

Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil

Par David MELISON

Membre du Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel ([CERDI](#))¹

e-mail : david.melison@wanadoo.fr

1. Fruit d'un débat passionné où l'on a vu planer tour à tour le spectre d'un réseau sans responsable et celui d'une censure par des hébergeurs mués en juges², la [loi du 21 juin 2004](#)³ encadre désormais la responsabilité des intermédiaires techniques⁴, fournisseurs d'hébergement en tête⁵.

Les règles créées sont d'autant plus louables qu'elles substituent un régime somme toute équilibré à une législation partielle et bancale amputée maladroitement par le Conseil constitutionnel. La quasi-irresponsabilité de fait des hébergeurs a ainsi cédé la place à une responsabilité admise de manière restrictive⁶.

L'article 6 § 2 de la LEN indique que les hébergeurs « *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 [... s'ils] n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où [ils] en ont eu cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.* »

La responsabilité pénale est traitée à la même enseigne par un article 6 § 3 dont la formulation est quasiment identique au § 2⁷.

À cause de cette ressemblance gémellaire, le lecteur pressé pourrait s'imaginer que la responsabilité civile et la responsabilité pénale obéissent désormais aux mêmes règles s'agissant des hébergeurs. Or, une étude plus attentive fait ressortir la fausseté de cette première impression. La loi ne prétend pas instituer un système autonome de responsabilité spécifique aux hébergeurs. Elle ne fait qu'ajouter des conditions restrictives à l'engagement de la responsabilité. Sosie de la responsabilité civile, la responsabilité pénale n'en garde pas moins ses traits caractéristiques et pose des difficultés spécifiques.

¹ <<http://www.jm.u-psud.fr/CERDI/>>.

² Voir par exemple le texte de la ligue *Odebi* : <<http://www.odebi.org/deputes/0justice.html>> ou encore la pétition du réseau *Iris* : <<http://www.iris.sgdg.org/actions/len/petition.html>>.

³ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LEN) : *Journal officiel* du 22 juin 2004, p. 11168 ; <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0200175L>>.

⁴ Sur l'ensemble de la question de la responsabilité des intermédiaires, voir notamment Michel VIVANT (sous la direction de), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2004, n°2465 et s. ; Sabine MARCELLIN et Lionel COSTES (sous la direction de), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Guide*, Paris, Lamy, 2004, n°4205 et s. ; Christian GAVALDA et Pierre SIRINELLI (sous la direction de), *Lamy droit des médias et de la communication*, Paris, Lamy, 2003, 2 tomes, et plus particulièrement l'étude de Lionel THOUMYRE, « *Responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet* », tome 2, n°464, novembre 2004 ; Lionel THOUMYRE, « *Hyper-dossier sur les acteurs de l'Internet en France* » : *Juriscom.net*, 22 juin 2004, <<http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=485>>.

⁵ Je tiens à adresser ici mes remerciements aux hébergeurs qui ont bien voulu répondre à mes sollicitations lors de l'élaboration de cet article et tout particulièrement à Karen SEROR d'*Amen*, Vanessa BRIOLLET du Groupe *Jouve*, Octave KLABA et Bert d'*OVH*, Stéphanie KOLARIC d'*Online.net*, Patricia PONCY de *Netbenefit.com*, Jean-François COUSI de *Serveur-express.com* et David GILLARD d'*Agarik.com*.

⁶ Voir *infra* n°3 pour de plus amples détails.

⁷ Pour les nuances, voir *infra* n°5.

Derrière l'apparente unité prévue par l'article 6 de la LEN (I) se maintient la dualité fondamentale des régimes de responsabilité (II).

I. L'apparente unité de la responsabilité prévue par l'article 6 de la LEN

2. Avant de présenter et d'apprécier la solution retenue par le législateur en 2004 (B), il est utile de faire un bref rappel des arguments qui militaient en faveur de la refonte des règles de responsabilité des intermédiaires techniques (A).

