

b) La tentation de définir des cas où l'hébergeur devient éditeur

Requalifier les hébergeurs en éditeurs est la voie la plus radicale pour accroître la responsabilité des hébergeurs. L'éditeur est en effet responsable, civilement et pénalement, pour tout ce qu'il édite.

On analysera ici deux jugements qui ont suivi cette voie.

Ces deux décisions se sont d'abord appuyées sur le fait que l'hébergeur organisait une structure d'hébergement pour la publication des informations stockées. Cela ferait de lui un éditeur.

Dans un arrêt « Tiscali Media c/ Dargaud Lombard » du 7 juin 2006, la Cour d'appel de Paris a considéré que le fournisseur d'hébergement Tiscali devait assumer la qualité d'éditeur lorsqu'il propose aux internautes un hébergement restreint à une seule partie de son site web (en l'espèce, www.chez.tiscali.fr).

Par décision du 22 juin 2007, le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que la société MySpace ne limitait pas son offre aux fonctions techniques d'un prestataire d'hébergement mais avait le statut d'éditeur dont elle devait « assumer les responsabilités. », du fait qu'elle organise « une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés ».

Ces jugements se sont ensuite appuyés sur le modèle économique choisi par le prestataire d'hébergement.

Dans son arrêt « Tiscali Media c/ Dargaud Lombard » du 7 juin 2006, la Cour d'appel de Paris a considéré que le fournisseur d'hébergement Tiscali devait assumer la qualité d'éditeur lorsqu'il exploite son site de façon commerciale, notamment en proposant « aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles ».

Dans sa décision du 22 juin 2007, le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que la société MySpace avait aussi le statut d'éditeur dans la mesure où elle diffuse, « à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit ».

Ces deux décisions posent problème. En effet, un fournisseur d'hébergement est nécessairement conduit à structurer l'information qu'il stocke sur son ou ses serveurs. Il doit en effet au moins allouer à l'hébergé un espace déterminé de son serveur et, pour que l'internaute puisse consulter cet espace, rendre visible cette structure au sein de la page même sur laquelle figurent les informations hébergées.

La structure donnée au service d'hébergement participe donc de l'essence même de ce service.

La loi ne fait d'ailleurs pas dépendre la qualité d'hébergeur de la manière dont le service d'hébergement est organisé.

En tout état de cause, un hébergeur qui définit une typologie des blogs sur son site, et qui ventile ces blogs, au sein du classement qu'il a établi, en fonction de leur nature annoncée a une action beaucoup plus proche de celle d'une chaîne de kiosques à journaux, qui regroupe sur ses présentoirs les magazines en fonction de leurs centres d'intérêt, que celle d'un éditeur.

S'agissant du modèle économique, il faut souligner que ni la directive 2000/31/CE ni l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique n'opèrent de distinction entre les prestataires de services sur ce critère.

De fait, on ne voit pas en quoi le choix d'une rémunération par la publicité plutôt que par l'hébergement entraînerait une modification du statut de l'hébergeur : il n'y a pas plus dans un cas que dans l'autre de contrôle des contenus.

Enfin, la condamnation du modèle de la gratuité rémunérée par la publicité n'est pas seulement contraire à la loi. Elle porte gravement atteinte, également, aux intérêts des utilisateurs d'Internet.

Le modèle de développement d'internet a été théorisé sous le nom de modèle de la « longue traîne ». Les sites ouverts par chacun sont de petits sites individuels, vus par un nombre de visiteurs qui peut être très modeste. Mais leur nombre additionné, et le nombre additionné de leurs visiteurs, en fait une base solide pour une exploitation publicitaire intéressante pour les annonceurs. C'est ce modèle économique qui permet le développement de l'Internet que l'on connaît, celui qui est construit sur une multitude de sites individuels, classés par les hébergeurs. Les hébergeurs peuvent offrir des coûts très faibles d'hébergement, à chaque site ou blog individuel, et en revanche vendre la masse de ces sites aux annonceurs. Si ce modèle de financement est remis en cause, c'est la fin de l'internet diversifié d'initiative individuelle.

