



Département des Sciences juridiques

Responsabilité civile et stratégie de régulation

Essai sur la responsabilité civile des prestataires intermédiaires de service en ligne

Sophie Stalla-Bourdillon

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Florence, octobre 2010

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
Département des Sciences juridiques

Responsabilité civile et stratégie de régulation

**Essai sur la responsabilité civile des prestataires
intermédiaires de service en ligne**

Sophie STALLA-BOURDILLON

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Membres du jury :

Prof. Horatia Muir Watt, (Sciences Po, Paris), Présidente
Prof. Fabrizio Cafaggi, (Institut universitaire européen), Directeur de thèse
Prof. Marie-Ange Moreau, (Institut universitaire européen)
Prof. Vincenzo Zeno Zencovich, (Université de Rome Trois)

© 2010, Sophie Stalla-Bourdillon

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite
ou distribuée sans la permission préalable de l'auteur.

Cette thèse a bénéficié du soutien de l'AFFDU
(Association Française des Femmes Diplômées des Universités)

À MASSIMO

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Les ouvrages et revues sont généralement mentionnés à l'aide de leurs noms complets afin de faciliter la recherche du lecteur

Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Ann. propr. ind	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
Art.	Article
Ass. plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
c/	Contre
CA	Cour d'appel (formations judiciaire) ou <i>Court of appeal</i> (selon le contexte)
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
C. civ.	Code civil
CDA	<i>Communications Decency Act</i>
CE	Communauté européenne
Chron.	Chronique
Cir.	<i>Circuit</i>
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1re, 2e, 3e	Première, Deuxième, Troisième chambre de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comm. Com. Electr.	Communication Commerce Electronique
Comp.	Comparez
Concl.	Conclusions
Cong.	<i>Congress</i>
C. pén.	Code pénal
CPI	Code de la propriété intellectuelle
C. postes et comm. électr.	Code des postes et des communications

Crim.	électroniques Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Dalloz
DC	<i>District Court</i>
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act</i>
Dr. & patr.	Droit et patrimoine
Ed.	Edition ou éditeurs (selon le contexte)
F	<i>Federal reporter</i>
F2d	<i>Federal reporter second</i>
F3rd	<i>Federal reporter third</i>
F.Supp.2d	<i>Federal supplement, second series</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
H. R. Report	<i>House report</i>
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
JCP éd. G, éd. E	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition Générale, édition Entreprise
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
L.	Loi
LA	<i>Lanham Act</i>
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
n.	Note
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
p., pp.	Page, pages
PIBD	Propriété industrielle, Bulletin documentaire
PISEL	Prestataire intermédiaire de service en ligne
PL	<i>Public law</i>
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rapp.	Rapport
Rec.	Recueil
Réf.	Référé

RLDC	Revue Lamy droit civil
RD propr. ind.	Revue du droit de la propriété industrielle
RD propr. intell.	Revue du droit de la propriété intellectuelle
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. Lamy Droit Aff.	Revue Lamy droit des affaires
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TRO	<i>Temporary restraint order</i>
UE	Union européenne
U.S.	<i>United States Reports</i>
U.S.C.	<i>United States Code</i>
Vol.	Volume
Voy.	Voyez
v.	<i>Versus</i>

SOMMAIRE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRELIMINAIRE. LA COMPLEMENTARITE DE LA REGULATION PRIVEE ET DE LA RESPONSABILITE CIVILE AU SEIN DU CYBERESPACE	33
PREMIERE PARTIE. DES STRATEGIES DE REGULATION PRIVEE	83
TITRE 1ER. LA STRATEGIE DE REGULATION PRIVEE PUREMENT VOLONTAIRE :	
L'EXEMPLE DU COMMUNICATIONS DECENCY ACT	85
CHAPITRE 1ER. L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE.....	87
CHAPITRE 2EME. LA DE-JURIDICISATION DU PROCESSUS DE REGULATION PRIVEE.	119
TITRE 2EME. LES STRATEGIES DE REGULATION PRIVEE IMPERATIVES	149
CHAPITRE 1ER. LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE COMME MOYEN DE GARANTIR LA PARTICIPATION DES PARTIES PRENANTES : L'EXEMPLE DU DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT	151
CHAPITRE 2EME. LE RECOURS A L'INJONCTION COMME MECANISME CORRECTEUR DE L'ACTION DES REGULATEURS PRIVES : L'EXEMPLE DU LANHAM ACT	219
DEUXIEME PARTIE. DES STRATEGIES DE REGULATION PUBLIQUE	287
TITRE 1ER. LA SUBORDINATION DE LA REGULATION PRIVEE A LA REGULATION PUBLIQUE AU SEIN D'UNE STRATEGIE DE COREGULATION : L'EXEMPLE DE LA DIRECTIVE 2000/31/CE.....	289
CHAPITRE 1ER. LA SUBJECTIVISATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE PECUNIAIRE	293
CHAPITRE 2EME. LA JURIDICISATION MATERIELLE DU PROCESSUS DE COREGULATION	327
TITRE 2EME. LA SUBORDINATION DE LA REGULATION PRIVEE A LA REGULATION PUBLIQUE AU SEIN D'UNE STRATEGIE DE REGULATION PUBLIQUE.....	359
CHAPITRE 1ER. LE RECOURS A L'INJONCTION COMME MOYEN DE COMMUNIQUER AUX REGULATEURS PRIVES LES INTERETS A PROTEGER AVANT LEUR ACTION : L'EXEMPLE DE LA LOI POUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE	361
CHAPITRE 2EME. LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE COMME MOYEN DE CONTRAINDRE LES REGULATEURS PRIVES A DIMINUER LES RISQUES D'AGISSEMENTS ILLICITES : L'EXEMPLE DES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL.....	445
CHAPITRE CONCLUSIF. L'ENCADREMENT DU PROCESSUS DE REGULATION PRIVEE AU MOYEN DE LA RESPONSABILITE CIVILE	501
CONCLUSIONS GENERALES	525

INTRODUCTION

« La terre entière, dans sa diversité, est une, et les hommes sont tous frères et voisins ».

Al Zubaidi percepteur d'Al Hakam II (calife de Cordoue Xe siècle)

1. Les fonctions traditionnelles de la responsabilité civile – Nous ne surprendrons personne, et certainement pas les spécialistes français de la matière, en rappelant les deux fonctions traditionnellement attribuées à la responsabilité civile, à savoir une fonction réparatrice et une fonction normative¹. À ce propos, il ne semble plus faire de doute qu'à l'époque contemporaine la première fonction prime sur la seconde, alors même que peut-être plus qu'ailleurs les procédés de socialisation des risques se sont très fortement accrues². Les choses se compliquent cependant lorsque l'on tente de définir avec plus de précisions ce qu'il faut entendre par fonction normative de la responsabilité civile. À se pencher sur les ouvrages de référence en ce domaine, certains auteurs l'assimilent d'abord à une fonction répressive et la lient ainsi de façon nécessaire au fondement de la faute (« *moyen d'assurer la sanction des fautes ayant provoqué des dommages* »³). Ces mêmes auteurs parlent

¹ C'est à cette double fonction que se réfère par exemple G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 35 et s.

² G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 36. L'avant-projet Catala témoigne donc logiquement de la prédominance de ce point de vue, P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 2005, www.lexisnexis.fr. Voir également C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle - L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, 2005, Dalloz, Paris; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil -- Les obligations*, 2009, Dalloz, Paris, n° 675 et s.

³ Voir en particulier G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 39 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil -- Les obligations*, 2009, Dalloz, Paris, n° 676 et s. Voir également M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations - T2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2007, PUF, Paris, n° 14 « *La responsabilité civile peut*

encore de dissuasion et de prévention des comportements antisociaux⁴. Ici, il ne s'agit plus de réparer un dommage causé à un intérêt privé, mais plutôt de prévenir la commission d'agissements considérés comme portant atteinte au groupe social dans son entier.

Il est incontestable que la distinction entre la fonction répressive et la fonction réparatrice de la responsabilité civile est utile d'un point de vue historique, afin de rendre compte de l'autonomisation de cette institution par rapport à la responsabilité pénale. En outre, il est sans aucun doute légitime de s'interroger sur les potentialités de la fonction répressive de la responsabilité civile, notamment en matière de relations commerciales ou professionnelles, ou plus exactement à l'échelle de l'entreprise ou de la profession plutôt qu'au niveau individuel⁵, afin de pouvoir évaluer la légitimité de la politique souvent coûteuse de criminalisation de la vie des affaires.

Pour autant, la définition de la fonction normative de la responsabilité civile telle qu'elle ressort des travaux de ces auteurs ne permet pas de faire le jour sur l'opposition plus fondamentale entre réparation du dommage et prévention du dommage. Or la fonction préventive doit être distinguée de la fonction répressive, attribut de principe du droit de la responsabilité pénale. En effet, la prévention du dommage n'implique pas nécessairement la punition de son auteur. Il s'agit plutôt de changer de point de vue en se situant non plus *a posteriori* (après la commission du dommage), mais *a priori* (avant la commission voire la continuation du dommage). Dès lors, le sujet de

également assumer une fonction de peine privée. La condamnation à verser des dommages-intérêts à la victime constitue en effet pour le responsable une forme de punition. Elle sera tout au moins ressentie comme telle lorsque la mise en œuvre de la responsabilité exigeait la démonstration d'une faute de l'auteur du dommage ». Cet auteur distingue cependant avec raison la fonction répressive de la responsabilité de la fonction préventive.

⁴ Voir par exemple G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 40.

⁵ Il semble pourtant que l'atteinte à la réputation qui découle du prononcé de la sanction civile soit le véritable générateur de l'effet dissuasif recherché.

droit qui se voit imposer le respect de la norme de comportement agira après en avoir eu connaissance, de sorte qu'au final, le dommage sera évité, empêché, voire grandement réduit. Plus simplement, il s'agit de traiter de la capacité de la responsabilité civile à formuler des normes de comportement que les sujets de droit doivent respecter dans le but d'empêcher la réalisation de dommages. Cette fonction n'est pas nécessairement liée au fondement de la faute. Elle peut très bien être poursuivie sur le fondement de la théorie du risque lorsque la prévention du dommage nécessite de réduire en amont le nombre d'activités à risque. Présumer la responsabilité de certains acteurs du fait de leur participation à des activités dangereuses devrait les contraindre à n'entreprendre ces dernières que s'ils ont pris les précautions nécessaires afin d'en limiter les conséquences dommageables.

Mme Fabre-Magnan est l'un des rares auteurs à distinguer clairement la fonction préventive de la responsabilité civile de sa fonction répressive⁶. À ce titre, elle identifie deux moyens de prévenir le dommage. Tout d'abord, empêcher que le dommage ne se produise alors qu'il est imminent. C'est ce qui explique le recours aux procédures d'urgence à l'instar du référé⁷ au moyen duquel le juge prononce au plus vite un ordre, une prescription, que le défendeur se doit de respecter. Ensuite et de manière plus générale, dissuader les auteurs de dommages potentiels grâce à la formulation d'une règle de droit incitant ces derniers à internaliser les coûts de leurs activités⁸. Ici aucune

⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations - T2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2007, PUF, Paris, n° 15.

⁷ « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Article 809 NCPC.

⁸ Cette perspective est celle qui est privilégiée par les auteurs du mouvement de l'analyse économique du droit. Les travaux de M. Shavell sont à ce titre plus intéressants que ses prédécesseurs dans la mesure où il démontre la supériorité du mécanisme de présomption de responsabilité sur la faute. S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, 2002, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 396, <http://ssrn.com/abstract=367800> or DOI: 10.2139/ssrn.367800; S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, 1987, Harvard University Press, Cambridge, Mass; S. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, 2004, The Belknap Press, US.

procédure particulière n'est requise aux fins d'obtenir cet effet dissuasif. Il s'agit ici de s'intéresser à la nature du fait générateur de la responsabilité civile et notamment à la question de savoir s'il est préférable de privilégier la faute ou la présomption de responsabilité. L'incitation des acteurs privés ne s'obtient cependant souvent qu'au prix d'une simplification des modèles de comportements si bien que l'effet dissuasif de la règle de responsabilité civile ne peut suffire à lui seul à rendre compte de l'institution de la responsabilité civile.

2. Les « nouvelles » fonctions de la responsabilité civile - C'est sans doute en raison du flou entourant la définition de la fonction normative de la responsabilité civile que d'autres auteurs ont pu réclamer que lui soient attribuées de « nouvelles » fonctions, voire que soient créées d'autres formes de responsabilité civile. M. Bloch a donc pu proposer que la cessation de l'illicite⁹ soit reconnue au titre des nouvelles fonctions de la responsabilité civile. La cessation de l'illicite s'inscrit cependant bien au sein de la fonction préventive de la responsabilité civile telle que l'on vient de la définir puisqu'il s'agit tantôt d'empêcher que le dommage n'advienne ou ne se propage, tantôt qu'un risque certain de dommage ne mûre¹⁰.

Mme Thibierge suggère quant à elle la création d'une nouvelle responsabilité juridique qui aurait pour fonction la prévention des risques d'atteintes majeures à un intérêt essentiel de l'humanité¹¹. Trois types de responsabilité civile devraient donc émerger selon cet auteur : « la

⁹ C. Bloch, *La cessation de l'illicite: Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, 2008, Dalloz, Paris. Cet auteur assimile d'ailleurs lui aussi fonction normative et fonction répressive de la responsabilité. Voir n° 7-2.

¹⁰ C. Bloch, *La cessation de l'illicite: Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, 2008, Dalloz, Paris, n° 389 et s. L'appréhension du risque certain de dommage amène cependant cet auteur à proposer la notion de trouble comme condition de mise en œuvre de la responsabilité lorsqu'il s'agit de faire cesser l'activité illicite et non pas de réparer le dommage causé. En effet, le dommage certain n'est pas une condition de l'action en cessation de l'illicite.

¹¹ C. Thibierge, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1999, p. 561; C. Thibierge, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, Dalloz 2004, chron., p. 577.

responsabilité civile, régissant les relations entre personnes privées, permet la réparation des dommages causés, atteintes à un intérêt particulier ou collectif; la responsabilité pénale, concernant les relations entre la société et les personnes publiques ou privées, permet la punition des auteurs d'infractions, atteintes à l'intérêt général; et cette nouvelle responsabilité, régissant les relations entre les différents groupes aux intérêts opposés, permettrait la prévention des dommages majeurs ». Le régime de cette nouvelle responsabilité serait évidemment bâti eu égard à sa fonction. Mme Thibierge propose à cet effet de réduire la catégorie des demandeurs et défendeurs possibles, en offrant une place de choix aux organismes représentant des intérêts collectifs à l'instar des associations de défense des intérêts des consommateurs ou de défense de l'environnement. Il ressort des propos de cet auteur que cette nouvelle forme de responsabilité sans préjudice pourrait avoir pour fondement le principe de précaution¹². Il ne devrait pourtant pas être nécessaire de créer de toutes pièces une nouvelle forme de responsabilité aux fins de poursuivre la prévention des dommages majeurs. En effet, la prévention des dommages, qu'ils soient majeurs ou non, fait déjà partie des fonctions de la responsabilité civile. Reste à savoir s'il est opportun de faire produire des effets de droit, au risque cette fois incertain, de dommage¹³. Rien n'est moins sûr.

3. La promotion d'une stratégie de régulation au moyen de la responsabilité civile - En dépit des éclaircissements ci-dessus apportés relatifs à la définition des fonctions traditionnelles de la responsabilité civile et en particulier à la définition de sa fonction normative, l'évocation de ces

¹² Tel qu'énoncé au sein de la loi L. n° 95-101, du 2 févr. 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier, Article 1^{er} introduisant l'article L.200-1 du Code rural : « *L'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles* ».

¹³ En ce sens : M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, 2005, L.G.D.J., Paris; A. Guégan, *L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile*, *Revue Juridique de l'Environnement* 2000, p. 147 et s; G. Viney et P. Kourilsky, *Le principe de précaution, Rapport au Premier ministre*, 2000, Ed. Odile Jacob et la Documentation Française, Paris.

dernières ne permet pas de faire la lumière sur tous les effets possibles du recours à l'institution de la responsabilité civile. En effet, dans un contexte de crise de la normativité étatique, les institutions de droit privé, à côté des institutions de droit public, sont de plus en plus sollicitées aux fins d'encadrer les comportements des sujets de droit. Bien plus, les acteurs privés, aux côtés des acteurs publics, sont progressivement mis à contribution au sein du processus de régulation, et ce, notamment au titre de « relais de la normativité »¹⁴ étatique. Dès lors, l'objectif premier n'est plus celui de prévenir la réalisation de dommages résultant du déploiement d'une activité matérielle et encore moins d'indemniser les victimes.

Plus exactement, la prévention de la réalisation de dommages résultant du déploiement d'une activité matérielle nécessite, dans un souci d'efficacité, de déléguer à certains acteurs privés une partie des activités de régulation (l'activité normative, l'activité de contrôle et l'activité de sanction)¹⁵ voire leur intégralité. Cela est d'autant plus pressant que l'autorité publique se trouve confrontée à des comportements illicites de masse. En effet, l'implantation locale des acteurs privés bénéficiant de cette délégation doit permettre de dissuader plus facilement les auteurs de ces comportements illicites.

En conséquence, il devient opportun de distinguer à côté des fonctions traditionnelles de la responsabilité civile (réparation des victimes, répression des comportements antisociaux, et prévention des dommages) impliquant

¹⁴ P. Trudel, *L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace: le défi d'assurer l'application effective des droits proclamés*, 2002, www.unesco.org.

¹⁵ Cette distinction des prérogatives ou pouvoirs de régulation est empruntée à M. Collins qui tente d'identifier les trois ingrédients fondamentaux de tout système de régulation aux fins de comparer utilement le droit privé aux autres formes de régulations socio-économiques. « *The core element of the simple model consists of rules or standards that define the conduct required or proscribed. These rules may be created by a variety of processes ranging from parliamentary determination to self-regulation by the participants of the market. The second element consists of an agency charged with the task of monitoring compliance with the standards and to detect breaches. The final element consists of an enforcement mechanism, which is empowered to impose sanctions against deviance from the standards. Often a court will be charged with this responsibility for determining whether a sanction is deserved, but other agencies may be awarded similar powers such as the jurisdiction to withdraw a licence to trade* ». H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York, p. 62.

l'adoption d'une approche horizontale de la responsabilité civile, une nouvelle fonction découlant cette fois d'une approche verticale¹⁶ : la promotion d'une stratégie de régulation. Par stratégie de régulation, il faut comprendre la technique par laquelle les activités de régulation sont réparties entre acteurs publics et acteurs privés aux fins de rendre obligatoires les normes étatiques à leurs destinataires. Autrement dit, il s'agit là d'une « stratégie normative » au sens où l'entend M. Timsit¹⁷. Le terme de régulation est ici préféré à celui de réglementation dans la mesure où ce dernier suppose l'unité et l'homogénéité de l'ordre juridique au seul bénéfice de l'État en situation de monopole.

À dire vrai, cette nouvelle fonction octroyée à la responsabilité civile est encore un moyen de prévenir les dommages, mais un moyen indirect.

Contre cette classification, l'on pourrait ajouter que cette délégation des activités de régulation était déjà un des effets de la responsabilité du fait d'autrui et que dès lors il n'y a rien de nouveau à attribuer à la responsabilité civile une fonction de ce type. Nos propos ne chercheront pas à démentir ce constat tout en faisant remarquer cependant que la fonction de promotion d'une stratégie de régulation n'a jamais été identifiée comme une fonction à part entière. Cela est sans doute dû à l'étroitesse du périmètre au sein duquel la privatisation du processus de régulation est susceptible de s'opérer au moyen de la responsabilisation de certains acteurs privés du fait d'autrui. Il

¹⁶ Il s'agit ici non pas d'identifier les différents régimes de responsabilité applicables en fonction de la nature du fait générateur, voire en fonction de la nature des intérêts violés, mais plutôt en fonction des modalités de l'allocation des compétences de régulation entre acteurs publics et acteurs privés. Ces deux étapes sont en réalité cumulatives et non pas alternatives.

Le couple régime de responsabilité vertical/régime de responsabilité horizontal a pu également être utilisé dans un autre sens comme synonyme du couple régime spécial de responsabilité/régime de responsabilité de droit commun eu égard à la plus ou moins grande diversité des contenus régulés, autrement dit à la plus ou moins grande diversité des intérêts protégés.

¹⁷ M. Timsit entend par stratégie normative « les principes ou techniques utilisés dans l'élaboration des normes par lesquels les normes se rendent plus ou moins obligatoires à leurs destinataires ». G. Timsit, *Sur l'engendrement du droit*, Revue du droit Public 1988, 39-74, p. 56.

s'agit en effet essentiellement du cadre de l'entreprise, voire éventuellement du cadre associatif. En outre, nous insisterons sur l'importance de la méthodologie qui consiste d'abord à identifier la fonction de la responsabilité civile avant de choisir son fondement, tout en observant que les combinaisons sont multiples et que l'identification d'une fonction n'exclut pas *a priori* que plusieurs fondements soient possibles. De même, rien n'empêche que plusieurs fonctions soient poursuivies simultanément.

4. La crise de la normativité étatique - L'instrumentalisation du droit privé, au service de la promotion de stratégies de régulation, est l'une des conséquences de la crise de la normativité étatique. Depuis les années 1970, l'on assiste en effet à un recentrage du rôle de l'État, État qui devient la cible de nombreuses critiques en raison de l'inefficacité de ses politiques interventionnistes. Avec l'affaiblissement de la contrainte légitime, qui ne signifie pas pour autant la négation pure et simple du modèle étatique, le déploiement de l'action publique se traduit alors par un recours accru aux acteurs privés. De plus, sous la pression de l'internationalisation graduelle devenue mondialisation ou globalisation, « L'État post-moderne »¹⁸, est non seulement dépassé par l'émergence d'un ordre transnational comme par le perfectionnement des ordres régionaux, mais également, il en vient à être concurrencé par des acteurs économiques et/ou sociaux de dimension multinationale. Dès lors, dans un nombre croissant d'hypothèses, l'action étatique en vient à être guidée par un principe fondamental de subsidiarité¹⁹.

Ce changement de méthode imposé par la complexification croissante des échanges a inévitablement des répercussions directes sur le droit, droit qui ne peut plus être appréhendé au moyen d'une approche moniste²⁰ : une seule

¹⁸ J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris.

¹⁹ C. Millon-Delsol, *L'Etat subsidiaire*, 1992, PUF, Paris; J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris.

²⁰ G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, 1986, PUF, Paris, p. 34 et s.

source, un seul ordre juridique. « L'éclatement de la régulation juridique »²¹ se manifeste alors à la fois par l'accroissement de la malléabilité de la règle de droit empreinte d'un plus grand « pragmatisme »²², d'une plus grande « plasticité »²³, comme par la diversification de ses sources. Elle aboutit par endroits à l'émergence d'un « droit de régulation », manifestation « suprême » du « droit post-moderne »²⁴ : Pour reprendre les propos de M. Chevallier, « [l]e concept de régulation est utilisé, dans cette [...] conception, pour synthétiser les aspects nouveaux que prendrait le droit dans les sociétés contemporaines confrontées à des problèmes radicalement nouveaux, compte tenu notamment de la crise de l'État providence et du défi de la globalisation. [...] ce "droit de régulation" apparaît comme un "autre droit", n'ayant plus guère à voir avec le "droit réglementaire" classique ; succédant au droit "abstrait, général et désincarné", "droit jupitérien" exprimant la transcendance étatique il serait caractérisé "par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir" »²⁵. Ce « droit de régulation » prend la forme d'un « droit de la

²¹ J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris, p. 106 et s.

²² J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris, p. 118 et s.

²³ « Autrement dit, la perspective est devenue ouvertement instrumentale. Il s'agit moins d'imposer un modèle a priori (réduit à quelques traits pertinents, mais stables), que d'adopter un programme d'action, défini par certains objectifs généraux, à une conjoncture plurielle et mouvante. La législation se fait programmatique, de sorte que ce n'est pas en elle-même qu'elle trouve sa cohérence et son bien-fondé, mais bien dans la réalisation graduelle des objectifs qu'elle se fixe. Mais au vrai, la plasticité est telle qu'on ne mesure, plus bientôt, si c'est la réalité qui s'infléchit sous la pression de la loi, ou si, à l'inverse, c'est la loi qui se module au contact de la résistance des faits ». F. Ost, *Le Temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, 1998, in J. Clam and G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 423-449. Voir également F. Ost, *Le rôle du droit: de la vérité révélée à la vérité négociée*, 1996, in G. Timsit, A. Claisse and N. Belloubet-Frier, *Les administrations qui changent*, PUF, Paris, p. 73 et s.

²⁴ « Le droit post-moderne est conçu essentiellement comme un droit pragmatique, sous-tendu par une volonté d'action sur le réel ; cette préoccupation d'efficacité modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité » J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris, p. 118. Voir également J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, *Droit et Société* (49)2001, 827-846; J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne?*, 1998, in J. Clam and G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, Pour une description de cet « autre droit » voir, G. Timsit, *Les deux corps du droit: essai sur la notion de régulation*, *Revue Française d'Administration Publique* (78)1996, p. 73 et s.

²⁵ J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, *Droit et Société* (49)2001, 827-846, p. 833.

régulation » au sens où l'entend Mme Frison-Roche²⁶ lorsqu'il s'agit d'identifier le corps de règles communes applicables aux secteurs de l'économie libéralisés.

La multiplication des foyers de droit n'a cependant pas pour corollaire nécessaire la mise à la marge du droit étatique de la même manière que le principe hiérarchique de structuration de l'ordre juridique étatique n'est pas inévitablement remplacé par une situation d'anarchie²⁷. Plus exactement, c'est comme si l'ordre juridique était composé de plusieurs sphères normatives encastrées les unes aux autres. Il s'agit moins d'une redéfinition des frontières entre régulation juridique et régulation sociale que d'une différenciation de sphères normatives communicantes à l'intérieur de l'ordre juridique.

Dès lors, une norme juridique a-étatique (par exemple une norme contractuelle²⁸) est susceptible de se transformer en règle juridique étatique à

²⁶ « [L]e droit de la régulation se définit – en distance du terme anglais *regulation*, qui ne vise que le phénomène de réglementation, la régulation renvoyant davantage à l'expression *regulatory system* – comme l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans les secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels (droit d'accès, liberté des opinions, gestion des risques) ». M.-A. Frison-Roche, *Le couple ex Ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation*, 2006, in M.-A. Frison-Roche, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz, Paris, 33-48, p. 37. Voir également M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, Dalloz 2004, 126-129; M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, 2004, in M.-A. Frison-Roche, *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Dalloz, Paris, 7-15; M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, Dalloz 2001, 610-616.

²⁷ Certains auteurs ont pu ainsi annoncer la supplantation du paradigme de la pyramide par celui du réseau. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles.

²⁸ La norme contractuelle est considérée comme une norme a-étatique au sens où elle trouve son contenu dans l'accord des parties et non pas dans la loi. Comme le rappelle justement M. Ancel, « [d]ire que le contrat a force obligatoire c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique. Cette norme contractuelle peut avoir divers objets, divers contenus : elle peut bien sûr (c'est l'objet principal de la plupart des contrats) faire naître un rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit, ou créer un droit ou une situation juridique nouvelle ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur. Mais, de toute façon, quel que soit le contenu (obligationnel ou non obligationnel) du contrat, ce n'est pas lui qui permet de définir le caractère obligatoire de la norme contractuelle. Ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et pour la loi ; il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale ; il signifie aussi que cette norme va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties : il devra alors appliquer le contrat comme il appliquerait la loi. Au fond il s'agit seulement de prendre au sérieux

vocation générale dès qu'elle est officialisée par l'État. C'est le cas des normes produites par les organismes professionnels²⁹. Inversement, la norme étatique, pour des besoins d'abord d'effectivité, doit être « reprise » par des acteurs privés au rôle de relais, ce notamment au moyen du contrat. C'est le cas des normes étatiques que l'on cherche à appliquer au sein du cyberspace. Dans cette seconde hypothèse plus que dans la première se pose alors la question fondamentale de la conformité de la norme a-étatique à la norme étatique. À ce propos, trois critères ont pu être proposés pour juger de la validité d'une norme qui ne serait pas à proprement parler d'origine étatique : le critère de la légitimité, celui de la conformité et enfin celui de l'effectivité. « [L]e critère de "légitimité" (test fondé sur la source) souligne l'importance d'une analyse des auteurs de la norme. Le critère répond à la question de la possibilité pour le droit d'accepter une norme élaborée par des acteurs privés en dehors d'une délégation claire par les normes étatiques ? La légitimité de la norme requerra des qualités de transparence – voire de représentativité des auteurs de celle-ci par rapport aux divers intérêts mis en cause. Le critère de la "conformité" (test fondé sur le contenu de la norme) analyse la conformité de la norme privée vis-à-vis de valeurs de société – non seulement, celles inscrites dans les textes réglementaires, mais au-delà par rapport à des valeurs éthiques à prendre en compte par le système juridique. [...] Finalement, l'examen de "l'effectivité" du droit mesure les garanties de respect de la norme depuis la question de l'information des destinataires de la norme sur son existence, aux modes de contrôle du respect et aux sanctions prévues en cas de non-respect. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur les facteurs qui stimulent dans la réalité le respect de la norme »³⁰.

l'article 1134 du code civil, qui ne dit pas que les parties sont tenues d'obligations, mais que le contrat leur tient "lieu de loi" ». P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1999, p. 771, §5.

²⁹ J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, Droit et Société (49)2001, 827-846, p. 838.

³⁰ Y. Pouillet, *Technologies de l'information et de la communication et "co-régulation": une nouvelle approche?*, 2004, <http://www.droit-technologie.org>, p. 4. Voir également Y. Pouillet, *Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique*,

4-1. Le recours accru aux acteurs privés - Le « droit post-moderne »³¹ est le résultat de la radicalisation de certains traits saillants du « droit moderne » produit de l'État providence³². Déjà, à l'époque moderne, l'on avait été amené à assigner au droit privé comme au droit public une fonction de régulation. Autrement dit, dès cette époque, le droit était devenu « régulateur »³³ : il avait pour ambition d'atteindre des objectifs économiques et sociaux déterminés en amont³⁴. Ce « droit moderne »³⁵ se distinguait du droit classique en ce qu'il devenait programmatique. Cependant soumis progressivement à une exigence d'efficacité, il s'est petit à petit rapproché des assujettis à la

Ubiquité (5)2000, 55 et s. et plus généralement F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles.

³¹ J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris.

³² Le passage de l'État gendarme à l'État providence s'était traduit par la profusion de la réglementation tendant à « imposer des conditions, restrictions ou exigences de conformité à des actes juridiques ou matériels plus largement "à des activités, opérations, relations" ou situations spécifiques ». A. Jammeaud, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, 1998, in J. Clam and M. Gilles, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 47-72, p. 57. Voir également G. Timsit, *Archipel de la norme*, 1999, PUF, Paris, p. 166 et s. ; P. Amselek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, *Revue du droit Public* (2)1982, 275-294. Plus généralement pour une analyse à la fois politique et juridique des incidences du modèle de l'État providence voir F. Ewald, *L'Etat providence*, 1986, Grasset, Paris.

³³ « La portée normative du droit varie en effet considérablement selon la nature des énoncés juridiques : la règle de droit peut être conçue sur le mode de l'interdit, en se bornant à délimiter le champ des activités licites en laissant les individus libres d'orienter leurs actions comme ils l'entendent ; elle peut aussi procéder par voie de prescriptions ou d'injonctions, en prétendant dicter les conduites de manière positive. Alors que, dans la première hypothèse, le quadrillage juridique reste lâche, extériorisé et préserve une marge d'autonomie individuelle, le droit devient dans la seconde un dispositif effectif de contrôle et de "normalisation", tendant à la "régulation" des comportements ». J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, *Droit et Société* (49)2001, 827-846, p. 832. Voir également G. Teubner qui utilise l'expression de « droit régulateur » pour décrire le même phénomène, G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris .

³⁴ Ces objectifs économiques et sociaux ont pu être qualifiés de buts sociaux des lois par les juristes privatistes. Voir par exemple A. Bucher, *L'ordre public et le but social des lois*, *Recueil des cours* (239)1993, 9-116 p. 71 : « Contrairement aux conceptions dominantes au XIXe siècle, la finalité du droit privé n'est pas confinée au domaine de liberté appartenant à chaque individu. La société moderne est sensible à l'incidence des rapports de droit privé sur la vie sociale et économique. Ces rapports sont conçus en fonction d'objectifs que l'État entend réaliser dans la communauté. Leur finalité et leur contenu essentiel intéressent l'État, étant donné qu'ils ont une influence déterminante sur certains aspects de l'organisation de la société. Sous cet angle, le droit privé constitue un facteur de régulation de la vie sociale et économique ». Il s'agit là de l'expression de la rationalité juridique matérielle telle que décrite par M. Teubner, G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris , p. 15 et s.

³⁵ J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, *Droit et Société* (49)2001, 827-846, p. 832.

régulation tout en atténuant les manifestations de son autoritarisme. Par efficacité, il faut comprendre « *la pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé* »³⁶, ce qui va bien au-delà de l'exigence d'effectivité de la politique législative traduisant « *le degré d'utilisation du modèle législatif par ses destinataires* »³⁷. La « contractualisation du droit » à sa source comme au moment de son application³⁸ est la conséquence directe du rapprochement du régulateur public et des assujettis à la régulation, tout comme l'épanouissement de l'autorégulation³⁹. De manière générale, il est devenu nécessaire de s'interroger sur les modalités de l'interaction entre acteurs publics et acteurs privés et par conséquent sur l'opportunité de la distinction droit public/droit privé afin de trouver les moyens de maintenir l'emprise du droit sur la majorité des activités du corps social. Le recours accru aux acteurs privés est donc d'abord l'une des réponses apportées par l'« État régulateur » à la complexité de l'ordre juridique interne.

4-1-1. La régulation - À ce titre, les théories anglo-américaines de la régulation⁴⁰, qui reposent d'ailleurs encore en grande partie sur la conception

³⁶ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles, p. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles, p. 331. Il s'agit de l'efficacité pratique et non pas juridique, autre façon de définir la notion de validité. Ces auteurs distinguent justement l'efficacité de l'efficience en faisant remarquer que l'efficience « *mesure cette fois le coût engagé pour atteindre, par la règle choisie, le but visé. Une règle efficiente, en ce sens, est une règle efficace au moindre coût* ».

³⁷ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles, p. 331.

³⁸ C'est de cette manière qu'est décrite l'évolution du droit moderne au sein du système juridique français. C.-A. Morand, *La contractualisation du droit dans l'état providence*, 1991, in F. Chazel and J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J., Paris, 139-158.

³⁹ Cette tendance est clairement mise en évidence au sein des pays anglo-américains. Voir J. Black, *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self regulation in a "post-regulatory" world*, *Current Legal Problems* (54)2002, 103-146; C. Scott, *Regulation in the age of governance: the rise of the post regulatory state*, 2004, in J. Jordana and D. Levi-Faure, *The politics of regulation: institution and regulatory reforms for the age of governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 145-174.

⁴⁰ S. Breyer, *Regulation and its reform*, 1982, Harvard University Press, Cambridge, Mass; A. I. Ogus, *Regulation: legal form and economic theory*, 1994, 2004, Hart Publishing, Portland, Oregon. Pour un exposé de l'évolution des théories de la régulation, voir J. den Hertog, *General theories*

d'un droit régulateur plutôt que sur celle d'un « droit de régulation »⁴¹, permettent au juriste privatiste d'appréhender ces mutations et notamment la dilution progressive de la distinction droit public/droit privé. La régulation est à opposer ici à la fois aux conceptions autonomistes du droit privé, puisqu'il faut s'intéresser à la diversité des conséquences socio-économiques au moment de l'élaboration de la règle juridique, mais aussi et surtout aux conceptions individualistes qui ne voient dans le droit privé qu'un moyen de faciliter l'expression des libertés individuelles. Dès lors, la distinction droit public/droit privé perd de sa pertinence et les acteurs privés sont logiquement intégrés à une réflexion sur l'identification de l'arrangement institutionnel à édifier et des instruments juridiques les plus adaptés à sa concrétisation. Pour faire vite, il s'agit donc d'étudier l'ensemble des moyens, et notamment des moyens juridiques, mis à la disposition de l'État régulateur.

Aux dires de M. Ogus le droit public se distingue du droit privé essentiellement par sa fonction visant à pourvoir à la réalisation d'une entreprise sociale, collective⁴². Il en résulte donc qu'une grande partie du droit

of regulation, 2000, in B. Bouckaert and G. De Geest, *Encyclopedia of law and economics*, Volume III, *The regulation of contracts*, Edward Elgar, Cheltenham, 223-270.

⁴¹ « *Some legal cultures have a specific concept or concepts to designate the instruments used for this purpose [correct perceived deficiencies in the market system in meeting collective or public interest goals] and the law governing them, for example, the German *Wirtschaftsverwaltungsrecht* and the French *droit public économique*. There is no equivalent term of art in our legal culture, and we thus have to fall back on admittedly imprecise expressions, such as 'regulation' and 'regulatory law', to fill the gap* ». A. I. Ogus, *Regulation: legal form and economic theory*, 1994, 2004, Hart Publishing, Portland, Oregon, p. 2.

⁴² A. I. Ogus, *Regulation: legal form and economic theory*, 1994, 2004, Hart Publishing, Portland, Oregon, préface : « [C]onventional approaches to public law and administrative law have failed to address some key issues pertaining to the regulation of industrial and commercial behaviour. Those nurtured within the British, particularly the Diceyan, tradition are obsessed with the institutional dimension of public law: how the powers to control behaviour are allocated between different public and semi-public authorities; and how the exercise of such powers may be constrained by principles of accountability. But public law is not only about preventing the abuse of power; it is also about selecting legal forms which can best achieve the instrumental goals of collective choice. [...] A more complete understanding of the legal forms is acquired only when specific instruments are related to more general goals and thus cross the boundaries between different regulatory areas ». S'il est tout à fait possible d'être en désaccord avec la teneur de l'objectif social tel qu'il résulte des propos de M. Ogus, on ne peut que saluer le travail de systématisation qui vise à faire le jour sur la diversité des modes de régulation à disposition de l'autorité publique.

privé tel qu'on le définit traditionnellement⁴³, comme le droit de la consommation, est absorbé par cette définition fonctionnelle du droit public pour ne former plus qu'une seule catégorie : celle de la régulation⁴⁴. Pour autant, si le droit public comme le droit privé (en leur sens traditionnel) peuvent servir l'un comme l'autre à la réalisation d'une entreprise collective, les moyens qu'ils offrent au juriste pour atteindre cette fin ne sont pas identiques. Alors que le droit public se caractérise généralement par la centralisation des prérogatives ou pouvoirs de fixation de la règle, de contrôle de son application et de sa sanction, le droit privé apparaît souvent comme un mécanisme de régulation décentralisé au sein duquel les acteurs privés participent plus ou moins activement à chacune des activités de régulation. Cette opposition est il est vrai à relativiser dans la mesure où le recours au droit privé peut dans certains cas produire lui aussi un effet centralisateur.

4-1-2. La régulation privée - À côté de la régulation tout court, que nous qualifierons de régulation publique, M. Ogus distingue ce qu'il nomme l'autorégulation⁴⁵. Il s'agit souvent d'une régulation juridique, mais d'une régulation juridique dont la source se privatise. Cette « régulation juridique d'origine privée »⁴⁶ peut prendre la forme de contrats, de contrats types, de codes de conduite... Ce qui importe, c'est qu'ici les activités de régulation (fixation de la norme, contrôle de son application, sanction en cas de violation) sont entre les mains des assujettis à la régulation. Parce qu'il existe

⁴³ Voir par exemple la définition donnée par M. Cornu : « Ensemble de règles de Droit qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux ». G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2003, Presses Universitaires de France, Paris, p. 694.

⁴⁴ Ne seraient exclues de cette catégorie que les dispositions de droit privé purement facilitatrices (des activités de sujets de droit privé). Voir cependant les propos de M. Collins, dans H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York , qui met en lumière la fonction régulatrice du droit privé et plus particulièrement du droit des contrats.

⁴⁵ A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, Oxford Journal of Legal Studies (15)1995, 97-108.

⁴⁶ J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, Droit et Société (49)2001, 827-846, p. 838.

une grande variété de situations d'autorégulation,⁴⁷ nous retiendrons plutôt avec M. Cafaggi l'appellation générique de régulation privée réservant celle d'autorégulation aux cas où il existe une correspondance exacte entre régulateurs privés et assujettis à la régulation, autrement dit aux cas où la régulation privée n'a pas d'effet sur les tiers⁴⁸.

Dans un certain nombre d'hypothèses, la régulation privée susceptible de prendre différentes formes selon le degré d'intervention de l'autorité publique est présentée comme étant plus efficace que la régulation publique⁴⁹.

4-2. Responsabilité civile et stratégie de régulation privée - De ce qui précède, il s'ensuit que le recours à une institution de droit privé ne signifie pas nécessairement que la stratégie de régulation soit celle de la régulation privée.