A. La nécessité de modifier le régime de responsabilité des intermédiaires techniques

3. **Insuffisances de la loi du 1^{er} août 2000** – La responsabilité des intermédiaires techniques fut longtemps le parent pauvre du droit français de l'Internet. Dans le souci de limiter les conséquences excessives⁸ de l'application des principes de la responsabilité civile aux hébergeurs, le législateur avait opté par la [loi du 1^{er} août 2000](#)⁹ en faveur d'un régime spécial d'irresponsabilité de principe, assorti de deux exceptions. La responsabilité tant civile que pénale de l'hébergeur ne pouvait être engagée qu'en cas d'inertie, suite à une requête des autorités judiciaires ou à la demande d'un tiers estimant le contenu illicite ou préjudiciable¹⁰.

Dans une décision¹¹ qui réunit la majorité de la doctrine contre elle¹², le Conseil constitutionnel censura partiellement la disposition, ne laissant plus subsister que les exceptions de requête des autorités judiciaires et de participation de l'hébergeur à l'élaboration du contenu illicite. Les sages avaient été heurtés par l'imprécision des conditions de forme encadrant la saisine par un tiers et l'absence de détermination des caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale des hébergeurs. La seule possibilité consistait donc à agir après une injonction judiciaire restée vaine.

D'un point de vue pénal, la décision était éminemment contestable. En effet, les règles posées par la loi du 1^{er} août 2000 ne créaient pas d'infraction nouvelle. Elles ne remplaçaient pas davantage les conditions nécessaires à la mise en jeu de la responsabilité pénale mais s'y ajoutaient. Ainsi, outre la demande d'un tiers estimant le contenu illicite ou préjudiciable et une absence de « *diligences appropriées* », il eût fallu apporter la preuve des éléments caractéristiques propres à engager la responsabilité pénale de l'hébergeur en qualité de coauteur ou plus vraisemblablement de complice. Or, la complicité suppose de réunir un élément matériel, qui ne soulève pas de difficulté ici, et un élément moral antérieur ou concomitant à l'infraction, comme le précise l'article 121-7 alinéa 1 du Code pénal¹³.

⁸ On citera pour mémoire la fameuse affaire « *Estelle Hallyday* », dans laquelle la responsabilité civile de l'hébergeur *altern.org* avait été retenue, au grand dam de son exploitant Valentin Lacambre, CA Paris, 10 février 1999, *Juricom.net*, 10 février 1999 : <<http://www.juricom.net/jpt/visu.php?ID=330>>.

Pour plus de détails concernant les règles antérieures, consulter l'hyperdossier *précité*.

⁹ Loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : *Journal officiel* du 2 août 2000, p. 11903 ;

<<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX9800149L>>.

¹⁰ La loi prévoyait également une troisième exception en cas de participation de l'hébergeur à l'élaboration du contenu. Celle-ci est reprise dans le nouveau texte et ne requiert pas d'approfondissement particulier. Dans une telle hypothèse, l'hébergeur est assimilé à l'éditeur de contenu en ligne.

¹¹ Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 : *Journal officiel* du 22 juin 2004, p. 11182 ; disponible sur le site du Conseil constitutionnel : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000433/index.htm>>.

¹² Nous renvoyons à ce sujet aux références doctrinales présentées sur le site du Conseil constitutionnel, *ibid*.

¹³ « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* ».

Sur l'élément moral de la complicité, voir notamment :

Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, n°558 et s. ; Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 11^e éd., Paris, Economica, coll. « Corpus droit privé », 2004, n°546 et s. ; Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris, PUF, coll. « Droit classique », n°358 et 359 ; Jean PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, 14^e éd.,

Pendant près de quatre ans et en raison de la censure inopinée du texte, les hébergeurs bénéficièrent paradoxalement d'un système limitant considérablement le risque de voir leur responsabilité engagée du fait des contenus hébergés sur leurs serveurs, alors qu'inversement les fournisseurs d'accès étaient soumis au droit commun.

