mise en cause par les obligations posées par des autorités administratives ou judiciaires aux prestataires de services, dans le but d'empêcher des infractions ? Si oui, pourquoi ?

Notre réponse à la question 67 est comprise dans celle à la question 58.

68. Pensez-vous que la classification des activités techniques dans la société de l'information, tels que « l'hébergement », « le simple transport » ou « le stockage », soit compréhensible, claire et constante entre les États membres ? Avez-vous connaissance de cas où des autorités ou les parties prenantes classeraient différemment une même activité technique de service de la société de l'information ?

Oui, il y a eu de très dangereuses confusions concernant la classification « hébergement ». En France tout particulièrement, les intermédiaires techniques qui ne jouent aucun rôle éditorial dans la publication de contenu ont été qualifiés d'« éditeurs » par les juges, et ont été soumis à un haut niveau de responsabilité créant une forte insécurité juridique sur leurs activités.

En 2007, le réseau social MySpace a été considéré par un tribunal parisien, dans l'affaire Lafesse³⁵, comme étant un éditeur. Le tribunal a décidé que puisque MySpace permet à ses utilisateurs de mettre en ligne des contenus via une interface spécifique, et considérant que le site diffusait une publicité à chaque fois que la vidéo était regardée, MySpace ne pouvait bénéficier de l'exemption de responsabilité accordée aux hébergeurs³⁶.

Mais il y a plus inquiétant encore : dans une décision de janvier 2010 concernant des reproductions de bandes dessinées qui enfreignaient le droit d'auteur³⁷, la Cour de Cassation a jugé que l'hébergeur Tiscali était éditeur à cause de la publicité diffusée sur le site³⁸. Dans ces deux arrêts, les fournisseurs de services ont été considérés comme des éditeurs parce qu'ils faisaient apparaître de la publicité à côté des contenus diffusés par leurs utilisateurs. Une telle qualification contrevient aux exemptions de responsabilité accordées aux intermédiaires techniques par la directive e-Commerce.

De même en 2007, suivant un autre raisonnement, le Tribunal de Grande Instance de Paris a également jugé que l'hébergeur de vidéos Dailymotion était responsable des contenus mis en ligne³⁹. Le tribunal a estimé que Dailymotion avait délibérément permis un piratage à grande échelle, en écrivant qu'« *il ne peut pas être sérieusement prétendu que la vocation de l'architecture et les moyens techniques mis en place par la société Dailymotion ne tendaient qu'à permettre à tout un chacun de partager ses vidéos amateur avec ses amis ou la communauté des internautes* ». Dailymotion a été reconnu responsable, puisque le tribunal a estimé que l'absence

35. Tribunal de Grande Instance, Lafesse v. MySpace, 22 juin 2007 Adresse :

<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tgi-par20070622.pdf>

36. DeBeer Jeremy F. et Clemmer Christopher D., op. cit., p. 397.

37. Cour de Cassation, Tiscali v. Dargaud, 14 janvier 2010.

38. Vandeveldt Bertrand, 25 janvier 2010, Affaire Tiscali, Adresse : <http://www.droit-technologie.org/actuality-1294/responsabilite-des-hebergeurs-affaire-tiscali-la-cour-de-cassation.html>

39. Tribunal de Grande Instance, Nord-Ouest Prod. v. S.A. Dailymotion, 13 juillet 2007 <http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20070713.pdf>

d'obligation générale de surveillance de son site « ne s'applique pas lorsque les activités [illicites] sont générées ou induites par le prestataire lui-même ». Peu de temps après, Dailymotion a mis en place un système filtrant les contenus mis en ligne par les utilisateurs et capable de détecter les œuvres protégées.

Ce dernier jugement montre que, plutôt que d'établir une jurisprudence cohérente, les tribunaux français ont, au fil de leurs décisions, qualifié différemment des activités techniques identiques (voir les affaires Lafesse et Nord-Ouest Prod.). Dans les trois cas, même en l'absence d'une activité éditoriale à proprement parlé de la part des éditeurs de services, les juges ont tranché en faveur des plaignants et ont condamné des fournisseurs de services innovants qu'une bonne compréhension des principes inscrits dans le droit communautaire aurait conduit à qualifier d'hébergeurs.

Recommandation 10 : Cette jurisprudence regrettable démontre que la directive e-Commerce n'est pas assez détaillée et que la définition d'hébergeur doit être étendue pour couvrir toutes les situations dans lesquelles l'intermédiaire technique n'a exercé aucune fonction éditoriale sur l'information litigieuse présentée sur une page Web donnée⁴⁰.