En effet, les modalités de la participation de concert des acteurs publics et privés au processus de régulation, encore dénommée corégulation, sont susceptibles de varier⁵⁰. Ce n'est que dans la mesure où il y a véritablement

⁴⁷ « To appreciate the range of possibilities, it may be helpful to identify some key variables. Take, first, the question of autonomy. There is no clear dichotomy in this respect between 'self-regulation' and 'public regulation', but rather a spectrum containing different degrees of legislative constraints, outsider participation in relation to rule formulation or enforcement (or both), and external control and accountability. Thus, at one extreme, rules may be private to a firm, association or organizations ; at the other they may have to be approved by a government minister or some independent public authority. Secondly, the rules or standards issued by the Self-Regulation Agency may have varying degrees of legal force : they may be formally binding, codes of practice which presumptively apply unless an alleged offender can show that some alternative conduct was capable of satisfactorily meeting the regulatory goals, or purely voluntary. Thirdly, regimes may differ according to their degree of monopolistic power. They may apply to all those supplying a relevant market alternatively they may be adopted only by a group of suppliers (or even a single supplier) who compete with others in the market ». A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, Oxford Journal of Legal Studies (15)1995, 97-108, p. 99.

⁴⁸ F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée*, Revue Française d'Administration Publique (109)2004, 23-36 ; F. Cafaggi, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, EUI working paper LAW n° 06/13 2006, 1-57.

⁴⁹ A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, Oxford Journal of Legal Studies (15)1995, 97-108. Voir également I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive regulation - Transcending the deregulation debate*, 1992, Oxford University Press, New-York, p. 101 et s.

⁵⁰ Voir les propos de M. Cafaggi qui insiste sur l'importance des différentes modalités d'interaction entre régulateurs publics et régulateurs privés aux fins de distinguer les différents modèles de régulation possibles, F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans les*

délégation de l'activité de fixation de la règle, et éventuellement de celles de contrôle de son application et de sa sanction, que l'on doit avoir recours au qualificatif de régulation privée aux fins de caractériser la stratégie dominante du législateur.

Dès lors, le droit de la consommation par exemple, n'est souvent que l'expression d'une stratégie de régulation à dominante publique, stratégie dont le mécanisme de contrôle de l'application de ses normes est cependant tributaire de l'initiative des acteurs privés.

De même, le droit de la responsabilité civile n'est pas en général l'expression d'une stratégie de régulation à dominante privée, même si, là encore, sa mise en œuvre repose sur l'initiative des acteurs privés.

En réalité, tout dépend du point de savoir si la responsabilité civile est conçue comme la contrepartie nécessaire de la délégation d'un pouvoir normatif à un certain nombre d'acteurs privés afin de contraindre ces régulateurs privés à produire des normes de qualités, ou, si elle est encore partie intégrante d'une stratégie de régulation publique dans la mesure où elle permet d'ajouter aux normes privées dont le domaine d'application est strictement défini sans que leur qualité soit remise en question. Autrement dit, non seulement la responsabilité civile est susceptible de compléter la régulation privée dans le cadre d'une stratégie de régulation publique en poursuivant un objectif matériel (la prévention des dommages et/ou la compensation des victimes), mais aussi elle est susceptible de compléter la régulation privée en poursuivant un objectif institutionnel (la qualité du processus de régulation privé impulsé). L'on assiste donc moins à la juxtaposition de la responsabilité civile à côté de la régulation privée qu'à la mutation de la responsabilité civile aux fins de promouvoir une régulation privée de qualité.

processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée, Revue Française d'Administration Publique (109)2004, 23-36.

À partir du moment où la régulation privée est préférée à la régulation publique se pose en effet la question de l'encadrement des pouvoirs attribués aux acteurs privés dans le but surtout de protéger les intérêts des assujettis ou « régulés », problématique encore trop peu prise au sérieux par les juristes privatistes qui pourtant va bien au-delà des préoccupations du droit de la concurrence⁵¹. Un des moyens de procéder à cet encadrement est, comme on vient de l'évoquer, celui d'utiliser la responsabilité civile, responsabilité dont l'intensité et le rôle doivent varier en fonction de la consistance du rôle du régulateur privé⁵². Autrement dit, le régime de responsabilité civile doit dépendre du nombre de prérogatives ou pouvoirs attribués au régulateur privé : à savoir la prérogative de fixation de la règle et/ou de contrôle de son application, et/ou de sa sanction. Par ailleurs, il doit permettre qu'un contentieux de la conformité de la régulation privée soit toujours possible⁵³. De manière générale, toute privatisation du processus de régulation ayant pour conséquence un accroissement du pouvoir des acteurs privés doit ainsi se traduire par une plus grande responsabilité aux vues de forcer les régulateurs à internaliser les intérêts des tiers soumis à la régulation privée, à moins qu'il n'existe d'autres mécanismes de contrepoids tout aussi efficaces.

⁵¹ Sur l'évolution du rôle du droit de la concurrence au sein des sociétés démocratiques de l'Europe et des États-Unis voir les propos de M. Amato qui explique que le droit de la concurrence est amené à se spécialiser sous l'influence de la globalisation pour ne s'intéresser finalement qu'aux moyens d'atteindre l'efficacité économique. Il ne peut donc plus servir d'instrument de démocratisation. G. Amato, *Antitrust and the bounds of power : the dilemma of liberal democracy in the history of the market* 1997, Hart Publishing, Oxford, p. 124-125 : « *Once the economic market has expanded in relation to each national political arena, extending competition accordingly to big companies of diverse nationality, it was inevitable for antitrust law to lose the role of antidote to the exercise of abusive political influence by them. To pursue democratic efficiency different remedies had and have to be sought from the antitrust ones which, at a now different level, can guarantee only economic efficiency: what was and is needed is the organization of other economic interests (employees, consumers, savers and shareholders) capable of giving rise to the balancing power Galbraith spoke of; what is needed is the severe discipline of conflicts of interests so as to avoid at least the most direct mixtures between economic power and political power* ».

⁵² Voir au sujet de l'importance de l'instauration d'un système de responsabilité des régulateurs privés, F. Cafaggi, *Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés*, EUJ working paper LAW n° 05/06 2005, 1-53; F. Cafaggi, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, EUJ working paper LAW n° 06/13 2006, 1-57.

⁵³ Fondé sur la responsabilité civile il ne peut s'agir que d'un contentieux subjectif.

Cette corrélation fondamentale semble pourtant contredite par l'évolution de la responsabilité des prestataires intermédiaires de service en ligne, prestataires dont l'accroissement des pouvoirs « disciplinaires »⁵⁴ n'a pas été contrebalancé par l'instauration de garde-fous juridiques adéquats.

5. La crise des normativités étatiques au sein du cyberspace - Avec l'émergence du cyberspace au-delà de l'État se trouveraient minés les pouvoirs consubstantiels de ce dernier : édicter des normes que les individus sont tenus de respecter sous peine de se voir sanctionner et faire usage de la force conformément aux exigences du droit.

L'ubiquité des sujets de droit rend en effet plus difficile la sanction des comportements déviants. De plus, la souveraineté de l'État, autrefois seule source légitime de la contrainte, se trouve mise à mal en ce que son ancrage territorial se désagrège.

Mais, contrairement aux idées reçues, l'État n'a jamais cessé d'être présent dans le cyberspace bien que les formes de son intervention aient pu varier⁵⁵, ce notamment en raison des traditions nationales différentes⁵⁶. La

⁵⁴ M. Foucault, *Surveiller et punir - Naissance de la prison*, 1975, Gallimard, Paris.

⁵⁵ Voir entre autres pour une description de l'évolution des différentes formes d'intervention étatique M. D. Birnhack et N. Elkin-Koren, *The invisible handshake: the reemergence of the state in the digital environment*, *Virginia Journal of Law & Technology* (8)2003, 6-63, p. 11 : « *The State in the Internet environment functioned as either an owner or a regulator. When the Internet was privatized the State still regulated or deregulated the behavior of people related to it as it regulates many other aspects of human activity. Yet governing the Internet was never trivial. Attempts to regulate the Internet and related activities were widely criticized and often challenged in courts. Consequently, we observe the rise of a third model, which we label the Invisible Handshake: this is a regulatory framework that facilitates an alliance between nodes of control of the private sector and the State* ». Voir également les points de vue plus généraux de J. R. Reidenberg, *States and Internet enforcement*, *University of Ottawa Law & Technology Journal* (1)2004, 213-230; P. Trudel, *Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?*, *Sociologie et Sociétés* (32)2000, 190-210; M. Vivant, *Cybermonde: droit et droits des réseaux*, *Semaine juridique* éd. Générale (43)1996, I 3969; J. Zittrain, *Internet points of control*, *Boston College Law Review* (14)2003, 653-688.

⁵⁶ « *The Internet economy developed differently in each country, reflecting different national systems of law and regulation, business networks, competition, and technological legacies. Each country ultimately faced the entrepreneurial challenge of developing the competence needed to compete in this new space. Each country "bootstrapped" from their traditional ways by which competence is created through educational institutions and organized and further developed by firms [...]. Internet did pierce borders, but with effects depending upon the national specificities* ». B. Kogut, *Introduction*, 2003, in B. Kogut, *The global internet economy*, The MIT Press, Cambridge, Mass., p. 1 et s.

mort annoncée de la norme juridique étatique n'a pas eu lieu et les tenants des théories libertaires ont dû troquer leurs approches positives contre des approches normatives laissant transparaître des vues plus libérales qu'anarchistes⁵⁷. À ce propos, l'emploi du terme « cyberspace » n'a pas aidé à clarifier les enjeux du débat puisqu'il ne rend pas compte de l'encrage réel de l'internaute pendant qu'il se meut dans le virtuel⁵⁸.

Pour autant, l'Internet représente un véritable défi pour l'État régulateur confronté au caractère décentralisé du réseau qui rend particulièrement difficile le contrôle des activités des internautes⁵⁹ ainsi qu'à son caractère transnational qui favorise les stratégies d'évasion. En outre, la prévalence de l'individu sur le collectif au sein du cyberspace contribue à alimenter la crise

⁵⁷ M. Post tente d'expliquer qu'avant de se poser la question de savoir de quelle manière élaborer le meilleur « copyright » possible à l'heure du numérique, il faut s'interroger sur la faisabilité de l'application de la réglementation étatique. Or parce qu'Internet est par nature (créée de toutes pièces par l'homme) transfrontière, il est impossible d'appliquer de manière satisfaisante les normes étatiques. «*Before we try to answer the substantive questions-before we try to decide what the "best" copyright law for the global network might look like-we should pause to consider a necessarily antecedent question: what mechanisms exist whereby such a law could be implemented? Who can make and enforce the rules in cyberspace, whatever the substantive content of those rules might be?* ». D. G. Post, *Anarchy, State and the Internet: an essay on law-making in cyberspace*, Journal of Online law 1995, art. 3, par. 4. La réponse est à rechercher du côté des acteurs privés qui rentrent dans la catégorie des « network rule-makers ». En ce sens M. Post n'a rien à voir avec un libertaire au sens d'anarchiste. Il croit tout simplement en la compétition normative entre acteurs privés et non plus publics. La main du marché, certes invisible, n'a pas pour autant disparu. Peu après la parution de l'œuvre de M. Lessig, M. Post nuancera son analyse en continuant pourtant d'en appeler à une régulation étatique minimale, troquant son approche descriptive contre une approche cette fois normative du devenir du réseau des réseaux. Voir D. G. Post, *What Larry doesn't get: code, law, and liberty in cyberspace*, Stanford Law Review (52)2000, 1439-1459. De manière plus générale, le présupposé philosophique de départ des tenants des théories libertaires n'est pas toujours apparent. Que dire d'un M. Barlow qui rejette en bloc le bien-fondé de la réglementation étatique lorsqu'il énonce « *Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather* » ? J. P. Barlow, *A declaration of the independence of cyberspace*, 1996, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

⁵⁸ Voir par exemple les propos de M. Mathias à ce sujet, P. Mathias, *La cité Internet*, 1997, Presses de Sciences Po, Paris, p. 36 et s.

⁵⁹ Cet obstacle n'est cependant pas dirimant comme le démontre l'exemple chinois construit sur le modèle de l'intranet.

de la légitimité étatique⁶⁰ au point qu'il devient nécessaire selon certains commentateurs de changer de paradigme pour adopter celui du « droit de régulation »⁶¹. Reprenant la définition donnée par M. Arnaud, M. Trudel énonce que « [l]a notion de régulation désigne le "processus par lequel le comportement d'un système perçu complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes". Il est donc pertinent de recourir à cette notion afin de rendre compte, à tout le moins en partie, de ce qui est recherché par le droit et contribue à en expliquer la morphologie qu'il prend dans le cyberspace ». Encore faut-il s'entendre sur les tenants et les aboutissants de ce nouveau paradigme, ce qui ne va pas nécessairement de soi. Même à supposer que la recherche de l'efficacité du droit suppose d'accroître sa souplesse et son adaptabilité, la substitution d'une « rationalité matérielle »⁶² par une « rationalité réflexive »⁶³ pose problème. Dit autrement, promouvoir une régulation étatique indirecte et abstraite des différentes strates de la société, ce au moyen de normes d'organisation, de procédure, et de compétence, plutôt que par le biais de prescriptions matérielles au service de la poursuite d'objectifs de régulation déterminés en amont, ne se justifie pas aux vues de la diversité des conflits de normes susceptibles d'apparaître entre communautés en ligne et communautés réelles.

5-1. Le recours accru aux prestataires intermédiaires de service en ligne - La régulation étatique est encore de mise au sein du cyberspace, bien qu'elle doive très certainement, et peut-être plus qu'ailleurs, s'accommoder de l'hétérogénéité des sources de droit. Autrement dit, l'État ne bénéficie pas du

⁶⁰ « La configuration du cyberspace situe au niveau de l'individu du lieu de détermination de ce qui devrait être ou non communiqué ; elle déqualifie, voire délégitime l'État comme intervenant central dans la réglementation. Les rationalités rattachées à la défense et à l'illustration de la créativité nationale connaissent de ce fait une crise de légitimité ». P. Trudel, *Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?*, Sociologie et Sociétés (32)2000, 190-210, p. 199. Voir également P. Trudel, F. Abran, Benyekhlef et S. Hein, *Droit du cyberspace*, 1997, Editions Thémis, Montréal, ch. 5.

⁶¹ P. Trudel, *Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?*, Sociologie et Sociétés (32)2000, 190-210, p. 206.

⁶² G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14.

⁶³ G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 19.

monopole de l'activité normative. Mme Frison-Roche insiste à ce propos sur la nécessité de penser le droit hors de l'État⁶⁴.

Ceci dit, la spécificité du cyberspace s'explique plutôt par le fait que son architecture réduit les coûts de mise en œuvre des systèmes d'autorégulation⁶⁵ tout en rendant les modes traditionnels⁶⁶ de régulation moins effectifs⁶⁷. Tandis qu'il devient possible de discriminer plus facilement parmi les membres de la population afin de créer des communautés homogènes dont l'accès est réglementé, les opérateurs de réseaux, au moyen desquels les internautes communiquent, disposent d'instruments de contrôle de l'activité de leurs utilisateurs *ex ante* et *ex post* peu onéreux. La marge de manœuvre des utilisateurs peut en effet être réduite en amont par le choix d'un « code »⁶⁸, d'une « architecture »⁶⁹ ou d'une « lex informatica »⁷⁰

⁶⁴ M.-A. Frison-Roche, *Les bouleversements du droit par Internet*, 2000, in J.-M. Chevalier, I. Ekeland, M.-A. Frison-Roche and M. Kalika, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 37-76, p. 49 et s.

⁶⁵ Cela est vrai au moins pour l'activité de contrôle et de sanction. Reste à savoir ce qu'il en est pour l'activité de fixation des normes.

⁶⁶ Ou directs, au sens où M. Lessig l'entend.

⁶⁷ E. Brousseau, *Multilevel governance of the digital space: does a "second rank" institutional framework exist?*, 2005, <http://www.brousseau.info>; E. Brousseau, *Régulation de l'Internet: l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel?*, 2001, <http://www.brousseau.info>.

⁶⁸ « [C]ode refers to the software and hardware that constitute cyberspace as it is –or, more accurately, the rules and instructions embedded in the software and hardware that together constitute cyberspace as it is ». L. Lessig, *Commentaries the Law of the horse : what cyberlaw might teach*, Harvard Law Review (113)1999, 501-549, p. 506 n. 15. Voir également L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, 1999, Basic Books, New-York; L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York; L. Lessig, *Law regulating code regulating law*, Loyola University Chicago Law Journal (35)2003, 1-14.

⁶⁹ « [C]ode becomes an inappropriate term, in that one of its usages is a synonym for software and thus is too narrow in its connotations. 'Code' is also far too ambiguous to be useful, since it is used in some contexts to refer to 'codes of conduct' (thus risking confusion with norms) and codification as opposed to less systematic laws (thus risking confusion with law). The term 'architecture' or 'cyberspace architecture' more fully expresses the nature of this constraint, and carries fewer ambiguous connotations ». G. Greenleaf, *An endnote on regulating cyberspace: architecture vs law*, University of New South Wales Law Journal (21)1998, 593-622, p. 606.

⁷⁰ « La Lex informatica désigne la régulation de l'Internet par la technique, c'est-à-dire l'ensemble des contraintes et des choix technologiques qui sont imposés sur les activités en ligne ». J. R. Reidenberg, *La Régulation d'Internet par la Technique et la Lex Informatica*, 2005, in M.-A. Frison-Roche, *Les Risques de Régulation*, Dalloz, Paris, 81-91, p. 81. Voir également J. R. Reidenberg, *Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*, Texas Law Review (76)1998, 553-593.

appropriée. En outre, toute activité numérique laisse en aval des traces facilement identifiables. Cela est d'autant plus vrai que le principe de « fin-à-fin » (« end-to-end »)⁷¹ censé régir la construction du réseau Internet est de plus en plus souvent mis à mal.

Un certain nombre d'acteurs privés disposent donc, du fait de leur maîtrise de la technologie constitutive de la structure du réseau et de leur position d'intermédiaire leur permettant d'être liés le plus souvent contractuellement à des communautés d'internautes, d'un pouvoir normatif de fait et de droit, et plus généralement, d'un pouvoir de régulation de fait et de droit qui se traduit par la création de normes privées, le contrôle et la sanction des comportements déviants. C'est ce que nous appelons les prestataires de service en ligne ou PISEL. La catégorie des prestataires intermédiaires au rôle purement technique telle qu'elle se dégage *in fine* de la Directive sur le commerce électronique⁷² (la Directive) et du Digital Millennium Copyright Act⁷³ (DMCA) est en effet inapte à rendre compte de la réalité des activités déployées par les fournisseurs de service en ligne, qu'ils soient fournisseurs d'accès, fournisseurs de cache, fournisseurs d'hébergement ou fournisseurs d'instruments de localisation de l'information. La plupart des PISEL est en effet capable, au moins potentiellement, d'influer d'une manière ou d'une autre sur les comportements de leurs utilisateurs et

⁷¹ Ce principe signifie que les services essentiels du réseau correspondant aux couches intermédiaires et plus profondes de l'architecture du réseau doivent être les plus simples possible afin notamment de promouvoir l'innovation. Voir par exemple pour un défenseur de ce principe L. Lessig, *The architecture of innovation*, Duke Law Journal (22)2002, 1783-1801.

⁷² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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 (« directive sur le commerce électronique ») (JOUE n° L 178 du 17.7.2000, p. 1-16).

⁷³ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT, PL 105-304 (HR 2281) 28 octobre 1998 codifié à la section 17 U.S.C. §512.

donc d'influer indirectement, si ce n'est parfois directement, sur la nature des contenus transmis en ligne par autrui⁷⁴.

L'État a alors besoin de passer par l'intermédiaire de ces PISEL⁷⁵, véritables régulateurs spontanés, aux fins de rendre sa stratégie de régulation efficace.

Bien plus, aux fins de faire prévaloir ses préférences⁷⁶ au sein d'un environnement virtuel transnational, l'État doit trouver les moyens d'établir un dialogue avec ces régulateurs privés multinationaux dans le but de les contraindre à diversifier leurs stratégies de régulation.

L'on comprend ainsi pourquoi l'application de la méthode conflictuelle censée répartir les compétences étatiques à l'échelle internationale est susceptible de créer une situation de surrégulation en raison de la multiplication des lois applicables sous l'effet de la généralisation du facteur de rattachement de l'effet, qui prend, pour la matière qui nous intéresse, à savoir la matière délictuelle, la forme du lieu du dommage⁷⁷. Les décisions récentes rendues à l'encontre de PISEL confirment ces craintes⁷⁸.

⁷⁴ Voir l'ensemble des contributions du livre R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski et J. Zittrain (sous la dir.), 2008, *Access denied - The practice and policy of global internet filtering*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England et plus précisément S. J. Murdoch et R. Anderson, *Tools and technology of Internet filtering*, 2008, in R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski and J. Zittrain, *Access denied - The practice and policy of global internet filtering*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 57-72; J. Zittrain et J. Palfrey, *Reluctant gatekeepers: corporate ethics on a filtered internet*, 2008, in R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski and J. Zittrain, *Access denied - The practice and policy of global Internet filtering*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 103-122.

⁷⁵ Ces prestataires sont donc en réalité deux fois intermédiaires.

⁷⁶ « Par dessus tout, le cyberspace met en présence, plus que jamais, des cultures et des paradigmes juridiques différents. On retrouve des différences significatives entre les systèmes et les cultures juridiques au plan de la compréhension des droits et des libertés, de leur portée et des façons de les hiérarchiser entre eux ». P. Trudel, *L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace: le défi d'assurer l'application effective des droits proclamés*, 2002, www.unesco.org.

⁷⁷ J. R. Reidenberg, *Technology and internet jurisdiction*, *University of Pennsylvania Law Review* (153)2005, 1951-1974; H. Muir-Watt et D. Bureau, *Droit international privé - tome 2*, 2007, PUF, Paris, n° 1016. M. Vivant a d'ailleurs très tôt démontré que dans le cybermonde « le problème est, non point le défaut, mais l'excès de droit ». M. Vivant, *Cybermonde: droit et droits des réseaux*, *Semaine juridique éd. Générale* (43)1996, I 3969. La prédominance de la *lex loci delicti* est confirmée par la récente adoption du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non

À ce propos, la technique de la « focalisation »⁷⁹ apparue aux États-Unis et qui pourrait expliquer la jurisprudence récente de certains tribunaux français à l'instar de la Cour d'appel de Paris⁸⁰, est d'une aide relative dans la

contractuelles (Rome II) (JOUE n° L 199 du 31.07.2007, p. 40-49). Pour des propositions doctrinales alternatives, voir par exemple F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, Revue Suisse de Jurisprudence SIZ (15)1996, p. 285 et s. ; P.-Y. Gautier, *Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de de l'usage immatériel des oeuvres*, Dalloz 1996, chron. p. 131 et s; J. C. Ginsburg, *Global use, territorial rights: private international law questions of the global information infrastructure*, Journal of the Copyright Society of the USA (42)1995, 318-338; C. Nourisat, *L'internet et la loi applicable à la responsabilité civile délictuelle*, Cahiers du droit de l'entreprise (4)2002, p. 27 et s; M. Vivant, *Cybermonde: droit et droits des réseaux*, Semaine juridique éd. Générale (43)1996, I 3969.

⁷⁸ Voir en particulier CA Paris, 4e ch., A, 28 juin 2006, Google France c/ Louis Vuitton Malletier, www.legalis.net ; TGI Paris, réf., 11 octobre 2006, Citadines c/ Google Inc, Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, ord. mise en état, 3e ch., 2e section, 16 mai 2008, L'Oréal et autres c/ eBay France et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, ord. mise en état, 3e ch., 2e section, 16 mai 2008 RueduCommerce c/ Carrefour Belgium, www.legalis.net ; T. com. Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com. Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Christian Dior Coutures c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com. Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net. Pour un commentaire de l'évolution jurisprudentielle récente, voir M.-E. Ancel, *Un an de droit international privé du commerce électronique*, Communication Commerce Electronique (1)2009, chron. 1.

⁷⁹ « Emprunté à la jurisprudence américaine, le concept de focalisation apporte une réponse à la difficulté de déterminer dans quelle mesure la seule accessibilité d'un site dans le ressort d'un État justifie l'exercice par celui-ci de sa compétence juridictionnelle et législative. Si en effet on admet que le dommage existe du seul fait de la disponibilité d'une information dans l'État du for, les juges de tous les États seront systématiquement compétents, quel que soit le lieu d'hébergement du site. (...) En développant l'idée de focalisation, les juges américains estiment qu'il faut quelque chose de plus que la seule accessibilité locale des informations illicites pour fonder leur intervention ». H. Muir-Watt et D. Bureau, *Droit international privé - tome 2*, 2007, PUF, Paris, n° 1017. Son introduction en France a été proposée par O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, 2002, L.G.D.J., Paris. Voir également l'application qui en a été faite par le législateur européen au sein du Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) (JOUE n° L 12 du 16.1.2001, p. 1-23) en son article 15 et plus récemment au sein du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JOUE n° L 177 du 4.7.2008, p. 6-16) en son article 6.

⁸⁰ CA Paris, 4e ch., section A, 26 avril 2006, Fernand S., Normalu c/ Acet, www.legalis.net; CA Paris, 4e ch., section A, 6 juin 2007, Google c/ Axa, www.legalis.net; CA Paris, 11e ch., section B, 14 février 2008, Unibet Ltd et al. c/ Assoc. Real Madrid, Z. Zidane et al, www.droit-technologie.org. La formulation du critère de destination retenue par la Cour d'appel de Paris est la suivante : « sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont eu pour support technique le réseau internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué ».

mesure où elle reste une méthode essentiellement casuistique reposant sur l'interprétation par les juges des prévisions des opérateurs⁸¹.

Dès lors, aux vues des limites du droit international privé en tant qu'instrument de régulation du cyberspace, il devient essentiel de s'intéresser aux règles matérielles de responsabilité des PISEL, règles qui doivent rendre possible la segmentation du réseau sans pour autant inciter les États les plus opportunistes à s'approprier indûment les richesses créées par ces opérateurs multinationaux.

5-2. L'incitation au déploiement de la régulation privée par le biais de la responsabilité civile - L'Internet a sonné le glas d'une véritable révolution technologique que l'on peut comparer aux premières et secondes révolutions industrielles en terme d'impact sur les structures de production des sociétés contemporaines⁸². Les conséquences sont autant économiques, sociales que juridiques. Avec Internet, l'on observe l'apparition de nouveaux types de comportements illicites de même que se trouve facilitée la propagation de comportements déjà stigmatisés dans le monde tangible. D'une manière ou d'une autre, les dommages informatiques (causés au matériel informatique ou par l'intermédiaire d'un matériel informatique) qui en résultent sont tous les séquelles d'un contenu informationnel préjudiciable⁸³ aux intérêts privés et/ou à l'intérêt public.

Face à cette profusion des comportements illicites, l'une des réponses possibles consisterait à agir contre les auteurs principaux de ces activités illicites sur le terrain de la responsabilité civile, voire même pénale. D'ailleurs, de tels actes sont bien souvent intentionnels (au sens de dol éventuel). Il

⁸¹ Voir les commentaires critiques de Mme Ancel, dans M.-E. Ancel, *Un an de droit international privé du commerce électronique*, Communication Commerce Electronique (1)2009, chron. 1, qui relève que les références au critère de destination sont parfois purement rhétoriques.

⁸² Voir notamment M. Castells, *The rise of the network society*, 1996, Blackwell Publishing, Oxford.

⁸³ C'est le cas aussi bien pour les dommages causés par un acte diffamatoire, par la diffusion d'un virus, ou encore par la violation d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle.

semble donc à première vue plutôt « facile » de réagir face à ces agissements pour autant que l'application concrète de la règle juridique soit dans l'ordre du possible. Mais c'est bien là où est le problème en vérité. Mis à part les obstacles à l'identification des internautes qui peuvent être contournés en partie par l'imposition sur la tête des PISEL d'une obligation de rétention d'un certain nombre de données informatiques⁸⁴, l'on cite souvent les problèmes de délocalisation, d'insolvabilité des auteurs principaux, tout autant que, au moins dans le domaine du droit d'auteur ou « copyright », l'impopularité d'une stratégie commerciale de ce type qui aurait des répercussions sur les marchés traditionnels. En réalité, c'est bien plus le caractère massif⁸⁵ de ces actes illicites qui rend particulièrement coûteuse l'action contre les auteurs principaux, de même que la dimension globale du réseau qui fait que, alors même que l'acte illicite n'est pas réitéré, l'ampleur du dommage est telle qu'une compensation *a posteriori* est complètement illusoire. Il devient donc primordial de prévenir plutôt que de guérir, tout autant que d'éduquer plutôt que de réprimer.

Mais comment prévenir de la manière la plus efficace possible ? Comment éduquer sans être aussitôt tourné en ridicule ? C'est là que, dans le sillon de la « lex informatica » ou « code », le rôle des PISEL plus proches des internautes

⁸⁴ Cette obligation de rétention ne va pas de soi naturellement et elle nécessite l'imposition d'un certain nombre de garanties au bénéfice des internautes. C'est cependant vers quoi l'on tend en Europe et aux États-Unis. Voir la Convention sur la cybercriminalité STCE n° 185, <http://conventions.coe.int> ; la Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE (JOUE n° L 105 du 13.4.2006, p. 54-63) ; l'article 29 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (JORF n° 266 du 16.11.2001, p. 18215) et le décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques (JORF n° 73 du 26.03.2006, p. 4609) ; l'article 6.II de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) (JORF n° 143 du 22.06.2004, p. 11168).

⁸⁵ Voir par exemple en matière de copies illégales d'œuvres numérisées au moyen d'Internet le rapport produit par Tera Consultants, TERA-Consultants, Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France - Quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique, 2008, www.droit-technologie.org.

est invoqué car il doit être possible de construire l'architecture du cyberspace de telle manière que les comportements illicites soient réduits au maximum. Il ne s'agit pas d'imposer par le haut un certain choix technologique, prétention au combien chimérique dans un univers où parler de l'état de la technique est devenu un illogisme, mais de « pousser » les acteurs privés aux postes clefs à sans cesse innover et à adapter leurs dispositifs technologiques aux exigences de la norme juridique. Or, tout en voulant nourrir ce processus d'innovation, ce qui s'est traduit par un plus grand rôle accordé à la responsabilité civile traditionnelle plutôt qu'à la réglementation *ex ante*⁸⁶, on a de fait tenté de déléguer l'activité de régulation aux prestataires intermédiaires, soit que l'on ait pris conscience tardivement de la fonction normative de la « lex informatica » ou « code », soit que l'on y ait vu le moyen de contourner le problème de l'érosion de la souveraineté de l'État due tant à l'évaporation des frontières qu'à la crise de la normativité étatique interne. Aussi derrière le discours de la diversification des sources de droit visant à renforcer la légitimité du recours à la régulation privée s'est cachée une « dé-juridicisation » en même temps qu'une nouvelle répartition des compétences entre acteurs publics et acteurs privés. Par dé-juridicisation, il faut comprendre l'abandon du droit comme moyen de régulation de l'État régulateur et en particulier du droit de la responsabilité civile, ce qui a pour conséquence une protection moindre des libertés. Paradoxalement, le peu de considération accordée à la fonction de promotion de la « régulation juridique de source privée » attribuée la responsabilité civile a servi à renforcer l'immunité des régulateurs privés. Or, c'est seulement à l'aune de cette fonction qu'il est possible de saisir l'enjeu juridique et politique que représente la responsabilité des PISEL.

⁸⁶ Aux fins de promouvoir l'innovation M.-A. Frison-Roche, *Le couple ex Ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation*, 2006, in M.-A. Frison-Roche, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz, Paris, 33-48 p. 41.

6. Annonce de plan - À l'heure de l'évaluation de l'application de la Directive sur le commerce électronique⁸⁷, il est important de bien saisir tous les enjeux du rapport droit de la responsabilité/régulation privée et de mettre en lumière les points communs, mais aussi et surtout les différences de chacune des stratégies de régulation possibles, afin de pouvoir réaliser le moment venu un choix pleinement éclairé.

L'approche comparatiste de la responsabilité des PISEL est d'autant plus pertinente que l'adoption de la Directive est le résultat d'un « dialogue internormatif »⁸⁸ de fait initié par les États-Unis. Dit autrement, la Directive est la réponse⁸⁹ européenne à l'adoption par les États-Unis du DMCA dans le

⁸⁷ L'article 21 de la Directive prévoit qu'en 2003 et ensuite tous les deux ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application de la Directive accompagné, le cas échéant, de propositions visant à l'adapter à l'évolution juridique, technique et économique dans le domaine des services de la société de l'information. Publié en 2003, un premier rapport a fourni une évaluation liminaire de la transposition et de l'application de la Directive ainsi que de son impact. Une adaptation des solutions fut à cette date jugée prématurée étant donné le manque d'expérience pratique. Voir Rapport COM(2003) 702 final du 21.11.2003. Deux ans plus tard, la Commission a créé un groupe d'experts sur le commerce électronique institué le 24 octobre 2005, organe purement consultatif auquel la Commission peut faire désormais appel pour ce qui est notamment de la portée des rapports d'évaluation ultérieurs sur la mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique. L'étude de la responsabilité des prestataires intermédiaires est clairement au centre des préoccupations comme en témoigne le compte-rendu de la première réunion du groupe, sans qu'aucune modification n'ait encore été proposée. Voir Décision 2005/752/CE de la Commission du 24 octobre 2005 instituant un groupe d'experts sur le commerce électronique (JOUE n° L 282, 26.10.2005, p. 20-21). Au jour où ces lignes sont écrites, il ne semble pas que la révision de l'article 14 de la Directive soit encore à l'autre du jour, ni d'ailleurs la révision de l'ensemble du dispositif établi par la Directive. Voir G. de Martino, *La nouvelle attribution des rôles doit-elle conduire à la révision de la directive e-commerce*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (43)2008, 88-90 : « Par ailleurs, je rappelle qu'à ce stade, la Commission européenne ne juge pas utile et nécessaire de procéder à une révision de la directive "Commerce électronique". Si la France concluait de son côté à la nécessité d'une révision de la loi de confiance dans l'économie numérique, il va de soi qu'elle devrait être notifiée au stade de projet au titre de la directive 98/34 afin de s'assurer préalablement de la compatibilité des nouveaux textes avec le droit communautaire ».

⁸⁸ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*, 2006, Seuil, Paris. Il s'agit là d'un dialogue qui se noue entre différents systèmes normatifs décentralisés et notamment entre systèmes juridiques nationaux.

⁸⁹ La force du mécanisme du « modelage » (« modelling ») en matière de télécommunications à l'origine du processus de globalisation normative, et ce plus particulièrement au sein de la société de l'information, a été soulignée par MM. Braithwaite et Drahos. J. Braithwaite et P. Drahos, *Global business regulation*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, UK, p. 340-341.

but de rendre l'Union Européenne plus compétitive au sein d'un environnement international⁹⁰.

Que ce soit de manière implicite ou explicite, l'enjeu de la régulation de l'Internet a d'abord été exprimé en ces termes : comment encourager les prestataires intermédiaires à endosser le rôle de régulateurs privés aux fins d'éliminer les contenus illicites sur le réseau Internet ? Autrement dit, la stratégie initialement jugée la plus adaptée au cyberspace a été celle de la régulation privée. Et c'est au moyen de la disposition de règles le plus souvent spéciales de responsabilité civile que la stratégie de la régulation privée a été promue.

La première partie de cette étude sera donc consacrée aux stratégies de régulation privée dont les exemples les plus aboutis sont sans doute les stratégies promues par le Communications Decency Act de 1996⁹¹ (CDA) en matière de contenus offensifs et par le DMCA en matière de « copyright ». Alors même que le DMCA est un dispositif plus sophistiqué que le CDA en ce que l'implication des PISEL n'est plus seulement volontaire, mais devient impérative, il reste en réalité fondé sur le même postulat de départ que celui du CDA, à savoir l'exclusivité ou du moins la primauté de la régulation privée. La stratégie en germe promue par le Lanham Act (LA)⁹² en matière de droit du « trademark » ne semble pas remettre en cause ce parti pris.

En dépit des tentatives de juridicisation des processus de régulation, les stratégies de régulation privée sont loin d'être toujours efficaces. Plus exactement elles sont sujettes à critique aux vues du critère de la conformité des normes privées, soit que ces stratégies supposent l'adoption d'une rationalité juridique réflexive plutôt que l'adoption d'une rationalité juridique matérielle, soit que le contrôle au fond des normes privées soient une garantie

⁹⁰ Voir notamment le considérant 60.

⁹¹ TELECOMMUNICATIONS ACT OF 1996 PL 104-104 (S 652) 8 février 1996 codifié à la section 47 U.S.C. §230.

⁹² PL 100-667 (S 1883) 16 novembre 1988 codifié à la section 15 U.S.C. §1114.

encore trop souvent formelle de la qualité du processus de régulation. Dès lors, il devient nécessaire de subordonner la régulation privée à la régulation publique au moyen d'un cadre institutionnel adéquat.

La deuxième partie de cette étude sera ensuite consacrée aux stratégies de régulation publique dont l'élaboration n'est pas une entreprise aisée comme en témoigne l'exemple de la Directive malgré des références de plus en plus fréquentes au nouveau paradigme de la corégulation jugé seul adapté à la société de l'information⁹³. L'originalité toute relative de la stratégie de régulation publique qui résulte en France de l'articulation de la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁹⁴ et des articles 1382 et 1383 du Code civil démontre cependant qu'il est possible de subordonner en amont la régulation privée à la régulation publique de sorte que les autorités publiques conservent le pouvoir d'initier la mise en oeuvre du processus de régulation, même si cela est obtenu au détriment de l'effectivité du processus de régulation.

Première partie :

Des stratégies de régulation privée

Deuxième partie :

Des stratégies de régulation publique

Avant de faire la lumière sur l'efficacité des différentes stratégies de régulation poursuivies au moyen de la responsabilité civile délictuelle des PISEL, efficacité qui dépend tant de l'effectivité du processus de régulation

⁹³ Voir pour une analyse doctrinale de ce nouveau paradigme Y. Poulet, *Technologies de l'information et de la communication et "co-régulation": une nouvelle approche?*, 2004, <http://www.droit-technologie.org>. En 2003 le commissaire européen responsable de la société de l'information Erkki Liikanen annonce la création d'un Réseau Européen de Corégulation de l'Internet à l'initiative du Forum des droits sur l'internet en partenariat avec des organisations appartenant à six États membres, www.internet-coregulation.org.

⁹⁴ JORF n° 143 du 22.06.2004, p. 11168.

que de sa conformité aux objectifs de régulation établis par l'État régulateur, il convient de commencer par mieux cerner les manifestations de la régulation privée au sein du cyberspace afin de mettre en évidence le rôle clef susceptible d'être joué par la responsabilité civile au sein d'un environnement normatif complexe.

CHAPITRE PRELIMINAIRE. LA COMPLEMENTARITE DE LA REGULATION PRIVEE ET DE LA RESPONSABILITE CIVILE AU SEIN DU CYBERESPACE

7. Le recours à la régulation privée au sein du cyberspace est sans aucun doute l'une des manifestations les plus topiques de la transformation du « droit moderne » en « droit post-moderne » au sens où l'entend M. Chevallier⁹⁵.

Certes, le fait que les premiers théoriciens du cyberspace ait eu recours à une approche fonctionnaliste du droit, au sens où chaque processus normatif au sein du corps social possède une certaine tâche à accomplir - ou fonction - aux fins de réguler le comportement des individus, a certainement contribué à banaliser le recours à la régulation privée. Cette approche offre cependant des outils conceptuels utiles à la compréhension de la façon dont la régulation privée a pu être impulsée par l'État régulateur au sein du cyberspace et des dangers que cette stratégie de régulation représente.

Bien que la démonstration de M. Lessig soit lacunaire dans la mesure où il insiste surtout sur une modalité indirecte de régulation utilisée par l'État, à savoir le « code », sans faire assez de place au caractère hybride des modalités de régulation opérant au sein du cyberspace, son intuition fondamentale reste pertinente : le recours croissant par l'État aux modalités indirectes de régulation doit susciter la méfiance du juriste.

Plus exactement, c'est moins le recours croissant aux modalités indirectes de régulation en lui-même qui pose problème que le phénomène de dé-juridicisation qui l'accompagne, à savoir le désengagement progressif de l'État au rôle de garant du respect de l'ordre public et en particulier de l'ordre public matériel ou substantiel. En effet, le recours croissant aux modalités

⁹⁵ J. Chevallier, *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris, p. 118.

indirectes de régulation n'est en réalité que l'une des manifestations de l'encouragement par l'État à la constitution d'espaces de régulation privée sans qu'un contrôle au fond de la production des normes privées soit nécessairement mis en place.

Pourtant, l'élaboration de régimes de responsabilité civile spéciaux des PISEL investis du rôle de régulateur privé en matière de lutte contre la diffusion de contenus illicites laisse à penser que l'encadrement par le droit et notamment par le droit privé de la responsabilité civile de la constitution de ces espaces de régulation privée est possible, bien que la tâche soit difficile. Cela nécessite en tous les cas de repenser les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile en fonction notamment de l'identité du destinataire des règles de responsabilité civile.

La nouveauté relative du cyberspace caractérisée par la privatisation et la dé-juridicisation des processus de régulation ce sous l'impulsion de l'État (I) nous amène donc à nous interroger sur la fonction du droit et en particulier sur la fonction du droit de la responsabilité civile dans un environnement normatif complexe (II).

I. La nouveauté relative du cyberspace en tant qu'espace de régulation à part entière

8. Si l'action publique indirecte est l'un des traits caractéristiques du cyberspace en tant qu'espace de régulation à part entière (A), c'est le processus de dé-juridicisation qui l'accompagne lors de la constitution d'espaces de régulation privée qui pose véritablement problème au juriste (B).