4. Transposition de la directive « commerce électronique » – Par ailleurs, le texte dans sa version tronquée était contraire aux règles prévues par les articles 12 à 15 de la [directive « commerce électronique » du 8 juin 2000](#)¹⁴ et ne couvrait pas l'ensemble des personnes visées par la norme communautaire.

Selon l'article 14 § 1, « *les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service [d'hébergement], le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites [... ou] que le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.* »

La directive laissait aux États la faculté « *d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible* »¹⁵.

La transposition de ce texte et sa conciliation avec les exigences des gardiens de la Constitution ont abouti à une solution à la fois originale et équilibrée, quoique perfectible¹⁶.

B. La solution retenue par le législateur

5. Dédoublage de l'article – L'article 6 reprend une formulation voisine de la loi antérieure et de la directive. Pour contourner l'écueil qui avait causé le naufrage de la loi du 1^{er} août 2000, les deux régimes de responsabilité sont séparés dans deux paragraphes différents. Ce tronçonnage prudent aurait permis de dissocier la responsabilité civile de la responsabilité pénale en cas de censure partielle de la loi¹⁷.

Les sages n'ont pas réitéré leur opposition. Ils ont uniquement émis une réserve d'interprétation relative à l'engagement de la responsabilité tant civile que pénale. Le Conseil a considéré que la responsabilité de l'hébergeur ne peut être engagée pour défaut de retrait non judiciaire que si l'information présente un caractère manifestement illicite, contrairement au législateur qui avait volontairement écarté cette limite¹⁸.

Paris, Cujas, 2002, n^{os}448-451 ; Xavier PIN, *Le Consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 36, 2002, n^{os}284 et s.

¹⁴ Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : JOCE n^oL 178, 17 juil. 2000, p. 1-16 ; <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:HTML>>.

¹⁵ Art. 14 § 3, qui offre également la possibilité « *pour une juridiction ou une autorité administrative [...] d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation* ».

¹⁶ Voir notamment : Michel VIVANT, « *Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique* », Bulletin Lamy droit de l'informatique et des réseaux, supplément au n^o171, juillet 2004, p. 2-18 ; Luc GRYNBAUM, « *LCEN, Une immunité relative des prestataires de services Internet* », Comm. com. électr., sept. 2004, étude n^o28, p. 36-39 ; Bradley JOSLOVE et Olivier HAAS, « *La LEN et les responsabilités des prestataires de l'Internet, Une transposition sous haute surveillance* », Expertises des systèmes d'information, 1^{ère} partie, n^o286, novembre 2004, doctrine, p. 380-382 ; 2^e partie, n 287, décembre 2004, doctrine, p. 416-422.

¹⁷ Nous ne résistons pas à l'envie de citer Lionel THOUMYRE, selon lequel « *les rédacteurs de la LEN ont pris soin de séparer les régimes de responsabilités dans deux articles. Ainsi, s'est-on dit, si le Conseil constitutionnel reprend l'égoïne sur le fondement de la légalité des délits et des peines, seul le régime pénal sera touché* », « *Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques* », *Légipresse* n^o214, septembre 2004, I., p. 129.

¹⁸ Décision n 2004-496 DC du 10 juin 2004, 9^e considérant : *Journal officiel* du 22 juin 2004, p. 11182 ; <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=CSCL0407405S>>.

