

ALIBABA, RESPONSABLE MAIS PAS COUPABLE !?!

La responsabilité des hébergeurs est une source inépuisable de surprises jurisprudentielles. Bien que classiques, les faits présentés ont pourtant donné lieu à une décision pour le moins atypique pour ne pas dire contraire à l'esprit du régime de responsabilité des hébergeurs.

Dans cette espèce, la société Lafuma avait constaté que certains produits commercialisés par un tiers sur la plateforme Alibaba reprenaient un modèle de fauteuil de jardin sur lequel elle revendiquait les droits de propriété intellectuelle. L'annonce reprenait, en outre, le signe distinctif utilisé en tant que marque par la société Lafuma, laissant à penser que les produits distribués par l'intermédiaire de la plateforme étaient authentiques.

Mise en demeure de retirer le contenu litigieux le 17 juillet 2017, la société Alibaba n'y procéda que le 19 octobre suite au déclenchement d'une action en référé pour laquelle le juge (d'appel) se déclara incompétent au motif de l'existence d'une contestation sérieuse.

La société Lafuma décida donc de porter le litige au fond considérant que la société Alibaba avait la qualité d'éditeur des contenus litigieux et devait, de ce fait, supporter l'entière responsabilité des actes de contrefaçon de marque et de concurrence déloyale allégués.

Pour sa part, la société Alibaba considérait pouvoir bénéficier du régime de responsabilité de l'hébergeur et arguait que la mise en demeure ayant été envoyée à la mauvaise entité du groupe, elle n'avait pas été mise en situation de disposer de la connaissance du caractère illicite du contenu, condition *sine qua non* pour pouvoir engager sa responsabilité pour non-respect de son obligation de prompt retrait.

Il revenait donc aux juges du fond de se prononcer, d'une part, sur les conditions permettant de bénéficier du régime de responsabilité limitée des hébergeurs (I) et, d'autre part, sur les conditions d'indemnisation par la société Alibaba pour le préjudice allégué par les demandeurs (II).

I. LA PASSIVITE PAR RAPPORT AUX CONTENUS COMME FILTRE DE LA QUALITE D'HEBERGEUR

Depuis une décision de la CJUE du 23 mars 2010¹, il est acquis que le bénéfice du régime de responsabilité des hébergeurs passe par la démonstration que le service y postulant répond à trois conditions :

- Fournir un service de la société de l'information ;
- Répondre aux critères énoncés par l'article 14 de la directive e-commerce ;
- Conserver une passivité par rapport aux contenus.

A vrai dire, cette dernière condition est consubstantielle au régime de responsabilité limitée. Elle en est même sa justification. En effet, toute l'idée du régime de responsabilité des hébergeurs est d'éviter

¹ CJUE, 23 mars 2010, Google c. Vuitton et a., Aff. C-236/08.

que, sous la menace d'une mise en cause de leur responsabilité, ces acteurs ne se livrent à des actes de censure privée² en retirant de leur propre initiative des contenus.

En somme, le critère de passivité trouve sa source dans l'absence d'obligation générale de surveillance imposée par l'article 15 de la directive e-commerce.

Il s'agit donc d'un parti pris législatif, dont la raison d'être consiste à ce que les hébergeurs ne soient pas arbitres de la légitimité d'exercice des libertés de leurs utilisateurs, qui s'inscrit à contre-courant de l'évolution objectiviste de la responsabilité civile écartant toute possibilité de rechercher la responsabilité d'un hébergeur sur le fondement de la théorie du risque (créé ou profit).

Or, dans la présente affaire, la société Lafuma, pour engager la responsabilité de la société Alibaba, invoquait justement la théorie du risque profit considérant que dans la mesure où la société Alibaba avait « *tiré profit* » des annonces publiées sur la plateforme par des tiers, elle devait en endosser la responsabilité.