A. De l'intervention étatique indirecte aux mécanismes de contrôle organiques impulsés par l'État

9. Tandis que M. Lessig insiste sur les dangers de l'intervention étatique indirecte par le biais essentiellement du « code » (1), MM. Murray et Scott observent de manière plus générale que l'État au sein du cyberspace intervient en incitant au déploiement de mécanismes de contrôle non hiérarchiques, ou encore organiques, que ce soit en encourageant le développement de certaines technologies constitutives de l'architecture du réseau, ou non (2).

1. Un recours accru à l'intervention étatique indirecte

10. **La régulation du cyberspace par le code** - Aux fins de mettre en évidence la nouveauté du cyberspace en tant qu'espace de régulation à part entière, M. Lessig identifie quatre modalités de régulation entendues largement. Il faut comprendre l'ensemble des mécanismes susceptibles d'avoir un impact sur le comportement des individus, qu'ils les brident ou qu'ils les habilitent, voir même les encouragent à agir. Parmi les principaux mécanismes de régulation des comportements des individus il faut donc compter le droit et la contrainte, les normes (sociales) et l'ostracisme, le marché et la rencontre de l'offre et de la demande, et enfin le code et les possibilités offertes par l'environnement technique et technologique dans lequel l'individu se meut. Ces modalités de régulation interagissent ensemble. Ce qui ne veut pas dire nécessairement qu'elles poursuivent un même objectif. Aussi dans certains cas l'ostracisme peut venir s'ajouter à l'affirmation de la contrainte légitime. Dans d'autres l'ostracisme produira ses effets alors que le droit a été respecté. De même, dans certains cas la

technologie peut venir renforcer l'effectivité de la contrainte légitime, dans d'autres elle permettra de la contourner.

« [L]e cyberspace constitue une nouvelle menace pour la liberté, nouvelle non pas au sens où aucun théoricien ne l'a pensée auparavant mais nouvelle au sens de nouvellement urgente. Nous commençons à peine à comprendre qu'un régulateur nouvellement puissant agit dans le cyberspace. Ce régulateur pourrait être une menace considérable pour un large éventail de libertés, et nous n'avons pas encore compris comment le maîtriser au mieux. Ce régulateur est ce que j'appelle « le code » - les instructions intégrées au sein des logiciels et du matériel informatique qui font ce que le cyberspace est ce qu'il est »⁹⁶.

M. Lessig met ainsi en évidence la nouveauté du cyberspace par rapport aux autres espaces de régulation en insistant sur le rôle prédominant du code qui constitue au sein de la société de l'information la source principale des atteintes aux libertés individuelles. Cela est d'autant plus vrai que le code est appelé à devenir l'une des modalités de régulation de choix adoptée par l'État.

11. Les dangers de l'intervention étatique indirecte - L'État par l'intermédiaire de sa production juridique est susceptible d'influer sur chacune de ces modalités de régulation. Autrement dit, le droit est susceptible d'affecter la manière dont les normes sociales sont perçues par les individus, la manière dont fonctionne le marché, la manière dont est conçue et mise en œuvre la technologie. Plus exactement, l'intervention étatique peut être soit directe, soit indirecte. Elle est directe lorsqu'elle se contente d'édicter des ordres dont les individus sont les destinataires. Elle est indirecte lorsqu'elle agit d'abord sur les autres modalités de régulation.

Alors que l'intervention étatique indirecte peut se révéler au final plus effective que l'intervention étatique directe, elle n'est pas sans poser de problèmes du point de vue de sa transparence et de manière plus générale du

⁹⁶ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 121 (Traduction de l'auteur).

point de vue de la protection des droits et libertés fondamentaux. En intervenant sur l'architecture du cyberspace, l'État devient capable d'atteindre des objectifs qu'ils n'auraient pas pu viser ou qu'il n'aurait pu viser que difficilement en rendant son action publique⁹⁷. Il s'agit donc d'être particulièrement critique par rapport à l'intervention étatique au sein du cyberspace.

M. Lessig s'élève en effet contre la thèse de la « non-régulabilité » du cyberspace⁹⁸. La « régulabilité » du cyberspace dépend des caractéristiques de son architecture. M. Lessig d'affirmer que le cyberspace deviendra au final l'un des espaces de régulation les plus régulés⁹⁹, en dépit de ses trois imperfections actuelles : l'identification approximative des individus au sein du cyberspace, la localisation approximative de ces individus, ainsi que la détermination approximative de la manière dont sont utilisées les informations transmises par ces individus¹⁰⁰.

La correction de ces imperfections n'a cependant pas attendu l'intervention de l'État. L'Internet devenant un outil commercial de premier rang, la traçabilité des identités et des comportements, alors même qu'encore imparfaite, tend désormais à s'imposer comme la norme de défaut¹⁰¹. De manière plus générale, la privatisation du pouvoir normatif au moyen de la détermination de l'architecture du réseau est à l'œuvre au sein du cyberspace, ce notamment lors de la constitution de communautés comme celle d'AOL¹⁰². Le propos de M. Lessig n'est cependant pas d'apprécier la légitimité de l'exercice de ce pouvoir normatif ni d'évaluer la qualité des mesures prises dans le cadre de cet exercice.

⁹⁷ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 135 et s.

⁹⁸ Thèse défendue notamment par D. R. Jonhson et D. G. Post, *Law and borders - The rise of law in cyberspace*, *Stanford Law Review* (48)1996, 1367-1402.

⁹⁹ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 32.

¹⁰⁰ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 35-36

¹⁰¹ Par notamment la collecte des adresses IP et l'utilisation des « cookies ».

¹⁰² L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 93.

Si l'architecture issue de la confrontation d'intérêts commerciaux ne reflète pas nécessairement¹⁰³ les valeurs fondamentales de la société qu'elle contraint¹⁰⁴, le danger auquel M. Lessig s'intéresse est bien celui posé par l'intervention même de l'État régulateur facilitée par l'évolution de l'architecture du réseau Internet sous la pression d'intérêts commerciaux. En effet, il suffit alors à ce dernier d'encourager le développement de technologies permettant un meilleur contrôle des utilisateurs d'Internet. Cela lui est d'autant plus facile que ce procédé détourné de régulation (ce que M. Lessig décrit en utilisant l'expression « réguler le code ») n'interfère pas directement ou plutôt ouvertement avec les droits et libertés des individus. Il s'agit « simplement » d'influer sur l'offre de technologies tout en laissant la concurrence se déployer entre les différents fournisseurs et non pas de contrôler les comportements des internautes lorsqu'ils utilisent ces technologies¹⁰⁵.

12. Le rôle des PISEL - M. Lessig s'intéresse donc au pouvoir de régulation détenu par les PISEL dans la mesure où ces derniers sont susceptibles d'être utilisés par l'État aux fins de mener à bien sa stratégie de régulation¹⁰⁶. « *Les prestataires intermédiaires sont peu nombreux, leurs intérêts sont en général commerciaux, et ils sont d'ordinaire des cibles faciles de la réglementation étatique. Les fournisseurs de service Internet seront "les cibles les plus évidentes et les plus importantes" – les points de contrôle centraux de l'Internet* »¹⁰⁷. À partir du moment où l'architecture du réseau Internet est de plus en plus

¹⁰³ Voir même en réalité difficilement.

¹⁰⁴ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 77.

¹⁰⁵ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 67.

¹⁰⁶ « *Technologies that make commerce more efficient are also technologies that make regulation simpler. The one supports the other. There are a host of technologies now that make it easier to know who someone is on the Net, what they're doing, and where they're doing it. These technologies were built to make business work better. They make life on the Internet safer. But the by-product of these technologies is to make the Net more regulable* ». L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 61 et s.

¹⁰⁷ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 68.

souvent l'œuvre d'acteurs commerciaux au nombre limité, la capacité de l'État à réguler ce dernier augmente¹⁰⁸.

2. Des mécanismes de contrôle organiques impulsés par l'État

13. Des mécanismes de contrôle hybrides - MM. Muray et Scott précisent la taxinomie utilisée par M. Lessig en insistant sur le caractère hybride des mécanismes de régulation à l'œuvre au sein des espaces à réguler et en particulier au sein du cyberspace. En cela, le cyberspace ne diffère pas de ses prédécesseurs¹⁰⁹ et la nouveauté de l'architecture comme modalité de régulation est à relativiser, ce tout particulièrement dans un contexte plus général de crise de la normativité étatique. Pour autant le processus de numérisation à l'origine de l'apparition et du développement de ce nouveau média qu'est l'Internet a rendu possible une reconfiguration de la carte de répartition des pouvoirs de régulation¹¹⁰.

MM. Murray et Scott distinguent quatre mécanismes de régulation ou encore quatre mécanismes de contrôle : un mécanisme de contrôle hiérarchique (par l'intermédiaire du droit), un mécanisme de contrôle communautaire (expression des normes sociales), un mécanisme de contrôle par la concurrence, un mécanisme de contrôle exercé lors de la conception du réseau.

Ces mêmes auteurs combinent alors cette taxinomie avec une analyse des différents éléments constitutifs de tout système de contrôle : un pouvoir normatif (« standard-setting »), un pouvoir de contrôle par le biais de la

¹⁰⁸ L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 71.

¹⁰⁹ A. Murray et C. Scott, *Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power*, *The Modern Law Review* (65)2002, 491-516.

¹¹⁰ A. Murray et C. Scott, *Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power*, *The Modern Law Review* (65)2002, 491-516, p. 493.

collecte d'information (« information gathering »), et un pouvoir de sanction permettant de modifier les comportements (« behaviour modification »)¹¹¹.

Les interactions possibles entre les différentes modalités de régulation sont donc en réalité plus complexes et plus nombreuses que celles présentées par M. Lessig, sans qu'il ne faille y voir un trait distinctif du cyberspace par rapport aux autres espaces à réguler. Plus exactement, l'interaction des différentes modalités de régulation se traduit par une répartition particulière entre acteurs publics et acteurs privés des trois pouvoirs de régulation caractéristiques de tout système de contrôle. En ce sens il n'existe pas en pratique de modalités de régulation à l'état pur telle que celles décrites par M. Lessig. L'on est ainsi en présence de mécanismes de régulation hybrides empruntant à l'une ou à l'autre des modalités de régulation au stade de la formation de la norme, du contrôle de son application et de sa sanction.

14. Le déploiement de mécanismes de contrôle organiques sous l'impulsion d'un mécanisme de contrôle hiérarchique - Pour MM. Murray et Scott l'un des traits caractéristiques du cyberspace – trait qui ne lui est cependant pas réservé – réside dans le rôle attribué au contrôle hiérarchique : le recours au mécanisme de contrôle hiérarchique sert en effet souvent à donner une impulsion aux mécanismes de contrôle non hiérarchiques ou organiques comme le contrôle par la concurrence, le contrôle communautaire ou le contrôle par la conception de l'architecture.

15. La constitution d'espaces de régulation privée encouragée par le droit - En poussant le raisonnement de MM. Murray et Scott plus loin, et en partant de l'analyse des différents pouvoirs de régulation (« standard-setting », « information gathering » et « behaviour modification » ou encore « standard-setting », « monitoring » et « enforcement ») plutôt que des quatre modalités de régulation ou mécanismes de contrôle, l'on s'aperçoit que la

¹¹¹ A. Murray et C. Scott, *Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power*, *The Modern Law Review* (65)2002, 491-516, p. 504.

mise en œuvre de mécanismes de contrôle organiques et ce même sous l'impulsion de l'État contribuent souvent à la création d'espaces de régulation privée à part entière au sein desquels le droit, le marché, les normes et/ou le code participent des pressions exercées sur les individus. C'est le cas notamment lorsque l'intervention étatique promeut la constitution d'entités de droit privé comme l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) chargée de résoudre le problème lié à la rareté des noms de domaine ou de manière moins évidente lorsqu'il interdit le contournement de mesures techniques destinées à contrôler l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, ou encore lorsqu'il incite certains prestataires intermédiaires à bloquer l'accès ou à éliminer certaines catégories de contenus illicites.

16. Enjeux - En dépit de la présence avérée de l'État au sein du cyberspace, la question qui se pose en présence de ces espaces de régulation privés est de savoir si la qualité des processus de régulation est encore assurée au moyen notamment de leur juridicisation. Autrement dit le contrôle hiérarchique sert-il seulement à inciter les acteurs privés à s'auto-réguler ou à réguler autrui ou permet-il de garantir que le produit de la régulation privée est non seulement légitime en raison de la participation des personnes intéressées au processus de régulation mais également conforme à l'ordre public? Est donc posée la question de la finalité du contrôle hiérarchique dans un environnement complexe où interagissent plusieurs mécanismes de régulation organiques.

À partir du moment où la mise en œuvre du contrôle hiérarchique permet de déléguer à certains acteurs privés des pouvoirs de régulation affectant l'intérêt général au moyen notamment de l'exercice de prérogatives coercitives, l'encadrement de la constitution d'espaces de régulation privée par le droit est nous semble-t-il incontournable. Or le mandat souvent implicite donné à ces régulateurs privés ne permet pas de superviser

utilement l'activité de régulation entreprise par ces derniers. C'est bien là où réside la nouveauté du cyberspace au sens de nouvellement urgent comme l'entend M. Lessig.

B. Des régulateurs privés aux pouvoirs coercitifs sans mandat explicite

17. Une fois la notion de régulation privée définie (1), il devient possible d'identifier les particularités du processus de régulation mis en œuvre au sein du cyberspace : autrement dit la privatisation du processus de régulation au bénéfice d'acteurs privés aux pouvoirs coercitifs mais sans mandat explicite (2).

1. La régulation privée : retour sur la théorie

18. Du « **command-and-control** » à la « **responsive regulation** » - Même s'il est vrai que la notion de régulation renvoie initialement à l'idée d'une stratégie centralisée, hiérarchique et autoritaire au sein de laquelle le rôle de l'autorité de régulation est exercé par une agence spécialisée, l'on a assisté progressivement à une transformation des pratiques de régulation, si bien qu'aujourd'hui aux États-Unis¹¹² le terme de régulation recouvre des réalités différentes. On utilisera donc ce terme dans un sens générique.

Deux sous-catégories doivent néanmoins être distinguées : le commandement (« **command-and-control** ») proche de ce que l'on appelle chez nous la réglementation et qui correspond donc au modèle centralisé, hiérarchique et autoritaire évoqué ci-dessus et la régulation responsive

¹¹² Comme en Angleterre ou dans d'autres pays anglophones.

(« responsive regulation »), sectorielle, participative et incitative, sorte de régulation à la carte.

De manière plus précise, le choix du terme de régulation responsive tente de rendre compte de la nécessité de s'intéresser aux particularités et à la complexité de l'espace à réguler. Selon les mots de MM. Ayres et Braithwaite : « *la régulation responsive se distingue (d'autres stratégies de gouvernance du marché) à la fois de par la nature du fait générateur de la réponse régulatoire et de la nature de cette réponse régulatoire. Nous suggérons que la régulation est responsive à la structure de l'industrie au sens où différentes structures conduiront à différents degrés et formes de régulation. Les gouvernements doivent également s'adapter aux différentes motivations des acteurs régulés. Une régulation efficace devrait parler à la diversité des objectifs des entreprises régulées, des associations d'industriels et des individus les composants. Les régulations elles-mêmes peuvent influencer sur les structures (par exemple le nombre d'entreprises dans l'industrie) et sur les motivations des régulés. [...] De façon plus typique, la capacité de réponse implique non seulement une nouvelle approche de ce qui provoque l'intervention régulatoire, mais également conduit à des notions innovatrices relatives à ce que la réponse devrait être. La régulation publique peut promouvoir la gouvernance privée du marché au travers de délégations éclairées des fonctions de régulation. [...] De telles délégations ne devraient être ni totales ni inconditionnelles* »¹¹³. De manière plus concise, « *la régulation responsive cherche à atteindre la collaboration et la coopération des assujettis à la régulation* »¹¹⁴. M. Collins préfère cependant substituer l'expression de régulation réflexive (« reflexive regulation ») à celle de régulation responsive aux fins de faire apparaître plus clairement l'interaction qui se crée entre deux sphères

¹¹³ Traduction de l'auteur. I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive regulation - Transcending the deregulation debate*, 1992, Oxford University Press, New-York, p. 4. Voir l'œuvre fondatrice de MM. Nonet et Selznick, P. Nonet et P. Selznick, *Law and society in transition: toward responsive law*, 1978, Harper & Row, New-York.

¹¹⁴ Traduction de l'auteur. H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York, p. 65.

autrefois conçues comme autonomes : celle de l'action publique qui s'exerce de haut en bas et s'impose aux personnes de droit privé et celle de l'organisation « spontanée » de ces mêmes personnes de droit privé, ou encore d'ordre privé (« private order »)¹¹⁵.

19. La recherche d'une plus grande efficacité de l'action publique - Si la régulation se transforme, il ne faut pas en déduire nécessairement que les soubassements du modèle institutionnel choisi sont altérés de sorte que la société et l'intérêt public s'effacent fatalement au profit de l'individu et l'intérêt personnel : la fonction de régulation persiste même si la méthode change¹¹⁶. Il ne s'agit donc pas d'une reformulation de l'interrogation originelle aux termes de laquelle l'on est amené à opérer un choix entre le modèle du marché et celui de l'intervention étatique. Le principe de l'intervention plus que de l'interventionnisme étatique est acquis. Il s'agit plutôt d'essayer de comprendre comment l'intervention de l'autorité publique est susceptible d'être efficace, et notamment, de quelle manière la régulation privée produite par exemple par les entreprises ou par les associations professionnelles est susceptible d'interagir avec la régulation publique aux fins de la servir. Autrement dit, il s'agit d'intégrer la sphère de la régulation privée à celle de la régulation publique¹¹⁷. C'est donc vers un plus grand pragmatisme que l'on tend.

Alors que le pragmatisme de l'action publique constitue une tentative de dépassement de la crise de la normativité étatique, il n'est cependant pas sans danger comme le démontrent MM. van de Kerchove et Ost qui font le jour sur

¹¹⁵ H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York, p. 65 note 14.

¹¹⁶ Même si la méthode n'est jamais complètement neutre. L'on doit donc faire attention à ne pas se débarrasser trop rapidement de l'*apparatus* épistémologique.

¹¹⁷ I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive regulation - Transcending the deregulation debate*, 1992, Oxford University Press, New-York, p. 3.

les conséquences néfastes d'une plasticité accrue de la loi¹¹⁸. À se concentrer sur le particulier, l'on risque en effet de perdre de vue la vocation institutionnelle, durable, de la loi qui doit permettre de construire les fondations de la société sur le long terme.

20. La distinction régulation privée/régulation publique - Même si l'impulsion plus ou moins formelle provient toujours de l'autorité publique, il devient utile de distinguer la régulation publique de la régulation privée afin de mettre en évidence la complexité de l'espace de régulation étudié. La portée de cette opposition ne doit cependant pas être exagérée dans la mesure où presque tous les modes de régulation comprennent en leur sein des éléments de régulation privée¹¹⁹.

La régulation privée correspond donc à l'hypothèse dans laquelle un ou des acteurs privés exerce un ou plusieurs pouvoirs de régulation : un pouvoir normatif, un pouvoir de contrôle des comportements, un pouvoir de sanction des comportements déviants¹²⁰. L'exercice du pouvoir normatif par un ou des acteurs privés témoigne néanmoins d'un régime de régulation privé plus complet¹²¹, où peut-être mieux d'un régime de régulation privée à part entière.

¹¹⁸ Voir entre autres F. Ost, *Le Temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, 1998, in J. Clam and G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 423-449; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles.

¹¹⁹ R. Baldwin et M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, 1999, Oxford University Press, Oxford; New York, p. 136.

¹²⁰ Voir la définition de l'autorégulation proposée par MM. Baldwin et Cave dans R. Baldwin et M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, 1999, Oxford University Press, Oxford; New York, p. 126 : « A second variable concerns the extent of the role played by self-regulators. A full role may involve the promulgation of rules, the enforcement of these on the ground, and the monitoring of the whole regulatory process. Self-regulation, however, may be restricted to one of these functions –where, for instance, rules are drafted by a self-regulatory organization but are enforced and monitored by a public agency. Self-regulation may merely operate as an element within a regulatory regime ».

¹²¹ C. Scott, *Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance*, *Journal of Law and Society* (29)2002, 56-76, p. 70.

21. Tentative de classification - La distinction régulation publique/régulation privée n'est donc pas une répétition de la distinction chère aux systèmes de droits continentaux droit public/droit privé. En effet, s'il est vrai que le droit privé, au sens de l'institution qui régit les rapports entre personnes privées, est un instrument privilégié d'une stratégie de régulation privée puisqu'il offre aux acteurs privés les moyens d'organiser leurs relations, et cela notamment au moyen du droit des contrats¹²², le droit public n'en est pas nécessairement absent puisqu'il est susceptible de régir les conditions de la délégation opérée par l'acteur public aux acteurs privés. Inversement, la régulation publique n'exclut pas l'édiction de règles censées régir les rapports privés.

Ainsi, sans nier que cette présentation soit quelque peu simplificatrice, lorsque la totalité des activités de régulation est exercée par des acteurs privés, l'on se trouve dans une hypothèse de régulation privée à part entière. Certains auteurs recourent cependant ici au terme d'autorégulation (« self-regulation »)¹²³. Pour autant, la diversité des modes d'autorégulation nous amène à préférer l'expression de régulation privée et à n'utiliser le terme d'autorégulation que lorsqu'il y a identité exacte entre la catégorie des régulateurs et celle des régulés¹²⁴.

Inversement lorsque les activités précédemment évoquées sont entreprises par une ou plusieurs autorités publiques la régulation devient logiquement publique.

Enfin, lorsque ces activités sont réparties entre acteurs privés et acteurs publics, l'on est en présence d'une situation de corégulation. Il faut cependant préciser qu'il existe une hiérarchie entre ces différentes activités de régulation

¹²² Il faut alors distinguer contrats d'échanges et contrats organisationnels.

¹²³ H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York; A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, *Oxford Journal of Legal Studies* (15)1995, 97-108.

¹²⁴ F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée*, *Revue Française d'Administration Publique* (109)2004, 23-36.

et que la première, à savoir l'activité normative, « prime » d'une certaine manière sur les deux autres puisqu'il n'est possible de contrôler et de sanctionner qu'en se « soumettant » aux exigences de la norme préalablement établie. Dès lors, aux fins de modélisation nous retiendrons qu'une stratégie globale de régulation, tout en étant fondée sur un modèle de corégulation, est à dominante publique lorsque l'activité normative est entre les mains de l'autorité publique. Inversement, lorsque l'activité normative est entre les mains d'un ou de plusieurs acteurs privés la stratégie de régulation devient à dominante privée.

En pratique, toute tentative de classification échoue si l'on ne tient pas compte de la différenciation des sphères normatives au sein de l'ordre juridique. C'est dire que, dans certains cas, la norme d'origine publique n'est pas reçue directement par les assujettis à la régulation mais qu'elle doit, pour atteindre ses destinataires, être reprise par les détenteurs d'un pouvoir normatif de droit ou de fait, pouvoir dont l'expression se fait localement, au plus près des destinataires de la norme.

En conséquence, tant que la sphère de la régulation publique ignore l'existence de la sphère de la régulation privée, la stratégie de régulation adoptée est de fait une stratégie de régulation privée.

La stratégie de régulation adoptée est encore une stratégie de régulation privée dans les cas où l'imbrication des sphères de la régulation publique et de la régulation privée se fait au moyen d'un contrôle *ex post* de l'activité du régulateur privé.

En revanche, l'on parlera de stratégie de régulation publique lorsque le régulateur privé ne fait que mettre en œuvre les prescriptions de l'autorité publique définies en amont, sans marge d'appréciation possible.

22. Régulation publique ou régulation privée - Des raisons d'intérêt privé peuvent sans aucun doute expliquer l'épanouissement de la régulation

privée comme le rappelle M. Ogus¹²⁵. En effet dans certains cas, des groupes privés soumis à la menace de l'intervention publique décident de leur propre initiative de mettre en place des mécanismes de régulation privée. C'est cette tendance au corporatisme et à la création d'une catégorie de rentiers (au sens économique du terme) qui explique en général les critiques portées à l'encontre de cette stratégie de régulation.

Il existe néanmoins au moins quatre raisons d'intérêt général qui expliquent le choix de la régulation privée plutôt que celui de la régulation publique¹²⁶.

Tout d'abord, les organismes responsables de la mise en œuvre de la régulation privée disposent généralement, à l'intérieur du secteur dans lequel ils déploient leurs activités, d'une expertise technique, quant aux pratiques en cours, aux innovations possibles, et à la façon dont doivent être interprétés les standards utilisés, supérieure à celle des autorités publiques indépendantes ou non.

Deuxièmement, cette expertise technique permet de réduire les coûts des activités de contrôle et de sanction, de même que les coûts de l'interaction entre régulés et régulateurs censée reposer sur un principe de confiance réciproque.

Troisièmement, dans la mesure où les processus de production des normes privées, comme les normes elles-mêmes, sont moins formalisés que ceux de la régulation publique, il est plus facile et donc moins coûteux d'amender les standards en vigueur.

Quatrièmement, les coûts administratifs liés à la mise en œuvre de la régulation privée sont généralement supportés par la profession ou plus généralement par ceux qui déploient l'activité soumise à la régulation privée.

¹²⁵ A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, Oxford Journal of Legal Studies (15)1995, 97-108, p. 98.

¹²⁶ A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, Oxford Journal of Legal Studies (15)1995, 97-108, p. 97-98.

Au contraire, lorsque des autorités publiques régulent, ces coûts sont supportés par tous les contribuables.

23. Le fondement juridique de la régulation privée – De manière générale, le degré de sophistication des mécanismes permettant d’assurer la responsabilisation (« accountability ») des régulateurs privés dépend du point de savoir si la régulation privée affecte ou non l’intérêt général¹²⁷ comme de la nature et de l’étendue des pouvoirs de régulation qu’ils détiennent.

La raison d’être du mandat pour agir dont bénéficie les régulateurs privés est en principe de garantir la légitimité des régulateurs privés de même que dans une certaine mesure la conformité des normes privées émises puisqu’il permet d’établir l’objectif de régulation à atteindre aux vues duquel l’activité des régulateurs privés pourra être évaluée. La possibilité d’user d’une voie de recours *ex post* est néanmoins un complément de premier ordre dans le but d’assurer la conformité des normes privées. Il va sans dire que plus le mandat est clairement défini, plus les devoirs de régulation des régulateurs privés seront précis et facilement opposables par les assujettis à la régulation privée.

Les régulateurs privés sont généralement regroupés en trois catégories eu égard à la source du pouvoir qu’ils exercent sur les assujettis à la régulation¹²⁸. Soit ils dérivent leur mandat de la loi et dans ce cas ils sont souvent considérés comme des organes exerçant une fonction publique, ce qui facilite le contrôle administratif de leurs actes. Soit leur mandat repose sur une base purement contractuelle, que le contrat en cause soit une convention collective ou un contrat individuel, prenant éventuellement la forme d’un contrat type. Soit leur mandat ne provient ni d’un fondement législatif, ni d’un fondement contractuel. Cette catégorie de régulateurs privés ne dispose cependant pas en général de pouvoir coercitif propre. Ils disposent

¹²⁷ R. Baldwin et M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, 1999, Oxford University Press, Oxford; New York, p. 130.

¹²⁸ Voir à ce sujet C. Scott, *Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance*, *Journal of Law and Society* (29)2002, 56-76, p. 61 et s.

néanmoins de ressources suffisantes aux fins de collecter et de diffuser auprès du public les informations nécessaires, et de s'organiser aux vues éventuellement de défendre leur cause devant les tribunaux ou au moyen de l'action directe comme le boycott¹²⁹.

2. La régulation privée au sein du cyberspace : application pratique

24. La diversité des régulateurs privés - Au sein du cyberspace, chaque communauté (entendue au sens large) d'utilisateurs est l'occasion de la constitution d'un espace de régulation privée¹³⁰. Les fournisseurs de service en ligne à l'origine de la création de ces communautés sont en effet souvent en mesure d'exercer les prérogatives de régulateurs privés à part entière, à savoir un pouvoir normatif, un pouvoir de contrôle et un pouvoir de sanction.

C'est le cas des PISEL dont l'activité n'est pas en principe directement de fournir de leur propre initiative du contenu à leurs utilisateurs. Ils interviennent pourtant entre l'émetteur du contenu et son récepteur en affectant la relation qui noue le premier au second. Il s'agit donc d'une catégorie ouverte incluant notamment les fournisseurs d'accès Internet, les simples fournisseurs d'hébergement¹³¹, les moteurs de recherche, les administrateurs de plateforme de commerce en ligne, les sites participatifs... La pluralité des acteurs privés qui contribuent au processus de communication en ligne rend néanmoins difficile toute tentative de définition précise des activités de ces PISEL. Il est possible tout au moins d'identifier des sous-catégories dont la liste n'est cependant pas exhaustive, comme en

¹²⁹ C. Scott, *Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance*, *Journal of Law and Society* (29)2002, 56-76, p. 66.

¹³⁰ Voir à ce titre les différents exemples décrit par M. Lessig, L. Lessig, *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York, p. 93 et s.

¹³¹ Qui n'offrent aucun service supplémentaire.

témoigne la classification adoptée par M. Kreimer dont les propos visent à identifier les mandataires possibles des autorités publiques (ce qu'il appelle les « liens faibles » du processus de communication par Internet) : « *Tout d'abord les réseaux de l'Internet implique la présence d'une série de liens électroniques ; à chaque lien, à partir de l'ordinateur de l'utilisateur à l'origine de l'émission du message, vers le serveur, vers le fournisseur d'accès, vers le réseau fédérateur et en aval de la chaîne vers l'utilisateur final, l'État est susceptible de trouver un mandataire censeur. [...] L'organisation émergente des communications par Internet repose sur l'intervention de moteurs de recherches, de blogrolls¹³², de flux RSS¹³³, de liens et autres répertoires permettant aux utilisateurs de faire le tri au sein de la vaste quantité d'information disponible et d'allouer leur stock limité d'attention. Ces acteurs constituent une deuxième série de liens faibles potentiels entre les émetteurs et les récepteurs de messages. [...] La structure de l'Internet requérant un haut degré de technicité offre une troisième série de liens faibles potentiels, en la forme des fournisseurs d'équipements spécialisés et de services dont dépend l'accès effectif à Internet* »¹³⁴. Les PISEL à la différence des administrateurs de sites déterminant le contenu de l'information qu'ils offrent à leurs utilisateurs organisent des communautés plus nombreuses et plus diversifiées. C'est le cas notamment des acteurs du commerce en ligne comme eBay¹³⁵ ou PriceMinister¹³⁶ mais également des sites participatifs gratuits comme Wikipedia¹³⁷.

Alors même qu'ils n'exercent pas d'activité éditoriale au sens strict du terme comme le ferait par exemple le directeur de la publication d'un organe

¹³² Il s'agit d'une liste de blogs à laquelle l'administrateur d'un blog renvoie.

¹³³ Fichier regroupant les informations relatives aux dernières mises à jour d'un site web.

¹³⁴ S. F. Kreimer, *Censorship by proxy: the first Amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link*, University of Pennsylvania Law Review (155)2006, 11-101, p. 16-17.

¹³⁵ www.ebay.fr

¹³⁶ www.priceminister.com

¹³⁷ http://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Accueil_principal.

de presse écrite¹³⁸, chacun des ces PISEL est susceptible d'utiliser une ou plusieurs des modalités de régulation identifiées par M. Lessig au service de la constitution d'un espace de régulation privée. À prendre l'exemple d'eBay, administrateur d'une plateforme de ventes aux enchères en ligne, il utilise aussi bien le marché en créant une véritable place de marché électronique, les normes sociales par le biais notamment de son mécanisme d'évaluation des vendeurs opérant sur son site, le droit sur le fondement de son contrat incorporant les conditions d'utilisation de son service, que le code lui permettant de fournir à ses utilisateurs une architecture technologique particulière encadrant leurs échanges. Surtout et c'est ce sur quoi l'on voudrait insister en faisant ressortir la répartition des différents pouvoirs de régulation plutôt que de se contenter de mettre en évidence les quatre modalités de régulation propre au cyberspace, eBay exerce à la fois un pouvoir normatif (dont le contrat d'utilisation de ses services et l'architecture de son système en sont l'expression), un pouvoir de contrôle par le biais notamment de l'architecture de son système, et un pouvoir de sanction toujours grâce à l'architecture de son système¹³⁹. Il s'agit donc bien de pouvoirs de régulation coercitifs.

25. L'efficacité ambiguë d'une stratégie de régulation privée au sein du cyberspace – Certes, comme le rappelle M. Brousseau la technologie numérique permet de réduire les coûts de mise en œuvre des systèmes de

¹³⁸ En ce sens les médias traditionnels présents sur Internet restent soumis au droit de la presse. La question a cependant été posée de savoir si certains sites participatifs à l'instar des blogs ne devaient pas être assimilés aux médias traditionnels. Les réponses apportées semblent diverger d'un système à l'autre. En France, il semble bien que les blogs doivent être assimilés aux organes de la presse écrite pour ce qui est de l'application du régime de responsabilité en cascade (Cass. crim. 6 mai 2003 ; Cass. crim. 10 mai 2005), tandis qu'aux États-Unis des administrateurs de blog ont pu être exonérés de leur responsabilité lors du téléchargement ascendant par autrui de contenus illicites sur leurs sites. (Dimeo v. Max, 433 F. Supp. 2d 523 (E.D. Pa. 2006) affirmed by 2007 WL 2717865 (3d Cir. 2007)).

¹³⁹ Il est vrai néanmoins que le pouvoir de contrôle est également entre les mains des utilisateurs de la plateforme d'eBay et que le fait qu'il utilise en partie le mécanisme des normes sociales lui permet d'accroître l'efficacité de son pouvoir de régulation.

régulation privée¹⁴⁰. Les régulateurs privés sont donc des mandataires particulièrement attrayants lorsqu'il s'agit de trouver les moyens de rendre effective l'intervention étatique. Les comportements au sein de chaque communauté sont en effet susceptibles d'être contrôlée *ex post* par un individu ou une entité chargé de l'activité de modération ou *ex ante* par un individu ou entité chargé de la conception de l'architecture du système servant de support aux communications en ligne. Cet individu ou entité maîtrise d'ailleurs l'accès à ces communautés, ce qui lui permet de sanctionner les internautes aux comportements non désirés en les excluant. Cependant, dès que la communauté ainsi régulée se diversifie et s'élargit les délinquants deviennent plus difficilement visibles et l'efficacité de la régulation décroît.

À appliquer la grille de lecture de M. Ogus¹⁴¹, l'on pourrait faire remarquer que ces PISEL semblent être en situation de concurrence, de sorte que l'offre de régulation privée devrait au final répondre aux préférences des utilisateurs du réseau sans qu'une tutelle étatique particulièrement contraignante soit nécessaire. En effet, l'un des traits caractéristiques de ce nouveau média est la place accordée à la concurrence régulatoire, censée jouer entre les différents espaces de régulation privée constituant le cyberspace¹⁴².

En réalité, les membres des communautés virtuelles sont rarement informés de manière satisfaisante des capacités de régulation comme des implications de l'offre de régulation des régulateurs privés. Ces derniers ont en effet tendance à s'exonérer de toute responsabilité en cas d'erreur commise lors de la mise en œuvre du processus de régulation, de même qu'ils ont

¹⁴⁰ E. Brousseau, *Multilevel governance of the digital space: does a "second rank" institutional framework exist?*, 2005, <http://www.brousseau.info>; E. Brousseau, *Régulation de l'Internet: l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel?*, 2001, <http://www.brousseau.info>.

¹⁴¹ A. I. Ogus, *Rethinking self-regulation*, *Oxford Journal of Legal Studies* (15)1995, 97-108.

¹⁴² A. Murray et C. Scott, *Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power*, *The Modern Law Review* (65)2002, 491-516, p. 494 et s.

intérêt à ne pas dévoiler leurs capacités de régulation au moyen de l'outil technologique¹⁴³.

De manière plus fondamentale, la présence d'externalités entre communautés virtuelles et entre communautés virtuelles et communautés réelles justifie toujours l'encadrement par le droit de l'exercice des pouvoirs de régulation privée afin d'assurer le respect des règles impératives constitutives de l'ordre public. C'est le cas par exemple lorsqu'une communauté opte pour une protection élevée du droit au respect de la vie privée et qu'une autre communauté moins soucieuse de ces prérogatives porte atteinte au droit au respect à la vie privée des membres de la communauté précédente comme à ceux de la communauté étatique.

Cela est d'autant plus vrai que par le jeu de l'« effet du réseau » (« network effect »)¹⁴⁴ qui veut que plus le nombre d'utilisateurs du bien ou service en cause est important plus le bien ou service est recherché, certaines catégories de PISEL se trouvent en situation d'oligopole voire de quasi-monopole¹⁴⁵.

En réalité, il nous semble que si la technologie numérique réduit les coûts de mise en œuvre de la régulation privée, si bien qu'elle devient plus effective que la régulation publique directe¹⁴⁶, au final la promotion de la régulation privée n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre l'action publique

¹⁴³ S. Freiwald, *Comparative institutional analysis in cyberspace: the case of intermediary liability for defamation*, Harvard Journal of Law and Technology (14)2001, 569-655; N. W. Netanel, *Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory*, California Law Review (88)2000, 395-498.

¹⁴⁴ « Network effects are clearly prominent in some high-technology industries. [...] Here the applications exhibit direct network effects and the operating system/applications together exhibit indirect network effects ». H. R. Varian, *Competition and market power*, 2004, in H. R. Varian, J. Farrell and C. Shapiro, *The economics of information technology - An introduction*, Cambridge University Press, UK, 1-47, p. 34-37. Cet auteur souligne cependant que l'innovation dans ce secteur est telle que la concurrence continue de jouer.

¹⁴⁵ « From a universe of thousands of European ISPs [Internet Service Providers] in 2000, no more than twenty-five large BSPs [Broadband Service Providers] can be expected to dominate the European consumer market by end-2008 » D. Tambini, D. Leonardi et C. Marsden, *Codifying cyberspace - Communications self-regulation in the age of internet convergence*, 2008, Routledge, London and New-York, p. 14.

¹⁴⁶ Au sens où l'entend M. Lessig.

plus efficace dans la mesure où l'objectif poursuivi par le législateur est susceptible d'être altéré. La poursuite d'intérêts commerciaux, de même que la portée des pouvoirs de régulation détenus par les PISEL, et le manque de transparence qui caractérise leur mise en œuvre en raison notamment du recours au « code », incitent à se méfier de ces régulateurs privés dont le rôle de censeur est à prendre au sérieux. À ce propos, l'adoption par les PISEL de codes de conduite s'explique plutôt par la crainte que les autorités publiques ne se fassent plus pressantes et ne leur imposent des devoirs plus contraignants que par la volonté de répondre à la demande des utilisateurs en matière de régulation des contenus transmis en ligne.

Il est vrai que le média Internet diffère de ses prédécesseurs en ce qu'il permet d'adapter l'offre informationnelle aux préférences d'un seul individu¹⁴⁷. Autrement dit, l'émetteur ne transmet pas nécessairement son message à une pluralité de récepteurs. En outre, le récepteur accroît son emprise sur l'information transmise. Il est à même de choisir la nature du contenu qu'il veut visualiser comme le moment de sa diffusion. Aussi, si le contrôle centralisé des contenus transmis devient inopérant¹⁴⁸, l'opportunité de la régulation des contenus transmis perd de son importance dans la mesure où le nombre de personnes exposées à des contenus dommageables malgré elles diminue. De manière plus générale, il est important de faire remarquer que les contenus disponibles sur le réseau ne sont pas nécessairement visionnés par les internautes. L'interactivité du réseau implique en effet un rôle actif de la part de l'utilisateur final, sauf à ce que l'Internet serve simplement de support aux médias traditionnels sans en modifier les modalités de transmission, ce qui n'est pas systématiquement le cas.

¹⁴⁷ D. Tambini, D. Leonardi et C. Marsden, *Codifying cyberspace - Communications self-regulation in the age of internet convergence*, 2008, Routledge, London and New-York, p. 36.

¹⁴⁸ La régulation privée est néanmoins traditionnellement présente dans le secteur des médias traditionnels.

Ceci dit, en incitant les PISEL à définir les normes d'accessibilité des contenus transmis sur leurs systèmes ou réseaux, autrement dit les normes relatives à l'illicéité des contenus transmis à partir du moment où les PISEL sont censés utiliser leurs pouvoirs de régulation dans le but de faire respecter les standards légaux existants¹⁴⁹, l'on privatise la censure. Or la censure privée met en danger la liberté d'expression au même titre que la censure publique.

26. Le fondement juridique de la régulation privée en matière de contenus illicites – Les pouvoirs de régulation exercés par les PISEL en matière de contenus illicites trouvent en général leur fondement au sein des contrats d'utilisation qui les lient à leurs utilisateurs. Pour autant les PISEL ne sont pas toujours liés contractuellement à leurs utilisateurs comme c'est le cas par exemple des moteurs de recherche. La présence de clauses dédiées à l'exercice du pouvoir de régulation par les PISEL est de plus rarement le résultat d'une négociation en amont entre PISEL et utilisateurs, de sorte que l'exercice de ces pouvoirs est souvent discrétionnaire sans qu'un contrôle de la qualité du processus de régulation soit véritablement possible. Cela s'explique de par les limites de la concurrence régulatoire censée contraindre les régulateurs privés au sein du cyberspace¹⁵⁰.