Cette réserve d'interprétation soulève immanquablement des questions liées à la frontière du manifestement illicite, à entendre de manière étroite. À ce sujet, voir notamment TGI Paris, 15 novembre 2004, Comité de défense de la

La vérité oblige à remarquer qu'il existe quelques variations imperceptibles entre les deux articles :

a) Le domaine du régime de responsabilité limité est plus étroit en matière de responsabilité pénale. En matière de responsabilité civile, le domaine du régime particulier porte sur la responsabilité du fait des activités et des informations stockées. L'article 6 § 3 ne s'applique, pour la responsabilité pénale, qu'aux seules informations mais pas aux activités. Cependant, l'article 6 § 3 se réfère par la suite à la connaissance de l'activité illicite, formule qui sème le doute. Au reste, la différence ne nous paraît pas significative puisqu'en dehors du domaine réglementé spécialement par l'article 6, on en revient au droit commun de la responsabilité.

b) La connaissance de l'illicéité des informations ou activités est entendue plus largement d'un point de vue civil. Pénalement, il faut démontrer la connaissance effective de l'activité ou de l'information illicites. Civilement, on peut se contenter de faits ou de circonstances faisant apparaître ce caractère. Là encore, il s'agit d'une différence subtile dont l'interprétation est ambiguë.

6. Création d'une procédure de notification – De surcroît, pour éviter le grief de l'imprécision des conditions de saisine par un tiers, le législateur a institué une procédure minutieuse de notification originale des informations illicites à l'hébergeur. Inspirée par le Forum des droits sur l'Internet¹⁹ et conforme à la latitude accordée expressément aux États dans ce domaine²⁰, la notification est facultative bien que le mot n'apparaisse plus dans le texte. Elle crée une présomption simple de connaissance des « faits litigieux » dès lors qu'elle respecte les conditions posées à l'article 6 § 5 de la LEN. Elle est assortie d'une sanction de la dénonciation abusive, de portée plus générale²¹.

7. Mérites et insuffisances de la solution retenue – La solution retenue est dans le droit fil du triptyque « pouvoir, savoir, inertie », cher à Michel Vivant²². Elle mérite approbation dans son principe, n'en déplaise aux fâcheux d'aujourd'hui qui oublient vite la cacophonie d'hier. Toutefois, elle souffre de défauts de jeunesse et il n'est pas inutile de s'y attarder.

Les critiques tiennent tout d'abord au caractère facultatif de la notification et à ses effets. La procédure est facultative à un double titre.

a) D'une part, la procédure est facultative pour les hébergeurs, qui n'ont pas d'obligation positive à leur charge leur imposant de créer un système de signalement.

Une obligation sanctionnée pénalement a été instituée concernant uniquement les contenus les plus graves faisant l'apologie des crimes contre l'humanité, incitant à la haine raciale ou à la pornographie infantine. Aux termes de l'article 6 § 7 al. 4 de la LEN, les hébergeurs « doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données ».

cause arménienne, *Juriscom.net*, 15 novembre 2004 : <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=609>>. Cet aspect sera développé dans un article de Lionel THOUMYRE, à paraître au sein de la Revue Lamy Droit de l'immatériel, mai 2005.

¹⁹ Forum des droits sur l'Internet, *Recommandation – Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 6 février 2003, p. 5-8 : <<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=498>>.

²⁰ L'article 14 § 3 de la directive « commerce électronique » indique que le régime relatif à la responsabilité des hébergeurs « n'affecte pas la possibilité pour les États membres d'instaurer des procédures régissant le retrait » ou la fermeture de l'accès à des informations litigieuses.

²¹ L'article 6 § 4 réprime d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende « le fait, pour toute personne, de présenter aux [hébergeurs] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte ». Peu importe à cet égard que la dénonciation ait respecté les exigences formelles de l'article 6 § 5.

²² Michel VIVANT (sous la direction de), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, op. cit., n^{os}2468, 2471 et 2477 ; « La responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet », *JCP éd. G*, 1999, I, doct., p. 180.

L'aspect « *facilement accessible et visible* » pourrait prêter à interprétation. Le simple lien de contact suffit-il ? Faut-il préciser l'objet du lien par la formule « *Signaler un contenu illicite* » ? Il est certain que les simples pages de contact à vocation d'information commerciale paraissent impropres à satisfaire les conditions légales.