Encore fallait-il pour cela tenter de démontrer le rôle actif de la société Alibaba excluant, par définition, toute possibilité de bénéficier du régime de responsabilité des hébergeurs. Pour ce faire, la société Lafuma considérait que « *elles (i.e., les sociétés Alibaba) ne peuvent revendiquer la qualité d'hébergeur et l'application du régime dérogatoire attaché à cette qualité alors qu'elles ont eu un rôle actif, quant au traitement des données, quant à la maîtrise du contenu des annonces, exploitées dans le cadre d'un service marketing, visant à organiser et optimiser les offres de ventes, dont elles ont tiré profit* ».

Constatant la réalité des activités, révélant selon les demandeurs le rôle actif de la société Alibaba, le Tribunal rejette néanmoins l'argumentaire considérant que les services proposés « *ne permettent pas d'établir un quelconque rôle actif de la plateforme dans la rédaction du libellé et le contenu des annonces* ».

De ce point de vue, cette décision semble s'inscrire dans la droite ligne de la décision eBay de la CJUE du 12 juillet 2011 qui conditionnait le rôle actif d'une place de marché à la « *connaissance ou un contrôle des données relatives [aux] offres* »³.

Elle semble également rejeter une analyse plus contemporaine que l'on voit émerger dans les colloques qui consiste à caractériser un rôle actif en fonction de la complexité de l'algorithme. La décision a le mérite, de ce point de vue, de remettre l'église au milieu du village : ce qui caractérise le rôle actif d'un prestataire de service de communication au public en ligne, c'est le rapport que ce dernier entretient avec le contenu. Qu'il ait une influence intellectuelle sur le contenu et il ne pourra être qualifié d'hébergeur. Sa responsabilité sera, en conséquence, engagée en application des mécanismes de droit commun. Qu'il ait seulement déterminé en amont les critères de tri et de classement algorithmiques aussi complexes soient-ils et aucun rôle actif ne pourra être démontré, de sorte qu'il pourra postuler au régime de responsabilité des hébergeurs.

Néanmoins, si sur le plan de la qualification la décision du Tribunal judiciaire de Paris emporte l'adhésion, il semble que l'application du régime de responsabilité y afférent soit sujet à interrogations.

² Voir notre article : L'hébergeur et la censure, RLDI 157, mars 2019, également accessible sur Juriscom.net.

³ CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, §.116.

II. L'APPLICATION DU REGIME DES HEBERGEURS : DE LA RESPONSABILITE A LA PERPLEXITE

Il est souvent fait état, concernant les hébergeurs, d'un régime « d'irresponsabilité ». La présente décision, ainsi que de nombreuses autres, est l'exemple de ce qu'il s'agit, au mieux, d'un abus de langage ou, au pire, d'une méconnaissance du régime de responsabilité des hébergeurs. Le Tribunal judiciaire ne peut être plus explicite lorsqu'il conclut son raisonnement en énonçant que « *les sociétés Alibaba ont donc engagé leur responsabilité en leur qualité d'hébergeur* », ce qui, convenons-en, serait assez incompatible avec un principe d'irresponsabilité.

A vrai dire, pour être précis, il semble qu'il faille se ranger derrière la terminologie dégagée par le Professeur Terré qui considère qu'il s'agit d'un régime pour « faute caractérisée »⁴, cette dernière consistant à ne pas retirer un contenu illicite promptement dès lors que l'hébergeur dispose de cette connaissance en bonne et due forme.

Pour rebondir et affiner cette terminologie, il est possible de se référer aux travaux du Professeur Cyril Bloch qui, dans sa thèse, distingue la cessation de l'illicite de la réparation de l'illicite. Cet auteur relève ainsi que « *lorsque l'hébergeur n'a pas été informé de la situation illicite ou lorsqu'on lui signale un contenu au caractère trop incertain, il est formellement exclu, à défaut d'une quelconque faute de sa part, que le juge saisi du litige retienne sa responsabilité. Pourtant, le juge condamnera à faire cesser la situation illicite en lui imposant de retirer ou d'empêcher l'accès aux données jugées illicites. On ne saurait mieux marquer la différence des destinataires de l'action tendant à la réparation du préjudice et celle tendant à la cessation d'un état de fait illicite* »⁵.