Bien qu'il n'existe pas à proprement parler de mandat législatif exprès qui aurait eu pour objet de déléguer aux PISEL ou à certains d'entre eux la tâche de réguler les contenus transmis en ligne sur leurs systèmes ou réseaux, que ces contenus soient de nature commerciale ou non, et d'en déduire un certain nombre de devoirs dont l'inobservance aurait été sanctionnée légalement, il est possible d'inférer de plusieurs dispositions en matière de responsabilité civile (et parfois pénale) de certaines catégories de PISEL une volonté législative en ce sens. Ce qui ne veut pas dire qu'en l'absence de volonté législative l'on n'aurait pas assisté à la multiplication d'espaces de régulation

¹⁴⁹ D. Tambini, D. Leonardi et C. Marsden, *Codifying cyberspace - Communications self-regulation in the age of internet convergence*, 2008, Routledge, London and New-York, p. 133.

¹⁵⁰ Voir *supra* §25.

privée. L'étendue du domaine des pouvoirs de régulation des PISEL dépend cependant de l'impulsion étatique donnée au moyen de l'élaboration de ces régimes de responsabilité civile spéciaux.

27. Enjeux - Il existe donc bien un mandat législatif en matière de contenus illicites mais un mandat implicite qui lorsque la stratégie de régulation poursuivie est celle de la régulation privée ne permet pas le développement d'un contentieux de la régulation privée aux fins de garantir la production de normes privées conformes à l'ordre public. Autrement dit, les composantes d'un contrôle hiérarchique au fond de la régulation privée font défaut.

Or l'exercice des pouvoirs de régulation par les PISEL a pour effet d'affecter l'intérêt général puisqu'ils influent sur le degré de protection des droits et libertés fondamentaux des internautes tels que la liberté d'expression, la liberté du commerce et de l'industrie, le droit à la vie privée...

Dès lors, la nouveauté du cyberspace au sens où l'entend M. Lessig réside dans le processus de dé-juridicisation qui résulte de la constitution d'espaces de régulation privée pourtant encouragée par l'État.

D'où la nécessité de comprendre comment la responsabilité civile est susceptible de compléter utilement la régulation privée. Il convient alors d'étudier la manière dont la constitution d'espaces de régulation privée au sein du cyberspace est effectivement encadrée par le droit, et en l'occurrence le droit privé de la responsabilité civile, afin d'apprécier l'intensité de la juridicisation des processus de régulation privée et de s'interroger sur son éventuelle perfection.

II. La nouveauté relative de la fonction de promotion de la régulation privée attribuée à la responsabilité civile au sein du cyberspace

28. En matière de contenus illicites, l'État a choisi d'encadrer la constitution d'espaces de régulation privée en élaborant des régimes spéciaux de responsabilité civile dont les PISEL sont les destinataires. Plus exactement, ces régimes spéciaux de responsabilité civile ont été pensés comme un moyen d'inciter certains acteurs privés à prendre l'initiative de la mise en œuvre du processus de régulation. Dès lors la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile (2) doit être conçue de façon originale par rapport à la complémentarité de la régulation publique et de la responsabilité civile (1).

A. Retour sur la complémentarité de la régulation publique et de la responsabilité civile

29. **Les critères de la distinction des stratégies de régulation** - Le concept de régulation a parfois été défini en référence aux différents modes de régulation qui se sont succédé dans le temps, faisant ainsi perdre à ce concept son caractère générique. Pour autant, le modèle des agences fédérales, parents lointains des autorités administratives indépendantes, s'est progressivement imposé comme le modèle de référence¹⁵¹. C'est ce que nous appellerons la régulation publique entendue au sens étroit du terme. La stratégie de régulation consiste ici à déléguer l'activité normative à des entités spécialisées censées disposer de la connaissance scientifique jugée fondamentale pour ce qui est de l'activité normative. En outre, ces agences interviennent en amont de l'activité dommageable, que ce soit avant que l'activité n'ait été amorcée,

¹⁵¹ Voir B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, 2004, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, chap. 13.

par un système d'autorisation par exemple, ou au cours de son déroulement mais avant l'apparition des conséquences dommageables par la sanction de comportements illicites¹⁵². Le droit prend donc la forme de prescriptions *ex ante* dont la sanction est susceptible d'intervenir indépendamment de la réalisation d'un dommage. Fondamentalement, il s'agit d'agir avant que le dommage ne se produise¹⁵³.

Par opposition, le droit de la responsabilité civile délictuelle est présenté comme reflétant une stratégie de régulation *ex post* ne se manifestant que lorsqu'un dommage apparaît.

Ainsi, c'est le moment au cours duquel le droit intervient (« timing of legal intervention »)¹⁵⁴ qui distingue ces deux stratégies de régulation. Dès lors, à supposer que la régulation publique soit pleinement efficace, la responsabilité civile perd de son utilité¹⁵⁵.

¹⁵² Au sens où ils sont prohibés par la loi dans le but de prévenir la réalisation de dommages. Cette stratégie de régulation a cependant évolué au fil des années, en raison notamment d'une certaine lassitude réglementaire. Voir I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive regulation - Transcending the deregulation debate*, 1992, Oxford University Press, New-York; R. B. Stewart, *Administrative law in the twenty-first century*, *New York University Law Review* (78)2003, 437-460. Pour une critique de cette stratégie de régulation voir par exemple T. O. McGarity, *Some thoughts on "deossifying" the rulemaking process*, *Duke Law Journal* (41)1992, 1385-1442; R. J. J. Pierce, *Seven ways to deossify agency rulemaking*, *Administrative Law Review* (47)1995, 59-95; M. Seidenfeld, *Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking*, *Texas Law Review* (75)1997, 483-524.

¹⁵³ Dès lors, dans ce contexte, la traduction la plus appropriée du terme de « regulation » est sans doute celle de réglementation, ce que reconnaissent les auteurs qui se sont penchés sur l'introduction de ce « nouveau » concept en droit français. Voir par exemple C. Champaud, *Mondialisation et droit économique - Introduction*, 2001, <http://www.unice.fr/CREDECO/textes/ride-022.html>; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, 2004, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris; M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, Dalloz 2004, 126-129; A. Jammeaud, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, 1998, in J. Clam and M. Gilles, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 47-72; M. Lombard, *Droit public de l'économie*, 2003, in D. Alland and S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 525-529.

¹⁵⁴ S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, *Journal of Law and Economics* (36)1993, 255-286. M. Shavell distingue trois temps de l'intervention du droit : avant qu'un acte ait été commis, après qu'un acte ait été commis mais avant la réalisation du dommage, après la réalisation du dommage (p. 257-258).

¹⁵⁵ W. K. Viscusi, *Toward a diminished role for tort liability: social insurance, government regulation, and contemporary risks to health and safety*, *Yale Journal on Regulation* (6)1989, 65-107.

L'opposition *ex ante/ex post* mise en lumière ci-dessus n'est cependant pas aussi nette en pratique. Les sanctions¹⁵⁶ des agences fédérales de régulation ne sont parfois prononcées que lorsqu'un dommage est avéré, ce notamment lorsque le comportement illicite ne devient visible qu'après la production d'un dommage¹⁵⁷. Surtout, le droit de la responsabilité civile est capable d'intervenir *ex ante*, dès lors qu'il ne s'agit plus de compenser un préjudice par l'octroi de dommages-intérêts, mais plutôt de prévenir la réalisation d'un dommage, voire sa continuation. Une telle affirmation qui fait sens en droit français, au moins pour les partisans du rattachement de l'action en cessation au droit de la responsabilité civile¹⁵⁸, n'est généralement pas la présentation adoptée en droit américain¹⁵⁹. L'injonction est pourtant un remède à part entière, en particulier lorsqu'un « tort » portant atteinte à un droit de propriété tangible ou intangible a été commis, et pas seulement¹⁶⁰.

Même si le droit de la responsabilité civile est susceptible de servir une stratégie de régulation *ex post* comme une stratégie de régulation *ex ante*, l'initiative laissée aux acteurs privés seuls à même de décider des mesures concrètes à prendre aux fins de rendre effective la norme de comportement auxquels ils sont soumis, ainsi que la décentralisation de l'activité de contrôle, en font un instrument de régulation à part.

¹⁵⁶ Le prononcé de la sanction peut nécessiter de passer devant l'autorité judiciaire.

¹⁵⁷ Un tel constat est admis explicitement par M. Shavell. S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, *Journal of Law and Economics* (36)1993, 255-286, p. 259.

¹⁵⁸ C. Bloch, *La cessation de l'illicite: Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, 2008, Dalloz, Paris. Pour un avis contraire voir G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 43-2.

¹⁵⁹ On est en effet ici à la frontière entre le « common law » et l'« Equity ». Voir la présentation adoptée par M. Shavell qui distingue le droit des « torts » de l'injonction. S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, *Journal of Law and Economics* (36)1993, 255-286. De même, en droit anglais, l'injonction n'est généralement pas au centre de l'attention des juristes spécialistes des « torts ». Voir J. Murphy, *Rethinking injunctions in tort law*, *Oxford Journal of Legal Studies* (27)2007, 509-536.

¹⁶⁰ S. Waddams, *Dimensions of private law: categories and concepts in anglo-american legal reasoning*, 2003, Cambridge University Press, Cambridge, p. 172 et s.

30. Les critères du choix de la stratégie de régulation - Mais comment choisir entre ces deux stratégies de régulation, autrement dit entre la régulation publique (au sens étroit du terme) et la responsabilité civile délictuelle ? M. Shavell est l'un des premiers à s'intéresser au problème. Si de manière générale le choix de l'un ou l'autre modèle dépend de la nature de l'activité en cause, M. Shavell identifie quatre facteurs susceptibles d'être pris en compte¹⁶¹.

30-1. L'information des acteurs publics et privés - Tout d'abord, il faut s'intéresser, nous dit-il, à la répartition de l'information entre les acteurs privés et ce qu'il appelle l'autorité de régulation. Aussi, lorsque les premiers sont mieux informés que la seconde quant aux risques engendrés par leurs activités (lorsqu'ils sont capables d'évaluer la probabilité que le risque se réalise, sa sévérité, lorsqu'ils sont capables d'identifier les mesures nécessaires à sa réduction ainsi que de calculer leurs coûts, mais aussi lorsqu'ils sont à même d'estimer le bénéfice retiré de leurs entreprises) la balance penche en faveur de la stratégie de la responsabilité civile délictuelle, puisque l'on accroît de ce fait la sphère de liberté des acteurs privés : chacun décide, sous le contrôle du juge dont le rôle se rapproche de celui d'une autorité de régulation intervenant *a posteriori*, de s'engager ou non dans l'activité à risque. La question est alors de savoir quel est le régime de responsabilité le plus efficace. Et l'auteur de privilégier un système de responsabilité stricte, autrement dit de responsabilité objective ou de présomption de responsabilité, plutôt qu'un système de responsabilité fondé sur la faute

¹⁶¹ S. Shavell, *Liability for harm and regulation of safety*, The Journal of Legal Studies (13)1984, 357-374. Pour une version chiffrée du modèle voir S. Shavell, *A model of the optimal use of liability and safety regulation*, The RAND Journal of Economics (15)1984, 271-280. Voir également R. B. Stewart, *Crisis in tort law? The institutional perspective*, University of Chicago Law Review (54)1987, 184-199; W. K. Viscusi, *Toward a diminished role for tort liability: social insurance, government regulation, and contemporary risks to health and safety*, Yale Journal on Regulation (6)1989, 65-107.

souvent plus coûteux étant donnée la qualité de l'information que doit posséder le juge au moment où il apprécie le comportement du défendeur¹⁶².

30-2. La capacité de couverture des acteurs privés - Le deuxième facteur relevé par M. Shavell est celui de la capacité de couverture des acteurs privés. Autrement dit, une stratégie de responsabilité civile délictuelle n'est opportune que dans la mesure où le dommage causé n'excède pas en valeur le patrimoine du responsable. En effet, si le patrimoine de ce dernier est inférieur au dommage causé, il aura tendance à sous-évaluer la sévérité du risque. En conséquence, le niveau de l'activité dangereuse sera en moyenne plus élevé que le niveau optimal.

30-3. La probabilité d'être attiré en justice - Quant au troisième facteur, il s'agit de prendre en compte la probabilité que le responsable soit effectivement porté en justice par la victime afin d'être condamné. Plus cette probabilité est faible plus le modèle du régime de responsabilité perd de son efficacité. Plusieurs raisons peuvent expliquer les difficultés d'attirer le responsable devant l'autorité judiciaire : soit le dommage ne se déclare que très longtemps après la réalisation de son fait générateur, soit les conditions de mises en œuvre de la responsabilité sont difficiles à établir et notamment celle du lien de causalité, soit la victime n'est pas incitée à agir en justice aux vues de la petitesse du dommage qui s'est en réalité diffusé au sein de la société. De manière plus générale, l'on est confronté ici à la question de l'efficacité de la privatisation du contrôle du respect des normes de comportements, ou selon la terminologie anglaise, du « private enforcement ». L'information détenue par la personne chargée du contrôle, le plus souvent la victime, est ici la clef du succès de cette stratégie de régulation.

¹⁶² S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, 2002, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 396, <http://ssrn.com/abstract=367800> or DOI: 10.2139/ssrn.367800; S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, 1987, Harvard University Press, Cambridge, Mass; S. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, 2004, The Belknap Press, US.

30-4. Les coûts d'administration de la justice - Enfin, le dernier des facteurs évoqués par M. Shavell est celui du coût administratif lié au fonctionnement de l'une ou l'autre des stratégies. Quant à la stratégie de la responsabilité civile délictuelle, ce coût est en général relativement réduit puisque, du moins en théorie, le juge n'intervient que lorsqu'un dommage a été causé. Au contraire, pour ce qui est de la stratégie de la régulation, l'autorité de régulation se doit d'exercer son contrôle de manière systématique, qu'un dommage ait été causé ou non.

30-5. La promotion de l'innovation - Même si M. Shavell n'insiste pas sur ce point, le recours à un contrôle *ex post* de l'activité des opérateurs économiques au moyen notamment de la responsabilité civile délictuelle, plutôt que le recours à un contrôle *ex ante* systématique, peut s'expliquer par la volonté de ne pas dicter à ces opérateurs le contenu des choix technologiques qu'ils ont à réaliser au sein d'un environnement en perpétuelle transformation. L'institution de la responsabilité civile délictuelle est ainsi préférée à la réglementation *ex ante* en ce qu'elle permet plus facilement de promouvoir l'innovation. « *L'abandon de l'ex ante peut n'être pas le signe que la maturité économique des secteurs est advenue, mais tirer la conséquence d'une incertitude technologique de l'évolution du secteur. La place nouvelle laissée à l'ex post concrétise alors la volonté de susciter l'innovation* »¹⁶³. Peut-être autant que le temps *ex post* de la responsabilité civile délictuelle, le recours à des standards plutôt qu'à des règles aux contenus précisément déterminés aux fins de réguler les comportements des acteurs privés, explique la création d'un milieu juridique favorable à l'innovation, quand bien même l'insécurité juridique s'accroîtrait.

31. La spécificité de l'injonction - Si la régulation se distingue de la responsabilité civile délictuelle, il existe des situations intermédiaires comme

¹⁶³ M.-A. Frison-Roche, *Le couple ex Ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation*, 2006, in M.-A. Frison-Roche, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz, Paris, 33-48 p. 41.

en témoigne le mécanisme de l'injonction : tout en étant un remède possible du droit de la responsabilité civile délictuelle, il se rapproche sensiblement des outils de la régulation de par son utilisation *ex ante*.

Or, suivant la manière dont est calibrée l'injonction, en enjoignant à un acteur privé de prévenir ou de mettre fin à une activité illicite, l'on réduit sensiblement l'influence du deuxième facteur dans la mesure où la capacité de recouvrement de l'auteur du dommage est indifférente. Plus généralement, l'on évite les problèmes liés à l'évaluation du préjudice.

De même, le poids du troisième facteur est atténué de manière significative puisque d'une part, la petitesse du dommage n'empêche pas la victime d'agir et d'autre part, il est possible – plus facilement que pour l'octroi de dommages-intérêts – de se départir des conditions du lien de causalité en s'adressant à la personne la plus à même de mettre fin au comportement illicite et d'atténuer les exigences du contentieux subjectif en permettant à des représentants des intérêts de la victime de réclamer le prononcé de l'injonction. Dit autrement, l'utilisation du mécanisme de l'injonction permet d'assouplir les conditions de mise en œuvre de la responsabilité aux fins de lui faire jouer un rôle de prévention. Aussi, dans certains cas, l'effet dissuasif de l'injonction est supérieur à celui des dommages-intérêts.

Enfin, l'injonction¹⁶⁴ est encore un garant de l'innovation dans la mesure où l'ordre émis par le juge est en principe indifférent à la technologie : qu'il

¹⁶⁴ Nous ne considérons ici que l'injonction négative, tout en faisant remarquer que l'injonction positive est susceptible de poser plus de problèmes lors de sa mise en œuvre. Voir à ce titre F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial collective enforcement of consumer law in the US and in the European Community*, EUI LAW WP 22/2007, 2007, <http://www.ssrn.com>; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment*, *European Review of Private Law* (3)2008, 391-425, p. 419, qui proposent de promouvoir le « public enforcement » pour ce qui est des injonctions affirmatives.

incombe à ses destinataires de choisir les moyens techniques aptes à le mettre en œuvre¹⁶⁵.

Le recours à l'injonction n'est cependant pas la panacée. Si la probabilité que l'auteur du dommage ou du risque soit attrait en justice augmente du fait de l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle, l'efficacité du contrôle privatisé de l'application des normes (« private enforcement ») dépend non seulement de la qualité de l'information détenue par les acteurs privés, mais aussi de la diffusion des intérêts violés, et par là même du cadre institutionnel¹⁶⁶ favorisant ou non l'action de groupe ou des organismes représentants d'intérêts collectifs.

32. La complémentarité de la régulation publique (au sens étroit du terme) et de la responsabilité civile délictuelle - Distinguer le modèle de la régulation publique de celui de la responsabilité civile délictuelle ne signifie pas pour autant nier leur complémentarité¹⁶⁷, bien au contraire. Même si M.

¹⁶⁵ Voir les propos de M. Reidenberg à propos de l'affaire Yahoo! J. R. Reidenberg, *La Régulation d'Internet par la Technique et la Lex Informatica*, 2005, in M.-A. Frison-Roche, *Les Risques de Régulation*, Dalloz, Paris, 81-91, p. 89.

¹⁶⁶ Or il existe une très grande hétérogénéité des solutions en la matière. Voir H. Schulte-Nölke (sous la dir.), 2008, *EU consumer law compendium*, http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm, p. 609-645 ; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial collective enforcement of consumer law in the US and in the European Community*, EUI LAW WP 22/2007, 2007, <http://www.ssrn.com>; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial enforcement in consumer protection: the way forward*, EUI Law WP n°2008/29, 2008, www.cadmus.iue.it; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment*, *European Review of Private Law* (3)2008, 391-425; J. Stuyck, E. Terryn, V. Colaert, T. Van Dyck, N. Peretz, N. Hoekx et P. Tereszkiwicz, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings - Final Report*, 2007, http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm. Voir également www.globalclassactions.stanford.edu, base de données organisée par les Universités de Stanford et d'Oxford.

¹⁶⁷ Apparaît en creux du débat relatif au choix du mode de régulation adéquate, celui de la répartition verticale des compétences entre autorité fédérale et autorités étatiques puisqu'au sein du système américain la régulation trouve ses racines dans la loi, historiquement de source fédérale, alors que le droit de la responsabilité civile délictuelle (ou droit des « torts ») est de source jurisprudentielle étatique. Sur le vieux continent, les problèmes liés à la pluralité des niveaux de régulation ont été évoqués par M. Cafaggi, F. Cafaggi, *A coordinated approach to regulation and civil liability in European law : rethinking institutional complementarities*, EUI working paper LAW n° 05/13 2005, 1-40.

Shavell affirme que le droit des « torts » est mieux à même de réguler les activités quotidiennes de la vie des personnes et des affaires tandis que la régulation devient nécessaire lorsque l'effet dissuasif du droit des « torts » disparaît¹⁶⁸, la complémentarité de ces deux stratégies de régulation est l'une des observations centrales de sa démonstration¹⁶⁹.

Étant donnée l'impossibilité pour l'autorité de régulation d'identifier *ex ante* et de manière exhaustive les mesures permettant d'éviter la réalisation du dommage, la régulation est vouée à la partialité. Il est donc nécessaire de la compléter par l'introduction d'un mécanisme de responsabilité civile délictuelle, destiné à appréhender l'évolution de l'environnement, et notamment de l'environnement technique et technologique, dans lequel se meuvent les assujettis à la régulation.

Ce mécanisme introduit en outre une certaine souplesse au sein du processus de régulation qui peut parfois pêcher par son caractère arbitraire. Il permet en effet dans certains cas d'inciter les acteurs privés à être plus diligents que ne le requiert la règle établie par l'autorité de régulation. De même, dans d'autres cas, aux vues des circonstances particulières de l'espèce, comme l'urgence, ce mécanisme permet d'exonérer l'acteur privé qui n'a pas respecté les exigences de la règle établie par l'autorité de régulation.

Mme Rose-Ackerman synthétise la complémentarité de la régulation et de la responsabilité civile en distinguant trois hypothèses dans lesquelles la régulation et le droit de la responsabilité civile délictuelle se complètent l'un l'autre¹⁷⁰ : 1) le droit de la responsabilité s'applique chaque fois que l'autorité de régulation n'est pas intervenue pour fixer un standard spécial plus élevé ; 2) les standards spéciaux fixés par l'autorité de régulation ne sont que des

¹⁶⁸ S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, Journal of Law and Economics (36)1993, 255-286.

¹⁶⁹ S. Shavell, *Liability for harm and regulation of safety*, The Journal of Legal Studies (13)1984, 357-374, p. 371.

¹⁷⁰ S. Rose-Ackerman, *Regulation and the law of torts*, The American Economic Review (81)1991, 54-58, p. 55.

standards minimaux ; 3) le standard spécial fixé par l'autorité de régulation est optimal et le régime de responsabilité est objectif ou les conditions de mise en œuvre de la responsabilité sont moins exigeantes que le standard spécial. Par contre, lorsque le standard spécial représente les diligences maximales que l'on peut attendre de l'entrepreneur, la fixation d'un régime de responsabilité plus sévère risque de mettre à mal la stratégie de régulation.

Dès lors, et de manière générale, la complémentarité de la régulation publique et de la responsabilité civile délictuelle s'explique par la partialité de la régulation publique : les standards fixés par l'autorité de régulation ne permettent pas de garantir que les acteurs privés internalisent de manière appropriée l'intégralité des coûts générés par leurs activités.

Lorsque les standards fixés par l'autorité de régulation sont des standards exhaustifs au sens où ils sont applicables quelle que soit la complexité des faits appréhendés, la responsabilité civile délictuelle poursuit une autre fin que celle de la prévention des dommages : à savoir l'indemnisation des victimes.

Dans tous les cas, quand bien même la responsabilité civile délictuelle contribuerait à assurer l'efficacité de la stratégie de régulation poursuivie par le législateur aux vues de la capacité d'action limitée de l'autorité de régulation, il ne s'agit en aucun cas d'inciter l'autorité de régulation à réguler, autrement dit d'inciter l'autorité de régulation à prendre l'initiative de l'activité de régulation.

Le tableau ci-dessous tente ainsi d'offrir un récapitulatif des différentes modalités de la complémentarité de la régulation publique (entendue au sens étroit) et de la responsabilité civile. Les termes de responsabilité limitée et de responsabilité pleine sont utilisés plutôt que ceux de responsabilité pour faute et de responsabilité objective. En effet, le recours au fait générateur de la faute n'est pas le seul moyen de limiter la responsabilité civile des acteurs privés,

tandis que certaines interprétations du fait personnel peuvent donner lieu à des solutions proches d'un mécanisme de responsabilité objective.

		Nature et fonction du régime de responsabilité civile délictuelle	
		Prévenir les dommages	Indemniser les victimes
Degré de partialité de la régulation publique (lié notamment à la qualité de l'information détenue par l'autorité de régulation et aux coûts de mise en œuvre de la stratégie de régulation)	Aucun standard fixé par l'autorité de régulation	Oui. Un régime de responsabilité limitée ou un régime de responsabilité pleine sera choisi en fonction de la complexité de la relation délictuelle et des coûts de mise en œuvre de chacun de ces régimes	Oui dans la mesure où le régime de responsabilité pleine est choisi
	Les standards fixés par l'autorité de régulation ne sont que des standards minimaux : les régulés doivent au minimum respecter ces standards lorsqu'ils décident de s'engager dans l'activité à risque	Oui. Un régime de responsabilité limitée ou un régime de responsabilité pleine sera choisi en fonction de la complexité de la relation délictuelle et des coûts de mise en œuvre de chacun de ces régimes	Oui dans la mesure où le régime de responsabilité pleine est choisi
	Les standards fixés par l'autorité de régulation sont des standards exhaustifs : les régulés doivent respecter ces standards lorsqu'ils décident de s'engager dans l'activité à risque	Oui dans la mesure où un certain nombre de moyens de défense peuvent cependant être prévus pour parer à la rigidité de ces standards.	Oui car régime de responsabilité pleine.
	Les standards fixés par l'autorité de régulation sont des standards maximaux : seuls ces standards doivent être respectés par les régulés	Oui. Régime de responsabilité limitée	~

Tab. Les modalités de la complémentarité de la régulation publique (entendue au sens étroit) et de la responsabilité civile délictuelle

33. La fonction de régulation de la responsabilité civile délictuelle -

Ainsi, la crise un temps dénoncée de la responsabilité civile délictuelle due à l'érosion de sa fonction normative ou encore préventive¹⁷¹ est à relativiser. En effet, la responsabilité civile délictuelle est un instrument de régulation à part entière : l'on dit à ce titre que la responsabilité civile délictuelle est dotée d'une fonction de régulation ou encore fonction régulatrice¹⁷². Comme l'explique Mme Rose-Ackerman, la différence entre la stratégie de la régulation et celle de la responsabilité civile délictuelle se situe sur le plan de la procédure, et non pas aux vues de l'objectif à atteindre¹⁷³. Autrement dit, la responsabilité civile délictuelle n'a plus seulement pour but d'indemniser au mieux la victime lorsque l'assurance n'a pas de rôle à jouer (ceci dans une perspective de justice corrective, voire distributive), mais elle vise, également ou d'abord¹⁷⁴, à forcer, s'il s'agit d'empêcher par le biais de l'injonction, ou inciter, s'il s'agit plus simplement de dissuader au moyen de la règle de droit connue avant les faits, les acteurs privés à internaliser les risques propres à leurs activités afin d'éviter que trop de personnes ne s'engagent dans des

¹⁷¹ Voir G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n°39 et s. Cet auteur rappelle cependant que le malaise de cette branche du droit est plus ancien que ne l'admettent certains commentateurs.

¹⁷² F. Cafaggi, *A coordinated approach to regulation and civil liability in European law : rethinking institutional complementarities*, EUI working paper LAW n° 05/13 2005, 1-40, p. 11: « To consider regulation and civil liability as functional complements implies the recognition of a 'regulatory' function for civil liability ». Dès lors, la régulation (entendue au sens large) ne se définit plus par sa forme ou procédure, mais par sa fonction. Cette approche fonctionnelle de la régulation trouve ses partisans tant dans le mouvement de l'analyse économique qu'au sein de celui de la justice sociale. Voir entre autres J. Black, *Critical reflections on regulation*, *Australian Journal of Legal Philosophy* (27)2002, 1-37; J. Black, *Regulatory conseroations*, *Journal of Law and Society* (29)2002, 163-193; H. Collins, *Regulating contract law*, 2004, in C. Parker, C. Scott, N. Lacey and J. Braithwaite, *Regulating law*, Oxford University Press, Oxford, 13-32; H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York; C. Parker, C. Scott, N. Lacey et J. Braithwaite, *Introduction*, 2004, in C. Parker, C. Scott, N. Lacey and J. Braithwaite, *Regulating law*, Oxford University Press, Oxford, 1-12. Pour une approche critique de la fonction régulatrice du droit privé et en particulier du droit de la responsabilité civile délictuelle voir J. Stapleton, *Regulating torts*, 2004, in C. Parker, C. Scott, N. Lacey and J. Braithwaite, *Regulating law*, Oxford University Press, Oxford, 122-143.

¹⁷³ S. Rose-Ackerman, *Regulation and the law of torts*, *The American Economic Review* (81)1991, 54-58, p. 54: « In short, the differences involve who decides, at what time, with what information, under what procedures, and with what scope ».

¹⁷⁴ Selon les points de vue.

activités dommageables, et ce, que la responsabilité soit fondée sur la faute ou sur le risque. Elle permet ainsi d'atteindre une quantité d'activités dommageables socialement nécessaire.

Ceci dit, il est évident que le choix de l'une ou de l'autre procédure n'est jamais complètement neutre et qu'il dépend aussi de la conception que l'on peut avoir des capacités et des aspirations du sujet de la régulation, autrement dit de l'individu. Aussi fondamentale que soit cette remarque, il ne nous semble pas cependant qu'elle remette en cause le travail de systématisation visant à identifier les différentes stratégies de régulation susceptibles d'être adoptées par le politique.

34. Enjeux - Le fait de recourir à une autorité de régulation privée plutôt qu'à une autorité de régulation publique n'altère pas fondamentalement la description faite ci-dessus des modalités de la complémentarité des stratégies de régulation en présence. Mais à partir du moment où l'objectif n'est plus seulement de parer à la partialité de la régulation mais également d'inciter certains acteurs privés à exercer les fonctions de régulateur, les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile sont rendues plus complexes puisqu'il faut désormais distinguer la responsabilité civile de l'auteur principal du dommage de la responsabilité civile de l'auteur secondaire (le régulateur privé ayant permis que le dommage apparaisse). La responsabilité civile de l'auteur secondaire doit-elle alors avoir pour seule fonction d'inciter ce dernier à prendre l'initiative de la régulation privée ou doit-elle contribuer également à garantir la qualité du processus de régulation privée, à savoir son effectivité mais aussi sa légitimité, et sa conformité ?

B. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile

35. Les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile de l'auteur principal du dommage ne diffèrent pas fondamentalement des modalités de la complémentarité de la régulation publique (au sens étroit du terme) et de la responsabilité civile (1). L'identité du régulateur a donc peu d'importance, sauf à constater que le domaine de la régulation privée sera souvent moins étendu que celui de la régulation publique. Il en va autrement lorsque l'on s'intéresse à la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile du régulateur privé (2). Ici il ne s'agit plus de parer à la partialité des standards produits par l'autorité de régulation mais de garantir la qualité du processus de régulation, autrement dit sa légitimité, son effectivité et surtout sa conformité. C'est ce dont témoigne l'étude des régimes de responsabilité civile des PISEL.

1. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile de l'auteur principal du dommage

36. **Les critères de la distinction des stratégies de régulation** - Usant de l'approche de M. Shavell développée à propos de l'opposition régulation publique / responsabilité civile, il est possible d'opposer la stratégie de la régulation privée à celle de la responsabilité civile en distinguant le moment de l'intervention du régulateur privé de celui du juge de la responsabilité. Cette distinction n'est cependant pas entièrement satisfaisante pour les mêmes raisons que celles précédemment énoncées.

37. **Les critères du choix de la stratégie de régulation** - Parmi les quatre facteurs identifiés par M. Shavell aux fins de comparer la stratégie de la

régulation à celle de la responsabilité civile, le premier relatif à la qualité de l'information des acteurs en présence et le quatrième relatif aux coûts d'administration de la justice semblent faire pencher plus souvent la balance du côté de la régulation privée plutôt que de celui de la responsabilité civile. Cela n'est cependant pas systématique.

37-1. L'information du régulateur privé et des régulés - Quand bien même le(les) régulateur(s) privé(s) seraient capables d'obtenir une information de meilleure qualité qu'une autorité de régulation publique quant aux risques engendrés par les activités des régulés, il n'est pas sûr qu'ils soient toujours mieux informés que ces derniers et que dès lors la balance doive nécessairement pencher en faveur de la régulation privée plutôt qu'en faveur de la responsabilité civile, à moins que régulateurs privés et régulés ne constituent qu'une seule et même catégorie. Cela dépend en grande partie de la complexité de la relation délictuelle et notamment de la volition de l'auteur principal du dommage.

37-2. Les coûts d'administration de la justice - À supposer que les coûts de mise en œuvre de la régulation privée soient significativement plus bas que les coûts de mise en œuvre de la régulation publique¹⁷⁵ en raison notamment de l'expertise des régulateurs privés, de leur maîtrise de l'architecture de l'espace à réguler, et de l'implication des régulés incités à coopérer, il n'est pas certain que ces coûts soient systématiquement inférieurs aux coûts d'administration de la justice, même s'ils sont d'abord supportés par le secteur privé. Plus le domaine de la régulation privée est étendu, plus l'acquisition de compétences non seulement techniques mais aussi juridiques de la part du ou des régulateurs privés devient coûteuse.

38. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle - La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile est nécessaire dans la mesure où la régulation privée, de

¹⁷⁵ Il faudrait ajouter de la régulation publique directe au sens où l'entend M. Lessig.

même que la régulation publique, est vouée à la partialité¹⁷⁶. À supposer que l'autorité de régulation soit un organisme de droit privé et non plus de droit public régi par le droit privé en dépit de ses pouvoirs de régulation, les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile ne diffèrent pas fondamentalement de celles de la complémentarité de la régulation et de la responsabilité civile décrites au sein du tableau précédent. L'on est cependant en présence d'une stratégie de régulation mixte en vertu de laquelle les pouvoirs normatif, de contrôle et de sanction sont répartis entre acteurs privés et acteurs publics en fonction de la qualité de l'information détenue par les acteurs privés en charge de l'activité de régulation privée et des coûts de mise en œuvre de la régulation privée.

2. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile du régulateur privé

39. La confrontation malaisée de la stratégie de la régulation privée à la stratégie de la responsabilité civile au sein du cyberspace – Comme nous venons de le suggérer ci-dessus, la confrontation de la stratégie de la régulation privée à la stratégie de la responsabilité civile au sein du cyberspace ne permet pas de trancher de façon nette en faveur de l'une ou l'autre de ces stratégies, sauf à élargir le domaine des règles de responsabilité civile, autrement dit à réduire les coûts de mise en œuvre de la régulation privée en responsabilisant les régulateurs privés.

Tout d'abord, le critère de distinction *ex ante/ex post* n'est pas entièrement satisfaisant dans la mesure où les régulateurs privés sont susceptibles

¹⁷⁶ Et ce peut-être encore plus que la régulation privée.

d'intervenir avant et après la réalisation du dommage, de la même manière que le juge.

Ensuite, sans vouloir se répéter, si l'on s'attache à appliquer l'approche de M. Shavell à l'intérieur cette fois du cyberspace pour ce qui est de la réduction, par la prévention¹⁷⁷, des risques créés par la mise en ligne de contenus illicites¹⁷⁸, l'on peut observer sans grande surprise que le premier facteur – la nature de l'information détenue par les acteurs privés – penche en faveur d'un modèle de responsabilité civile délictuelle, tandis que le deuxième – la capacité de couverture des acteurs privés – et le troisième – la probabilité d'être attrait en justice – vont plutôt dans le sens de l'adoption du modèle de la régulation privée.

Que l'on prenne en compte les hypothèses de publicité trompeuse, de diffamation, de violation de droits de propriété intellectuelle, il s'agit en général de délits au sens civil. Dès lors, il est raisonnable de postuler que les régulés responsables de ces actes sont mieux informés que ne le sont les régulateurs privés (distincts des régulés) quant au degré de dangerosité de leurs actes.

En revanche, la « démocratisation » de ce type de délits (tout internaute est un responsable potentiel) explique que souvent le responsable ait une capacité de couverture relativement faible par rapport à l'ampleur du

¹⁷⁷ L'objectif est ici de prévenir avant que de guérir. Cela s'explique assez facilement par les difficultés que soulève l'élaboration d'un mécanisme de compensation efficace. À vouloir utiliser la responsabilité civile délictuelle l'on est confronté tant aux problèmes de l'évaluation des dommages, que de l'appréhension des responsables et de leurs capacités effectives de recouvrement. À vouloir utiliser la régulation par le biais par exemple de l'imposition d'une taxe ou d'une redevance (sur le modèle de la rémunération pour copie privée à la française) l'on est confronté aux problèmes de l'évaluation du montant de la taxe ou de la redevance et de l'organisation de la redistribution à opérer.

¹⁷⁸ L'on s'intéresse ici à première vue à la régulation des contenus et non pas des contenants entendus comme les infrastructures de communication électronique. Voir L. Rapp, *L'avenir de la régulation - Réflexions libres autour d'un concept-clé*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (17)2006, 51-55. Cette distinction peut cependant paraître trompeuse dans la mesure où la régulation des contenus a de plus en plus pour conséquence la régulation des contenants afin de restreindre la marge de manœuvre des utilisateurs finaux du réseau.

dommage causé¹⁷⁹. De même, l'architecture décentralisée et transfrontière du réseau rendent la probabilité que l'internaute soit attiré en justice relativement basse.

Pour ce qui est du quatrième facteur – les coûts d'administration de la justice –, l'analyse est plus délicate. En effet, s'il est vrai que le contrôle judiciaire n'est mis en œuvre que lorsqu'un dommage a été causé, l'institution judiciaire est peu adaptée aux exigences de rapidité du cyberespace. Le recours à la régulation privée permet certes de réduire les coûts liés au contrôle et à la sanction des comportements déviants. Pour autant, étant donné le domaine étendu de la régulation privée au sein du cyberespace, les coûts liés à la fixation de standards conformes à l'ordre public sont loin d'être négligeables.

Quant à l'innovation, la régulation privée comme la responsabilité civile contribuent à sa promotion mais d'une manière différente : la première en incitant les régulateurs privés à innover aux fins d'accroître leurs capacités de régulation par la conception d'une architecture appropriée ; la seconde en incitant les régulés à innover aux fins de diversifier les modalités d'utilisation du réseau.

Enfin, il n'est pas sûr que le mécanisme de l'injonction soit à même de parer aux limites du droit de la responsabilité civile délictuelle dans la mesure où il suppose que le responsable soit facilement identifiable et qu'il puisse être attiré devant les juridictions nationales. De plus, la vitesse avec laquelle se « propagent » et par conséquent s'amplifient les dommages au sein du

¹⁷⁹ La criminalisation de certains comportements dans le but de rendre effective l'internalisation des risques n'est pas chose aisée comme en témoigne le débat français relatif aux sanctions en cas d'échange de fichiers illicites par le biais de logiciels « peer-to-peer ». Voir C. Caron, *La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Communication Commerce électronique (10)2006, Etude 22; T. Maillard, *La « réponse pénale graduée » en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (23)2007, 11-14.

cyberespace rend souvent illusoire l'ordre de mettre un terme à l'activité illicite, ordre émis souvent tardivement.

40. Les attraits de l'injonction dont les PISEL sont les destinataires – Ce qui précède est vrai à moins que ne soient instituées des procédures d'urgence et surtout que le destinataire de l'injonction soit une personne autre que l'auteur principal. Autrement dit, autoriser le prononcé rapide d'une injonction à l'encontre de personnes facilement identifiables, susceptibles d'être attirées devant les juridictions nationales, et à même de mettre un terme à l'activité illicite, permet de faire définitivement pencher la balance vers la stratégie de la responsabilité civile. Or de telles personnes existent au sein du cyberespace : il s'agit des PISEL présents sur le territoire de la juridiction saisie¹⁸⁰ et qui disposent des capacités techniques leur permettant de mettre un terme très rapidement au déploiement d'une activité illicite sur leurs réseaux, voire même d'en empêcher la naissance. L'architecture de l'Internet implique en effet qu'il existe toujours des prestataires intermédiaires présents localement sur le territoire national.

Le succès d'une stratégie de régulation fondée sur la responsabilité civile n'est cependant possible que dans la mesure où l'injonction dont le prononcé doit être suffisamment vélocité n'est pas perçue par ses destinataires comme « trop » coûteuses au sens d'abord où la menace de son prononcé les obligerait à cesser toute activité.

Surtout, la menace de son prononcé ne doit pas avoir pour effet d'inciter les destinataires à entreprendre eux-mêmes l'activité de régulation et de ce fait à décider du caractère illicite des contenus transmis.

Dans le cas contraire, la stratégie mise en œuvre n'est plus celle de la responsabilité civile, mais celle de la régulation privée. Les délais souvent trop longs de la procédure judiciaire, de même que son coût pour les parties

¹⁸⁰ Soit il s'agit d'acteurs multinationaux implantés sur le territoire de la juridiction saisie, soit il s'agit d'acteurs simplement nationaux.

laissent à penser que la voie de la régulation privée ne doivent pas être écartée trop rapidement.

41. La réduction des coûts de mise en œuvre de la régulation privée au moyen de la responsabilité civile des PISEL - Comme on l'a laissé entendre précédemment, la poursuite d'une stratégie de régulation privée n'est envisageable que dans la mesure où les coûts de mise en œuvre de la régulation privée sont plus bas que ceux de la responsabilité civile. Cela suppose que le domaine de la régulation privée soit délimité avec précision en fonction des compétences technico-juridiques des régulateurs privés. De plus, les régulateurs privés élus doivent être incités à effectivement réguler et à produire des standards conformes à l'ordre public.