En pratique, il s'avère qu'un petit groupe d'hébergeurs respecte strictement cette obligation élémentaire. Signalons déjà les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) membres de l'AFA²³, qui ont accessoirement une activité d'hébergement. En concertation avec les pouvoirs publics, l'AFA a créé le label « *Net+Sûr* » et une plate-forme commune, le site pointdecontact.net²⁴, pour centraliser les signalements de contenus visés à l'article 6 § 7. Certains hébergeurs non membres de l'AFA renvoient d'ailleurs vers le point de contact²⁵. Nous avons noté que les hébergeurs membres de l'AFA n'ont pas mis de page explicative ou de formulaire de notification pour les autres contenus litigieux.

La majeure partie des autres hébergeurs n'a rien prévu pour signaler spécifiquement les contenus les plus graves²⁶. Plusieurs hébergeurs nous ont cependant indiqué être à un stade plus ou moins avancé de refonte de leur site prévoyant l'ajout d'un tel dispositif²⁷. Certaines entreprises ne voient d'ailleurs pas l'utilité de respecter la règle imposée²⁸.

Il est étonnant de constater que très peu d'hébergeurs vont au-delà de ce minimum légal. Proposer un dispositif de signalement comporte certes un coût mais concourrait à la régulation pacifique de l'Internet. Il convient néanmoins de citer quelques hébergeurs dépassant les obligations légales et proposant un formulaire de notification électronique ou sur support papier. *Free* et *Internet Fr* sont à notre connaissance les deux seuls à jouer totalement le jeu de la procédure de notification²⁹.

b) D'autre part, les internautes ne sont pas non plus obligés de respecter la procédure pour signaler un fait litigieux à l'hébergeur. Il ne s'agit que d'une question de preuve et non de fond. Par son caractère facultatif, elle apparaît comme une incitation à la mise en place de pratiques préventives. En cela, elle

²³ Association des fournisseurs d'accès et de services Internet : <<http://www.afa-france.com>>.

L'AFA regroupe la majorité des grands FAI (AOL, *Club Internet*, *Noos*, *Tiscali* et *Wanadoo* entre autres), à l'exception notable de *Free*.

²⁴ <<http://www.pointdecontact.net>>.

²⁵ C'est notamment le cas de *Claranet* <<http://www.claranet.fr>>, d'*Easynet* <<http://www.easynet.fr>> et de *Jetmultimedia* <<http://www.jetmultimedia.com>> (ce dernier a rajouté un lien sur son site après un échange d'emails). *Clara.net* et *Jetmultimedia* détaillent les règles de notification posées par la LEN mais ne prévoient pas de formulaire de notification en ligne : <<http://www.claranet.fr/abuse/illicite.php>>, <<http://www.jetmultimedia.com/signalement.htm>> *Easynet* propose une procédure de notification simplifiée : <<http://www.easynet.fr/legal/signalement.asp>>.

²⁶ C'est notamment le cas et sauf erreur au jour de la rédaction de cet article, des sites suivants, qui prévoient au mieux un email de type *abuse@domaine* :

<<http://www.ecritel.net>>, <<http://www.frontier.fr>>, <<http://www.jouve.fr>>, <<http://www.morse.fr>>, <<http://www.nexenservices.com>>, <<http://www.nerim.net>>, <<http://www.oleane-hebergement.com>>, <<http://www.online.net>>, <<http://www.ovh.com>>, <<http://www.phidgi.com>>, <<http://www.seevia.fr>>, <<http://www.zeni.fr>>.

²⁷ OVH compte mettre en place un dispositif de signalement sur sa page d'accueil lors de la prochaine refonte de son site (date indéterminée) ; *Online.net* affirme vouloir modifier son site dans les meilleurs délais ; le service Marketing du Groupe *Jouve* étudie la question.