Cette dichotomie entre les deux pans de la responsabilité civile, éclairée par les propos du Professeur Terré, permet de saisir en quoi le régime des hébergeurs est dit « à responsabilité limitée » : l'hébergeur est tenu, dès qu'il a connaissance de l'illicéité d'un contenu, de la cessation de l'illicite. S'il respecte ses obligations, sa responsabilité est limitée à la seule cessation de l'illicite. S'il ne la respecte pas, commettant ainsi « une faute caractérisée », il devra à la victime réparation de son préjudice.

On le comprend donc aisément. En matière de responsabilité/réparation, la solution est noire ou blanche. Soit l'hébergeur a disposé de la connaissance et a procédé au retrait : dans ce cas il ne sera pas tenu de la réparation. Soit il a disposé de la connaissance et n'a pas procédé au retrait et il devra indemniser la victime⁶. Il ne peut y avoir de place pour une zone grise, voie dans laquelle le Tribunal semble pourtant s'être engouffré.

En effet, à la lecture de cette décision, il semble que le Tribunal n'ait respecté ni les conditions pour vérifier que la société Alibaba était bien tenue à la cessation de l'illicite (**A**), de sorte que l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si le Tribunal était bien fondé à considérer que « *les sociétés Alibaba ont donc engagé leur responsabilité en leur qualité d'hébergeur* », ni, en tout état de cause, tiré les conséquences de cette affirmation en matière de réparation de l'illicite (**B**).

⁴ F. Terré, Être ou ne pas être... responsable. À propos des prestataires de services par Internet, JCP G 2011, 1175.

⁵ C. Bloch, La cessation de l'illicite, Dalloz, n°314-2.

⁶ Soulignons à toutes fins utiles, qu'en matière pénale, l'hébergeur pourra également subir les sanctions propres à l'infraction caractérisée.

A. Le manifestement illicite : éternel oublié dans l'appréciation judiciaire de l'obligation de cessation imputable aux hébergeurs

Avant de pouvoir activer le volet réparation de la responsabilité d'un hébergeur, encore faut-il démontrer qu'il dispose de la connaissance du caractère illicite et qu'il n'a pas promptement procédé à son retrait. Si cette dernière condition est purement factuelle, l'appréciation de la connaissance doit, quant à elle, être soumise à une analyse juridique rigoureuse dont le Tribunal s'est semble-t-il abstenu.

En effet, afin de déclarer la société Alibaba responsable, le Tribunal se contente de constater que « *par lettre recommandée adressée le 17 juillet 2017 et parvenue le lendemain, la société Lafuma a mis en demeure la société Alibaba France de procéder au retrait des annonces litigieuses, lequel n'est intervenu que le 19 octobre 2017* » et qu' « *ainsi, la neutralisation des annonces illicites dans un délais de trois mois, intervenue sous la pression d'une procédure en référé initiée le 28 septembre 2017, ne constitue pas une prompte réponse de l'hébergeur, qui engage de ce fait sa responsabilité* ».

Or, on sait depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 10 juin 2004⁷ que les modalités d'acquisition de la connaissance varient en fonction du caractère manifestement illicite ou non du contenu. Dans le premier cas, la notification ou tout autre élément porté par une personne ayant un intérêt à agir pourra permettre à l'hébergeur de disposer de la connaissance du caractère illicite. Dans le second cas, lorsque le contenu n'est pas manifestement illicite, seul l'autorité judiciaire sera à même de se prononcer sur l'illicéité.

A ce titre, la jurisprudence a semblé, parfois, pour déterminer le caractère manifestement illicite ou non d'un contenu, s'orienter vers une analogie avec les pouvoirs du juge des référés dont le rapprochement avec la présente affaire apparaît des plus intéressants dès lors que la décision mentionne explicitement que le litige avait été préalablement porté devant le juge de l'urgence.