La requalification des hébergeurs en éditeurs pose également un autre problème. En effet, en contrepartie de leur responsabilité limitée, les hébergeurs ont des obligations que les éditeurs n'ont pas.

Un éditeur n'a pas à justifier de la conservation des données permettant d'identifier les créateurs de contenu sur les pages qu'il édite, puisqu'il est lui-même responsable de ces informations. Cette situation préserve au demeurant le secret des sources journalistiques par exemple. Inversement, un hébergeur ne peut voir sa responsabilité engagée en raison des informations publiées par un tiers que dans des conditions particulières, notamment s'il n'a pas conservé les données permettant l'identification de ce tiers, afin que sa responsabilité puisse le cas échéant être recherchée.

Or, dans l'arrêt Tiscali, la Cour d'appel précise notamment que la société Tiscali, responsable des contenus publiés en sa qualité d'éditeur, conserve sa qualité d'hébergeur de ces mêmes contenus, ainsi que les obligations attachées à ce statut.

On arrive aussi à une situation curieuse, où l'hébergeur n'est hébergeur que tant qu'aucune plainte fondée n'est formulée sur l'activité d'un hébergé. Dans ce cas, il est déclaré responsable en tant qu'éditeur ! Dès lors, cette voie aboutit en fait à faire des hébergeurs des éditeurs, vidant ainsi de sa substance le dispositif élaboré par la loi.

Il y a donc là une incohérence.

De fait, des jurisprudences récentes prennent acte de la réalité voulue par la loi.

S'agissant de la structuration de l'information, par ordonnance de référé du 29 octobre 2007, le Tribunal de grande instance de Paris a reconnu la qualité d'hébergeur à la société Wikipédia, au motif que les articles de cette encyclopédie sont le fruit des contributions que les internautes postent sur ses services.

Un jugement du 19 octobre 2007 du même tribunal (Zadig c Google), sur le fond et non en référé, énonce de façon extrêmement claire les termes de la différenciation :

« le fait pour la société défenderesse d'offrir aux utilisateurs de son service Google vidéo une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus, au demeurant nécessaire à leur accessibilité par le public, ne permet de la qualifier d'éditeur de contenu dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence, est

personnellement à l'origine de la diffusion et engage à ce titre sa responsabilité ».

Cette décision est d'autant plus significative que, dans cette affaire, comme on le verra plus bas, la société Zadig a obtenu la condamnation de Google pour insuffisance de diligence.

Le même tribunal a également traité sur le fond la question du modèle économique de l'hébergeur, pour conclure que ce modèle ne pouvait pas servir d'élément à partir duquel on pourrait requalifier un hébergeur en éditeur. Dans une décision du 13 juillet 2007, il expose que « la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier la société DailyMotion d'éditeur de contenu dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux — mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion, raison pour laquelle il engage sa responsabilité ».

La frontière entre le statut d'hébergeur et celui d'éditeur doit donc bien rester, comme l'a voulu la loi, non pas celle de la fourniture d'outils de présentation ou l'organisation de cadres de présentation sur les sites, mais la capacité d'action sur les contenus.

c) La tentation d'accroître les responsabilités des hébergeurs

Une autre voie pour mieux responsabiliser les hébergeurs est une interprétation de plus en plus large des responsabilités mais aussi des pouvoirs d'appréciation des hébergeurs en matière de contenus illicites.

Des décisions de justice ont choisi d'étendre de fait aux propos diffamatoires ou aux atteintes à la vie privée le régime des contenus odieux dont la répression a été reconnue d'intérêt public (pédopornographie, etc).

Dans une décision du 29 mai 2007 (Google c/ Benetton), le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que la société Google, en sa qualité d'hébergeur, aurait dû agir « promptement pour faire cesser le dommage résultant de l'utilisation illicite des marques et de photographies sur lesquels le requérant revendiquait des droits, ainsi que de l'affirmation mensongère par l'éditeur du site litigieux du fait qu'il travaillait pour lui, avec pour mission de réaliser des séances de prises de photographies ».