²⁸ Soit parce que la clientèle serait constituée exclusivement de grands comptes (<<http://www.agarik.com>>) ou encore parce que les coordonnées indiquées sur le site suffiraient et que les services haut de gamme proposés n'attireraient pas ce genre de clientèle (<<http://www.serveur-express.com>>).

²⁹ <<http://www.free.fr>> : lien « *Signaler un contenu illicite* » sur la page d'accueil, avec un formulaire PDF.

<<http://www.internet-fr.com>> : lien « *réclamation lcen* » sur la page d'accueil, avec un formulaire électronique.

<<http://www.zonepro.fr>> : lien dans la page d'accueil mais ensuite, le site renvoie vers une page inexistante.

<<http://www.netbenefit.fr>> : lien « *Signaler un contenu illicite* » et formulaire en cours de réalisation (page ajoutée après un échange d'emails).

<<http://www.amen.fr>> : lien « *Contenu illicite* » sur la page d'accueil (page ajoutée après un échange d'emails).

s'oppose sciemment à la procédure de *notice and take down* d'outre-atlantique, marquée par son automaticité³⁰.

Le problème vient justement de cette inspiration américaine inaboutie. La procédure est censée protéger les hébergeurs et pourtant, vu qu'elle est facultative, on peut s'interroger sur les conséquences d'une alerte ne respectant pas toutes les conditions de forme de la loi. Le texte impose notamment à l'internaute mécontent de contacter préalablement l'éditeur du site avant de saisir l'hébergeur. Supposons qu'il se dispense de cette action préalable et qu'il demande à l'hébergeur de supprimer le contenu. Celui-ci pourra-t-il s'abriter derrière son ignorance des faits ?

La responsabilité civile délictuelle et la responsabilité pénale reposent sur la démonstration de faits dont la preuve peut être rapportée par tous moyens. Puisque la procédure est facultative, l'hébergeur avisé d'un fait au mépris des conditions de forme prévues par l'article 6 § 5 de la LEN devra tout de même être considéré ayant connaissance des faits litigieux même si la procédure n'a pas été respectée³¹. Il eût fallu rendre obligatoire la procédure. L'intention protectrice et préventive du législateur à l'égard des hébergeurs risque fort d'induire bon nombre d'entre eux en erreur.

8. Les reproches sont plus virulents encore lorsqu'ils concernent l'utilité même de la procédure au pénal. Il s'agit alors de la question de l'articulation de la procédure de notification avec les règles générales d'engagement de la responsabilité, qui renvoie à l'épineux maintien de la dualité fondamentale des régimes de responsabilité.

II. Le maintien de la dualité fondamentale des régimes de responsabilité

9. Les règles de l'article 6 de la LEN concernant l'irresponsabilité de principe de l'hébergeur et ses exceptions se superposent aux règles générales du droit civil et pénal, dont les principes divergent. La responsabilité civile ne pose pas de difficultés majeures, contrairement à la responsabilité pénale.

10. **Absence de particularisme de la responsabilité civile** – La responsabilité civile de l'hébergeur peut être classiquement engagée sur deux fondements. D'une part l'hébergeur est susceptible de commettre une faute par son inertie, d'autre part il est responsable de la chose dont il a la garde. Les rares questions qui subsistent concernent l'étendue de la responsabilité de l'hébergeur et ses recours contre l'éditeur du service en ligne. Elles ne présentent pas de particularisme notable³².

11. **Responsabilité pénale – Position du problème** – Le législateur n'a pas choisi de créer une infraction spécifique ni un mode de complicité particulière. Pour engager la responsabilité pénale de l'hébergeur, il convient donc de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction ou de la complicité. Dans la plupart des cas, la victime se trouve face à un hébergeur complice par fourniture de moyens. L'élément moral est controversé.