À ce propos, la responsabilité civile de certains acteurs privés aux capacités de régulation avérées à l'instar des PISEL a pu être conçue comme un moyen d'inciter les destinataires de ces règles à exercer les fonctions de régulateur privé de façon à prévenir utilement la réalisation de dommages¹⁸¹. La délégation de l'activité de régulation, plus subtile, mais d'une certaine manière plus problématique, s'opère ainsi au moyen d'une institution de droit privé. C'est en ce sens que l'on peut dire que la responsabilité civile délictuelle est susceptible de contribuer à la concrétisation d'une stratégie de régulation à dominante privée et non plus mixte ou à dominante publique. C'est ce qu'illustre l'évolution de la responsabilité civile des PISEL ces dix dernières années.

42. Enjeux - Tout l'enjeu est alors de savoir jusqu'où doit aller l'ambition de l'autorité publique lors de l'élaboration des règles de responsabilité civile

¹⁸¹ Il ne s'agit pas d'affirmer que toute hypothèse de responsabilité civile délictuelle du fait d'autrui a pour fonction de déléguer l'activité de régulation aux responsables afin de prévenir la réalisation d'un dommage. Comme on l'a déjà évoqué, la responsabilité civile délictuelle peut se voir octroyer une fonction différente, autrement dit celle de compenser le dommage subi par la victime. Dès lors, le régime de la responsabilité devrait être élaboré en conséquence : par exemple possibilité pour le responsable de mettre en œuvre une action récursoire, responsabilité de l'acteur privé même lorsque la faute d'autrui n'a pas été démontrée, ou impossibilité pour l'acteur privé d'opposer à la victime la faute d'autrui...

des auteurs secondaires ? Doit-elle non seulement inciter les destinataires de ces règles à s'ériger en régulateur privé mais également poser les garde-fous nécessaires à assurer la qualité de la régulation privée, à savoir à sa légitimité, son effectivité et sa conformité ? À partir du moment où l'objectif ultime est bien l'efficacité de l'intervention publique qui suppose qu'un certain nombre de droits et libertés fondamentaux soient respectées, il nous semble que l'activité de ces régulateurs privés doivent être encadrée de manière satisfaisante afin que les intérêts des régulés soient pris en compte. Mais comment y procéder ?

Suffit-il de recourir au mécanisme de la responsabilité civile délictuelle pour inciter le(s) régulateur(s) privé(s) à réguler et à bien réguler ou faut-il élaborer un régime autonome encadrant l'activité du(des) régulateur(s) ? Si c'est bien au modèle de la régulation privée auquel on aspire, il pourrait en effet paraître surprenant de vouloir se conformer à tout prix aux exigences traditionnelles de la responsabilité civile délictuelle aux fins de garantir la qualité de la régulation privée¹⁸².

Cela suppose évidemment d'assumer au grand jour le choix du recours à une stratégie de ce type, ce qui n'est pas forcément une chose facile dans la mesure où la portée de la délégation que suppose l'instauration d'un régime de régulation privée risque de susciter des critiques au regard du respect des droits et libertés fondamentaux. Cela est encore plus vrai lorsque les régulateurs privés ne sont que de « simples » entreprises qui exercent des pouvoirs de régulation d'abord dans le but d'en retirer un avantage commercial.

¹⁸² À ce titre, certains auteurs ont pu proposer de s'inspirer du droit administratif afin d'encadrer les processus de régulation privée. Cela demanderait cependant d'apporter des modifications substantielles aux doctrines existantes. H. H. J. Perritt, *Towards a hybrid regulatory scheme for the Internet*, University of Chicago Legal Forum (2001)2001, 215-322. Voir également L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, 1999, Basic Books, New-York, p. 217 ; D. C. Nunziato, *The death of the public forum in cyberspace*, Berkeley Technology Law Journal (20)2005, 1115-1171

Toujours est-il que la responsabilité civile délictuelle est un instrument de régulation facilement adaptable à l'évolution de l'environnement dans lequel se meuvent les acteurs privés et en particulier à l'évolution des capacités de régulation des acteurs privés au rôle de régulateurs privés dont l'activité requiert d'innover régulièrement¹⁸³.

La tâche consiste alors à s'assurer qu'il est possible au moyen des règles de responsabilité civile d'appréhender juridiquement les manifestations de la régulation privée afin d'identifier les acteurs privés impliqués au sein du processus de régulation et de calibrer au mieux les devoirs de ces régulateurs dans le but de les inciter à prendre l'initiative d'une régulation privée de qualité permettant de garantir que le compromis établi à l'échelle nationale entre des droits et libertés fondamentaux souvent en conflit soit respecté même au sein du cyberspace.

Devant la complexité de l'entreprise il devient tentant de s'interroger sur le point de savoir si l'intervention étatique ne doit pas changer de nature et obéir à une rationalité autre que la rationalité matérielle, autrement dit à une « rationalité réflexive »¹⁸⁴ n'empêchant pas la vocation institutionnelle du droit mais limitant ses prétentions.

¹⁸³ M. Perritt remarque d'ailleurs que dans l'attente de l'élaboration d'une nouvelle théorie construite sur mesure pour répondre aux problèmes soulevés par la régulation privée, le droit de la responsabilité civile traditionnelle peut s'avérer d'une aide précieuse. H. H. J. Perritt, *Towards a hybrid regulatory scheme for the Internet*, University of Chicago Legal Forum (2001)2001, 215-322. Voir également M. Patterson qui s'intéresse aux potentialités du droit de la concurrence dans le but d'encadrer les activités des moteurs de recherche, M. R. Patterson, *On the impossibility of information intermediaries*, 2001, Fordham Law & Economics Research Paper n° 13 <http://ssrn.com/abstract=276968>, et de manière plus générale, hors du contexte de l'Internet, J. Freeman, *The private role in public governance*, New York University Law Review (75)2000, 543-675.

¹⁸⁴ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édictation de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19.

Conclusion

43. La nouveauté toute relative du cyberspace comme espace de régulation à part entière se traduisant par la constitution d'espaces de régulation privée encouragée par l'État sans pour autant que des mécanismes *ad hoc* de contrôle au fond de l'activité des régulateurs privés ne soient instaurés, explique donc l'importance de l'institution de la responsabilité civile dans cet environnement. Elle fournit en effet l'essentiel du cadre légal orientant l'activité des régulateurs privés au sein du cyberspace.

Les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle doivent alors être repensées par rapport à celles de la complémentarité de la régulation publique (au sens étroit du terme) et de la responsabilité civile délictuelle dans la mesure où l'on se sert de l'institution de la responsabilité civile dans le but d'inciter les destinataires de ces règles non seulement à s'ériger en régulateurs privés mais aussi à produire des normes privées de qualité. Il ne s'agit plus d'ajouter à la régulation dont le contenu ne peut être exhaustif en raison du domaine limité de la compétence de l'autorité de régulation. Il s'agit de pousser au déploiement d'une régulation privée légitime, effective et conforme.

Reste à savoir si l'ampleur de la tâche a bien été comprise par les législateurs régionaux et nationaux, ce qui ne semble pas être toujours le cas.

PREMIERE PARTIE. DES STRATEGIES DE REGULATION PRIVEE

« On demeure attaché à une certaine image du pouvoir-loi, du pouvoir-souveraineté que les théoriciens du droit et de l'institution monarchique ont dessinée. Et c'est de cette image qu'il faut s'affranchir, c'est-à-dire du privilège théorique de la loi et de la souveraineté, si on veut faire une analyse du pouvoir dans le jeu concret et historique de ses procédés. »

M. Foucault, *La volonté de savoir, Histoire de la sexualité I*, 1976, Gallimard, Paris, pp.118-9

44. Même si le DMCA est sans doute la loi la plus célèbre en matière de responsabilité civile des PISEL du fait de contenus transmis par autrui sur leurs réseaux ou systèmes, plusieurs stratégies de régulation peuvent être déduites de l'étude du droit fédéral américain. Que l'on considère la stratégie de régulation à vocation générale promue par le CDA ou les stratégies de régulation propres au droit de la propriété intellectuelle, elles visent toutes à nourrir un processus de régulation privée. Elles se distinguent néanmoins les unes des autres de par la nature des moyens utilisés aux fins de garantir la qualité des normes privées, autrement dit de par la nature des instruments juridiques employés aux fins de procéder à la juridicisation du processus de régulation. Pratiquement inexistantes lorsque la stratégie de régulation privée est purement volontaire (Titre 1^{er}), leur raffinement s'accroît dès que la stratégie de régulation privée devient impérative dans le but de défendre les intérêts des titulaires de droit de propriété intellectuelle (Titre 2^{ème}).

TITRE 1ER. LA STRATEGIE DE REGULATION PRIVEE PUREMENT VOLONTAIRE : L'EXEMPLE DU COMMUNICATIONS DECENCY ACT

45. *“Le Congrès a adopté la section 230 afin d’éliminer les obstacles à l’autorégulation créés par la décision Stratton Oakmont. En vertu de la décision de cette cour, les fournisseurs de service informatique qui régulent la dissémination de matériaux offensifs sur leurs services risquent de voir leur responsabilité engagée parce qu’une régulation de ce type a pour effet d’attribuer au fournisseur de service le rôle d’éditeur »*¹⁸⁵. Si l’on ne cite que l’affaire la plus célèbre, les juges américains tant fédéraux qu’étatiques sont presque tous unanimes : le CDA et plus précisément la section 230 du titre 47 de l’United States Code a été adopté aux fins d’éliminer les obstacles à l’autorégulation que crée un système de responsabilité civile objective du fait d’autrui. C’est donc admettre que le cyberspace doit être le domaine de l’autorégulation. Et c’est faire le pari que l’exonération de la responsabilité civile délictuelle incitera les PISEL à participer activement au processus de régulation. Autrement dit, la stratégie de régulation sous-jacente est celle de la régulation privée purement volontaire.

Mais exonérer en amont les PISEL de toute responsabilité civile délictuelle sans encadrer en aval le processus de régulation ainsi entièrement privatisé, c’est oublier d’instaurer les garde-fous nécessaires aux fins d’assurer la qualité tant procédurale que substantielle de la régulation privée. Or, si le CDA et l’interprétation législative qui en a été faite ont pour conséquence la déresponsabilisation des PISEL agissant en tant que régulateurs privés spontanés, aucun mécanisme, et en particulier aucun mécanisme contractuel, n’est apte à encadrer de manière satisfaisante le

¹⁸⁵ Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327, 331 certiorari denied 118 S.Ct. 2341 (4th Cir. 1997) (traduction de l’auteur).

processus de régulation privée. L'exonération de la responsabilité civile des PISEL (Chapitre 1^{er}) a donc pour contrepartie inévitable la dé-juridicisation du processus de régulation privée (Chapitre 2^{ème}).

CHAPITRE 1ER. L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE

46. Le 8 février 1996 entrain en vigueur le Telecommunications Act¹⁸⁶. Il s'agissait d'abord de criminaliser un certain nombre de comportements principaux¹⁸⁷, comme la création ou la sollicitation intentionnelle par le biais d'un matériel de télécommunication d'un contenu obscène ou indécent suivie de sa transmission lorsque le récepteur de la communication est un mineur, et l'utilisation intentionnelle d'un service informatique interactif aux fins d'expédier ou de représenter un contenu accessible par un mineur et pourtant manifestement offensif en vertu des standards prévalant au sein de la communauté à laquelle appartenait ce dernier¹⁸⁸. Seuls les échanges

¹⁸⁶ 47 U.S.C. §§101-710.

¹⁸⁷ Conformément au paragraphe (b)(5) de la section 230, la politique législative du Congrès est décrite en ces termes : « *It is the policy of the United States --... (5) to ensure vigorous enforcement of Federal criminal laws to deter and punish trafficking in obscenity, stalking and harassment by means of computer* ». En cela, il y a bien dès le départ une régulation étatique des contenus sur Internet en dépit de la volonté de promouvoir l'autorégulation.

¹⁸⁸ 47 U.S.C. §223 dans sa version non modifiée :

« (a) *Prohibited general purposes*

Whoever--

(1) *in interstate or foreign communications--*

[...]

(B) *by means of a telecommunications device knowingly--*

(i) *makes, creates, or solicits, and*

(ii) *initiates the transmission of,*

any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication;

[...]

(2) *knowingly permits any telecommunications facility under his control to be used for any activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity,*

shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both .

[...]

(d) *Sending or displaying offensive material to persons under 18*

Whoever--

(1) *in interstate or foreign communications knowingly--*

(A) *uses an interactive computer service to send to a specific person or persons under 18 years of age, or*

interétatiques étaient en cause puisque ces dispositions étaient l'œuvre du législateur fédéral.

Par sa décision *Reno v. American Civil Liberties Union et al.* du 26 juin 1997¹⁸⁹, la Cour suprême des États-Unis sanctionna cependant l'inconstitutionnalité des sections 223(a)(1)(B)¹⁹⁰ et 223(d)(1) et (2) sur le fondement du premier amendement de la Constitution¹⁹¹. Les caractéristiques particulières du média Internet justifiaient en effet l'application d'un test restrictif qui imposait au gouvernement, pour pouvoir sauver son texte, de démontrer qu'il n'existait pas de moyens moins coûteux, mais tout aussi efficaces que celui du CDA aux fins de réglementer le contenu de communications protégées par le premier amendement ; ce à quoi il ne parvint pas¹⁹². Dès lors, l'instrument utilisé par ce dernier n'était

*(B) uses any interactive computer service to display in a manner available to a person under 18 years of age, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication that, in context, depicts or describes, in terms **patently offensive** as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication; or*
(2) knowingly permits any telecommunications facility under such person's control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity,

shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both ».

¹⁸⁹ 521 U.S. 844.

¹⁹⁰ Seule la référence aux contenus indécentes est jugée inconstitutionnelle de telle sorte que la partie du texte relative aux contenus obscènes est toujours applicable.

¹⁹¹ En réponse à la décision *Reno*, le Congrès américain adopta quelques années plus tard le Child Online Protection Act (47 U.S.C. §231) dans le but cette fois de sanctionner pénalement le téléchargement ascendant à des fins commerciales sur le World Wide Web (une des applications les plus populaires de l'Internet) de contenus dangereux pour les mineurs. À nouveau, la constitutionnalité de ces dispositions fut questionnée sur le fondement du premier amendement. Il fut ainsi demandé aux juges fédéraux de prononcer une injonction préliminaire afin d'empêcher l'application de ce texte, ce que la Cour suprême accepta et confirma par sa décision *Ashcroft v. American Civil Liberties Union et al.*, 542 U.S. 656 (2004). Voir également *ACLU v. Gonzales*, 478 F. Supp.2d 775 (E.D. Pa. 2007) ordered affirmed by *American Civil Liberties Union et al v. Mukasey*, 534 F.3d 181 (3d Cir. 2008) certiorari denied by *Mukasey v. American Civil Liberties Union*, 129 S.Ct. 1032 (2009).

¹⁹² « [U]nlike the conditions that prevailed when Congress first authorized regulation of the broadcast spectrum, the Internet can hardly be considered a "scarce" expressive commodity. It provides relatively unlimited, low-cost capacity for communication of all kinds. [...] This dynamic, multifaceted category of communication includes not only traditional print and news services, but also audio, video, and still images, as well as interactive, real-time dialogue. Through the use of chat rooms, any person with a

pas étroitement calibré à l'objectif qu'il cherchait à atteindre. Étaient sujets à critiques non seulement l'imprécision du langage utilisé pour décrire les contenus prohibés, mais également la gravité des sanctions appliquées, l'un comme l'autre, étant susceptibles d'entraîner une réduction drastique de la quantité des contenus protégés disponibles sur le réseau.

La section 230 fut néanmoins sauvée des eaux et constitue encore aujourd'hui le siège de la matière qui nous intéresse ici, à savoir les règles relatives au régime de responsabilité des PISEL du fait de contenus illicites transmis en ligne par autrui. Avant l'intervention du législateur fédéral, les juges avaient accepté de raisonner par analogie avec le droit des médias traditionnels, et de responsabiliser tant bien que mal les prestataires intermédiaires, soit qu'ils soient présumés avoir connaissance de l'activité illicite, soit que le demandeur doive démontrer la connaissance de l'activité illicite. L'adoption de la section 230 du CDA change cependant la donne. C'est en tout cas la position de la tendance jurisprudentielle majoritaire qui exclut par principe la responsabilité des PISEL du fait de contenus illicites transmis en ligne par autrui. Ainsi des hypothèses de responsabilité élaborées avant l'intervention législative de 1996 (I), il n'en reste en définitive pas grand-chose. Bien plus, le principe d'irresponsabilité des PISEL est érigé en règle de droit commun. L'adoption postérieure par le législateur américain d'une règle plus restrictive en matière de « copyright » ne change rien à la donne (II).

phone line can become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any pamphleteer. As the District Court found, "the content on the Internet is as diverse as human thought". [...] We agree with its conclusion that our cases provide no basis for qualifying the level of First Amendment scrutiny that should be applied to this medium». Reno v. American Civil Liberties Union et al., 521 U.S. 844, 870 (1997). En sus de l'absence de rareté, la Cour note que l'une des caractéristiques essentielles de ce nouveau média est celle de ne pas être intrusif. On peut cependant douter de la pertinence d'une telle observation au regard par exemple des méthodes de publicité consistant à faire surgir une nouvelle fenêtre (« pop-up ») sans qu'aucune démarche positive de l'utilisateur ait été entreprise.

I. Les responsabilités émergentes du prestataire intermédiaire de service en ligne (PISEL) avant l'intervention législative

47. Avant que le législateur américain n'intervienne pour régler la question de la responsabilité des PISEL du fait de contenus illicites transmis en ligne par autrui, la jurisprudence avait tenté de raisonner par analogie avec le droit des médias traditionnels (A). Il n'existait cependant pas de consensus en la matière parmi les juges (B).

A. Aperçu du droit des médias

48. **Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité de l'éditeur primaire** - En vertu du « common law » étatique¹⁹³, celui qui répète ou publie à nouveau un contenu diffamatoire est assimilé au premier « publisher » ou éditeur, ce qui implique que sa connaissance du contenu dommageable soit dans certains cas présumée de sa seule qualité et par conséquent que sa responsabilité civile soit facilement engagée puisque le troisième élément de la « cause of action » de diffamation est ainsi établi¹⁹⁴. Pour autant, celui que l'on appelle ainsi l'éditeur primaire n'est pas toujours soumis à un régime de responsabilité stricte¹⁹⁵. En effet, il faut distinguer selon le statut de la victime

¹⁹³ Le droit de la responsabilité civile délictuelle ou « torts » est un droit principalement de source étatique. L'on prendra cependant comme point de référence le Restatement, Second Torts §578 (1977) d'ailleurs souvent cité par les juges étatiques et notamment les juges de l'État de New York dont la jurisprudence est cruciale en la matière : « *Except as to those who only deliver or transmit defamation published by a third person, one who repeats or otherwise republishes defamatory matter is subject to liability as if he had originally published it* ».

¹⁹⁴ Restatement, Second Torts §558 (1977) « *To create liability for defamation there must be: (a) a false and defamatory statement concerning another; (b) an unprivileged publication to a third party; (c) fault amounting at least to negligence on the part of the publisher; and (d) either actionability of the statement irrespective of special harm or the existence of special harm caused by the publication* ».

¹⁹⁵ « *On the assumption that Dun & Bradstreet will come to be interpreted in many jurisdictions, and ultimately by the Supreme Court itself, as permitting a return to strict liability in cases not involving issues of public concern, the law of defamation today is, as far as constitutional minimums are concerned, three-tiered, embracing either actual malice, negligence or strict liability, depending on the public or private status of the plaintiff and on the speech* ». R. A. Smolla, *The law of defamation*,

(personne publique ou privée), et la nature de l'information critiquée (d'intérêt public ou pas). Il existe donc trois standards de responsabilité possibles dont l'application dépend de la combinaison des critères énoncés ci-dessus : l'« actual malice » (qui implique selon la jurisprudence *New York Times Co. v. Sullivan*¹⁹⁶ que le défendeur ait eu connaissance de la fausseté des propos ou qu'il se soit indûment désintéressé de la question de savoir s'ils étaient vrais ou faux en commettant une imprudence grave¹⁹⁷), la négligence et la responsabilité stricte.

49. Les implications de la distinction éditeur primaire/éditeur secondaire - Au contraire, celui qui se contente de transmettre ou de délivrer un contenu diffamatoire publié par un tiers n'est responsable du dommage causé que si la victime démontre qu'il avait connaissance (effective ou présumée à partir d'éléments qui doivent venir s'ajouter en sus de sa qualité) du caractère diffamatoire du contenu¹⁹⁸. Le standard de responsabilité qui prévaut en cas de qualification d'éditeur primaire est donc moins exigeant que celui qui découle de la qualification de distributeur puisque l'éditeur primaire est généralement présumé avoir connaissance du contenu diffamatoire du seul fait de sa qualité. D'où l'affirmation de la Cour d'appel

1999 (dernière mise à jour novembre 2006), 2ème ed., West Group, §3:23. Voir également M. Collins, *The law of defamation and the Internet*, 2006, Oxford University Press, Oxford.

¹⁹⁶ 376 U.S. 254, 280 (1964).

¹⁹⁷ Il faut appliquer ici le standard du « *reckless disregard* ».

¹⁹⁸ Voir le Restatement, Second Torts §578 (1977): « (1) *Except as stated in subsection (2), one who only delivers or transmits defamatory matter published by a third person is subject to liability if, but only if, he knows or has reason to know of its defamatory character. (2) One who broadcasts defamatory matter by means of radio or television is subject to the same liability as an original publisher* ». On peut lire dans les commentaires de la sous-section (1) la définition suivante des termes « délivrer » et « transmettre » : « *The word "delivers", as used in Subsection (1), refers to the transfer of possession of a physical embodiment of the defamatory matter. It includes selling, renting, giving or otherwise transferring or circulating a book, paper, magazine, document or phonograph record containing defamation published by a third person. [...]. The word "transmits" includes in addition the conveyance of defamatory words by methods other than physical delivery, as in the case of a telegraph company putting through a call* ».

du 2e circuit dans l'affaire *Grace v. eBay Inc.*¹⁹⁹ : « *En matière de diffamation par écrit, le common law distingue la responsabilité de l'éditeur primaire de celle du distributeur. Un éditeur primaire, tels un auteur ou une maison d'édition, est présumé connaître le contenu du matériel publié, a les moyens de contrôler le contenu de la publication, et est donc généralement jugé responsable du fait des propos diffamatoires, à condition que les exigences constitutionnelles imposées par le premier amendement soient satisfaites* »²⁰⁰. En raison des exigences du droit constitutionnel, cette distinction doit cependant être nuancée comme l'explique la Cour quelques lignes plus loin: « *L'importance de l'élément moral particulier provenant du common law pour les éditeurs secondaires comme les distributeurs, les vendeurs, ou les bibliothèques a été obviée en partie par les standards constitutionnels modernes de la faute, qui requerraient normalement que soit porté à l'attention du défendeur le caractère diffamatoire des propos afin d'engager sa responsabilité, et, ils ont été également émoussés par la reconnaissance dans certaines juridictions du privilège du "reportage neutre"* »²⁰¹ »²⁰².

Le droit des médias traditionnels responsabilise donc tant l'éditeur que le distributeur. La question qui se pose alors avec le développement de l'Internet est celle de savoir s'il faut raisonner par analogie avec ce corps de règles et étendre l'un de ces régimes de responsabilité aux PISEL. Si la jurisprudence antérieure à l'adoption du CDA n'est pas unanime en ce qu'elle retient tantôt la qualification d'« éditeur » tantôt celle de « distributeur », il semble dans tous les cas que le PISEL doive répondre de son inaction lorsque ce dernier a connaissance de l'activité illicite et que la demande se fonde sur le

¹⁹⁹ 16 Cal. Rptr. 3d 192, 194 (Cal. App. 2d Dist. 2004) review granted and opinion superseded, 19 Cal. Rptr. 3d 824 (Cal. 2004) and review dismissed, cause remanded, 21 Cal. Rptr. 3d 611 (Cal. 2004).

²⁰⁰ Traduction de l'auteur.

²⁰¹ En vertu de ce moyen de défense, un membre des médias peut rapporter les accusations émises par un participant à une controverse publique à l'encontre d'un autre, même s'il a connaissance de la fausseté de ces accusations.

²⁰² *Grace v. eBay Inc.* 16 Cal. Rptr. 3d 192, 199 (Cal. App. 2d Dist. 2004) (traduction de l'auteur).

« tort » de diffamation. C'est ce qu'illustre l'affaire *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*²⁰³ comme l'affaire *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*²⁰⁴.

B. Les hésitations de la jurisprudence

50. Tandis que les juges dans l'affaire *Stratton Oakmont* retiennent la qualification d'éditeur (1), les juges dans l'affaire *CompuServe* se contentent de la qualification de distributeur (2).

1. Le PISEL, éditeur

51. **Le PISEL exerce un contrôle éditorial sur les contenus transmis sur son système** - À commencer par la première affaire, était en cause l'un des PISEL²⁰⁵ les plus populaires de l'époque, *Prodigy*, qui offrait à ses clients un service d'hébergement²⁰⁶ et notamment la possibilité de participer à des

²⁰³ 1995 WL 323710 (N.Y.Sup.Ct. 1995). Pour un commentaire de cette décision, voir notamment R. Hayes Johnson, *Defamation in cyberspace: a court takes a wrong turn on the information superhighway in Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services co.*, *Arkansas Law Review* (49)1996, 589-623; D. B. Luftman, *Defamation liability for on-line services: the sky is not falling*, *George Washington Law Review* (65)1997, 1071-1099; D. P. Miranda, *Defamation in cyberspace: Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services*, *Albany Law Journal of Science and Technology* (5)1996, 230-246.

²⁰⁴ 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

²⁰⁵ « Adjectif qualifiant toute ressource informatique, application, service ou information, accessible directement par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunications quel qu'il soit ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

²⁰⁶ Le fournisseur d'hébergement peut-être défini techniquement comme toute « [s]ociété de services stockant sur ses propres équipements informatiques les données apportées par ses clients, fournisseurs de contenu, afin de les rendre accessibles au public par l'intermédiaire d'un réseau ». Quant au fournisseur de contenus, il est la « personne physique ou morale introduisant directement ou indirectement des informations disponibles à travers un des services Internet ». Voir P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

babillards²⁰⁷ (« bulletin board System » ou BBS) dont l'activité de modération était entreprise par des tiers liés contractuellement à ce dernier²⁰⁸. Invoquant la présence d'un contenu diffamatoire sur l'un des BBS, le demandeur intenta donc une action contre Prodigy sur le fondement de la violation du « tort » de diffamation. Il réclamait que soit prononcé en sa faveur un jugement sommaire²⁰⁹ sur le point de savoir si Prodigy devait être considéré en droit comme l'éditeur du contenu diffamatoire. Le demandeur se référait pour ce faire à la stratégie commerciale du prestataire intermédiaire qui cherchait à répondre aux besoins des familles américaines et notamment la reconnaissance expresse par son directeur de la communication de l'exercice d'un contrôle de type éditorial sur le contenu des messages postés sur ses

²⁰⁷ « Catégorie de services télématiques souvent confidentiels et gratuits. La connexion aux serveurs se réalise via un modem en composant un numéro sur le RTC. Ils permettent l'échange d'informations et le téléchargement de fichiers. Depuis l'avènement d'Internet, et bien qu'ils soient accessibles par Telnet, la plupart d'entre eux ont disparu ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias. « RTC » signifie « Réseau téléphonique commuté » décrivant « le réseau téléphonique classique propriété de France Télécom. Il demeure encore analogique chez l'utilisateur, ce qui oblige ce dernier à s'équiper d'un modem pour transmettre ou recevoir des données ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias. Les BBS sont donc les ancêtres des forums de discussion : « Service accessible sur Internet offrant la possibilité aux internautes de communiquer ou d'échanger des informations par envois successifs de messages sur un thème donné. Pour éviter les abus et rester centrés sur le sujet fondateur, les groupes de discussion sont gérés par un ou plusieurs modérateurs ; le plus grand nombre de groupes de discussion est disponible sur le réseau Usenet, composante d'Internet. Contrairement au chat, le groupe de discussion fonctionne en différé ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

²⁰⁸ « By way of background, it is undisputed that PRODIGY's computer network has at least two million subscribers who communicate with each other and with the general subscriber population on PRODIGY's bulletin boards. "Money Talk" the board on which the aforementioned statements appeared, is allegedly the leading and most widely read financial computer bulletin board in the United States, where members can post statements regarding stocks, investments and other financial matters. PRODIGY contracts with bulletin Board Leaders, who, among other things, participate in board discussions and undertake promotional efforts to encourage usage and increase users. The Board Leader for "Money Talk" at the time the alleged libelous statements were posted was Charles Epstein ». *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 WL 323710, 1 (N.Y.Sup.Ct. 1995).

²⁰⁹ En présentant une motion de jugement sommaire, la partie qui en a l'initiative demande à la Cour de se prononcer au fond sans la réunion d'un jury. Ce dernier ne devrait en effet pas être nécessaire à la détermination des éléments de fait pertinents puisque la partie à l'origine de la motion allègue ainsi qu'il n'existe pas de véritable question quant à l'interprétation des faits (« genuine issue of material facts »).

BBS. Il faisait également état de l'existence de règles de bonne conduite qui appelaient les utilisateurs du réseau à ne pas diffuser de contenus injurieux ou offensifs au risque de voir ces derniers éliminés par Prodigy lui-même une fois que ce dernier en avait connaissance. De plus, le demandeur évoquait l'utilisation d'un programme de filtrage des messages, ainsi que le rôle des modérateurs susceptibles en cas d'urgence d'effacer un contenu jugé dommageable.

Comme l'explique le juge Ain, la qualification d'« éditeur » dépend de l'étendue du contrôle éditorial exercé par le fournisseur de service en cause²¹⁰: « le choix du matériel à insérer dans un journal et les décisions prises relatives au contenu du journal constituent l'exercice d'un contrôle et d'un jugement éditorial [...], et avec le contrôle éditorial vient une responsabilité accrue [...] En bref, la question cruciale à laquelle la Cour doit répondre est de savoir si les preuves qui précèdent permettent d'établir *prima facie* que Prodigy a exercé sur ses babillards un contrôle éditorial suffisant tel qu'il doive être assimilé à un éditeur ayant les mêmes responsabilités qu'un journal »²¹¹. En l'espèce, il apparaissait, en dépit du fait que les juges avaient l'obligation d'interpréter les éléments factuels en faveur du défendeur à la motion, que ce dernier s'était présenté au public comme effectuant un contrôle du contenu des messages téléchargés par les utilisateurs. Prodigy n'apportait aucun élément de preuve susceptible de contredire cet état de fait. De plus, le contrôle du contenu des messages avait bien été entrepris en pratique, en témoignaient l'utilisation d'un logiciel de filtrage et les règles de bonne conduite que les modérateurs avaient l'obligation de faire respecter. Peu importait, en outre, que ce contrôle éditorial fût pleinement efficace : « *qu'un contrôle de ce type ne soit pas complet et qu'il soit appliqué à la fois aussitôt que les notes arrivent et plus tardivement lorsqu'une plainte est émise ne permet pas de minimiser ou d'évoiscérer le simple fait*

²¹⁰ C'est le droit New-Yorkais qui devait s'appliquer ici.

²¹¹ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 WL 323710, 3 (N.Y.Sup.Ct. 1995) (traduction de l'auteur).

que Prodigy s'est arrogé à lui seul le rôle de déterminer ce que ses membres peuvent poster ou lire sur ses babillards. Aux vues de ce qui précède, la cour est contrainte de conclure que, pour les besoins de la demande dans cette affaire, Prodigy est plus un éditeur qu'un distributeur »²¹². C'est donc la qualification d'éditeur qui est retenue sans que la question de la responsabilité de Prodigy soit pour autant tranchée. La réponse à cette question nécessitait en effet d'apprécier chacun des éléments constitutifs du fondement de l'action (« cause of action »), ce qui était encore prématuré. Il est clair cependant qu'en retenant la qualification d'éditeur, l'on augmentait de manière significative la probabilité que, par la suite, Prodigy soit reconnu responsable en cas de publication de contenus diffamatoires par autrui. La Cour fit d'ailleurs remarquer qu'à partir du moment où la qualification d'éditeur était retenue, la responsabilité du défendeur devait s'en suivre²¹³.

2. Le PISEL, distributeur

52. Le PISEL n'exerce pas de contrôle éditorial sur les contenus transmis sur son système - L'affaire Prodigy est souvent opposée à une précédente, *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*²¹⁴, présentée comme étant plus respectueuse des intérêts des intermédiaires. Ici, le droit des médias

²¹² *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 WL 323710, 4 (N.Y.Sup.Ct. 1995) (traduction de l'auteur).

²¹³ « [F]inding that PRODIGY is a publisher is the first hurdle for Plaintiffs to overcome in pursuit of their defamation claims, because one who repeats or otherwise republishes a libel is subject to liability as if he had originally published it ». *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 WL 323710, 3 (N.Y.Sup.Ct. 1995).

²¹⁴ 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). Là encore, le droit de l'État de New York était en cause. Pour un commentaire de la décision, voir en sus des commentaires déjà cités relatifs à la décision *Stratton Oakmont, D. J. Conner, Cubby v. CompuServe, defamation law on the electronic frontier*, *George Mason Independent Law Review* (2)1993, 227-248; E. V. Di Lello, *Functional equivalency and its application to freedom of speech on computer bulletin boards*, *Columbia Journal of Law and Social Problems* (26)1993, 199-247.

traditionnels trouve encore à s'appliquer, bien que l'interprétation qui en est faite soit différente. En l'espèce, le PISEL CompuServe était en cause, en raison de la présence d'un contenu diffamatoire²¹⁵ sur l'un des BBS qu'il hébergeait. Comme dans l'affaire précédente, l'activité de modération était exercée par un tiers lié contractuellement à CompuServe, de même qu'à un certain nombre de fournisseurs de contenus. Mais dans cette affaire, ce fut le défenseur qui interjeta une motion de jugement sommaire afin que soit reconnu que le standard de responsabilité en vertu duquel son comportement devait être appréhendé était celui du distributeur et non pas celui de l'éditeur. Là encore, tout tournait autour de la question de savoir si CompuServe bénéficiait d'un pouvoir éditorial. La Cour de répondre par la négative et d'assimiler l'activité du défendeur à celle d'une bibliothèque à but lucratif auquel on devait donc appliquer le standard de responsabilité du distributeur. De manière générale : « *le produit de CompuServe's CIS est essentiellement une bibliothèque électronique à but lucratif qui contient un vaste nombre de publications et collecte les droits d'usage et les cotisations de ses membres en contrepartie de l'octroi d'un accès aux publications. CompuServe et les sociétés de ce type sont à l'avant-garde de la révolution de l'industrie de l'information [...] Tandis que CompuServe peut décliner d'accueillir une publication dans son entier, en réalité, lorsqu'elle décide d'accueillir une publication, elle ne bénéficiera peu ou pas d'un contrôle éditorial sur le contenu des publications. Cela est le cas en particulier lorsque CompuServe accueille une publication faisant partie d'un forum organisé par une société sans liens avec CompuService* »²¹⁶. Au-delà de l'analogie qui n'a en soi aucune valeur explicative, c'est le choix d'un standard de responsabilité plus exigeant au bénéfice des PISEL qu'il faut retenir. Pourtant à aucun moment les juges ne consacrent un principe d'irresponsabilité des PISEL, puisque, si la

²¹⁵ Etaient allégués entre autres la commission d'un comportement déloyal de même qu'un acte de « business disparagement » correspondant à une sorte de diffamation commerciale.

²¹⁶ *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.* 776 F. Supp. 135, 140, (S.D.N.Y. 1991) (traduction de l'auteur). La Cour dans l'affaire *Stratton Oakmont* prend bien soin de distinguer son espèce de celle de *CompuServe*.

connaissance du contenu illicite ou dommageable avait par la suite été démontrée par le demandeur il aurait dû s'en suivre la responsabilité du prestataire intermédiaire.

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'un des motifs de l'adoption de la section 230 du CDA fut de renverser la jurisprudence *Stratton Oakmont*²¹⁷. Plus précisément, en mettant à la charge du prestataire intermédiaire, qualifié d'éditeur, une obligation de résultat, on le contraignait à contrôler tous les contenus présents sur ses équipements et à apprécier dans les cas douteux la licéité de ces derniers. Cela nécessite donc des compétences techniques, juridiques et dès lors la mise à disposition de ressources financières non négligeables du fait de la quantité très importante de contenus transmis en ligne. Autrement dit, pour les plus pessimistes c'était rendre impossible la création d'un marché réactif des prestataires intermédiaires²¹⁸.

L'obligation de résultat étant écartée puisque la stratégie de régulation en résultant était jugée trop coûteuse par le législateur américain, il restait la possibilité d'imposer aux PISEL une obligation de moyens forçant le demandeur à démontrer la faute du débiteur afin d'engager sa responsabilité. Le travail de rédaction d'un texte de loi n'est certainement pas chose aisée et beaucoup dépend de son interprétation. À retenir un standard de responsabilité *in abstracto*, l'on risquait d'aboutir au même effet que pour l'obligation de résultat, à savoir l'imposition d'une obligation de régulation trop coûteuse. En optant pour un standard de responsabilité *in concreto*, voire

²¹⁷ Voir Rapport de la Chambre des Représentants H. R. Conf. Rep. n° 104-458, 194 (1996) : « *One of the specific purposes of this section is to overrule Stratton Oakmont v. Prodigy and any other similar decisions which have treated such providers and users as publishers or speakers of content that is not their own because they have restricted access to objectionable material* ».

²¹⁸ M. Miranda remarque cependant que la première réaction du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle fut de considérer que le coût lié à l'imposition d'une responsabilité stricte n'avait pas empêché le développement du commerce électronique et qu'il s'agissait là des risques du métier. « *While acknowledging that such providers cannot monitor every message, the Working Group found these risks to be a cost of doing business. It also noted that these risks have not held back the growth of the on-line provider industry* ». D. P. Miranda, *Defamation in cyberspace: Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services*, Albany Law Journal of Science and Technology (5)1996, 230-246, p. 246.

mixte, on aurait pu circonscrire de manière plus satisfaisante les devoirs des PISEL aux différents stades de l'activité de régulation. C'est ce qu'illustre d'ailleurs la décision CompuServe qui tente de concilier l'intérêt des victimes et les exigences de la liberté d'expression²¹⁹, décision qui aurait pu inspirer le législateur américain lors de la rédaction de la section 230 du CDA ou du moins la jurisprudence subséquente. Mais c'était là remettre en cause le caractère purement volontaire de la régulation privée censée reposer exclusivement sur le modèle du marché et son complément le droit des contrats. Or c'est à la régulation privée purement volontaire et elle seule à laquelle le législateur fédéral semble croire. Dès lors, les juges n'ont eu de cesse que d'étendre le domaine de l'irresponsabilité des fournisseurs de service informatique interactif en dépit de quelques soubresauts minoritaires.

II. L'irresponsabilité de droit commun du PISEL après l'intervention législative

53. En étendant largement le domaine du CDA (A) tout en posant un principe d'irresponsabilité ne souffrant que de rares exceptions (B) les juges ont fait du CDA le régime de droit commun applicable en matière de responsabilité des PISEL du fait de contenus illicites transmis sur leurs systèmes par autrui.

²¹⁹ La Cour fait expressément référence au premier Amendement pour expliquer la solution qu'elle adopte. Elle cite pour se faire *Lerman v. Flynt Distributing Co.*, 745 F. 2d 123, 132 (2d Cir. 1984) : « *First Amendment guarantees have long been recognized as protecting distributors of publications... Obviously, the national distributor of hundreds of periodicals has no duty to monitor each issue of every periodical it distributes. Such a rule would be an impermissible burden on the First Amendment* ». *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.* 776 F. Supp. 135, 140 (S.D.N.Y. 1991).

A. Domaine

54. Le domaine du CDA est interprété de manière extensive par les juges. Cela est vrai que l'on considère les contenus visés (1) comme les personnes intéressées par ces dispositions (2).

1. Quant aux contenus

55. **Tout contenu dommageable** - Alors que les dispositions du Telecommunication Act relatives aux auteurs principaux ne concernaient que certaines catégories de contenus, le régime de (ir)responsabilité tel qu'il résulte du CDA, vaut semble-t-il quelle que soit la catégorie de contenus en cause. En vertu du paragraphe (c) (1) de cette section : « *aucun fournisseur ou utilisateur d'un service informatique interactif ne doit être traité comme l'éditeur ou l'auteur de l'information fournie par un autre fournisseur de contenus informationnels* »²²⁰. De même, en vertu du paragraphe (c) (2) (A): « *aucun fournisseur ou utilisateur d'un service informatique interactif ne doit voir sa responsabilité engagée du fait de – (A) de son action entreprise volontairement et de bonne foi afin de restreindre l'accès ou la mise à disposition du matériel que le fournisseur ou l'utilisateur considère être obscène, lubrique, lascif, malpropre, excessivement violent, harassant la personne visée, ou critiquable pour toute autre raison, que ce matériel soit ou non protégé constitutionnellement* »²²¹. C'est toute information mise en ligne par un tiers qui est concernée²²². Le domaine de ce nouveau régime est donc quant au type de contenu informationnel extrêmement large. En témoignent à leur tour les travaux préparatoires : « *la section 104 de l'amendement de la Chambre des représentants exonère les*

²²⁰ Traduction de l'auteur.