Dans une décision du 6 juin 2007 (SARL Lycos France c/Abdelhadi S. et SA Dounia et SAS iEurop), la Cour d'appel de Paris a estimé que « des propos portant de façon évidente atteinte à l'intimité de la vie privée, en ce qu'ils ne nécessitent pas d'enquête ou de vérification préalable pour que soit constatée leur illicéité, constituent un contenu manifestement illicite ».

Par décision du 6 décembre 2006 rendue dans la même affaire Lycos France, la Cour d'appel de Paris ajoute que, « même s'il est reconnu à l'hébergeur une marge d'appréciation dans l'interprétation de la licéité des données qu'un particulier lui dénonce, des propos portant de façon évidente atteinte à l'intimité de la vie privée, même s'ils sont étrangers à l'apologie de crimes contre l'humanité, à l'incitation à la haine raciale et à la pornographie infantile et même en l'absence de décision de justice, sont manifestement illicites et l'hébergeur doit en conséquence les retirer ou en rendre l'accès impossible sans que cela n'ait à être requis par une décision de justice ».

Cette interprétation pose cependant problème : elle unifie le régime des responsabilités des hébergeurs, en l'alignant sur celui des contenus odieux. Or la loi a bien prévu deux régimes différents.

Et si elle l'a fait, c'est pour des raisons de fond. Des propos qualifiés par un plaignant de diffamatoires pourront ne pas l'être si la preuve de la véracité des faits est rapportée. C'est devant un juge qu'elle le sera. Il en a toujours été ainsi. Des éléments de vie privée ne sont pas attentatoires

à la vie privée si la personne concernée a consenti à leur publication ou les a elle-même rendus publics ; une plainte de la victime ne présume pas non plus de son défaut de consentement à l'époque de la publication : là aussi, c'est au juge de trancher. De même, ce n'est pas parce qu'un plaignant considère qu'un document a été publié en lésant ses droits que cela est vrai : c'est sans doute pour ces raisons de fond que la loi n'a pas, pour ces infractions, retenu le même régime que pour les infractions d'ordre public.

Et le texte de l'article 6 est clair : « Les personnes mentionnées aux 1 et 2 (c'est-à-dire les hébergeurs) ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »

Si la loi en a décidé ainsi, c'est sciemment, pour éviter une censure systématique des contenus par les fournisseurs d'hébergement, et préserver l'accès des internautes aux richesses du réseau : une telle obligation de surveillance menacerait la fonction même de fournisseur d'hébergement : on l'a vu, ce dernier est dans l'incapacité de vérifier le contenu et la légalité de l'ensemble des informations stockées sur ses serveurs.

Du reste, si l'on a ici cité des jugements tendant à étendre les responsabilités des hébergeurs, il faut aussi convenir que d'autres font une interprétation beaucoup plus littérale de la loi et de ses premières interprétations, notamment celle du Conseil constitutionnel, à qui la loi lui a été déférée avant promulgation.

Dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil avait estimé que les dispositions relatives au régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement Internet « ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'(elles) envisagent ». Elles « 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 ».

Une décision du tribunal de grande instance de Paris du 15 novembre 2004 (CDCA c Consul général de Turquie et Sté France Télécom) précise ainsi qu'il n'appartient pas au fournisseur d'hébergement Internet, lorsqu'il est saisi par une personne privée d'une demande de retrait d'une information sur un site : « d'assumer la charge et la responsabilité d'une analyse juridique qui ne reposait pas sur le droit positif et/ou sur des données tangibles issues des textes ou de solutions déjà rendues ».

Dans sa décision du 1^{er} juin 2006 (sté Espace Unicis c SA Meetic et SARL Google France), le Tribunal de commerce de Lille a considéré qu'« en tant qu'hébergeur, Google n'est pas tenu d'exercer un contrôle spécifique sur les liens AdWords, contrôle que la loi LCEN du 21 juin 2004 n'exige pas, et qui s'avérerait d'ailleurs matériellement impossible » ; « La responsabilité de Google ne peut donc être recherchée de par sa qualité d'hébergeur ».