12. **Définition de l'intention complice** – Il est nécessaire de rappeler ce que l'on entend par « *l'intention complice* ». Celle-ci ne saurait être présumée du seul fait de la mise à disposition de moyens permettant de commettre une infraction. Selon une jurisprudence constante, le complice doit avoir apporté son aide ou son assistance à l'auteur en « *connaissance de cause* »³³. Il appartient à la victime d'apporter la

³⁰ Instituée par le *Digital Millenium Copyright Act* du 28 octobre 1998, Section 512, la procédure américaine est plus étroite et concerne le retrait des contenus portant atteinte au copyright. Pour une analyse comparée, voir David GUILLIET et Ronan HARDOUIN, « *Tableaux comparatifs commentés des régimes de responsabilité des prestataires techniques aux États-Unis, en France, en Allemagne, en Espagne et en Finlande* », *Juriscom.net*, 25 octobre 2004, <<http://www.juriscom.net/documents/resp20041025.pdf>>.

³¹ La rédaction de l'article 6 laisse supposer une « *action* » de l'hébergeur, alors qu'il s'agira plus souvent d'une abstention ou d'une négligence. Pourra-t-on considérer l'hébergeur comme ayant « *agi* » en connaissance de cause.

³² La notion de garde suscite néanmoins quelques interrogations s'agissant d'un espace virtuel (cas de l'hébergement mutualisé) et du responsable de la chose.

³³ Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, somm. p. 96 ; Cass. crim., 6 décembre 1989, *Dr. pénal*, 1990, comm., 117.

preuve de l'intention et au juge de la constater³⁴. La procédure de notification vise justement à préconstituer cette preuve.

13. Appréciation de l'intention dans le temps – La question la plus délicate se pose à l'égard de l'appréciation de l'intention dans le temps. La complicité doit être antérieure ou concomitante à la commission de l'infraction principale. Quand bien même des infractions seraient notifiées à l'hébergeur, les poursuites pénales seraient vaines si la consommation était antérieure à la notification. Fort de cet argument, Emmanuel Dreyer a ainsi pu mettre en doute l'utilité de la procédure et s'interroger sur les possibilités d'engager la responsabilité pénale des hébergeurs³⁵.

a) Pour les infractions instantanées commises avant la notification, nous nous rallions à l'idée que la responsabilité pénale de l'hébergeur ne saurait être recherchée, sauf à démontrer la connaissance antérieure des faits litigieux ou l'absence de neutralité de l'hébergeur, qui sortirait alors de son rôle d'intermédiaire technique. Seule la voie de la responsabilité civile reste ouverte.

b) En revanche, pour des infractions instantanées répétées après la notification et similaires aux précédentes, la réponse nous paraît devoir être différente. Imaginons qu'un internaute dénonce un éditeur de site pour avoir placé des textes manifestement négationnistes dans un répertoire au nom sans équivoque. L'hébergeur pourrait certes arguer de sa méconnaissance des activités commises avant la notification, mais il ne pourrait pas le faire pour des fichiers mis en ligne postérieurement. L'intention coupable serait ici suffisamment caractérisée, l'hébergeur ayant connaissance de « l'activité » de l'auteur de l'infraction.

c) Enfin, une situation plus floue se profile concernant les infractions continues. L'intention doit-elle s'apprécier *ab initio* ou peut-elle changer en cours de commission de l'infraction ? Prenant appui sur la jurisprudence en matière de recel³⁶, Emmanuel Dreyer considère que l'intention doit être présente dès le commencement d'exécution de l'infraction.

Nous ne partageons pas cette analyse car elle repose selon nous sur une interprétation trop extensive de la jurisprudence Pelegrin. La rigueur nous contraint à revenir sur les raisons qui ont motivé cette décision. Ce célèbre revirement de la chambre criminelle de la Cour de cassation est intervenu après une longue opposition entre la chambre civile et la chambre criminelle au sujet de l'effet acquisitif de la possession en matière mobilière. En cas de revendication entre les mains d'un possesseur de bonne foi par le propriétaire originaire victime d'un abus de confiance, il s'agissait de savoir si le possesseur devenu propriétaire par le truchement de l'article 2279 du Code civil pouvait être accusé de recel, infraction continue.