²²¹ Traduction de l'auteur.

²²² Langdon v. Google, Inc., 474 F.Supp.2d 622, 631 (D.Del. 2007). Voir cependant National Numismatic Certification, LLC v. eBay, Inc., 2008 WL 2704404 (M.D. Fla. 2008).

fournisseurs et les utilisateurs de service informatique interactif de leur responsabilité du fait de leurs actions restreignant ou facilitant la restriction de l'accès à des matériaux critiquables mis en ligne »²²³.

Comme on l'a évoqué plus haut, c'est en réaction à l'affaire Stratton Oakmont où un contenu diffamatoire était en cause que cette règle spéciale (par rapport au droit des médias traditionnels) a été adoptée. Les juges n'ont donc pas hésité à appliquer celle-ci dans des affaires de diffamation. Mais ils ont pu juger que cette règle s'appliquait également dans d'autres hypothèses, et ce, notamment lorsque la demande se fonde sur un comportement négligent, un comportement dolosif, un acte de concurrence déloyale ou encore de publicité trompeuse, peu importe que le moyen (« cause of action ») soit de source fédérale ou étatique²²⁴. D'ailleurs, en vertu du paragraphe (e) (3) de la section 230, le CDA préempte tout droit étatique en contradiction avec ses dispositions : « Rien dans cette section ne doit être interprété dans le but d'empêcher un État, quel qu'il soit, de faire respecter le droit étatique en accord avec cette section. Aucun moyen ne peut être présenté et aucune responsabilité ne doit être imposée sur le fondement d'un droit étatique ou local qui

²²³ H. R. Conf. Rep. n° 104-458, p. 194 (1996) (traduction de l'auteur).

²²⁴ Voir *Carafano v. Metrosplash.com, Inc.*, 339 F. 3d 1119 (9th Cir. 2003) (violation de droits de la personnalité, négligence) ; *Gentry v. eBay, Inc.* 99 Cal. App. 4th 816 (Cal. App. 4 Dist. 2002) (concurrence déloyale) ; *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007) certiorari denied by 128 S.Ct. 709 (2007) (concurrence déloyale et publicité trompeuse) ; *Prickett v. InfoUSA, Inc.*, 561 F. Supp. 2d 646 (E.D. Tex. 2006) (violation de droits de la personnalité, violation du droit de propriété, nuisance, infliction intentionnelle d'une souffrance morale...) ; *Novak v. Overture Services, Inc.*, 309 F.Supp.2d 446 (E.D.N.Y. 2004) (interférence fautive dans le but d'obtenir un avantage économique) ; *Doe v. SexSearch.com*, 502 F.Supp. 2d 719, (N.D. Ohio, 2007) (violation de règles du droit des contrats, de la consommation, ...) ; *Doe v. MySpace, Inc.*, 474 F.Supp.2d 843 (W.D.Tex. 2007) affirmed by 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008) certiorari denied by 129 S.Ct. 600 (2008) (négligence, faute lourde, fraude...) ; *Doe v. Bates*, 2006 WL 3813758 (E.D. Tex. 2006) (violation de dispositions fédérales incriminant la pornographie) ; *Chicago Lawyers' Comm. for Civ. Rights Under the Law, Inc. v. Craigslist, Inc.*, 461 F. Supp. 2d 681 (N.D. Ill. 2006) affirmed by 519 F.3d 666 (7th Cir. 2008) (violation de la loi fédérale « Fair Housing Act ») ; *Doe v. Friendfinder Network, Inc.*, 540 F.Supp.2d 288 (D.N.H. 2008) (infliction intentionnelle d'une souffrance moral, ...).

serait en contradiction avec cette section »²²⁵. Il est cependant possible de s'interroger sur la pertinence de l'extension du domaine du CDA à tout contenu dommageable, quelle que soit la nature de l'intérêt violé.

56. À l'exception des contenus portant atteinte aux titulaires de droits de propriété intellectuelle - Ceci étant dit, l'on remarquera qu'il existe bien une catégorie de contenus qui échappe au domaine de la section 230, tel que l'énonce le paragraphe (e) (2) : « *Rien dans cette section ne doit être interprété dans le but de limiter ou d'étendre la portée des lois en matière de propriété intellectuelle* »²²⁶. Dès lors, lorsqu'est invoquée une contrefaçon de marque, qui échappe au régime instauré par le DMCA ne valant que pour les contrefaçons d'œuvres protégées par le « copyright », les juges refusent d'appliquer la section 230 du CDA²²⁷. Il n'existe cependant pas en jurisprudence de consensus sur la portée exacte de cette exception et notamment sur le point de savoir si seul le droit fédéral est concerné²²⁸.

²²⁵ Traduction de l'auteur. Voir entre autres *Zeran v. America Online, Inc.* 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998); *Schneider v. Amazon.com, Inc.*, 108 Wash. App. 454 (Wash. App. Div. 1 2001); *Carafano v. Metrosplash.com, Inc.*, 339 F. 3d 1119 (9th Cir. 2003) ; *Grace v. eBay Inc.*, 16 Cal.Rptr.3d 192 (Cal. App. 2d Dist. 2004) ; *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33 (S. Ct of Cal. 2006).

²²⁶ Traduction de l'auteur.

²²⁷ *Gucci America, Inc. v. Hall & Associates*, 135 F.Supp.2d 409 (S.D.N.Y. 2001); *Anthony v. Yahoo Inc.*, 421 F.Supp.2d 1257 (N.D.Cal. 2006); *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F.Supp.2d 1077 (C.D. Cal. 2004) affirmed in part, reversed in part and remanded by 481 F.3d 751 (9th Cir. 2007) opinion amended and superseded on denial of rehearing by 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007) certiorari denied by 128 S.Ct. 709 (2007); *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F.Supp.2d 1082 (C.D.Cal. 2001).

²²⁸ *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 1119 (9th Cir. 2007) : « *In the absence of a definition from Congress, we construe the term "intellectual property" to mean "federal intellectual property" »*. Comparer avec *Universal Communication Systems, Inc. v. Lycos, Inc.* 478 F.3d 413, 422-423 (1st Cir. 2007): « [Plaintiff]'s remaining claim against [Defendant] was brought under Florida trademark law, alleging dilution of the "UCSY" trade name under Fla. Stat. §495.151. Claims based on intellectual property laws are not subject to Section 230 immunity » ; *Doe v. Friendfinder Network, Inc.*, 540 F.Supp.2d 288, 298-299 (D.N.H. 2008).

2. Quant aux personnes

57. **Le fournisseur de service informatique interactif** - Quant aux personnes cette fois, l'exclusion du standard de responsabilité de l'éditeur est instaurée au bénéfice du fournisseur de service informatique interactif ou encore « interactive computer service provider », autrement dit au bénéfice du « fournisseur d'un service ou d'un système informationnel, ou bien encore d'un programme d'accès qui fournit ou facilite l'accès par de multiples utilisateurs à un serveur informatique, incluant en particulier un service ou système qui fournit un accès à Internet et les systèmes mis ou en œuvre ou les services offerts par des bibliothèques ou des institutions éducatives »²²⁹. S'il faut sans aucun doute inclure le fournisseur d'accès au réseau Internet²³⁰, il semble bien s'agir d'une catégorie ouverte qui regroupe en réalité tous ceux qui ne sont pas fournisseurs de contenus comme en témoigne l'interprétation jurisprudentielle extensive qui en est faite. Le fournisseur d'hébergement a

²²⁹ §230(f) (2).

²³⁰ « [S]ociété de services fournissant à ses clients abonnés une connexion à Internet. Le FAI est un intermédiaire qui revend un accès loué, plus ou moins important selon la bande passante, à une multitude d'utilisateurs ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias. Cette appellation est souvent trompeuse puisque « [la] plupart des FAI proposent des services complémentaires dits « propriétaires » à leurs clients : plus que simples fournisseurs d'accès, ils sont aussi fournisseurs de contexte. Ils proposent en effet des informations et l'accès à des groupes de discussion internes, des écrans d'accueil personnalisés, ainsi que l'hébergement de pages personnelles : pour cette raison, ils sont donc aussi fournisseurs de contenu et d'hébergement sur Internet. Cette précision est fondamentale pour apprécier la responsabilité de ces groupements en matière de contenus illicites ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias. Voir *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F.Supp.2d 1077, (C.D.Cal. 2004) affirmed in part, reversed in part and remanded by 481 F.3d 751 (9th Cir. 2007) opinion amended and superseded on denial of rehearing by 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007) certiorari denied by 128 S.Ct. 709 (2007). Une bibliothèque offrant un accès Internet à son public a pu bénéficier de la section 230 (*Kathleen R. v. City of Livermore*, 87 Cal. App. 4th 684 (Cal. Ct. App. 2001), de même qu'un employeur offrant à ses employés un accès Internet (*Delfino v. Agilent Techs., Inc.*, 145 Cal. App. 4th 790 (Cal. Ct. App. 2006)).

donc été logiquement rattaché à cette catégorie²³¹ tout comme le moteur de recherche²³². Il en va de même pour le distributeur d'un logiciel de filtrage²³³ et le loueur d'ordinateurs²³⁴. Rares sont les cours qui ont refusé de qualifier un PISEL de fournisseur de service informatique interactif²³⁵.

En allant plus loin, certains juges ont pu admettre que la présence avérée d'un niveau minimum d'activité éditoriale, de même que le rôle actif du PISEL, véritable régulateur privé spontané, ne faisaient pas obstacle à la qualification de fournisseur de service informatique interactif²³⁶.

²³¹ *Schneider v. Amazon.com, Inc.*, 108 Wash. App. 454, 461 (Wash. App. Div. 1 2001) : « *Amazon's web site enables visitors to the site to comment about authors and their work, thus providing an information service that necessarily enables access by multiple users to a server* ». Dans cette affaire, un commentaire allégué diffamatoire avait été posté sur le site d'Amazon.com. Voir également *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998) ; *Stoner v. eBay, Inc.*, 2000 WL 1705637 (Cal. Super. 2000) ; *Gentry v. eBay, Inc.* 99 Cal. App. 4th 816 (Cal. App. 4 Dist. 2002). Les réseaux sociaux ont donc pu en bénéficier (*Doe v. MySpace*, 474 F. Supp. 2d 843 (W.D. Tex. 2007) affirmed by 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008) certiorari denied by 129 S.Ct. 600 (2008)) de même que les administrateurs de blogs (*Dimeo v. Max*, 433 F. Supp. 2d 523 (E.D. Pa. 2006) affirmed by 2007 WL 2717865 (3d Cir. 2007)).

²³² *Parker v. Google*, 422 F. Supp. 2d 492 (E.D. Pa. 2006).

²³³ *Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc.* 568 F.3d 1169 (9th Cir. 2009).

²³⁴ *PatentWizard, Inc. v. Kinko's, Inc.*, 163 F.Supp.2d 1069 (D.S.D. 2001). Le demandeur fondait sa demande sur la négligence du défendeur qui n'avait pas attribué une adresse IP fixe à chacun de ses ordinateurs et qui ne conservait pas les informations relatives à l'identité de ses clients.

²³⁵ Et ce sans véritable justification. Voir à ce propos *800-JR Cigar, Inc. v. Goto.com, Inc.*, 437 F. Supp. 2d 273 (D.N.J. 2006) ; *Novartis Vaccines & Diagnostics, Inc. v. Stop Huntingdon Animal Cruelty USA, Inc.*, 143 Cal. App. 4th 1284 (Cal. Ct. App. 2006) ; *MCW, Inc. v. Badbusinessbureau.com, LLC*, 2004 WL 833595 (N.D. Tex. Apr. 2004).

²³⁶ *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998). AOL avait contracté avec un fournisseur de contenus en se réservant le droit si le contenu posté était contraire à ses conditions d'utilisation d'éliminer le contenu en cause. Elle recevait le contenu par courrier électronique et le postait sur son équipement dès réception. En l'espèce, l'information communiquée par mail était alléguée diffamatoire. La Cour reconnut que AOL disposait d'un certain nombre de prérogatives éditoriales et qu'elle procédait activement à la promotion de l'activité du principal fournisseur de contenus : il était donc, somme toute, juste de rendre AOL responsable. Pour autant, toujours selon la Cour, le Congrès était clairement d'avis contraire comme en témoignait la section 230 : « *AOL is not a passive conduit like the telephone company, a common carrier with no control and therefore no responsibility for what is said over the telephone wires. Because it has the right to exercise editorial control over those whom it contracts and whose words it disseminates, it would seem only fair to hold AOL to the liability standards applied to a publisher or, at least a book store owner or library, to the liability standards applied to a distributor. But Congress has made a different policy choice by providing immunity even where the interactive service provider has an active, even aggressive role in making available content prepared by others* ».

58. L'utilisateur de service informatique interactif - D'autres, retenant la référence qui est faite à la notion d'utilisateur du service informatique interactif en sus du fournisseur, n'ont pas hésité à gonfler le champ d'application de la section 230 pour y inclure les opérateurs de sites web, qu'ils s'occupent d'alimenter des lettres de diffusion ou/et des forums de discussion sans fournir à proprement parler un service d'hébergement²³⁷, voire de manière plus générale tous les utilisateurs individuels d'ordinateurs²³⁸. Il a pourtant été jugé, certes sans que le CDA soit évoqué, que l'employeur mettant à la disposition de ses employés un forum Internet hébergé par le fournisseur de service avec lequel il avait préalablement contracté et ayant connaissance de la présence sur ce dernier d'actes de harcèlement avait l'obligation de mettre à un terme à ces agissements²³⁹.

Voir également *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327, certiorari denied 118 S.Ct. 2341 (4th Cir. 1997).

²³⁷ *Batzel v. Smith*, 333 F. 3d 1018, 1021-1022 (9th Cir. 2003) : « [Defendant], then-Director of Security at Amsterdam's famous Rijksmuseum and (in his spare time) sole operator of the Museum Security Network ("the Network"), received Smith's e-mail message. The nonprofit Network maintains both a website and an electronic e-mailed newsletter about museum security and stolen art. [Defendant] periodically puts together an electronic document containing: e-mails sent to him, primarily from Network subscribers; comments by himself as the moderator of an on-line discussion; and excerpts from news articles related to stolen works of art. He exercises some editorial discretion in choosing which of the e-mails he receives are included in the listserv mailing, omitting e-mails unrelated to stolen art and eliminating other material that he decides does not merit distribution to his subscribers. The remaining amalgamation of material is then posted on the Network's website and sent to subscribers automatically via a listserv. The Network's website and listserv mailings are read by hundreds of museum security officials, insurance investigators, and law enforcement personnel around the world, who use the information in the Network posting to track down stolen art ». *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33, 59 (S. Ct. of Cal. 2006) : « Defendant Ilena Rosenthal directed the Humantics Foundation for Women and operated an Internet discussion group. Plaintiffs alleged that Rosenthal and others committed libel by maliciously distributing defamatory statements in e-mails and Internet postings, impugning plaintiffs' character and competence and disparaging their efforts to combat fraud ». Les juges de ces deux dernières affaires rejettent la distinction entre utilisateur passif et actif.

²³⁸ Voir *Grace v. eBay Inc.*, 16 Cal.Rptr.3d 192 (Cal. App. 2d Dist. 2004) (obiter dictum): « Some courts have held or stated that the operator of a website is a provider of an interactive computer service under section 230(c)(1) [...]. We need not decide this question because section 230(c) (1) also expressly applies to a user of an interactive computer service. We conclude on the plain meaning of the statutory language that the term "user" as used in the statute encompasses all persons who gain access to the Internet through an ISP or other service or system (see 42 U.S.C; §230(f)(2)) including both individual computer users and website operators ».

²³⁹ *Blakey v. Continental Airlines, Inc.*, 164 N.J. 38 (N.J. 2000).

59. Tout sauf un fournisseur de contenus - En résumé, ce n'est donc pas tant la qualification de fournisseur de service informatique interactif qui pose problème pour l'application de ce régime, ce qui est particulièrement bienvenu puisque finalement la nature de l'activité du PISEL évolue au même rythme que celle de la technologie, mais plutôt l'appréciation du degré suffisant de contrôle éditorial exercé par le défendeur tel qu'il puisse être assimilé à un fournisseur de contenus, ce qui peut-être néanmoins sujet à critique lorsqu'un trop grand nombre d'activités échappe au contrôle du juge.

En vertu de la section 230(c) (1) un fournisseur de contenus (« information content provider ») est défini de la manière suivante : « toute personne ou entité qui est responsable pour le tout ou en partie de la création ou du développement de l'information fournie par le biais d'Internet ou de tout autre service informatif interactif »²⁴⁰. La décision de première instance rendue dans l'affaire *Carafano v. Metrosplash.com Inc.*²⁴¹, est l'une des rares à qualifier un fournisseur de service informatique interactif de fournisseur de contenus et d'en conclure que ce dernier ne peut bénéficier du régime spécial de la section 230²⁴². Il s'agissait en l'espèce d'un fournisseur d'une plateforme de rencontre en ligne au moyen de laquelle ses utilisateurs étaient regroupés par communautés. Pour ce faire, ses utilisateurs devaient répondre à une série de questionnaires dont les réponses disponibles étaient déterminées en amont par le fournisseur de la plateforme. Il a donc été jugé responsable en

²⁴⁰ Traduction de l'auteur.

²⁴¹ 207 F. Supp. 2d 1055 (C.D. Cal. 2002). « Thus, in sum, the language of the statute itself requires this Court to determine whether [Defendants], as a provider of an interactive computer service, is an information content provider, i.e., is partly responsible for the creation and the development of the information being provided. This Court concludes that [Defendants] is such an information content provider. Consequently, the immunity of Section 230 does not extend to it as a matter of law, and Defendants are not entitled to summary judgment on this basis ». Les juges d'appel même s'ils affirment la décision de première instance récusent la qualification de fournisseur de contenus. *Carafano v. Metrosplash.com. Inc.*, 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003).

²⁴² Le défendeur est donc à la fois un fournisseur de service informatique interactif et un fournisseur de contenus.

partie du développement des contenus informationnels fournis par ses utilisateurs et en particulier de leurs profils. Au final, le défendeur se vit pourtant octroyer un jugement sommaire en sa faveur²⁴³.

Plus récemment la Cour d'appel du 9^e circuit²⁴⁴, qui récusait la qualification de fournisseur de contenus retenue par la Cour du District de Californie dans l'affaire précédente²⁴⁵, a pu qualifier l'opérateur d'une plateforme de recherche de colocataires en ligne de fournisseur de contenus: « en requérant que ses abonnés fournissent des contenus informationnels comme condition d'accès à son service, et en fournissant un nombre limité de réponses préalablement déterminées, [le défendeur] devient bien plus qu'un transmetteur passif d'information fournie par d'autres ; il devient le développeur, au moins en partie, de cette information »²⁴⁶.

De ce qui précède, il s'en suit que le domaine du CDA est largement étendu, tant quant aux contenus en cause que quant aux personnes susceptibles d'en bénéficier. L'on peut ainsi questionner le qualificatif même de régime spécial. Le CDA ressemble en réalité plus à un régime de droit commun qu'à autre chose, régime réglementant de manière générale la responsabilité du fait d'autrui des PISEL, à l'exclusion des cas où est en cause la violation d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle. Or, à analyser cette fois l'effet de ce régime tel qu'il a été interprété par la jurisprudence, il apparaît clairement qu'il s'agit d'un régime d'irresponsabilité, même lorsque le PISEL a connaissance de l'activité illicite.

²⁴³ Le demandeur n'avait pas établi qu'il n'existait aucune question relative à l'interprétation des faits pertinents pour la caractérisation du standard de l'« actual malice ».

²⁴⁴ *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommate.com, LLC*, 489 F.3d 921 (9th Cir. 2007) on rehearing 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

²⁴⁵ Les juges distinguent cette affaire de la précédente en faisant remarquer que le fournisseur de service n'avait rien fait pour encourager la diffusion des propos illicites. *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com*, 521 F.3d 1157, 1172 (9th Cir. 2008).

²⁴⁶ *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com*, 521 F.3d 1157, 1166 (9th Cir. 2008) (traduction de l'auteur).

B. Effets²⁴⁷

60. L'exclusion du standard de responsabilité applicable au distributeur : l'approche majoritaire - En cas d'inaction du PISEL, si l'on veut bien pour un moment s'en tenir à la lettre du texte, il est incontestable que le législateur américain a eu pour intention d'exclure l'application du standard de responsabilité de l'éditeur, tel qu'il résulte du droit des médias traditionnels en grande partie étatique. Pour autant, la question s'est vite posée en jurisprudence de savoir si ce même législateur avait également eu l'intention d'exclure le standard de responsabilité applicable au distributeur, de telle sorte que même si le PISEL avait connaissance (effective ou présumée) de l'existence de contenus illicites et qu'il ne réagissait pas, il ne devait pas être rendu responsable du dommage causé par la mise en ligne du contenu en cause. Les juges, parfois à contrecœur, ont pourtant majoritairement répondu par l'affirmative. C'est le cas notamment de l'affaire Zeran et de sa progéniture²⁴⁸. Cette solution a été maintenue après l'entrée en vigueur du DMCA et l'éclosion plus récente du web 2.0²⁴⁹, comme en témoigne cette fois

²⁴⁷ L'on fera remarquer à titre préliminaire que la mise en œuvre de la section 230 du CDA ne doit pas faire obstacle à l'application du droit pénal fédéral ni ne doit limiter le domaine et les effets du Electronic Communications Privacy Act of 1986 qui prohibe l'interception des courriers électroniques dans le cadre du commerce interétatique (ou toute disposition de droit étatique équivalente) (47 U.S.C. §230(e)(1) et (4)).

²⁴⁸ Et notamment *Kathleen R. v. City of Livermore*, 87 Cal.App. 4th 684 (Cal. App. 1 Dist. 2001) ; *Gentry v. eBay, Inc.* 99 Cal. App. 4th 816 (Cal. App. 4 Dist. 2002); *Doe v. America Online, Inc.*, 783 So. 2d 1010 (Fla. 2001) certiorari denied by 534 U.S. 891 (U.S.Fla. 2001); *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33, 146 P. 3d 510 (S. Ct. of Cal. 2006); *Beyond Systems, Inc. v. Keynetics, Inc.*, 422 F.Supp. 2d 523, 536+ (D.Md. 2006) ; *Parker v. Google*, 422 F. Supp. 2d 492 (E.D. Pa. 2006) ; *Universal Communication Systems v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413 (1st Cir. 2007) ; *Eckert v. Microsoft Corp.*, 2007 WL 496692 (E.D. Mich. 2007).

²⁴⁹ « L'expression Web 2.0 a été proposée pour désigner ce qui est perçu comme un renouveau du World Wide Web. L'évolution ainsi qualifiée concerne aussi bien les technologies employées que les usages. En particulier, on qualifie de Web 2.0 les interfaces permettant aux internautes d'interagir à la fois avec le contenu des pages, mais aussi entre eux ». http://fr.wikipedia.org/wiki/Web_2.0. Voir en particulier *Doe v. Bates*, 2006 WL 3813758 (E.D.Tex. 2006); *Doe v. SexSearch.com*, 502 F. Supp. 2d 719 (N.D. Ohio 2007); *Doe v. MySpace, Inc.*, 474 F.Supp.2d 843 (W.D.Tex. 2007) affirmed by 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008) certiorari denied by 129 S.Ct. 600 (2008); *Universal Communication Systems v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413 (1st Cir. 2007).

l'affaire Barrett v. Rosenthal²⁵⁰, ce en dépit d'une tendance minoritaire pour qui le PISEL doit être soumis au standard de responsabilité du distributeur.

Dans l'affaire Zeran²⁵¹, le demandeur agissait contre AOL en arguant du retard déraisonnable avec lequel ce dernier avait éliminé les messages diffamatoires postés par un tiers, de son refus d'avertir le public du caractère illicite de ces messages, comme de son refus de filtrer par la suite des contenus similaires. Le défendeur réagit en invoquant la section 230 du CDA qui devait selon lui s'appliquer en l'espèce, ce à quoi les juges de première instance firent droit. Le demandeur fit donc appel en affirmant que la section 230 ne pouvait avoir pour effet de rendre irresponsable le PISEL lorsque celui-ci avait connaissance du caractère dommageable du contenu. La Cour d'appel du 4e circuit affirma la décision des juges de première instance en retenant une interprétation particulièrement extensive de la section 230(c)(1) qui avait pour conséquence d'exempter le PISEL de toute responsabilité à partir du moment où le contenu critiqué était mis en ligne par un tiers, quel que soit le fondement allégué : « *Par sa formulation claire, la section 230 crée une immunité fédérale opposable à l'encontre de tout moyen rendant les fournisseurs de service responsables du fait de l'information provenant d'un utilisateur tiers du service* »²⁵². Adoptant une définition large de l'éditeur (le distributeur n'est en réalité qu'une sous catégorie de la catégorie formée par l'éditeur), les juges du

²⁵⁰ Barrett v. Rosenthal, 40 Cal. 4th 33, 146 P. 3d 510 (S. Ct of Cal. 2006).

²⁵¹ Pour un commentaire de cette affaire voir entre autres A.-M. Pantazis, *Zeran v. America Online, Inc.: insulating Internet service providers from defamation liability*, Wake Forest Law Review (34)1999, 532-555; S. K. Patel, *Immunizing Internet service providers from third-party Internet defamation claims: how far should courts go?*, Vanderbilt Law Review (55)2002, 647-691; D. R. Sheridan, *Zeran v. AOL and the effect of section 230 of the Communications Decency Act upon liability for defamation on the Internet*, Albany Law Review (61)1997, 147-179; A. J. Slitt, *The anonymous publisher: defamation on the Internet after Reno v. American Civil Liberties Union and Zeran v. America Online*, Connecticut Law Review (31)1998, 389-421; D. Wiener, *Negligent publication of statements posted on electronic bulletin boards: is there any liability after Zeran?*, Santa Clara Law Review (39)1999, 905-939.

²⁵² Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327, 330 certiorari denied 118 S.Ct. 2341 (4th Cir. 1997) (traduction de l'auteur).

deuxième degré qualifièrent le défendeur d'éditeur et en déduisirent ainsi son irresponsabilité de principe.

Surtout, et c'est là l'apport critiquable de cette décision, la preuve que le demandeur avait bien informé le défendeur de l'existence d'un contenu préjudiciable ne faisait que confirmer le fait qu'AOL devait être considéré comme un éditeur puisqu'il avait dès lors la possibilité d'éliminer le message diffamatoire. Or la section 230(c) (1) immunise l'éditeur de toute responsabilité : AOL n'était donc pas responsable du dommage causé. Mais n'est-ce pas l'impossibilité de connaître effectivement l'existence d'un contenu illicite qui poussa le législateur américain à atténuer la responsabilité des PISEL et refuser que l'on presume trop facilement une telle connaissance ? Ne devait-on donc pas conclure que si la connaissance du PISEL était avérée et que ce dernier restait malgré tout inactif il devait être tenu responsable du dommage causé ?

Au-delà de la logique incertaine du raisonnement des juges d'appel qui aboutit à exclure l'application du standard de responsabilité du distributeur, il est clair que ces derniers ont été mus par la peur des conséquences qu'aurait pu avoir une décision rendue en sens contraire quant à l'activité future de régulation des PISEL, alors même qu'en l'espèce le dommage subi par le demandeur était certain et substantiel²⁵³ : *« plus généralement, fonder la responsabilité des fournisseurs de service informatique interactif sur la réception d'une notification permettrait à des tiers de se confectionner par des moyens peu coûteux les bases de poursuites judiciaires futures. Dès qu'une personne serait mécontente des propos d'une autre partie transmis sur un service informatique interactif, elle pourrait simplement "notifier" le fournisseur de service concerné,*

²⁵³ Plusieurs messages offrant à la vente des T-shirts « décorés » de slogans offensifs et déplacés relatifs à l'attentat d'Oklahoma avaient été postés sur le BBS hébergé par AOL. Ceux qui étaient intéressés par un tel achat n'avaient qu'à composer un numéro de téléphone qui n'était autre que celui du demandeur. Ce dernier reçut de ce fait un volume très important d'appels souvent agressifs allant même jusqu'à des menaces de mort. Or il ne pouvait changer de numéro de téléphone au risque de compromettre sa propre activité commerciale.

alléguant que l'information est diffamatoire en droit. Aux vues du grand nombre de propos communiqués au travers d'un service informatique interactif, ces notifications pourraient engendrer un fardeau impossible à supporter par les fournisseurs de service, qui seraient confrontés à des choix incessants entre supprimer les propos controversés ou sustenter une responsabilité »²⁵⁴. C'était donc se soucier du caractère massif et souvent infondé des éventuelles notifications que les PISEL pourraient par la suite recevoir. Mais n'existe-t-il aucun moyen de faire le tri parmi ces notifications de sorte que dans certains cas, lorsque le caractère illicite ou dommageable du contenu est patent le fournisseur doive agir ?

Cette solution particulièrement favorable aux PISEL est confirmée par des décisions postérieures, et ce, même après l'adoption du DMCA qui introduit, au moins pour le fournisseur d'hébergement et le fournisseur d'instruments de localisation de l'information, une hypothèse de responsabilité en cas de connaissance effective ou présumée de la présence d'un contenu illicite suivie de l'inaction du PISEL.

Dans l'affaire Rosenthal, les juges étatiques de la Cour suprême de Californie eurent à entendre d'une action en diffamation à l'encontre d'une personne physique dont l'activité consistait à mettre en ligne sur un groupe de discussion qu'elle n'hébergeait pourtant pas des contenus créés par des tiers. Ils infirmèrent la décision des juges du deuxième degré en rejetant le moyen selon lequel le standard de responsabilité du distributeur devait s'appliquer à l'utilisateur d'un service informatique interactif, de même d'ailleurs qu'au fournisseur du service. Le CDA obtient ainsi le statut de droit commun, alors que le DMCA est considéré comme du droit spécial dérogeant à l'immunité octroyée par le premier texte : *« le DMCA montre que le Congrès a élaboré une hypothèse d'immunité restreinte dans un contexte étroitement lié, ce par des dispositions spécifiques établissant une responsabilité fondée sur la réception*

²⁵⁴ Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327, 333 certiorari denied 118 S.Ct. 2341 (4th Cir. 1997) (traduction de l'auteur).

d'une notification. (17 U.S.C. §512(c)). Le fait qu'il n'ait pas fait de même au sein du CDA, et qu'il n'ait pas amendé la section 230 afin d'ajouter une disposition similaire dans les 10 ans qui ont suivi son adoption ou dans les huit ans qui se sont écoulés depuis que le DMCA existe confirme avec force la conclusion selon laquelle le Congrès n'a pas eu l'intention de fonder la responsabilité imposée en vertu du CDA sur la réception d'une notification »²⁵⁵.

61. Peu importe le rôle actif du PISEL - Encourager ses utilisateurs à transmettre des contenus sur son système²⁵⁶, ou offrir une rémunération aux fournisseurs de contenus à condition que ces derniers ne soient pas considérés comme des employés²⁵⁷, n'empêche pas de bénéficier de l'application de la section 230 du CDA.

62. Les approches minoritaires - Rares sont les juges qui se sont refusés à consacrer une irresponsabilité inconditionnée des PISEL à l'exemple de ceux de l'affaire Grace²⁵⁸, de sorte qu'il nous semble encore difficile même à ce jour d'affirmer que la tendance majoritaire incarnée par la décision Zeran ait vu son influence décroître²⁵⁹. L'on remarquera cependant en dépit de

²⁵⁵ Barrett v. Rosenthal, 40 Cal. 4th 33, 66 (S. Ct. of Cal. 2006) (traduction de l'auteur).

²⁵⁶ Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090, 1118 (W.D. Wash. 2004); Best Western International, Inc. v. Furber, 2008 WL 4182827, 10 (D. Ariz. 2008); Whitney Info. Network, Inc. v. Xcentric Ventures, LLC, 2008 WL 450095, 10-11 (M.D. Fla. 2008); Global Royalties, Ltd. v. Xentric Ventures, LLC, 544 F. Supp. 2d 929, 933 (D. Ariz. 2008). Comparer avec Hy Cite Corp. v. Badbusinessbureau.com, LLC, 418 F. Supp. 2d 1142, 1148-1149 (D. Ariz. 2009) et MCW, Inc. v. Badbusinessbureau.com, LLC, 2004 WL 833595 (N.D. Tex. 2004).

²⁵⁷ Blumenthal v. Drudge, 992 F. Supp. 44, 51 (D.D.C. 1998).

²⁵⁸ « *In light of the well-established common law distinction between liability as a primary publisher and liability as a distributor and Congress's expressed intention to overrule an opinion that held the operator of a computer bulletin board liable as a primary publisher rather than a distributor (Stratton Oakmont ...), we cannot conclude that the use of the term "publisher" in section 230(c)(1) discloses a clear legislative intention to abrogate distributor liability* ». Grace v. eBay Inc. 16 Cal. Rptr. 3d 192, 201 (Cal. App. 2d Dist. 2004).

²⁵⁹ Voir cependant les propos de L. Edwards qui, citant les décisions Grace, Rosenthal (du deuxième degré) et Batzel v. Smith précédemment mentionnées ne voit dans le CDA qu'un accident historique : « *So far these decisions merely restore what might be seen as a natural balance; [...] the CDA 'total immunity' regime, itself something of a historical accident, is over protective of ISPs and under-protective of 'victims', and out of step with the general duty of take-down expected of ISPs in receipt of 'actual knowledge' in other jurisdictions* ». L. Edwards, *Articles 12-15 ECD: ISP Liability -The Problem of Intermediary Service Provider Liability*, 2005, in L. Edwards, *The new*

l'interprétation courageuse de la section 230(c) (1) par les juges d'appel de Californie, que le défendeur, en l'occurrence eBay, fut finalement exonéré de toute responsabilité du fait de l'inclusion d'une clause de non-responsabilité dans le contrat qui le liait au demandeur²⁶⁰. On est donc encore loin de la reconnaissance d'une obligation d'agir en cas de connaissance de la présence d'un contenu illicite ou dommageable à la charge des PISEL, puisqu'il leur suffit de stipuler le contraire au sein des contrats conclus avec leurs utilisateurs pour en être exonérés.

Quant à l'affaire Batzel, les juges²⁶¹ affirmèrent que le PISEL était responsable dans les cas où il mettait en ligne un contenu qui n'était pas destiné à la publication, ce qui ne signifie toujours pas que le PISEL soit responsable en cas de connaissance effective ou présumée de l'existence d'un contenu illicite ou dommageable.

Une décision plus récente rendue dans l'affaire Chicago Lawyers' Comm. For Civ. Rights Under the Law, Inc. v. Craigslist, Inc.²⁶² est cependant digne d'intérêt. La Cour, tout en exonérant le PISEL, limite la portée de l'immunité

legal framework for e-commerce in Europe, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 93-136.

²⁶⁰ « The release describes eBay as a "venue" and refers to a user's dispute with another user. The type of dispute referenced in the release clearly encompasses a dispute with another user relating to comments posted by another user on eBay's website. The provision states that the user releases eBay from claims and demands "of every kind and nature, known and unknown, ... arising out of or in any way connected with such disputes". This broad language encompasses a claim or demand against eBay based on its displaying of or failure to remove objectionable comments by another user posted on the website. Such a claim or demand against eBay arises out of or is connected with a dispute with another user. Thus, the plain meaning of the release encompasses Grace's claim for libel and his claim or demand for injunctive relief in connection with the alleged libel. No greater specificity is required of the release ». Grace v. eBay Inc. 16 Cal. Rptr. 3d 192, 203 (Cal. App. 2d Dist. 2004).

²⁶¹ « Free speech and the development of the Internet are not "promote[d]" by affording immunity when providers and users of "interactive computer service[s]" knew or had reason to know that the information provided was **not intended for publication on the Internet**. Quite the contrary: Users of the Internet are likely to be discouraged from sending e-mails for fear that their e-mails may be published on the web without their permission ». Batzel v. Smith, 333 F. 3d 1018, 1033-1034 (9th Cir. 2003) (mots soulignés par l'auteur). Les juges d'appel renvoient donc l'affaire devant la Cour de première instance pour que soit déterminé si le défendeur savait (ou aurait dû savoir) que le fournisseur du contenu n'avait pas eu l'intention de diffuser en ligne son message.

²⁶² 461 F. Supp. 2d 681(N.D. Ill. 2006) affirmed by 519 F.3d 666 (7th Cir., 2008).

dont bénéficient les fournisseurs de service informatique interactif. « Pour apprécier le rôle limité de la section 230(c)(1), il faut se souvenir que les fournisseurs de contenus informationnels peuvent voir leur responsabilité engagée si leur système est conçu dans le but d'aider les utilisateurs à voler de la musique ou d'autres matériaux protégés par le copyright [...] Grokster est incompatible avec le fait de traiter la section 230(c)(1) comme si elle octroyait une immunité de responsabilité civile largement étendue en cas de contenus fournis par un tiers »²⁶³. Ainsi, le PISEL ne pourrait bénéficier de l'exonération de responsabilité dès lors qu'il incite autrui à s'engager dans une activité illicite. On voit là l'influence de la théorie de l'« inducement » empruntée au droit des « torts » et consacrée en « copyright » par la décision de la Cour suprême *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v Grokster, Ltd.*²⁶⁴

Surtout, la Cour établit une distinction entre les moyens (« causes of action ») permettant d'appréhender les fournisseurs de service informatique interactif au titre de leur rôle d'éditeur et les autres. Autrement dit, les fournisseurs de service informatique interactif qui n'exerceraient aucun type de contrôle éditorial se verraient refuser le bénéfice du CDA. De plus, les droits étatiques pourraient venir intensifier les obligations de régulation à la charge des PISEL. En effet, « il semble plutôt improbable que, en adoptant le CDA et en essayant de protéger les bons samaritains contre toute obligation de filtrer les conduites illégales, le Congrès ait eu l'intention d'octroyer une immunité large aux services informatiques interactifs qui ne contrôlent en aucun cas les contenus transmis par des tiers. Et parce qu'il s'agit de quelque chose moindre que l'octroi systématique d'une immunité, les pouvoirs législatifs étatiques peuvent adopter, en

²⁶³ Chicago Lawyers' Comm. For Civ. Rights Under the Law, Inc. v. Craigslist, Inc., 519 F.3d 666, 670 (7th Cir., 2008) (traduction de l'auteur).

²⁶⁴ 125 S.Ct. 2764 (2005). Voir également la décision *In Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommate.com, LLC*, 489 F.3d 921 (9th Cir. 2007) on rehearing *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008), qui semble être inspirée par la même idée, mais qui utilise des termes un peu différents.

conformité avec la section 230, des initiatives qui ont pour but d'inciter ou d'obliger les fournisseurs de service en ligne à protéger les intérêts des tiers »²⁶⁵.

A fortiori lorsqu'aucun contenu transmis par un tiers n'est en cause, le CDA ne peut venir exonérer le PISEL de la responsabilité de son fait personnel²⁶⁶.

63. La responsabilité limitée du PISEL en cas de réaction erronée - En cas de réaction erronée du PISEL, c'est seulement si le PISEL de mauvaise foi élimine ou rend l'accès impossible à un contenu licite que sa responsabilité peut être engagée puisqu'en vertu du paragraphe (c)(2): « *aucun fournisseur ou utilisateur de service informatique interactif ne doit voir sa responsabilité engagée du fait (A) de son action entreprise volontairement et de bonne foi afin de restreindre l'accès ou la mise à disposition du matériel que le fournisseur ou l'utilisateur considère être obscène, lubrique, lascif, malpropre, excessivement violent, harassant la personne visée, ou critiquable pour toute autre raison, que ce matériel soit ou non protégé constitutionnellement ; ou (B) du fait de son action entreprise afin d'activer ou de mettre à la disposition des fournisseurs de contenus informationnels ou à d'autres les moyens techniques permettant de restreindre l'accès aux matériaux décrits au paragraphe (1) »*²⁶⁷.

De l'inclusion de ce paragraphe au sein du CDA, l'on peut en inférer un argument de texte susceptible de faire germer le doute dans les esprits lors de l'interprétation du paragraphe précédent (c) (1). Comme on vient tout juste de le mentionner, si le PISEL a connaissance du caractère licite du contenu mais

²⁶⁵ Chicago Lawyers' Comm. For Civ. Rights Under the Law, Inc. v. Craigslist, Inc. 461 F. Supp. 2d 681, 697 (N.D. Ill. 2006) (traduction de l'auteur). Voir également Doe v. GTE Corp., 347 F.3d 655, 659-60 (7th Cir.2003); Barnes v. Yahoo!, Inc., 570 F.3d 1096, 1109 (9th Cir. 2009).

²⁶⁶ Voir Hy Cite Corp. V. Badbusinessbureau.com. L.L.C., 418 F. Supp. 2d 1142, 1148-1149 (D.Ariz. 2005) ; Federal Trade Commission v. Accusearch, Inc., No. 06-CV-105-D, 2007 WL 4356786, 6 (D. Wyo. 2007) ; Anthony v. Yahoo! Inc., 421 F.Supp.2d 1257, 1263 (N.D.Cal., 2006) ; Mazur v. eBay Inc., 2008 WL 618988, 9 (N.D. Cal. 2008) ; John Doe Anti-Terrorism Officer v. City of New York, 583 F.Supp.2d 444 (S.D.N.Y. 2008). Voir également A. J. Tindell, "Indecent" deception: the role of Communications Decency Act § 230 in balancing consumer and marketer interests online, Boston College Intellectual Property & Technology Forum F.071901 (2009)2009, 1-35.