Il est possible, à cet égard, de citer une décision de la Cour d'appel de Paris selon laquelle « *à l'exception de certaines diffusions expressément visées par la loi relatives à la pornographie infantile, à l'apologie des crimes contre l'humanité et à l'incitation à la haine raciale que l'hébergeur doit, sans attendre une décision de justice, supprimer, sa responsabilité civile ne peut être engagée du fait des informations stockées s'il n'a pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer les données ou en rendre l'accès impossible* »

En somme, la Cour livre une grille de lecture pour déterminer si un contenu doit être considéré comme manifestement illicite permettant à la personne s'estimant lésée dans ses droits de se passer de l'office du juge pour en demander à l'hébergeur le retrait.

Elle rappelle, dans un premier temps, que certains contenus, dont les contenus relatifs à des droits de propriété intellectuelle ne font pas parti, sont par nature manifestement illicites et que leur retrait n'est donc pas subordonné à la production d'une décision de justice.

⁷ C.C., 10 juin 2004, aff. n°2004-496.

Concernant les contenus qui ne seraient pas manifestement illicites par nature, la Cour considère ensuite que « *pour que la mise en ligne d'un article constitue un trouble manifestement illicite⁸, encore faut-il que le contenu lui-même de la publication litigieuse présente un caractère manifestement illicite* » et de conclure, qu'en l'espèce, « *en l'absence de trouble manifestement illicite caractérisé par les propos de l'article incriminé, et donc de contenu manifestement illicite, la société JFG Networks n'était pas tenue, en tant qu'hébergeur, à l'obligation de retrait prescrite par l'article 6-I-2° de la LCEN* ».

En d'autres termes, dans cette décision, la Cour énonce les critères à prendre en compte pour qualifier un contenu de manifestement illicite.

La référence à la notion de « trouble manifestement illicite » active nécessairement, chez le juriste, les réflexes les plus sommaires et permet de se rapprocher, semble-t-il utilement, des pouvoirs octroyés par le Code de procédure civile au juge des référés.

Il est vrai qu'à bien y regarder, ce qui est « manifeste » est « de toute évidence »⁹. L'expression renvoie donc spontanément au rôle du juge des référés, « juge de l'évident et de l'incontestable »¹⁰. Autrement dit, déterminer comment le juge des référés distingue l'évident - donc le manifeste - de l'obscur pourrait permettre au juge de vérifier, en cas de contentieux, l'absence de faute ou non de l'hébergeur dans l'exercice de son obligation de cessation de l'illicite.

Pour le juge des référés, l'évidence sera établie lorsque le droit revendiqué par le demandeur ne souffrira « d'aucune contestation sérieuse », laquelle « *survient lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond qui pourrait éventuellement intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond* »¹¹.

En somme « *l'appréciation de l'existence d'une contestation sérieuse, de l'évidence du droit revendiqué, est nécessairement contradictoire et suppose la confrontation des moyens et preuves des parties. C'est, en effet, la vanité des moyens de défense, par rapport à la valeur de ceux du demandeur, qui s'oppose à l'existence d'une contestation sérieuse* »¹².

La procédure de notification ne prévoit-elle d'ailleurs pas que « *la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté* »¹³ doit être fournie à l'hébergeur intégrant ainsi une once de contradictoire dans la procédure de notification ?

⁸ La cour était saisie sur le fondement des articles 808 et 809 du Code de procédure civile.

⁹ <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/manifeste>.

¹⁰ Selon l'expression de Monsieur le Premier Président Draï, *Le référé dans la société en 1980*, in Journée d'études, TGI Paris 1980.

¹¹ JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 471 : RÉFÉRÉS, n°25, par Me Xavier Vuitton.

¹² Me Xavier Vuitton, *op. cit.*, n°26, citant Normand, RTD civ. 1979, p. 655. ; M. Malaurie, *Le référé-concurrence*, JCP G 1993, I, 3637, n° 14 ; S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 1998, n°1047.