Dans l'arrêt du 6 décembre 2006, « Abdel/zadi S. et SA Dounia c/SAS iEurop et SARL Lycos France », la Cour d'appel de Paris a également été très claire : « Un prestataire technique assurant le stockage de signaux, d'écrits, d'image, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de services est un hébergeur et ne doit pas être confondu avec l'auteur de propos hébergés, ni leur éditeur, ce qu'est le propriétaire du site où ils figurent. Il n'est pas non plus producteur au sens de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. »

d) Sites collaboratifs et de vente aux enchères : traiter par la loi l'évolution du statut d'hébergeur

Des sites comme Wikipedia ou encore Daily Motion, où les internautes mettent en ligne opinions, vidéos, informations, sont devenus des références majeures sur le net. Les vidéos mises en ligne sur Daily Motion ou You Tube, notamment lorsqu'elles comportent des éléments anecdotiques ou comiques sur un événement ou une personnalité, peuvent faire l'objet d'un très grand engouement et de très nombreuses consultations.

Une preuve de l'importance de ces sites est le rôle qu'ils peuvent avoir pour la notoriété de chanteurs ou musiciens débutants : le chanteur Kaminy notamment a commencé sa carrière en mettant en ligne une vidéo de sa première chanson, Marly-Gomont, réalisée en mettant en scène des amis et des voisins, pour un coût de réalisation de 200 euros environ.

Or, cette efficacité promotionnelle nouvelle est liée à l'évolution technique de l'hébergement. Ces sites, en effet, grâce à des logiciels nouveaux dénommés « agrégateurs », offrent une lisibilité nouvelle aux éléments mis en ligne. Pourquoi ? D'une part, ils offrent un classement par rubrique sous lesquelles les internautes vont mettre leurs contributions. De l'autre, ils comportent un dispositif de visibilité de ces contributions. Plus une contribution est consultée, plus elle apparaît tôt dans le classement. Les contributions les plus regardées du moment se trouvent ainsi très accessibles, dès la page d'accueil du site ou de la rubrique.

Ainsi, si l'on veut cette fois faire référence à la presse, tout se passe comme si les contributions les plus regardées du moment figuraient en « une » du site, les moins regardées étant elles, beaucoup moins accessibles et finissant même par être automatiquement effacées du site après un certain délai sans consultation.

Ce caractère actif de l'hébergement – c'est ce qu'on appelle le Web 2.0 – n'est pas pour rien dans la tendance qu'a la justice à étendre les responsabilités des hébergeurs, notamment en leur attribuant la qualité d'éditeur et le régime de responsabilité qui y est attaché.

La toute récente décision (27 mars 2008) du tribunal de Grande instance de Paris, qui a mis le monde du Web 2.0 en émoi, est très significative. L'hébergeur Fuzz.fr a été condamné à une provision indemnitaire de 1 000 euros et à 1 500 euros de remboursement des frais d'avocat d'un acteur qui l'avait assigné pour avoir laissé diffuser sur son site des informations sur sa vie privée.

Deux éléments doivent être remarqués : d'une part, c'est une simple ordonnance en référé d'un juge unique, qui statue de façon conservatoire ; ce n'est pas un jugement sur le fond. La décision ne saurait, dans ces conditions, « faire jurisprudence », comme on a pu l'entendre.

De l'autre, le juge a considéré que le site faisait œuvre éditoriale dans la mesure où l'on y trouvait des liens renvoyant vers d'autres sites, ce qui faisait dudit site un site d'information original.

C'est cela que l'ordonnance de référé a considéré comme une action éditoriale. Ensuite, dès lors que sur les sites référencés en lien par Fuzz.fr se trouvaient des propos portant atteinte à la vie privée, le site « éditorial » se trouvait en situation d'être condamné, conformément au droit de l'édition.

Cette démarche ressort clairement des attendus de l'ordonnance, mise en ligne sur le site *presse-citron.net* par le patron du site Fuzz.fr lui-même.