Selon nous, la décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire LVMH mentionnée ci-dessus, qui fait référence au considérant 42 de la directive, conforte une telle approche. De même que pour les sites collaboratifs et les moteurs de recherche, la directive doit garantir que les exemptions de responsabilité s'appliquent à tous les cas où l'information litigieuse a été rendue accessible via une action « purement technique et automatique » par le fournisseur de services en ligne.

69. Pensez-vous qu'une éventuelle insuffisance d'investissement dans l'application du droit dans la sphère de l'Internet soit une source du problème de la contrefaçon et du piratage ? Merci de préciser votre réponse.

Loin de souffrir d'un manque de moyens dans les mesures d'application du droit, la guerre longue de 15 ans contre le partage de fichiers en ligne a mené à un nombre incalculable de lois et de procès, mobilisant ainsi d'énormes ressources. En ce qui concerne le partage à but non commercial d'œuvres culturelles sur Internet, nous pensons qu'il n'est pas pertinent de parler du « problème du piratage ». S'il est vrai que certains secteurs de l'industrie ont subi des pertes en raison du partage de fichiers, alors l'argent a simplement été transféré à d'autres activités⁴¹ qui sont probablement plus utiles pour la richesse économique et sociale de l'UE. Aujourd'hui, de nombreuses études indépendantes⁴² – de l'OCDE, d'IPSOS, du Département de l'Industrie du Canada et d'universitaires, ainsi que de sources gouvernementales – font état d'un impact économique neutre ou positif du partage de fichiers sur le secteur culturel.

Le « problème » est que le régime de copyright d'aujourd'hui est beaucoup trop rigide. Il est en pratique profondément inadapté à l'environnement numérique. Si nous voulons que nos sociétés tirent pleinement profit d'Internet, les législateurs doivent renoncer à une application brutale de régimes de « propriété intellectuelle » restrictifs et dépassés, et faire montre de

40. Dans le cas Tiscali, les publicités étaient diffusées de manière automatique, et les contenus portant atteinte au droit d'auteur étaient publiés par l'utilisateur.

41. Concerts, jeux vidéo, matériel, souscription à des forfaits Internet ou autres modes de communication, etc.

42. Une compilation de ces études indépendantes :

http://www.laquadrature.net/wiki/Etudes_sur_le_partage_de_fichiers

pragmatisme. Un fait fondamental doit être reconnu par les législateurs et les entreprises culturelles : les technologies numériques permettent la copie parfaite des biens culturels à un coût virtuellement nul. Les réglementations qui vont à l'encontre de cette réalité – par exemple en cherchant à modifier l'architecture d'Internet afin de prévenir les infractions au droit d'auteur, ou en imposant des mesures techniques qui recréent artificiellement la rareté qui existait dans « l'ancienne » économie culturelle – défient le bon sens et freinent le progrès socio-économique tout en étant souvent irréalistes d'un point de vue technique, comme nous l'avons indiqué dans nos réponses aux questions précédentes.

Recommandation 11 : Les législateurs européens doivent réorganiser l'économie créative en ligne autour des pratiques émancipatrices permises par les nouvelles technologies, telles que la ré-utilisation (remix) et le partage d'œuvres. Ces pratiques montrent l'émergence d'une culture participative où les gens pourront non seulement accéder, partager et commenter les œuvres des autres, mais aussi utiliser ces outils pour s'exprimer. Ces pratiques contribuent également à un processus d'innovation ascendante permettant à de nouveaux usages d'émerger, générant de la croissance économique et de nouvelles pratiques sociales. Si l'Union européenne adapte le droit d'auteur aux nouvelles technologies, une économie culturelle dynamique et novatrice peut se développer en parallèle de mécanismes de financement visant à soutenir ce nouvel écosystème créatif et apporter des revenus aux créateurs. La société dans son ensemble gagnerait à un nouvel équilibre entre les droits du public et les intérêts des auteurs et des producteurs. Dans le cas contraire, le droit d'auteur fera face à une désastreuse crise de légitimité.

Pour des propositions plus détaillées sur la façon dont le droit d'auteur doit être réformé, voir notre réponse à la consultation sur les contenus créatifs sur Internet : http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-20100105Online_Creative_Content_Consultation.pdf

1.