²⁶⁷ Traduction de l'auteur.

qu'il l'élimine, il est responsable du dommage causé. Par analogie, le PISEL ne devrait-il pas être responsable lorsqu'il maintient sur son système ou réseau un contenu illicite alors qu'il a effectivement connaissance du caractère illicite de ce contenu ?

La jurisprudence relative à ce paragraphe est encore peu fournie²⁶⁸. Pourtant en pratique l'hypothèse n'est pas un cas d'école comme en témoigne l'affaire récente *Langdon v. Google, Inc.*²⁶⁹ dans laquelle les PISEL Google, Yahoo! et Microsoft ont pu bénéficier du CDA alors qu'ils avaient refusé de diffuser des annonces publicitaires sur les sites aux contenus politiques du demandeur²⁷⁰.

²⁶⁸ Voir l'affaire *e360Insight, LLC v. Comcast Corp.*, 546 F.Supp.2d 605 (N.D.Ill. 2008) dans laquelle l'utilisation d'un programme permettant de bloquer les courriers électroniques jugés indésirables par le PISEL parmi lesquels les courriers électroniques envoyés par le demandeur est protégée par la section 230(c)(2) du CDA. Il importait peu que les dispositions du Can-Spam Act (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003), 15 U.S.C. §§7701-7713, réglementant l'usage de la technique des courriers non sollicités ait été respecté par le demandeur ; l'affaire *Associated Bank-Corp. v. Earthlink, Inc.*, 2005 WL 2240952 (W.D.Wis. 2005) à propos de l'utilisation d'un programme anti-phishing (escroquerie par hameçonnage). Seul le paragraphe (c)(1) de la section 230 est évoqué cependant. Voir également l'affaire *Lunney v. Prodigy Services Co.*, 94 N.Y.2d 242 (N.Y. 1999) dans laquelle les juges refusèrent d'engager la responsabilité du fournisseur d'hébergement qui avait pourtant mis fin au compte du demandeur pour avoir transmis un message indécent, alors que ce dernier n'était pas l'auteur du message ; et les affaires *Search King, Inc. v. Google Technology, Inc.*, 2003 WL 21464568 (W.D.Okla 2003) et *Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc.*, 2007 WL 831806 (N.D.Cal. 2007) relative cette fois à la décision de Google de ne plus indexer un de ses clients ou de modifier son classement au sein de sa liste de résultat, décision qui ne peut être attaquée sur le fondement du premier amendement de la Constitution tant qu'il n'est pas démontré par le demandeur que Google a eu l'intention de faire de son site un forum public. Dans ces trois affaires, les juges ne se fondèrent pas sur la section 230 du CDA pour rendre leur décision en faveur du PISEL.

²⁶⁹ 474 F.Supp.2d 622, 630-631 (D.Del. 2007) : « *It is evident from the allegations in the Amended Complaint that Plaintiff attempts to hold Defendants liable for decisions relating to the monitoring, screening, and deletion of content from their network. As noted by the Green Court, these actions are "quintessentially related to a publisher's role," [...] and " §230 'specifically proscribes liability' in such circumstances." [...] Plaintiff's position that §230 is inapplicable is not well-taken. Plaintiff argues there was no refusal to run his ads on the basis they were obscene or harassing, and that Defendants cannot create "purported reasons for not running his ads." [...]. He omits, however, reference to that portion of §230 which provides immunity from suit for restricting material that is "otherwise objectionable" ».*

²⁷⁰ Le demandeur par le biais de ses sites critiquait la politique de certains gouvernements étatiques américains ainsi que les atrocités commises par le gouvernement chinois.

64. L'indifférence de la nature du remède demandé par la victime -

Enfin, l'on notera avant de conclure, que le fournisseur de service est exonéré quelle que soit la nature du remède demandé. Autrement dit, en dépit d'une décision qui semble minoritaire²⁷¹, lorsqu'il est demandé au juge d'enjoindre le défendeur d'éliminer le contenu illicite ou de rendre son accès impossible, le premier rejette en général la demande, car c'est encore rendre responsable le second du fait d'autrui.

Conclusion

65. Le dispositif du CDA se caractérise donc par un principe d'irresponsabilité des PISEL largement définis, ce quel que soit le type de contenu transmis par autrui sur leurs systèmes, autrement dit quelle que soit la nature de l'intérêt violé par le contenu mis en ligne. La seule exception à ce principe concerne les cas de contrefaçons aux droits de propriété intellectuelle. Cette exonération totale de responsabilité civile au profit des PISEL a d'abord été expliquée par l'absence de rareté sur le réseau Internet rendant toute activité de contrôle des contenus relativement coûteuse. Or en imposant aux PISEL un devoir de faire cesser les agissements illicites sur leurs

²⁷¹ *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 2 F.Supp.2d 783, 790 (E.D.Va. 1998) : « *Even if §230 were construed to apply to public libraries, defendants cite no authority to suggest that the "tort-based" immunity to "civil liability" described by §230 would bar the instant action, which is for declaratory and injunctive relief* ». On remarquera qu'en l'espèce il était demandé au juge d'enjoindre au défendeur de mettre fin à son activité de filtrage et non pas de bloquer l'accès à un contenu. Comparer avec *Noah v. AOL Time Warner, Inc.* 261 F.Supp.2d 532, 550 (E.D.Va. 2003) qui ne fait pas de distinction quant à l'objet de l'injonction demandée : « *[G]iven that the purpose of §230 is to shield service providers from legal responsibility for the statements of third parties, §230 should not be read to permit claims that request only injunctive relief. After all, in some circumstances injunctive relief will be at least as burdensome to the service provider as damages, and is typically more intrusive* ». Voir également *Ben Ezra*, 206 F.3d 980, 983-986 (10th Cir. 2000) ; *Kathleen R. v. City of Livermore*, 87 Cal.App.4th 684, 698 (Cal. Ct. App. 2001); *Smith v. Intercosmos Media Group, Inc.*, 2002 WL 31844907 (E.D.La. 2002). Voir également *Morrison v. American Online, Inc.*, 153 F.Supp.2d 930, 934-935 (N.D.Ind. 2001) qui reconnaît qu'il n'y a pas unanimité en jurisprudence.

systèmes, on les contraindrait à entreprendre une activité de ce type. On freinerait donc l'expansion du marché électronique. Mais cela n'explique pas tout et en particulier le peu de cas fait de la responsabilité civile subjective.

Par le biais du CDA il s'agit en réalité de « déléguer » l'activité de régulation aux PISEL, qui se sachant irresponsables, sont donc incités à investir dans l'élaboration de dispositifs technologiques destinés à influencer sur le comportement de leurs utilisateurs. L'on privilégie donc une stratégie de régulation fondée sur la régulation privée purement volontaire, ce à l'initiative des PISEL assimilables à des régulateurs privés spontanés quasi omnipotents.

CHAPITRE 2EME. LA DE-JURIDICISATION DU PROCESSUS DE REGULATION PRIVEE

66. Le but social vers lequel sont orientées les stratégies de régulation faisant l'objet de cette étude est comme, nous l'avons déjà mentionné, la régulation des contenus diffusés sur Internet de telle sorte que soient éliminés les messages illicites. Quelles sont dès lors les composantes de la stratégie de régulation élaborée par le législateur américain au moyen du CDA ? Autrement dit, qui participe au processus de régulation ? Comment est assurée la qualité du processus de régulation et par là même son efficacité ?

La première partie de la section 230 du CDA dévoile la politique législative sous-jacente aux dispositions qui s'en suivent. Cette pratique, somme toute assez rare, est largement contestée en doctrine, puisqu'au moins en théorie elle ne lie pas les juges. Il n'empêche que ces derniers n'ont pas hésité à s'y référer pour tenter de justifier les effets du paragraphe (c) de cette section²⁷². Ainsi, l'exonération de principe de toute responsabilité délictuelle du fait d'autrui s'explique par la volonté du législateur de privatiser le processus de régulation en déléguant l'intégralité des activités de régulation aux PISEL (I). En conséquence, la qualité du produit de la régulation privée n'est garantie que par le jeu de la concurrence internormative censée se développer entre la multitude des prestataires intermédiaires « investis » des fonctions de régulateurs privés. C'est donc au moyen du droit des contrats que la régulation des contenus mis en ligne doit s'opérer, sans que les règles traditionnelles de la matière soient altérées pour tenir compte des nouvelles fonctions attribuées au contrat, qui, d'échange se mue en outil organisationnel (II).

²⁷² Voir par exemple la décision *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327, certiorari denied 118 S.Ct. 2341 (4th Cir. 1997).

I. La privatisation complète du processus de régulation

67. La privatisation du processus de régulation s'explique moins par l'accroissement des capacités de l'utilisateur qui détient le pouvoir de discriminer parmi les contenus qui lui sont offerts (A) que par la délégation de l'ensemble des activités de régulation aux PISEL (B).

A. L'utopie : l'accroissement des capacités de l'utilisateur final

68. **Le recours aux moyens technologiques de blocage et de filtrage à l'initiative de l'utilisateur final aux fins de réguler les contenus transmis en ligne** - Il est fait mention aux premiers paragraphes de la section 230 du fait que les services informatiques interactifs « *offrent aux utilisateurs un degré élevé de contrôle de l'information qu'ils reçoivent, de même que la potentialité d'un contrôle encore plus étendu dans le futur à mesure que la technologie se développe* »²⁷³. Dès lors, la politique des États-Unis consiste à « *encourager le développement des technologies qui maximisent le contrôle de l'utilisateur sur la nature de l'information qui est reçue par les individus, les familles, et les écoles qui utilisent l'Internet et d'autres services informatiques interactifs* » et d' « *éliminer les obstacles au développement et à l'utilisation des technologies de blocage et de filtrage qui offrent aux parents le pouvoir de restreindre l'accès de leurs enfants à des matériaux en ligne critiquables et inappropriés* »²⁷⁴. Il semble donc à première vue que les utilisateurs et non pas les fournisseurs de service informatique interactif soient considérés comme les véritables décideurs quant aux types de contenus auxquels ils ont accès au moyen d'Internet, aidés dans la mesure du possible par la technologie développée par les fournisseurs de service en ligne. C'est là la consécration de l'approche en terme de « user empowerment » (« la prise

²⁷³ Traduction de l'auteur.

²⁷⁴ Traduction de l'auteur.

de pouvoir par l'utilisateur »)²⁷⁵ qui trouve son origine dans la création en juin 1995 de l'association « Information Highway Parental Empowerment Group » par trois des sociétés de logiciels les plus importantes de l'époque : Microsoft Corporation, Netscape Communications et Progressive Networks, association dont l'ambition était de développer un programme informatique qui devait permettre aux parents de contrôler les matériaux accessibles sur le réseau par leurs enfants.

L'on fera remarquer que la pertinence d'une approche de ce type a été confirmée par les différentes décisions intervenues à propos de l'affaire *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* et notamment par la décision de la Cour suprême du 29 juin 2004²⁷⁶. Les mesures de blocage et de filtrage entreprises par les utilisateurs finaux du réseau et en particulier par les parents afin de protéger leurs enfants sont présentées comme dignes d'intérêt dans la mesure où elles permettent d'éviter de réguler les contenus à la source. Elles sont donc plus respectueuses de la liberté d'expression.

69. La théorie du « user empowerment », *ratio legis* improbable de la section 230 du CDA - La théorie du « user empowerment » ne permet pourtant pas de rendre compte du dispositif du CDA de manière satisfaisante. Il est vrai qu'elle explique sans aucun doute la règle posée au

²⁷⁵ Voir pour une approche historique de cette notion M. Udekem-Gevers et Y. Pouillet, *Concerns from a European user-empowerment perspective relating to Internet content*, *Communications & Strategies* (43)2001, 143-190. Ces auteurs proposent la définition suivante : « *In practical terms, user-empowerment in the domain of Internet content regulation comprises several components. On the one hand, it includes the right of the Internet user to dispose of technologies in order to fulfil the need for protection. These technologies have to respond to several requirements [...]. They have to be adaptable so as to take into account respect for personal and cultural values. They must be transparent, i.e. make the user aware of any relevant information. They must also be diverse (i.e. providing technical variety), efficient and affordable. On the other hand, user-empowerment includes the right to be informed of an educated on the risks to both the Internet and the available Internet filtering and labelling tools, to have efficient mechanisms to report any infringement and to have rapid, proportionate and adequate sanctions* ».

²⁷⁶ *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656, 666-670 (2004).

paragraphe (c) (2) (B) de la section 230²⁷⁷ qui veut que l'utilisateur ou le fournisseur de service informatique interactif ne soit pas responsable civilement des suites de son offre de moyens technologiques permettant de restreindre l'accès à certains matériaux jugés offensifs. Après tout, les consommateurs finaux sont libres d'accepter ou de refuser les termes de l'offre, autrement dit le recours aux dispositifs de filtrage. Et à supposer que l'offre de moyens technologiques réponde en tout et pour tout à leurs demandes, la responsabilité des PISEL en cas de contenus transmis par autrui ne se justifie plus. D'où l'inclusion du paragraphe (c) (1)²⁷⁸ : « *aucun fournisseur ou utilisateur d'un service informatique interactif ne doit être traité comme l'éditeur ou l'auteur de l'information fournie par un autre fournisseur de contenu informationnel* »²⁷⁹.

Aucune obligation de faire ne grève cependant les PISEL aux fins d'assurer la réalité de l'offre de moyens technologiques nécessaires à leurs utilisateurs.

De plus, le paragraphe (c) (2) (A)²⁸⁰ se justifie difficilement au regard de cette théorie : pourquoi exonérer le fournisseur de service informatique interactif qui déciderait d'éliminer ou de rendre impossible l'accès à un contenu licite lorsque c'est à l'utilisateur d'opérer un tel choix ?

En outre, même si le rôle du prestataire intermédiaire qui propose à ses utilisateurs des mécanismes de filtrage est d'abord technique, il est aussi normatif. En effet, il consiste à offrir à ses utilisateurs un véritable produit normatif censé correspondre aux préférences des consommateurs en termes

²⁷⁷ « *No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of –[...] (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1)* ».

²⁷⁸ « *No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information provider* ».

²⁷⁹ Traduction de l'auteur.

²⁸⁰ « *No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of – (A) any action voluntary taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected* ».

de régulation des contenus transmis en ligne. À ce titre, certains commentateurs ont démontré l'ambiguïté de la théorie du « user empowerment » puisque le PISEL chargé de développer les outils technologiques devant permettre de rendre effectifs les choix effectués par ses utilisateurs, conditionne en amont la nature des préférences de ces derniers qui ne sont pas pleinement conscients de cet état de fait²⁸¹. Cela s'explique en effet facilement par le fait que le consommateur moyen ne sait que peu de choses des capacités techniques réelles des PISEL qui n'ont d'ailleurs pas nécessairement intérêt à jouer la carte de la transparence en la matière. Les PISEL restent donc entièrement maîtres des termes de l'offre émise. Il existe ainsi un déséquilibre significatif entre la position des PISEL et celle de leurs utilisateurs dû en grande partie à une asymétrie informationnelle.

Enfin, l'initiative de la mise en œuvre de mesures de filtrage ou de blocage provient le plus souvent des PISEL et non pas des utilisateurs finaux. Dans ce cas, il s'agit moins d'accroître les capacités de l'utilisateur que de faire jouer aux PISEL le rôle de censeurs²⁸². Or, c'est justement ce à quoi aspire le modèle du CDA qui suppose que l'ensemble des activités de régulation soit en réalité délégué aux PISEL.

²⁸¹ D. Kerr, *Action Plan on promoting safer use of the Internet -- Self-labelling and filtering*, Incore Final Report, 2000, <http://europa.eu.int/ISPO/iap/INCOREexec.html>; M. Udekem-Gevers et Y. Poulet, *Concerns from a European user-empowerment perspective relating to Internet content*, *Communications & Strategies* (43)2001, 143-190. Voir de manière plus générale T. J. McIntyre et C. Scott, *Internet filtering: rhetoric, legitimacy, accountability and responsibility*, 2008, Brownsword, R., Yeung, K, eds., Oxford, Hart Publishing, disponible à SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1103030>.

²⁸² T. J. McIntyre et C. Scott, *Internet filtering: rhetoric, legitimacy, accountability and responsibility*, 2008, Brownsword, R., Yeung, K, eds., Oxford, Hart Publishing, disponible à SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1103030>, p. 2. Voir également J. Zittrain, *Internet points of control*, *Boston College Law Review* (14)2003, 653-688, qui explique pourquoi et comment les fournisseurs de service en ligne plutôt que les utilisateurs ont été sollicités par les autorités publiques.

B. La réalité : la délégation de l'ensemble des activités de régulation aux PISEL

70. La véritable *ratio legis* de la section 230 du CDA, encourager les PISEL à autoréguler - La théorie du « user empowerment » est de peu d'utilité lorsqu'il s'agit d'explicitier la *ratio legis* de la section 230 du CDA. D'ailleurs, l'existence même de la section 223 fait douter de la prépondérance d'une telle orientation, puisqu'en dépit de l'accroissement allégué des facultés de l'utilisateur, le législateur a ressenti le besoin de criminaliser un certain nombre de comportements²⁸³. Mais si le premier n'est pas omnipotent, et si les imprécations paternalistes du second sont lettres mortes, que reste-t-il ? Qui régule au final ?

C'est là tout le génie des juges de l'affaire Zeran qui découvrirent dans cette sorte d'exposé des motifs intégrée au texte législatif un double objectif promu par la section 230. En sus de l'incitation à l'innovation et de la soi-disant promotion de la liberté d'expression qui justifient un régime atténué de responsabilité aux fins de réduire le coût de l'investissement des PISEL en même temps que l'effet de censure, l'on doit faire en sorte que les PISEL effectivement régulent²⁸⁴ : « *un autre objectif important de la section 230 était d'encourager les fournisseurs de service à autoréguler la dissémination de matériaux offensifs sur leurs services [...] Le Congrès adopta la section 230 afin d'éliminer les*

²⁸³ Voir les propos de M. Cannon qui explique qu'au moment de l'adoption du CDA deux conceptions de la régulation des contenus sur Internet s'opposaient, sans que les rédacteurs du texte législatif tranchent explicitement. C'est pourtant selon cet auteur la conception classique de « command and control » qui prévaut au final. R. Cannon, *The legislative history of senator Exon's Communications Decency Act: regulating barbarians on the information superhighway*, *Federal Communications Law Journal* (49)1996, 51-94. Cette victoire de la conception classique n'est cependant qu'éphémère puisque ses dispositions clefs seront par la suite considérées comme inconstitutionnelles par la Cour suprême.

²⁸⁴ Il y a là en réalité une grande hypocrisie puisque les effets de la censure privée ne sont pas moins néfastes que ceux de la censure publique.

obstacles à l'autorégulation créés par la décision *Stratton Oakmont*»²⁸⁵. Mais puisque c'est au fournisseur de service informatique interactif et à lui seul de réguler les contenus²⁸⁶, c'est-à-dire entendons-nous bien qu'il lui incombe de définir les normes²⁸⁷ d'accessibilité des contenus transmis en ligne, de contrôler leurs applications et de sanctionner leurs déviations, il ne faut pas qu'il soit contraint de fermer boutique en raison du coût trop élevé de l'activité de régulation dû en grande partie à un régime de responsabilité délictuelle trop lourd. En conséquence, l'on cherche à subventionner les acteurs de l'industrie des nouvelles technologies au moyen d'un régime d'irresponsabilité. Et la « subvention » de ces derniers s'explique par la supériorité alléguée du modèle de la régulation privée. Ainsi, l'histoire se répète²⁸⁸, mais seulement partiellement : les faveurs faites aux industriels

²⁸⁵ *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 331 certiorari denied 118 S.Ct. 2341 (4th Cir. 1997) (Traduction de l'auteur). Nombreuses sont les décisions à reprendre ce raisonnement. Voir notamment *Kathleen R. v. City of Livermore*, 87 Cal.App.4th 684, 104 Cal.Rptr.2d 772 (Cal. Ct. App. 2001) ; *Gentry v. eBay, Inc.* 99 Cal. App. 4th 816, 121 Cal. Rptr. 2d 703 (Cal. App. 4 Dist. 2002) ; *Doe v. America Online, Inc.*, 783 So. 2d 1010 (Fla. 2001) ; *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33, 146 P. 3d 510 (S. Ct. of Cal. 2006) ; *Beyond Systems, Inc. v. Keynetics, Inc.*, 422 F.Supp.2d 523, 536+ (D.Md. Feb 14, 2006).

²⁸⁶ Le premier amendement n'est plus ici invoqué bizarrement. On remarquera d'ailleurs qu'il ne peut être opposé à des personnes privées et qu'il ne sert en principe qu'à contraindre l'action des autorités publiques. Voir à ce titre l'affaire *Green v. America Online*, 318 F.3d 465, 470-71 (3d Cir. 2003) dans laquelle les juges réfutèrent l'argument selon lequel la section 230, de même que l'activité de régulation privée exercée par AOL enfreindraient les dispositions du premier Amendement. Tout d'abord, « *Section 230(c)(2) does not require AOL to restrict speech; rather it allows AOL to establish standards of decency without risking liability for doing so* ». On peut sans aucun doute contester la logique d'une telle affirmation. De plus ajoutent les juges, « *AOL is a private, for profit company and is not subject to constitutional free speech guarantees. It is a fee-based Internet service provider that runs a proprietary, content-based online service. We are unpersuaded by Green's contentions that AOL is transformed into a state actor because AOL provides a connection to the Internet on which government and taxpayer-funded websites are found, and because AOL opens its network to the public whenever an AOL member accesses the Internet and receives email or other messages from non-members of AOL* ».

²⁸⁷ L'impossibilité de subordonner la sphère de la régulation privée à celle de la régulation publique aboutit de fait à déléguer aux fournisseurs de service informatique interactif un pouvoir normatif considérable étant donné le domaine de la section 230.

²⁸⁸ Ici autant le parlement que l'autorité judiciaire seraient enclins à faire primer l'intérêt des industriels sur celui des victimes. Les exposants les plus célèbres de la thèse de la subvention de l'industrie au moyen du « tort of negligence » au 19^e siècle sont sans doute : L. Friedman, *A history of american law*, 1973, Simon and Schuster, Touchstone, New-York, p. 409-427; M. Horwitz, *The transformation of American law, 1780-1860*, 1977, Harvard University Press,

doivent non seulement permettre de nourrir un processus d'innovation sur le long terme, mais aussi de déléguer à ces derniers l'activité de régulation, ce qui ne va pas nécessairement de soi.

Que l'activité de régulation du PISEL se fasse en partie par l'instrumentalisation de la technique n'atténue pas les dangers d'une telle délégalation. Ou plutôt si puisqu'elle rend toute tentative de contournement particulièrement difficile : l'autorité du régulateur privé se voit ainsi renforcée. L'on voit poindre là l'argument selon lequel la stratégie de régulation ainsi adoptée est opportune parce qu'effective et même efficace. À cet égard, le régulateur privé dispose d'un avantage comparatif par rapport à l'autorité publique en ce qu'il est incité, sous la pression de la concurrence, à développer des technologies performantes susceptibles d'être instrumentalisées à des fins de régulation des comportements sur le réseau²⁸⁹. La contrainte exercée par le « code » ou encore de la « lex informatica » a été illustrée par de nombreux auteurs, dont L. Lessig ou encore J. Reidenberg. Mais tout dépend du contenu de l'objectif de régulation aux vues duquel l'efficacité de la régulation privée est évaluée. Dès lors qu'il inclut les exigences de l'ordre public l'efficacité de la régulation privée est en réalité toute relative.

71. Les modalités de la délégalation des activités de régulation aux PISEL - Ce qui est remarquable, c'est la concentration des prérogatives

Cambridge, Mass, p. 67-108; C. O. Gregory, *Trespass to negligence to absolute liability*, Virginia Law Review (37)1951, 359-398; W. Malone, S., *The formative era of contributory negligence*, Illinois Law Review 1946, 839-841. Pour une critique de cette thèse, voir par exemple G. T. Schwartz, *Tort law and the economy in nineteenth-century America: a reinterpretation*, Yale Law Journal (90)1981, 1717-1775.

²⁸⁹ « *Public providers of law have only law at their disposal. They can hope or expect that private providers will offer technological, organizational, or reputational mechanisms to support commitment, but they cannot themselves develop a product, like the Web Trust or VeriSign product, that combines law with technology, organization, and reputation* ». G. K. Hadfield, *Delivering legality on the Internet: developing principles for the private provision of commercial law*, American Law and Economic Review (6)2004, 154-184. Cet argument a été avancé pour justifier l'absence de régulation publique dans le domaine de la protection des données personnelles aux États-Unis. Ce choix de politique législative a pourtant été souvent critiqué en doctrine.

propres au processus de régulation entre les mains du PISEL : aidé de la technique il fixe la règle, contrôle son application et la sanctionne, en éliminant un contenu ou en rendant son accès impossible, voire en refusant de continuer à offrir ses services à l'auteur principal de l'activité illicite. Plus précisément, il est autorisé à intervenir à la fois *ex post*, en retirant de son système les matériaux allégués illicites ou *ex ante* en empêchant que les matériaux allégués soient accessibles sur son système.

En conséquence, l'on a bien une nouvelle allocation des compétences « régulatrices » au bénéfice des PISEL appelés ainsi à réaliser chacune des activités clefs du système de régulation. Dès lors, s'il y a bien privatisation du processus de régulation l'on n'aboutit pas véritablement à un processus d'autorégulation : la classe des régulateurs (les fournisseurs de service informatique interactif) ne correspond pas exactement à celle des régulés (utilisateurs de ces services) quand bien même il s'agirait toujours d'acteurs privés. L'acceptation des utilisateurs de se soumettre aux conditions d'utilisation du PISEL n'est qu'une garantie formelle, même si les premiers sont à même de faire pression sur le second en refusant le bénéfice de ses services.

De l'analyse du CDA et de la jurisprudence subséquente, il ressort qu'il n'existe aucune sanction possible sur le fondement du droit des « torts » en cas d'inaction du PISEL qui avait pourtant connaissance de la présence sur son réseau de contenus illicites, puisque ce dernier n'est pas soumis au standard de responsabilité du distributeur. De ce fait, l'on exclut toute instrumentalisation de la responsabilité civile délictuelle aux fins de garantir un niveau minimum de régulation des contenus mis en ligne, lorsque notamment le PISEL est informé de la présence de matériaux manifestement illicites sur son système. Or dans ce cas, l'obligation à la charge du PISEL est peu onéreuse, puisque le coût de la détection de l'activité illicite pèse principalement sur la victime, tout en étant plus légitime, puisque la fixation

de la norme d'accessibilité du contenu reste de la compétence des autorités traditionnelles. Cette observation est d'autant plus inquiétante qu'elle est valable quelle que soit la nature de l'intérêt violé, ou encore du dommage causé.

Surtout, aucun contentieux de la conformité du produit de la régulation privée n'est possible sur le fondement du droit des « torts ». Comme on vient de l'évoquer, aucune obligation de faire ne grève le PISEL. De même, en cas de mauvaise exécution de cette obligation, lorsque le PISEL élimine ou occlut l'accès à un contenu licite, il ne peut être rendu responsable en droit ou en Équité que si sa mauvaise foi est démontrée par la victime, ce qui est une tâche bien difficile. Enfin, aucune limite ne borne les « compétences » du PISEL, de sorte que ce dernier est susceptible d'éliminer tout type de contenu, quelles que soient les raisons qui motivent son choix éditorial. Un contrôle de l'abus du pouvoir du régulateur privé est donc ici de peu d'utilité. En résumé, la régulation privée voulue par les rédacteurs du CDA est purement volontaire.

Les dispositions de la section 230 du CDA s'expliquent donc par la privatisation du processus de régulation et l'élévation des PISEL au rang de régulateurs privés. À ce stade de la démonstration, la question qui se pose est celle de savoir si l'exonération de la responsabilité civile délictuelle des PISEL a été compensée par l'instauration de mécanismes alternatifs *ex ante* ou *ex post* permettant tant bien que mal d'obtenir une régulation privée de qualité. La dé-juridicisation du processus de régulation privée nous contraint cependant à répondre par la négative. En effet, l'acceptation des utilisateurs de se soumettre aux conditions d'utilisation du fournisseur de service est un bien faible garant de la qualité du processus de régulation même lorsque les utilisateurs sont susceptibles de « voter avec leurs pieds ».

II. L'inadaptation du droit des contrats traditionnels

72. Parce que seule la concurrence internormative censée s'opérer entre PISEL garantit la qualité de la régulation privée (A), le droit des contrats est l'unique instrument juridique à servir de cadre à l'activité de régulation des PISEL. Les remèdes qu'il offre sont cependant inaptes à produire une régulation de qualité des contenus transmis en ligne (B).

A. Les failles du marché des produits de la régulation privée

73. **La qualité de la régulation privée recherchée par le biais de la concurrence entre régulateurs privés** - L'on est contraint de supposer, pour faire tenir l'édifice debout, que la concurrence entre régulateurs privés, autrement dit le jeu de l'offre et de la demande de produits normatifs privatisés, suffit à faire émerger un niveau « juste » de régulation, sans qu'il ne soit besoin d'instaurer d'instruments correcteurs²⁹⁰. Puisque l'on a foi en la main invisible, l'on peut se satisfaire de l'irresponsabilité de principe du régulateur privé dont l'activité est contrainte par les préférences des internautes. À cet égard, la qualification d'autorégulation au singulier est doublement trompeuse dans la mesure où elle cache le véritable choix institutionnel sous-jacent à cette stratégie de régulation : le marché.

Il s'agit là d'étendre la théorie du fédéralisme économique aux hypothèses de régulation privée. Depuis la remarque célèbre du juge Brandeis²⁹¹, un certain nombre d'auteurs ont en effet entrepris de démontrer

²⁹⁰ Pour une exposition de la thèse de la supériorité d'un modèle de concurrence entre régulateurs privés sur un modèle de monopole du régulateur public dans un environnement « dépendant » de la technologie, voir G. K. Hadfield, *Delivering legality on the Internet: developing principles for the private provision of commercial law*, *American Law and Economic Review* (6)2004, 154-184.

²⁹¹ « *It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State, may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to*

la supériorité du modèle constitutionnel fédéraliste dans la mesure où il permet de nourrir un phénomène d'innovation normative permanente grâce à la pression de la concurrence qui s'établit entre les gouvernements étatiques oeuvrant au titre de fournisseurs de normes juridiques. Élaborée initialement en matière fiscale²⁹², la théorie du fédéralisme économique a ensuite été étendue à l'ensemble du droit public et même plus récemment au domaine du droit privé. M. Ogus²⁹³ distingue à cet effet les produits de droit privé homogènes²⁹⁴, pour lesquels les préférences des acteurs privés sont uniformes d'une juridiction à l'autre, des produits de droit privé hétérogènes²⁹⁵, pour lesquels les préférences des acteurs privés sont en revanche dissemblables d'une juridiction à l'autre. Selon ses dires ce n'est que pour la seconde catégorie que la concurrence entre régulateurs peut s'établir puisqu'ils créent parmi les consommateurs des perdants et des gagnants.

the rest of the country ». *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932), Justice Brandeis, dissenting.

²⁹² Le modèle du fédéralisme économique trouve sa source dans l'œuvre de C. Tiebout, *A pure theory of local expenditures*, *Journal of Political Economy* (64)1956, 416-424. Parmi les nombreux articles en la matière voir entre autres : W. W. Bratton et J. A. McCahery, *The new economics of jurisdictional competition: devolutionary federalism in a second-best world*, *Georgetown Law Journal* (86)1997, 201-278; A. Breton, *Competitive governments : an economic theory of politics and public finance*, 1998, Cambridge University Press, New-York & Cambridge; E. M. Gramlich, *Cooperation and competition in public welfare policies*, *Journal of Policy Analysis & Management* (6)1987, 417-431.

²⁹³ A. I. Ogus, *Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law*, *The International and Comparative Law Quarterly* (48)1999, 405-418.

²⁹⁴ « *Homogeneous legal products are those as to which there is unlikely to be a significant variation in preferences as between market actors in different jurisdictions. The best examples are to be found in "facilitative law", that area of law, which provides mechanisms for ensuring mutually desired outcomes: contracts, corporations, other forms of legal organisations and dealings with property* ». A. I. Ogus, *Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law*, *The International and Comparative Law Quarterly* (48)1999, 405-418, p. 410.

²⁹⁵ « *Large areas of law are not "facilitative" in the sense described above. Rather they are "interventionist" in that they protect defined interests and/or supersede voluntary transactions. This cover tort and regulatory law, but also those aspects of contract, property and corporate law which confer protection on parties assumed to be disadvantaged by processes of free bargaining, for example consumers, employees, tenants and (in some contexts) shareholders* ». A. I. Ogus, *Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law*, *The International and Comparative Law Quarterly* (48)1999, 405-418, p. 412-413.

Ceci dit, à partir du moment où l'on reconnaît la fonction régulatrice de la majorité des dispositions du droit privé la distinction entre produits homogènes et produits hétérogènes perd de sa pertinence²⁹⁶. Surtout, user de la théorie du fédéralisme économique pour rendre compte des relations interétatiques, voire internationale suppose qu'il existe entre les différents systèmes de droit privé un degré minimum d'homogénéité axiologique (autrement dit une *ratio legis* identique), de telle sorte que l'objectif à atteindre soit identique ou similaire. Or l'existence de produits de droit privé hétérogènes témoigne dans certains cas de la coexistence de choix politiques radicalement différents.

Même à supposer qu'il soit possible en pratique de comparer utilement les règles de droit privé, la concurrence internormative²⁹⁷ ne devient effective que si cinq conditions sont remplies : un grand nombre de fournisseurs de produits juridiques (traditionnellement les entités étatiques), l'absence d'obstacle à la mobilité des consommateurs, l'information complète des consommateurs, le recours à un procédé efficient de production du bien public et l'absence d'externalités transfrontières. La concurrence internormative pure et parfaite ne se développe donc pas d'elle-même, comme l'illustre l'exemple du cyberspace.

74. Les imperfections de la concurrence internormative au sein du cyberspace - Tout d'abord, il est difficile d'arguer de l'information complète des consommateurs dans la mesure où l'activité normative est intimement liée aux capacités techniques des prestataires intermédiaires. En effet, les premiers

²⁹⁶ Voir H. Collins, *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York.

²⁹⁷ L'on emploie ici l'expression internormativité dans un sens différent de celui utilisé par Carbonnier qui vise essentiellement les rapports entre sphères juridiques et sphères a-juridiques. En ce qui nous concerne nous sommes encore à l'intérieur la sphère juridique bien que l'étanchéité de ses frontières soit relative. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1978, Presses Universitaires de France, Paris, p. 317 : « *Entre le droit et les autres systèmes normatifs des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent. Ce sont là des phénomènes autonomes (un peu comme le droit international privé est autonome à l'égard des droits nationaux) : les phénomènes d'internormativité* ».

ne sont souvent pas à même de saisir les implications normatives de l'architecture du système au moyen duquel ils communiquent. Comme l'explique Mme Freiwald, qui s'intéresse tout particulièrement aux hypothèses de diffamation sur Internet²⁹⁸, il existe une forte asymétrie informationnelle entre PISEL et utilisateurs, ainsi qu'une tendance de la part des seconds à sous-estimer la probabilité du dommage.

Ensuite, la mise en concurrence des communautés normatives engendre dans certains cas un phénomène de course vers le bas (« race to the bottom »)²⁹⁹ si bien que l'on aboutit en réalité à une homogénéisation des termes de l'offre en deçà des préférences des consommateurs. De manière générale, une course vers le bas est susceptible de se produire dans plusieurs hypothèses. Premièrement, elle peut être engendrée par la création d'externalités transfrontières³⁰⁰. Les régulateurs sont parfois tentés d'exporter

²⁹⁸ « *The transaction costs involved in a potential victim's negotiations with intermediaries to reduce defamation injury would likely swamp any individual's stake in the outcome. In other words, it would not be worthwhile to potential victims to negotiate for greater protection because the costs of negotiating would exceed the benefits. Additionally, potential victims face the information costs associated with appreciating the threat of injury as they may never have thought about their vulnerability. Intermediaries' complex technology exacerbates the potential victims' information costs: they probably have no idea what steps an intermediary could take to prevent or reduce defamation injury so that, even if they knew of the risk and were willing to negotiate, they would not know what to demand. Even those who are sophisticated users of Internet technologies would probably have little knowledge about the inner workings of intermediaries. Finally, any negotiated solution would likely involve an intermediary reducing defamation for all potential victims, not just the contracting party. That further inhibits transactions by encouraging free-riding, with potential victims hoping to benefit from other contracts, while avoiding the costs themselves* ». S. Freiwald, *Comparative institutional analysis in cyberspace: the case of intermediary liability for defamation*, Harvard Journal of Law and Technology (14)2001, 569-655. Voir également les propos critiques de M. Netanel, N. W. Netanel, *Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory*, California Law Review (88)2000, 395-498.

²⁹⁹ L'un des premiers à avoir employé le terme de « race to the bottom » est sans doute W. L. Cary, *Federalism and corporate law: reflections upon Delaware*, The Yale Law Journal (83)1974, 663-705.

³⁰⁰ Le concept d'externalité est l'un des plus complexes de la littérature économique. Parmi les nombreuses définitions qui en ont été données voir par exemple H. Demsetz, *Toward a theory of property rights*, The American Economic Review (57)1967, 347-349, p. 349: « *Externality is an ambiguous concept. [...] The concept includes external costs, external benefits, and pecuniary as well as nonpecuniary externalities. No harmful or beneficial effect is external to the world. Some person or persons always suffer or enjoy these effects. What converts a harmful or beneficial effect into an externality is that the cost of bringing the effect to bear on the decisions of one or more of the interacting persons is too high to make it worthwhile, and this is what the term shall mean here* ». Plus

le coût de l'activité de régulation dans le but de préserver leurs compétitivités en abaissant la qualité du produit fourni, sachant que seuls les tiers au processus de régulation en souffriront. C'est par exemple ce qui pourrait se passer si un fournisseur de service autorisait sur ses réseaux la diffamation de personnes autres que ses clients ou abonnés.

Deuxièmement, refuser d'encadrer l'exercice de l'autonomie privée peut avoir pour conséquence d'inciter cette fois-ci les régulés, et non plus les régulateurs, à choisir l'offre de régulation privée la plus libérale de sorte que la diversité de l'offre de régulation devienne en pratique lettre morte. Prenons l'exemple de la régulation d'un contenu indécent. Il est fort possible qu'un bon nombre de fournisseurs de contenus, parce qu'opportunistes, optent pour les services de PISEL peu regardants, si bien que l'offre initiale de régulation des contenus indécents finisse par disparaître.

Surtout, le cyberespace complique l'analyse économique en ce que les externalités sont susceptibles de se développer entre communautés normatives du cyberespace, mais également entre communautés normatives du cyberespace et communautés normatives traditionnelles regroupant les communautés étatiques³⁰¹. Autrement dit, rien ne garantit que la régulation privée ne reflète fidèlement la régulation publique et certainement pas l'institution juridique qui sous-tend le modèle de la régulation privée, à savoir le droit des contrats traditionnels.

simplement l'externalité est « *a cost or benefit that the voluntary action of one or more people impose or confer on a third party without their consent* ». R. Cooter et T. Ulen, *Law and economics*, 1988, Harper Collins, New-York, p. 45.

³⁰¹ Voir N. Elkin-Koren et E. M. Salzberg, *Law, economics and cyberspace – The effects of cyberspace on the economic analysis of law*, 2004, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, MA.

B. Des remèdes contractuels insuffisants

75. Non seulement le déni de régulation est difficilement sanctionnable sur le fondement du contrat (1) mais en sus la situation de sous-régulation qui en découle pénalise principalement une catégorie d'acteurs privés aux intérêts diffus au sein de la société, à savoir les consommateurs (2).

1. L'impossible obligation de régulation

76. **Aucune obligation de réguler au bénéfice des utilisateurs du PISEL** - De manière générale, aucune précision n'est apportée par le législateur ou par le juge quant à la nature de l'instrument de régulation à la disposition du PISEL. Il devrait donc s'agir essentiellement du contrat, puisque PISEL et utilisateurs sont en principe liés par une relation contractuelle. Au moyen d'un processus de standardisation, il permettrait d'encadrer l'activité de fixation des normes d'accessibilité des contenus, de contrôle de leurs applications et de leur sanction. Le contrat deviendrait donc organisationnel³⁰².

Mais tout dépend de l'activité du PISEL : un moteur de recherche par exemple n'est pas lié par contrat avec tous les fournisseurs de contenus du réseau Internet³⁰³. Pourtant à l'exemple de Google, les moteurs de recherche

³⁰² Le recours accru aux contrats types a souvent été décrit comme la manifestation de la privatisation du processus de régulation. Voir notamment W. D. Slawson, *Standard form contracts and democratic control of lawmaking power*, Harvard Law Review (84)1971, 529-566; D. V. Snyder, *Private lawmaking*, Ohio State Law Journal (64)2003, 371-449. La théorie du contrat organisationnel ou régulateur (« regulatory contract ») a également reçu un certain nombre d'échos positifs en droit administratif en réaction à la crise de la normativité étatique. Voir par exemple J. Freeman, *The contracting state*, Florida State University Law Review (28)2000, 155-214.