« Mais attendu qu'il ressort des pièces produites aux débats, que le site litigieux est constitué de plusieurs sources d'information dont l'internaute peut avoir une connaissance plus complète grâce à un lien hypertexte le renvoyant vers le site à l'origine de l'information ;

« Qu'ainsi en renvoyant au site « celebrities-stars.blogspot.com », la partie défenderesse opère un choix éditorial, de même qu'en agençant différentes rubriques telles que celle intitulée « People » et en titrant en gros caractères « KYLIE MINOGUE ET OLIVIER MARTINEZ TOUJOURS

AMOUREUX ENSEMBLE A PARIS », décidant seule des modalités d'organisation et de présentation du site ;

« Qu'il s'ensuit que l'acte de publication doit donc être compris la concernant, non pas comme un simple acte matériel, mais comme la volonté de mettre le public en contact avec des messages de son choix ; qu'elle doit être dès lors considérée comme un éditeur de service de communication au public en ligne au sens de l'article 6.III.1.c de la loi précitée (la LCEN) renvoyant à l'article 93-2 de la loi du 21 juillet 1982 ;

(...)

« Que la responsabilité de la société défenderesse est donc engagée pour être à l'origine de la diffusion de propos qui seraient jugés fautifs au regard de l'article 9 du code civil ;

« Attendu qu'il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article 9 précité, toute personne, quelle que soit sa notoriété, a droit au respect de sa vie privée ;

« Attendu qu'en évoquant la vie sentimentale d'Olivier MARTINEZ et en lui prêtant une relation réelle ou supposée avec une chanteuse, en l'absence de toute autorisation ou complaisance démontrée de sa part, la brève précitée, qui n'est nullement justifiée par les nécessités de l'information, suffit à caractériser la violation du droit au respect dû à sa vie privée ; que l'atteinte elle-même n'est pas sérieusement contestée ;

« Qu'il en est de même pour le renvoi opéré, grâce à un lien hypertexte, à l'article publié sur le site « celebrities-stars.blogspot.com », lequel article fournit des détails supplémentaires en particulier sur la séparation des intéressés et leurs retrouvailles ; que ce renvoi procède en effet d'une décision délibérée de la société défenderesse qui contribue ainsi à la propagation d'informations illicites engageant sa responsabilité civile en sa qualité d'éditeur ».

Bien entendu, pour se défendre, Fuzz (ou plutôt Bloobox.net, société mère) a fait remarquer qu'elle n'avait aucun contrôle sur le contenu du site.

Il reste qu'il n'est pas facile de soutenir que la création d'un site virtuel spécialisé sur une personnalité ne constitue pas en soi l'offre d'un service d'information et de communication électronique nouveau.

Dans le cas de Fuzz.fr, le juge a considéré visiblement que le site consacré à l'acteur évoqué finissait par fonctionner comme une sorte de journal interactif, qu'il fallait donc bien que quelqu'un en assume la responsabilité éditoriale d'ensemble, et que c'est l'hébergeur qui devait le faire.

En fait, il semble bien que, avec les Web 2.0, comme aussi dans le cas des sites de vente aux enchères, qu'on analysera plus bas, on arrive à la limite du statut d'hébergeur tel qu'il est défini par la LCEN. Un site exclusivement concerné à la vie privée d'une personne peut-il avoir pour seuls responsables la multiplicité des internautes qui y apportent commentaires, informations, liens... ?

Pour autant, il faut être clair. La LCEN a créé un statut d'hébergeur distinct de celui d'éditeur. Cette distinction ne doit pas être vidée de son sens par des décisions de justice. Sur ce point, dans l'affaire Fuzz.fr, les rapporteurs espèrent instamment que les juges de fond ne suivront pas la voie ouverte par l'ordonnance de référé.

En revanche, il est clair que l'évolution de l'action d'hébergement suppose de légiférer rapidement, voire de façon urgente, pour fixer plus précisément les limites au sein desquelles le statut d'hébergeur, qui est un statut exonérateur de responsabilité, s'applique. Autant la loi doit être appliquée, autant elle doit régir une réalité.

L'une des pistes est sans doute l'éclatement du statut d'hébergeur, en fonction du caractère plus ou moins actif de l'hébergement. Deux exemples paraissent significatifs de cette nécessaire évolution. Le premier est celui qui vient d'être analysé. Il faut que la loi définisse des règles pour les sites collaboratifs. Le deuxième est celui des sites de vente aux enchères.

Pour les rapporteurs, il faut donc 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).(proposition n° 1).

En attendant, cependant, les textes doivent être appliqués, et ne pas être détournés.