¹³ Article 6-I-5, dernier alinéa, LCEN.

On peut toutefois regretter que cette formalité soit très peu respectée en pratique, les notifiants se contentant de mentionner que le fournisseur de contenus ne peut pas être identifié sans aucune autre justification. Il existe pourtant, dans la LCEN, de mécanismes permettant de retrouver l'identité d'une personne alors même qu'elle agirait anonymement ou sous pseudonyme. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur oblige les hébergeurs à conserver « *les données de nature à permettre l'identification de quiconque à contribuer à la création du contenu ou de l'un des contenus* »¹⁴ fournis par leur intermédiaire.

En tout état de cause, il est intéressant de constater que, de l'aveu même du Tribunal, le juge des référés avait considéré, avant toute saisine au fond, qu'« *au motif de l'existence d'une contestation sérieuse* », il n'y avait lieu à référé¹⁵.

Autrement dit, selon le juge des référés, l'illicéité des contenus dénoncés n'était pas manifeste de sorte qu'il ne pouvait ni statuer sur la faute de la société Alibaba quant à son obligation de retrait ni sur les actes de contrefaçon et de concurrence déloyale allégués. On peut donc s'étonner que le juge du fond ait considéré, pour sa part, que la notification envoyée par la société Lafuma et qui n'avait pas permis au juge des référés de caractériser l'évidence de l'illicéité alléguée était à même d'obliger l'hébergeur à retirer le contenu qui, ne s'exécutant pas promptement, engageait corrélativement sa responsabilité.

Comment demander à un hébergeur d'identifier le caractère manifeste de l'illicéité d'un contenu alors que le juge de l'évidence, lui-même, avait considéré, après examen des éléments factuels du litige, qu'il n'était pas en capacité d'y procéder ?

Le fait que le juge des référés ait considéré que ce litige se plaçait hors de ses prérogatives aurait dû conduire, à notre sens, les juges du fond à conclure, d'une part, que l'illicéité revendiquée n'était pas manifeste et que, partant, la notification n'était pas suffisante à porter à la connaissance de l'hébergeur le caractère illicite du contenu et, d'autre part, de limiter son intervention à une injonction de retrait du contenu une fois son illicéité constatée.

Ce n'est pourtant pas la voie choisie par le Tribunal qui, dans une décision en demi-teinte, condamne la société Alibaba aux dépens et aux frais prévus par l'article 700 du Code de procédure civile sans toutefois se prononcer sur l'indemnisation du préjudice.

B. La recherche du fondement permettant d'activer la responsabilité/réparation de l'hébergeur

En substance, la question posée au Tribunal était la suivante : la société Alibaba peut-elle être tenue de la réparation du préjudice subi par la société Lafuma du fait de l'utilisation commerciale de sa marque par un tiers utilisateur de la plateforme ?

A cette question et semble-t-il dans la lignée des enseignements de la CJUE¹⁶, le Tribunal répond que « *une place de marché numérique qui permet à ses clients de faire apparaître, au sein d'annonces, des signes déposés, quand bien même elle est rémunérée en contrepartie, ne fait pas une utilisation illicite du signe ni un usage de celui-ci à titre de marque* ».

¹⁴ Article 6-II, LCEN.

¹⁵ CA Paris 25 janvier 2019, n°17/22056.

¹⁶ CJUE, 23 mars 2010, Google c. Vuitton et a., aff. C-236/08.

Il est vrai, qu'à cet égard, la CJUE avait pu considérer dans l'affaire susmentionnée que « *si le prestataire d'un service de référencement fait lui-même, lorsqu'il stocke ces signes, associés à des termes tels que « imitation » et « copie », en tant que mots clés et permet l'affichage d'annonces à partir de ceux-ci, un usage que le titulaire desdites marques est habilité à interdire, il convient de rappeler, ainsi qu'il a été indiqué aux points 55 à 57 du présent arrêt, que ces actes du prestataire ne constituent pas un usage au sens des articles 5 de la directive 89/104 et 9 du règlement n° 40/94* »¹⁷.