Après une longue période de sévérité de la chambre criminelle, celle-ci décida finalement qu'il n'y avait pas recel à conserver une chose après avoir appris son origine frauduleuse³⁷. La Cour s'appuya sur le principe selon lequel « ne saurait être déclaré coupable de recel l'acquéreur d'un bien mobilier lorsque la régularité de la possession et la bonne foi de cet acquéreur impliquent la réunion des conditions d'application de l'article 2279 al. 1^{er} du Code civil ». Saluée par la doctrine, la décision redonnait ses lettres de noblesse à l'effet acquisitif de la possession en matière mobilière dont l'application était neutralisée par l'interprétation combinée de la jurisprudence de la Cour de cassation³⁸. On comprend la

³⁴ Cass. crim., 11 novembre 1921, *Dalloz*, 1922, I, p. 64 ; Cass. crim., 28 juin 1995, *Bull. crim.*, n°241.

³⁵ Emmanuel DREYER, « Interrogations sur la responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement », *Légipresse*, n°212, juin 2004, I, p. 89. Les interrogations de l'auteur se sont poursuivies lors des rencontres annuelles du CEJEM, Colloque du 3 juin 2004 sur la LEN.

³⁶ Cass. crim., 24 novembre 1977, « *Pelegrin* », *Bull. crim.*, n°371 ; *Dalloz*, 1978, jurisprudence, p. 42, note Stanislas KEHRIG.

³⁷ La chambre criminelle avait amorcé implicitement ce revirement par l'arrêt « *Béraud* », Cass. crim., 30 octobre 1969, JCP 1970, II, 16333 et les lumineuses observations de Gilles GOUBEAUX.

³⁸ L'incohérence antérieure était choquante. Si le possesseur conservait la chose, il était traité pénalement comme un receleur. S'il la restituait au propriétaire « *sur invitation des policiers* », il perdait civilement la possession en raison d'un « *dessaisissement volontaire* » (sic) : Cass. civ. 1^e, 5 octobre 1972, *Dalloz*, 1971, jurisprudence, p. 1.

solution, justifiée par le besoin de résoudre le conflit entre la continuité du délit pénal et une règle civile à effet immédiat³⁹.

Tel n'est pas le cas dans notre hypothèse, qui ne porte pas sur une infraction autonome, le recel, mais sur la complicité, et qui ne se heurte surtout pas à une règle de droit civil contradictoire. Le but de la procédure de notification est là : elle inverse l'intention de l'hébergeur, qui se retrouve complice de l'infraction en cours de commission. Dans le cas de la diffusion de contenus pédophiles, infraction continue sanctionnée par l'article 227-23 du Code pénal, l'hébergeur pourra être inquiété pénalement dès qu'il aura connaissance des faits, pourvu que les autres éléments de l'infraction soient réunis. C'est tout le sens que le législateur voulait donner à la procédure de notification en matière pénale.

Espérons que cette manière de responsabiliser les hébergeurs, sans pour autant les ériger en juges supplétifs, démontrera à l'usage tous ses mérites et ne nuira pas à la liberté d'expression. On peut néanmoins regretter que la procédure de notification n'ait pas été rendue obligatoire, et se soit ainsi muée en vœu pieux.

D.M.

Voir notamment à ce sujet Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome II, Volume 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par François CHABAS, Montchrestien, 1994, n°1529 et Lectures, II sous 1545 ; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil, Les Biens*, 6^e éd., Dalloz, 2002, n°436 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, coll. « Droit civil », 2003, n°579.

³⁹ Voir notamment Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Manuel de droit pénal spécial*, 3^e éd., Paris, Cujas, 2004, n°938.