Elle n'octroyait pour autant pas un passeport d'irresponsabilité concernant les actes de contrefaçon de marques susceptibles d'être commis par l'intermédiaire du service en cause. En effet, selon la CJUE le constat de l'absence d'utilisation du signe par l'hébergeur à titre de marque est valable « *à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données* ».

En somme, il s'agissait pour la CJUE de rappeler le principe selon lequel l'hébergeur n'est pas responsable de premier rang des contenus qui transitent par l'intermédiaire de son service. Cependant, dès lors qu'il est possible de constater que l'hébergeur est en faute quant au respect de son obligation de cessation de l'illicite, il est tenu de réparer le préjudice subi par le titulaire de la marque bafoué dans ses droits de propriété industrielle.

En résumé, l'hébergeur fautif prend la place du fournisseur de contenu indélicat et peut être tenu de la réparation du préjudice voire, lorsqu'il s'agit d'une infraction, des sanctions pénales relatives au contenu en cause.

C'est à cet égard que la décision du Tribunal semble se placer dans une zone grise et ne tire pas les conséquences de ses constatations. De deux choses l'une : soit la société Alibaba était correctement informée de l'illicéité du contenu¹⁸ et, en conséquence de son inertie, devait réparer entièrement le préjudice, assorti, le cas échéant, des frais irrépétibles. Soit la notification envoyée ne lui permettait pas de disposer de cette connaissance et elle n'était tenue de rien, pas même des frais irrépétibles¹⁹.

On éprouve, dès lors, les pires difficultés à justifier la décision du Tribunal qui, tout en considérant que la société Alibaba a, « *en sa qualité d'hébergeur, manqué à son obligation de prompt retrait des contenus litigieux* », ne la condamne qu' « *aux dépens* » et à la somme de « *25.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile* ».

Faut-il y voir, après avoir constaté que la site Alibaba « *ne disposait pas de mentions légales conformes* », une crainte que les défenderesses ne soient *in fine* pas en mesure de fournir les données d'identification des annonceurs, responsables de premier rang des actes de contrefaçon et donc une volonté du Tribunal d'indemniser *a minima* les demandeurs quitte à tordre quelque peu les principes gouvernant la responsabilité des hébergeurs ?

¹⁷ §.104.

¹⁸ Ce qui est largement contestable : voir *supra*.

¹⁹ Considérer le contraire reviendrait à se placer en contradiction avec l'affaire Mc Fadden. Voir CJUE, 15 novembre 2016, Mc Fadden c. Sony, aff. C-484/14.

Est-ce le résultat d'un comportement procédural au cours duquel la société Alibaba a tenté de faire valoir que la notification n'avait pas été envoyée à la bonne entité du groupe alors que le Tribunal avait relevé que « *les sociétés Alibaba ont entretenus la confusion et désigné, au gré des contentieux, diverses entités du groupe comme responsables du site litigieux* » ?

En somme, les écueils de cette décision ne sont-ils que le résultat d'un syllogisme inversé dans lequel le Tribunal avait décidé, en tout état de cause, de sanctionner le comportement adopté par la société Alibaba au cours de la procédure ?

En tout état de cause, cette décision est révélatrice de la situation délicate dans laquelle se trouvent les hébergeurs. Coincés entre le marteau et l'enclume, le régime de responsabilité limitée qui leur est applicable, bien que justifié par une balance des intérêts dans laquelle le doute leur permet de ne pas agir, aboutit à des sanctions même en l'absence d'évidence.

Une fois de plus, il convient de souligner que les contentieux dans lesquels le régime de responsabilité des hébergeurs est invoqué n'implique pas seulement un prestataire de service sur internet à un titulaire de droits mais est également bâti dans le respect des équilibres entre libertés individuelles et droits subjectifs, de sorte que son non-respect aboutit nécessairement à privilégier les uns plutôt que les autres et à déséquilibrer l'ensemble.