³⁰³ À moins de considérer que la mise en ligne d'un contenu vaut acceptation des conditions d'utilisation des moteurs de recherche d'autant qu'il existe des moyens d'interdire l'accès aux logiciels robots des moteurs de recherche. On remarquera qu'en vertu des conditions

ont tendance à prodiguer des conseils à tous les opérateurs de sites. De même, ils sont en général prêts à réagir à toute pratique malhonnête³⁰⁴. La régulation privée est donc susceptible d'intervenir également par le biais d'actes purement unilatéraux. Dès lors, l'accord de principe, souvent formel d'ailleurs, des utilisateurs du service n'est pas toujours garanti.

De plus, même à supposer que chaque fournisseur de service soit lié contractuellement à ses abonnés ou clients, imposer une obligation d'information³⁰⁵ à la charge du professionnel qui se verrait ainsi contraint d'explicitier les conditions de sa politique de régulation privée des contenus transmis en ligne³⁰⁶ ne permet pas de garantir que le professionnel s'engage effectivement à développer des outils efficaces de régulation et par là même à réguler, ce au moins lorsqu'il a connaissance d'une activité manifestement illicite. L'une des solutions pourrait consister à découvrir au sein du contrat

d'utilisation de Google l'usage du moteur de recherche vaut acceptation des conditions d'utilisation.

³⁰⁴ Dans la liste des conseils dispensés par Google aux opérateurs de site on trouve la mise en garde suivante : « *These quality guidelines cover the most common forms of deceptive or manipulative behavior, but Google may respond negatively to other misleading practices not listed here (e.g. tricking users by registering misspellings of well-known websites). It's not safe to assume that just because a specific deceptive technique isn't included on this page, Google approves of it* ».

<http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?hl=en&answer=35769>.

³⁰⁵ Il a d'ailleurs été remarqué que, dans certaines hypothèses, les juges tendent à être particulièrement déférents aux intérêts des professionnels et notamment lorsqu'ils ont à interpréter la teneur d'un contrat électronique de consommation. « *While it may be difficult to ascertain whether courts are more or less deferential to merchants seeking enforcement of contracts formed with new contracting systems than they were toward merchants in traditional markets, it is not difficult to ascertain the overall trend of deference to merchant interface design choices in the face of consumer objections* ». Voir J. K. Winn, *Contracting spyware by contract*, Berkeley Technology Law Journal (20)2005, 1345-1362, p. 1351. Voir également J. Braucher, *Delayed disclosure in consumer e-commerce as an unfair and deceptive practice*, Wayne Law Review (46)2000, 1805-1867; J. J. White, *Autistic contracts*, Wayne Law Review (45)2000, 1693-1731.

³⁰⁶ On remarquera cependant que les conditions d'utilisation des prestataires intermédiaires à cet égard sont très souvent imprécises. En outre, le fournisseur de service n'a généralement pas de peine à introduire une clause lui permettant de réviser de manière unilatérale ses conditions d'utilisation intégrées par référence aux contrats le liant à ses utilisateurs. Voir par exemple la clause suivante du contrat type d'eBay : « *We may amend this Agreement at any time by posting the amended terms on this Site. Except as stated elsewhere, all amended terms shall automatically be effective 30 days after they are initially posted. Additionally, we will notify you through the eBay Message Center. This Agreement may not be otherwise amended except in a writing signed by you and us* ». <http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html>.

une obligation de régulation au domaine limité, ce qui reviendrait à ruiner la règle posée à la section 230 du CDA.

À ce titre, l'exemple de la régulation du traitement des données personnelles est particulièrement instructif. Privatisée l'activité de régulation était censée s'opérer au moyen du droit des contrats sans qu'aucune obligation de régulation soit imposée sur la tête des fournisseurs de service. Les échecs de « l'autorégulation » ont cependant poussé la Federal Trade Commission (FTC) à réagir à plusieurs reprises : initialement en faveur de la régulation privée elle modifia son approche une première fois pour recommander que le législateur fédéral oblige les fournisseurs de service à édicter un règlement à valeur contractuelle relatif à la protection de la vie privée et contenant un nombre minimum de clauses impératives³⁰⁷. L'inertie du législateur la poussa ensuite à faire marche arrière³⁰⁸, jusqu'à ce qu'elle décide de rédiger elle-même les principes que les opérateurs économiques se doivent de respecter au risque de se voir condamner pour pratiques commerciales inéquitables ou trompeuses³⁰⁹.

³⁰⁷ Voir Final Report of the FTC Advisory Committee on Online Access and Security (15 May 2000) ; Federal Trade Commission, Privacy Online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace, A Report to Congress, (22 May 2000), <http://www.ftc.gov>.

³⁰⁸ Voir Associated Press, FTC Backs Internet Privacy Deal, disponible sur le site <http://legalnews.findlaw.com/news/s/20000727/privacy.htm>; FTC Chairman Timothy J. Muris, Protecting Consumers' Privacy: 2002 and Beyond, Remarks presented at the Privacy 2001 Conference, October 4, 2001, disponible sur le site <http://www.ftc.gov>.

³⁰⁹ FTC, Fair Information Practice Principle (4 juin 1998), et plus récemment Online Behavioral Advertising Privacy Principles (20 décembre 2007), <http://www.ftc.gov>. Pour un compte rendu des différentes positions de la FTC ainsi qu'un énoncé de ses principes voir M. Schachter, *Law of Internet speech*, 2002, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, p. 458 et s. La FTC a ainsi engagé un certain nombre d'actions sur le fondement de son mandat de droit commun tel qu'il ressort de la section 5 du FTC Act. Voir notamment *FTC v. ReverseAuction.Com, Inc.* Civ. Action n° 000032, Complaint (D.D.C. Janv. 6, 2000) disponible sur le site <http://www.ftc.gov>; *FTC v. Rapp*, n° 99-WM-783, Consent Agreement (D. Colo. 6/27/00). Pour une critique de l'activité de régulation menée par la FTC dans le domaine de la protection des données personnelles voir notamment J. R. Reidenberg, *Privacy wrongs in search of remedies*, *Hastings Law Journal* (54)2003, 877-898; P. M. Schwartz, *Privacy and democracy in cyberspace*, *Vanderbilt Law Review* (52)1999, 1609-1702. La solution selon certains réside dans le développement des solutions de droit étatique. Voir à ce propos P. L. Bellia, *Federalization in information privacy law*, *Yale Law Journal* (118)2009, 868-900; P. M. Schwartz, *Preemption and privacy*, *Yale Law Journal* (118)2009, 902-947.

77. Aucune obligation de régulation au bénéfice des tiers - En outre, le droit des contrats est de peu d'utilité lorsqu'il s'agit de faire respecter les droits des tiers et de lutter contre les externalités entre communautés, même en essayant de forcer les termes du contrat. De manière plus générale, la protection des droits et libertés constitutionnelles comme la liberté d'expression est impossible dans la mesure où ces droits ne sont en principe opposables qu'aux autorités publiques. Ainsi, les demandes fondées sur le premier amendement de la Constitution ont très largement échoué à l'encontre des PISEL³¹⁰.

78. Le rôle supplétif des dispositions de la section 230? - Enfin, pour que le contrat devienne véritablement organisationnel il faudrait en déduire que l'irresponsabilité de principe du PISEL telle qu'elle résulte de la section 230 du CDA n'est qu'une règle supplétive appelée à être contournée dans la plupart des cas, ce qui ne semble pas être le chemin suivi par la jurisprudence comme en témoigne l'affaire Grace³¹¹ dans laquelle les juges n'hésitèrent pas à accepter les effets de la clause d'exonération de responsabilité incluse dans les conditions d'utilisation d'eBay. Mais même lorsque le PISEL promet à son utilisateur victime d'éliminer le contenu dommageable et qu'il ne s'exécute pas sa responsabilité ne pouvait, jusqu'à encore récemment, être engagée³¹². De manière générale, la section 230 du CDA protège les PISEL même lorsque

³¹⁰ *Island Online, Inc. v. Network Solutions, Inc.*, 119 F.Supp. 2d 289, 291 (E.D.N.Y. 2000); *Green v. America Online*, 318 F.3d 465, 470-71 (3d Cir. 2003); *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F.Supp.2d 622, 630 (D.Del. 2007); *e360Insight, LLC v. Comcast Corp.*, 546 F.Supp.2d 605, 609 (N.D.Ill. 2008). Voir également D. C. Nunziato, *The death of the public forum in cyberspace*, *Berkeley Technology Law Journal* (20)2005, 1115-1171.

³¹¹ *Grace v. eBay Inc.*, 16 Cal.Rptr.3d 192, 202-204 (Cal. App. 2d Dist. 2004).

³¹² *Murawski v. Pataki*, 514 F. Supp. 2d 577, 591 (S.D.N.Y. 2007); *Barnes v. Yahoo!, Inc.*, 2005 WL 3005602 (D. Or. 2005). La décision *Barnes v. Yahoo!, Inc.* a cependant été amendée plusieurs fois jusqu'à ce que la Cour d'appel du 9e circuit se prononce finalement le 22 juin 2009 en limitant le domaine du CDA: « *Therefore, we conclude that, insofar as Barnes alleges a breach of contract claim under the theory of promissory estoppel, subsection 230(c)(1) of the Act does not preclude her cause of action* », *Barnes v. Yahoo!, Inc.*, 570 F.3d 1096, 1109 (9th Cir. 2009).

la demande est fondée sur un moyen emprunté au droit des contrats³¹³. C'est le cas lorsque le demandeur argue du non respect des conditions d'utilisation du PISEL en vertu desquels ce dernier se serait engagé à éliminer les contenus illicites sur son système³¹⁴ ou lorsqu'il réclame l'application de la théorie du tiers bénéficiaire (« *third-party beneficiary* »)³¹⁵ afin d'obliger le PISEL à protéger ses intérêts contre les agissements d'autres utilisateurs du service³¹⁶.

En conclusion, tant que l'activité de régulation ne sera pas prise au sérieux, les clauses d'exonération totale de responsabilité en cas de mauvaise exécution de l'un des pouvoirs de régulation échapperont à toute sanction, empêchant l'octroi de dommages-intérêt à la victime, mais aussi et surtout, l'octroi d'une injonction permettant de faire cesser le plus rapidement possible l'activité illicite.

Si les contrats d'échange d'adhésion³¹⁷ sont considérés avec suspicion du fait du danger que représente l'inclusion de clauses abusives, ce qui explique d'ailleurs le développement d'instruments contractuels particuliers en vue de l'élimination ciblée de ces dernières³¹⁸, les contrats organisationnels d'adhésion devraient en inquiéter plus d'un.

³¹³ Il est vrai cependant qu'à chaque fois les PISEL en cause avaient pris soin de stipuler le caractère discrétionnaire de leurs prérogatives de régulation.

³¹⁴ *Schneider v. Amazon.com, Inc.*, 31 P. 3d 37, 42 (Wash. Ct. App. 2001).

³¹⁵ En vertu de cette théorie le demandeur doit être considéré comme le bénéficiaire du contrat conclu entre le PISEL et ses autres utilisateurs.

³¹⁶ *Morrison v. American Online, Inc.*, 153 F. Supp. 2d 930, 934 (N.D. Ind. 2001).

³¹⁷ La définition du contrat d'adhésion en droit américain est la suivante : « *A standard-form contract prepared by one party, to be signed by the party in a weaker position, usually a consumer, who has little choice about the terms* ». B. A. Garner (sous la dir.), 1996, *Black's Law dictionary*, West Publishing, St Paul, MNp. 134.

³¹⁸ Il n'existe cependant pas de consensus sur la nature des moyens à employer. T. D. Rakoff, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, *Harvard Law Review* (96)1983, 1173-1284; M. M. Smith, *Adhesion contracts don't stick in Michigan: why Rory got it right?*, *Ave Maria Law Review* (5)2007, 237-272.

2. L'asymétrie entre producteurs et consommateurs

79. La sous-régulation engendrée par le choix d'une stratégie de régulation privée purement volontaire - La sous-régulation qui résulte de cette nouvelle répartition des compétences est particulièrement problématique dans la mesure où elle affecte l'un des intérêts les plus diffus de l'ordre juridique : à savoir l'intérêt des consommateurs. On a déjà évoqué l'exclusion du domaine du CDA du droit de la propriété intellectuelle qui comprend notamment le « copyright » et le droit du « trademark ». L'on a aussi fait référence à l'interprétation particulièrement extensive de la jurisprudence qui n'a pas hésité à considérer que la section 230 préemptait toute disposition de droit étatique qui viserait d'une manière ou d'une autre à rendre responsable le fournisseur ou l'utilisateur de service informatique interactif du fait d'un contenu créé et mis en ligne par un tiers. À ce titre, M.M. Rustad et Koenig ont démontré, après une analyse minutieuse de la jurisprudence en matière de responsabilité des acteurs secondaires de l'Internet, l'asymétrie fondamentale qui existe entre la protection des intérêts des consommateurs et ceux des professionnels, peut-être mieux qualifiés de producteurs³¹⁹ puisque regroupant essentiellement les titulaires de droit de propriété intellectuelle³²⁰.

³¹⁹ Terminologie adoptée par M. Dickie dans J. Dickie, *Producers and consumers in EU e-commerce law*, 2005, Hart Publishing, Oxford.

³²⁰ « Under current United States law, consumers are left without cybertort remedies against ISPs, even though ISPs are generally in the best position to mitigate damages from online fraudulent schemes, website defamation, and other information-based torts by taking down objectionable content [...] The judiciary's inflated interpretation of §230 has created a legal environment that is ideal for injury and difficult for redress. ISPs have no obligation to remove tortuous materials, to prevent the reposting of objectionable materials, or to help victims track down the primary wrongdoers. Consequently, cyberspace injuries resulting from online stalking, defamatory messages posted to Internet newsgroups, dark-side hackings, e-mail spam, online espionage, or the unleashing of destructive computer viruses generally go unpunished by the civil law. Consumers have the right to pursue primary wrongdoers through tort litigation, but this is rarely a realistic option because the typical cybercriminal finds it easy to default by disappearing to an unknown and unknowable foreign venue ». M. L. Rustad et T. H. Koenig, *Rebooting cybertort law*, Washington Law Review

Il est remarquable que non seulement les dommages moraux (et notamment les dommages à la réputation³²¹) ne trouvent pas de remèdes, mais également les dommages matériels causés par le biais d'un équipement informatique (le PISEL ne peut être rendu responsable pour cause de publicité trompeuse mise en ligne par un tiers³²²) tout comme les dommages matériels causés à l'équipement informatique (le PISEL ne peut être rendu responsable pour cause de virus diffusé par un tiers³²³).

Tant que le prestataire intermédiaire refuse de s'engager en ce sens, aucune action en cessation n'est octroyée au consommateur afin qu'il puisse faire reconnaître ses droits à l'encontre du PISEL. Or, l'impossibilité d'agir contre l'acteur secondaire, aboutit dans bien des cas à priver la victime de tout

(80)2005, 335-416. Voir également à propos des dangers rencontrés par les consommateurs sur la place du marché électronique A. J. Tindell, "Indecent" deception: the role of Communications Decency Act § 230 in balancing consumer and marketer interests online, Boston College Intellectual Property & Technology Forum F.071901 (2009)2009, 1-35.

³²¹ Voir la jurisprudence déjà citée en matière de diffamation.

³²² Voir *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007) certiorari denied by 128 S.Ct. 709 (2007).

³²³ C'est ce qui semble bien résulter de la décision *Green v. America Online*, 318 F.3d 465, 470-71 (3d Cir.2003) : Le demandeur alléguait avoir subi un dommage du fait de la diffusion d'un « punter » (signal créé par un « hacker » dont le but est d'altérer le fonctionnement d'un autre ordinateur) sur l'un des espaces de discussion de AOL qui causa l'arrêt de son équipement informatique. La Cour d'appel du 3e circuit réfuta l'argument du demandeur qui arguait qu'un contenu illicite de ce type ne pouvait relever du domaine d'application du CDA : « [Plaintiff] disputes that the "punter" computer program sent to him by "LegendaryPOLCIA" constitutes "information" within the meaning of the statute. He argues that the statute's use of the term "information" is restricted to "communication or reception of knowledge or intelligence, and not an unseen signal that halts someone's computer," and that Congress would have defined the term more technically if it had intended anything beyond the word's most common meaning. We disagree; the District Court correctly interpreted the word "information." Noting that the dictionary includes "signal" as a definition of "information," the District Court concluded that the narrow interpretation offered by [Plaintiff] to hold AOL liable for Green's reception of the punter signal or program would run afoul of the intention of section 230. [...]. We agree with the District Court that section 230 immunizes AOL in this circumstance ». On pourra remarquer en l'espèce qu'était invoquée la responsabilité contractuelle d'AOL qui de par les termes de son contrat conclu avec ses abonnés s'octroyait le droit d'éliminer tout contenu illicite ou dommageable. La Cour nota que ce même contrat incluait une clause d'exonération de responsabilité et conclut donc que la demande était mal fondée : « *Though AOL reserved the right to remove messages deemed not in compliance with the Community Guidelines, it expressly disclaimed liability for failure or delay in removing such messages. The District Court, therefore, rejected Green's waiver and estoppel arguments. Instead, it concluded that AOL made no false representation and actually complied with the Member Agreement* ».

remède, du fait notamment des difficultés d'identification et d'appréhension des acteurs principaux, ce qui a conduit de nombreux commentateurs à critiquer l'irresponsabilité de principe des PISEL³²⁴. En effet, se retourner contre le PISEL permet dans la plupart des cas d'augmenter la rapidité de l'octroi d'un remède, ce qui contribue à réduire de manière importante le dommage subi.

80. La persistance d'une stratégie de régulation à dominante publique -

Il est vrai cependant que la privatisation du processus de régulation est doublée en partie d'une stratégie de régulation à dominante publique dirigée contre les auteurs principaux des actes illicites. C'est ce qui résulte du rôle croissant de la FTC³²⁵ dans le domaine du droit de la consommation, de sorte

³²⁴ C. Butler, *Plotting the return of an ancient tort to Cyberspace: towards a new federal standard of responsibility for defamation for Internet service providers*, Michigan Telecommunications & Technology Law Review (6)2000, 247-272; R. W. King, *Online defamation: bringing the Communications Decency Act of 1996 in line with sound public policy*, Duke Law & Technology Review 2003, 24-34; B. C. McManus, *Rethinking defamation liability for Internet service providers*, Suffolk University Law Review 2001, 647-669; S. K. Patel, *Immunizing Internet service providers from third-party Internet defamation claims: how far should courts go?*, Vanderbilt Law Review (55)2002, 647-691; E. Posner et D. Lichtman, *Holding Internet service providers accountable*, Supreme Court Economic Review (14)2006, 221-259; D. R. Sheridan, *Zeran v. AOL and the effect of section 230 of the Communications Decency Act upon liability for defamation on the Internet*, Albany Law Review (61)1997, 147-179; K. Siver, *Good samaritans in cyberspace*, Rutgers Computer and Technology Law Journal (23)1997, 1-45. Des différences existent cependant entre les auteurs sur le point de savoir s'il faut que le PISEL soit exonéré en cas de connaissance seulement présumée.

³²⁵ La FTC est l'une des plus vieilles agences fédérales aux USA. Elle fut établie par le Congrès en 1914 avec pour mission non pas de protéger les consommateurs, mais de compléter l'arsenal juridique en matière du droit de la concurrence ou « antitrust ». La FTC avait donc tout d'abord le pouvoir d'interdire des méthodes de concurrence inéquitables (« unfair methods of competition »). Il apparut cependant qu'éconduire le consommateur était également une façon de biaiser la concurrence. La FTC se fit donc plus active dans le domaine du droit de la consommation. L'extension de fait de ses prérogatives fut confirmée à la suite de différentes interventions législatives qui modifièrent le Federal Trade Commission Act, comme le célèbre amendement Wheeler-Lea en 1938. Suite au rapport de l'association du barreau américain en 1969, très critique quant à l'activité de défense des intérêts des consommateurs, la FTC entreprit une sérieuse tentative de restructuration, ce qui aboutit paradoxalement à une augmentation de ses pouvoirs comme de son personnel. En 1975 elle se vit reconnaître par le FTC Improvements Act une véritable compétence réglementaire en vue d'élaborer un certain nombre de réglementations commerciales impératives soumises à la révision et au veto éventuel du Congrès. Après une nouvelle vague de critiques au milieu des années 1980, le FTC Act Amendments de 1994 vint encadrer les prérogatives de la FTC et instaurer des garde-fous afin de rendre plus transparente son action. Depuis, la FTC rédige de

qu'il existe bien au niveau fédéral une prise de conscience de la particularité de la situation du consommateur. Les activités normative et de sanction sont ici exercées par l'autorité publique tandis que l'activité de contrôle est répartie entre autorité publique et acteurs privés, puisque la FTC a instauré un mécanisme de plaintes qui permet au consommateur d'informer la FTC directement via Internet de toute activité déloyale, et, de manière plus spécifique des envois de courriers non sollicités contrevenant au Spam Act de 2003³²⁶ ou des actes constitutifs de vols d'identité³²⁷. En vertu de la section 5 du FTC Act³²⁸ la FTC a le pouvoir de mettre fin à « *des méthodes de concurrence déloyales dans la vie des affaires ou affectant le commerce, et des actes ou pratiques déloyaux ou trompeurs dans la vie des affaires ou affectant le commerce* »³²⁹. Il s'agit bien entendu du commerce interétatique. Elle doit agir pour ce faire dans l'intérêt du public³³⁰, d'où l'indifférence de l'intention du professionnel comme plus généralement de sa bonne foi³³¹ tout autant que de l'exigence

manière régulière des rapports sur les types de comportements à risques pour les consommateurs, rapports suivis dans certains cas d'un ensemble de recommandations.

³²⁶ Ou encore Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act. Voir notamment 15 U.S.C. §7709-11.

³²⁷ Au niveau international la FTC est impliquée dans un certain nombre d'initiatives. Il faut à ce titre évoquer le travail de la division internationale de la protection des consommateurs qui vise à promouvoir la protection des consommateurs sur la place du marché international par le biais de la coopération et l'échange d'information. On notera donc sa participation au Réseau international de contrôle de la commercialisation et la création du site *econsumer.gov* grâce auquel les consommateurs peuvent émettre des plaintes à l'encontre de comportements commerciaux interétatiques, plaintes qui sont ainsi regroupées dans une base de données unique et mises à la disposition des autorités nationales compétentes.

³²⁸ 15 U.S.C. §45 (a).

³²⁹ Traduction de l'auteur.

³³⁰ Le FTC Act dispose que la Commission doit émettre une plainte dans tous les cas où elle a des raisons de croire qu'une pratique commerciale « unfair » ou « deceptive » a été commise et « *if it shall appear to the Commission that a proceeding... would be to the interest of the public* ». 15 U.S.C. §45(b).

³³¹ La Cour d'appel du second circuit a donc pu juger que « *[t]he purpose of the statute is protection of the public, not punishment of a wrongdoer* » et donc « *a deliberate effort to deceive is not necessary to make out a case* » en vertu du FTC Act. *Gimbel Bros. v. Federal Trade Commission*, 116 F.2d 578, 579 (C.C.A. 2d Cir. 1941). Accord, *F. T. C. v. Sterling Drug, Inc.*, 317 F.2d 669, 674 (2d Cir. 1963). Voir également quant à l'invocation de la bonne foi du professionnel *Chrysler Corp. v. F.T.C.*, 561 F.2d 357, 363 n.5 (D.C. Cir. 1977) ; *Doherty, Clifford, Steers & Shenfield, Inc. v. F. T. C.*, 392 F.2d 921, 925 (6th Cir. 1968) ; *Montgomery Ward & Co. v. F.T.C.*, 379 F.2d

d'un dommage actuel³³². La FTC dispose d'une large marge de manœuvre du fait de l'absence de définition des notions de pratiques déloyales et trompeuses³³³ de même que d'un pouvoir d'investigation substantiel³³⁴. Quant aux sanctions utilisées, l'arsenal à sa disposition a eu tendance à s'accroître au fil des ans : l'on trouve le pouvoir de donner des ordres de faire quelque chose (comme informer le consommateur d'un certain nombre d'éléments pertinents) ou de ne pas faire quelque chose (par exemple, mettre fin à une pratique déloyale ou trompeuse, éradiquer un certain nombre de termes abusifs au sein des contrats d'adhésion), ainsi que le pouvoir de réclamer en justice l'imposition d'amendes civiles ou la compensation du dommage subi par les consommateurs³³⁵. En outre, la FTC est investie d'un pouvoir normatif tel que toute violation d'une réglementation émise par la FTC équivaut à une violation du FTC Act lui-même³³⁶.

666, 670 (7th Cir. 1967) ; Koch v. Federal Trade Commission, 206 F.2d 311, 317 (6th Cir. 1953) ; Ford Motor Co. v. Federal Trade Commission, 120 F.2d 175, 181 (C.C.A. 6th Cir. 1941) ; In re Travel King, Inc., 1975 WL 172225, 86 F.T.C. 715, 773 (1975).

³³² « In order best to implement the prophylactic purpose of the statute, it has been consistently held that advertising falls within its proscription not only when there is proof of actual deception but also when the representations made have a capacity or tendency to deceive, i.e., when there is a likelihood or fair probability that the reader will be misled ». F. T. C. v. Sterling Drug, Inc., 317 F.2d 669, 674 (2d Cir. 1963). Voir également Sears, Roebuck & Co. v. F.T.C., 258 F. 307, 311, 6 A.L.R. 358 (C.C.A. 7th Cir. 1919).

³³³ Interprétant le FTC Act la Cour Suprême a pu énoncer en 1934 : « Neither the language nor the history of the Act suggests that Congress intended to confine the forbidden methods to fixed and unyielding categories ». Federal Trade Commission v. R. F. Keppel & Bro., 291 U. S. 304, 310, 54 S. Ct. 423, 78 L. Ed. 814 (1934) ; voir également F.T.C. v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U. S. 233, 92 S. Ct. 898, 31 L. Ed. 2d 170 (1972) et American Financial Services Ass'n v. F.T.C. 767 F. 2d 957, 967 (D.C.Cir. 1985). Pour une explicitation de la notion d'« unfairness » voir le document émis par la FTC elle-même, FTC Policy Statement on Unfairness du 17 décembre 1980. Pour une explicitation cette fois de la notion de « deception » voir FTC, Policy Statement on Deception du 14 octobre 1983.

³³⁴ Voir §49, 15 U.S.C.

³³⁵ Voir §43, 15 U.S.C.

³³⁶ Voir de manière générale la section 57a du FTC Act : « (1) Except as provided in subsection (h) of this section, the Commission may prescribe - [...] (B) rules which define with specificity acts or practices which are unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) except that the Commission shall not develop or promulgate any trade rule or regulation with regard to the regulation of the development and utilization of the standards and certification activities pursuant to this section. Rules under this subparagraph may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices ». Lorsque de nouveaux

Tout cela explique que la Commission ait pu agir de manière agressive dès l'origine d'Internet afin d'éliminer les pratiques commerciales déloyales susceptibles de nuire à l'intérêt des consommateurs³³⁷. Elle était pourtant d'avis que les comportements déloyaux dans le cyberspace ressemblent aux comportements déloyaux du monde réel, avec quelques nuances cependant³³⁸ qui l'ont conduite dans certains cas à réclamer l'intervention du législateur fédéral aux vues des échecs de la régulation privée. C'est ce que l'on a pu observer dans le domaine de la protection des données personnelles³³⁹.

Ceci étant dit, il n'est pas sûr que cette stratégie de régulation à dominante publique suffise à protéger les intérêts économiques comme les intérêts moraux des consommateurs. Non seulement elle repose pour l'essentiel sur la voie judiciaire traditionnelle, en dépit de l'existence de

textes ont été adoptés afin de réglementer les activités du commerce électronique, l'agencement normatif a été à plusieurs reprises basé en partie sur les prérogatives de la FTC. C'est vrai notamment pour le Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SIGN), même si les prérogatives de la FTC ne sont pas toujours exercées dans le sens d'un accroissement de la protection du consommateur. Non seulement la FTC a dû évaluer les effets des dispositions protectrices du consommateur contenues à la section 101(c)(1)(C)(ii) mais en vertu de la section 104(d)(1) elle (ou toute autre agence fédérale) peut exempter un certain nombre d'écrits électroniques des exigences de la section 101(c) à partir du moment où celles-ci empêchent de manière substantielle le développement du commerce électronique sans pour autant accroître pour les consommateurs le risque de souffrir d'un dommage. Voir le rapport FTC, Report to Congress, The Consumer Consent Provision in Section 101(c)(1)(C) (ii), Juin 2001. De la même manière, le rôle normatif de la FTC est essentiel pour ce qui est de la défense des intérêts non économiques des consommateurs. Pour prendre l'exemple des communications électroniques non sollicitées ou encore « spam » selon la terminologie anglaise, le Congrès fédéral a tenté de réduire leurs effets nocifs par l'adoption en 2003 du Can-Spam Act. Cette loi réglemente sans interdire les courriers électroniques non sollicités tout en plaçant la FTC au centre du mécanisme de réglementation et de sanction. On retrouve ce même pouvoir normatif en matière de protection de la vie privée et notamment au sein du Children's Online Privacy Protection Act de 1998 relatif à la collecte d'information concernant les enfants et du Gramm-Leach-Bliley Act de 1999 qui réglemente les informations recueillies par les institutions financières.

³³⁷ La liste des actions judiciaires initiées par la FTC depuis 1994 dans le domaine de l'Internet est impressionnante. Voir <http://www.ftc.gov/bcp/internet/cases-internet.pdf>.

³³⁸ Voir notamment le Bulletin « Online Scams: Road Hazards on the Information Superhighway », disponible sur <http://www.ftc.gov>. Pour une étude détaillée de l'action de la FTC dans le cyberspace, voir le rapport rédigé par la commission en décembre 1999, « Protecting Consumers Online », disponible sur le site <http://www.ftc.gov>.

³³⁹ Voir n°76.

moyens de pression extrajudiciaires significatifs, mais également elle n'a que rarement permis d'impliquer les prestataires intermédiaires³⁴⁰.

L'on fera remarquer que jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention sur la cybercriminalité³⁴¹ les PISEL n'étaient pas soumis à une obligation de rétention des données nécessaires à l'identification des fournisseurs de contenus³⁴². En outre, et ce justement, une personne privée ne peut contraindre un fournisseur de service à lui communiquer les données qu'il aurait stockées au cours de son activité sans réclamer au préalable un ordre en ce sens à l'autorité judiciaire³⁴³. La route à suivre par l'autorité publique aux

³⁴⁰ Voir par exemple l'initiative de la FTC pour résoudre le problème posé par le référencement de liens commerciaux par les moteurs de recherche susceptible de confondre les consommateurs. La FTC envoya des lettres aux principaux moteurs de recherche leur demandant de revoir la présentation de leurs sites afin que les liens commerciaux soient clairement distingués des liens non commerciaux. A. Sinclair, *Regulation of paid listings in Internet search engines: a proposal for FTC action*, Boston University Journal of Science and Technology Law (10)2004, 353-378.

³⁴¹ La Convention sur la cybercriminalité est entrée en vigueur le 1/01/2007 aux USA. Voir pour le texte de la Convention <http://conventions.coe.int>.

³⁴² Voir la section 222 du USA Patriot Act de 2001, 18 U.S.C. §3124: « *Nothing in this Act shall impose any additional technical obligation or requirement on a provider of a wire or electronic communication service or other person to furnish facilities or technical assistance. A provider of a wire or electronic communication service, landlord, custodian, or other person who furnishes facilities or technical assistance pursuant to section 216 shall be reasonably compensated for such reasonable expenditures incurred in providing such facilities or assistance* ».

³⁴³ Voir par exemple la décision *Dendrite Intern., Inc. v. Doe No. 3*, 342 N.J.Super. 134, 141-142 (N.J.Super.A.D. 2001) qui établit un test en trois étapes aux fins de déterminer le bien-fondé de la demande :

« *We hold that when such an application is made, the trial court should first require the plaintiff to undertake efforts to notify the anonymous posters that they are the subject of a subpoena or application for an order of disclosure, and withhold action to afford the fictitiously-named defendants a reasonable opportunity to file and serve opposition to the application. These notification efforts should include posting a message of notification of the identity discovery request to the anonymous user on the ISP's pertinent message board.*

The court shall also require the plaintiff to identify and set forth the exact statements purportedly made by each anonymous poster that plaintiff alleges constitutes actionable speech.

The complaint and all information provided to the court should be carefully reviewed to determine whether plaintiff has set forth a prima facie cause of action against the fictitiously-named anonymous defendants. In addition to establishing that its action can withstand a motion to dismiss for failure to state a claim upon which relief can be granted pursuant to R. 4:6-2(f), the plaintiff must produce sufficient evidence supporting each element of its cause of action, on a prima facie basis, prior to a court ordering the disclosure of the identity of the unnamed defendant.

Finally, assuming the court concludes that the plaintiff has presented a prima facie cause of action, the court must balance the defendant's First Amendment right of anonymous free speech against the

fins de faciliter la détection des activités illicites a cependant été relativement facilitée depuis l'entrée en vigueur du USA Patriot Act³⁴⁴. Étrangement si de sa propre initiative le PISEL transmet à une personne privée des données autres que le contenu de communications électroniques il ne peut être responsable du dommage causé³⁴⁵, sauf à ce qu'il se soit engagé contractuellement à ne pas procéder à ce transfert. L'on comprend mieux l'intérêt des principes élaborés par la FTC, comme la force de la suspicion envers les autorités publiques plutôt qu'envers les acteurs privés.

Conclusion

81. La stratégie de régulation purement volontaire encouragée par le CDA érige donc les PISEL en régulateurs privés sans que les capacités des utilisateurs finaux soient véritablement accrues.

Seule la concurrence entre régulateurs privés doit permettre d'assurer que sur le long terme un équilibre « juste » s'établisse entre la demande des utilisateurs le plus souvent consommateurs et l'offre des PISEL. Or, l'arrangement institutionnel sous-jacent (autrement dit le marché) ainsi que

strength of the prima facie case presented and the necessity for the disclosure of the anonymous defendant's identity to allow the plaintiff to properly proceed ».

Voir également *Columbia Ins. Co. v. seescandy.com*, 185 F.R.D. 573, (N.D. Cal. 1999) ; *Rocker Managment LLC v. John Does*, 2003 WL 22149380 (N.D. Cal. 2003) ; *Doe v. Cahill*, 884 A.2d 451 (Del. 2005) ; *Lassa v. Rongstad*, 718 N.W.2d 673 (Wis. 2006) ; *Mobilisa, Inc. v. Doe*, 170 P.3d 712 (Ariz. Ct. App. Div. 1 2007) ; *Krinsky v. Doe*, 6, 159 Cal. App. 4th 1154, 72 Cal. Rptr. 3d 231 (Cal. Ct. App. 2008).

³⁴⁴ PL 107-56 (HR 3162), 26 Octobre 2001. Voir notamment 18 U.S.C. §2703. Les pouvoirs des autorités publiques ont été élargis non seulement en ce qui concerne les données relatives à l'identification des utilisateurs des fournisseurs de service mais également quant aux données relatives au contenu des communications électroniques transmises par ces mêmes utilisateurs lorsqu'elles sont stockées et non plus en transit. Voir cependant *Warshak v. U.S.*, 490 F.3d 455, 456+ (6th Cir. 2007) ; *U.S. v. Ferguson*, 508 F.Supp.2d 7, 7+ (D.D.C. 2007).

³⁴⁵ C'est là encore un des apports du USA Patriot Act. Voir 18 U.S.C. §2702 : « *A provider described in subsection (a) may divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by subsection (a)(1) or (a)(2)) – [...] (5) to any person other than a governmental entity* ».

l'outil juridique censé le servir (le droit des contrats) ne permettent pas de garantir la qualité de la régulation privée en raison de l'impossibilité de contraindre les PISEL à effectivement réguler. L'on aboutit alors à la dé-juridicisation du processus de régulation.

Ainsi, mis à part le problème de la légitimité des régulateurs privés³⁴⁶, l'efficacité de la stratégie de régulation n'est pas assurée dans la mesure où il en résulte une situation de sous-régulation³⁴⁷ le plus souvent au détriment des consommateurs.

Certes cette sous-régulation s'explique moins par le choix de la privatisation du processus de régulation que par la conviction que la concurrence internormative entre régulateurs privés suffit. De ce point de vue les stratégies de régulation privée impératives sont plus satisfaisantes.

Reste à savoir si en dépit de l'effectivité des stratégies de régulation privée impératives, la conformité des normes privées à l'ordre public est assurée.

³⁴⁶ Il est vrai que la régulation privée est à première vue plus attrayante que la régulation publique en ce qu'elle permet, de part la diversité de son offre, l'expression de la pluralité des préférences individuelles. Pour autant, dès lors que les régulateurs privés sont des entreprises privées mues par leurs seuls intérêts économiques il en va autrement.

³⁴⁷ Trop peu de contenus sont en pratique retirés du réseau.

Tableau de synthèse du modèle du Communications Decency Act

Obligation de régulation fondée sur le droit des "torts"	Tout type de contenu illicite sauf contrefaçons
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	non mais interdiction d'éliminer ou d'obstruer l'accès à des contenus licites de mauvaise foi
obligation de contrôle	non
obligation de sanction	non

1. La régulation privée est purement volontaire
2. La stratégie de régulation préserve l'intérêt des PISEL

TITRE 2EME. LES STRATEGIES DE REGULATION PRIVEE IMPERATIVES

82. Alors que la stratégie de régulation purement volontaire témoigne des doutes du législateur et surtout des juges quant à l'opportunité de l'intervention étatique au sein du cyberspace, les stratégies de régulation privée impératives sont plus nuancées. Elles se traduisent donc par la subjectivisation de la responsabilité civile des PISEL plutôt que par leur exonération complète.

Dès lors, le comportement des PISEL est encadré par l'établissement d'un régime de responsabilité destiné à rendre la mise en oeuvre de la régulation privée obligatoire. Ce régime de responsabilité conçu comme un régime de responsabilité *a minima* ne doit cependant pas faire obstacle au développement de régimes volontaires plus sophistiqués.

Plusieurs solutions élaborées dans le cadre de stratégies de régulation privée impératives afin de protéger les intérêts des titulaires de droits propriété intellectuelle ont été tentées dans le but de juridiciser les processus de régulation privée.

Dans un cas, la procéduralisation de l'interaction des régulés et en particulier des titulaires de « copyright » et des fournisseurs de contenus doit servir à garantir la légitimité et l'effectivité de la régulation privée (Chapitre 1^{er}).

Dans l'autre, le recours au mécanisme de l'injonction doit permettre de parer au déni de régulation lorsque le PISEL ne reçoit pas de notification suffisamment précise de la part du titulaire de la marque protégée, ce en obligeant le régulateur privé à rendre effectif l'ordre de la Cour (Chapitre 2^{ème}).

CHAPITRE 1ER. LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE COMME MOYEN DE GARANTIR LA PARTICIPATION DES PARTIES PRENANTES : L'EXEMPLE DU DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT

83. « Le DMCA a été adopté afin de préserver l'application du "copyright" sur Internet et immuniser les fournisseurs de service de leur responsabilité pour contrefaçon du fait de leurs actions "passives", "automatiques" dans lesquelles le système d'un fournisseur de service s'engage au travers d'un processus technologique déclenché par autrui sans que le fournisseur de service en ait connaissance »³⁴⁸. Les juges fédéraux sont en général d'accord pour faire du DMCA une loi de compromis entre les intérêts des auteurs et ceux des PISEL, si bien que la lutte contre les contrefaçons au « copyright » est un objectif majeur de la section 512 du Copyright Act de 1976 tout autant que la promotion de l'innovation³⁴⁹.

Il faut alors distinguer en fonction de la nature de l'activité du PISEL et de son degré d'implication au sein du processus de communication. Plus précisément, dès que le PISEL exerce une activité d'hébergement, et qu'il a connaissance de la présence d'une activité illicite manifeste sur son réseau, il est soumis à une obligation de faire cesser l'activité au risque de se voir reconnaître responsable du dommage causé par la mise en ligne du contenu en cause. Surtout, il doit donner suite à toutes les notifications conformes des

³⁴⁸ Traduction de l'auteur. *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Cmty., Inc.*, 239 F.3d 619, 625 (4th Cir. 2001) ; *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077, 86 (C.D. Cal. 2004). Voir également *Rossi v. Motion Picture Ass'n of America Inc.*, 391 F.3d 1000, 1003 (9th Cir. 2004).

³⁴⁹ On pourra remarquer que l'argument selon lequel rendre responsable les PISEL aboutit à paralyser le processus d'innovation a eu beaucoup moins d'échos que lors des débats qui ont précédé l'adoption du CDA. Il est vrai que cette fois les victimes sont beaucoup mieux organisées que les précédentes puisqu'il s'agit des titulaires de « copyright » et non plus des consommateurs. Le Groupe de travail sur les droits de propriété intellectuelle organisé par l'Information Infrastructure Task Force lancée par l'administration Clinton avait d'ailleurs adopté une approche plutôt défavorable aux intérêts des PISEL. Voir B. A. Lehman, *Intellectual property and the national information infrastructure: the report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, 1995, <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>.

titulaires de « copyright » en éliminant ou rendant impossible l'accès aux contenus litigieux et en informant les fournisseurs de contenus concernés de cet état de fait, tout en leur offrant la possibilité de s'opposer à ces retraits.

Le modèle du DMCA traduit donc la préférence du législateur pour un système de responsabilité subjective (I). À s'y pencher de plus près, il s'agit par ce biais-là d'instaurer un mécanisme de régulation privée rendu possible grâce à la « procéduralisation » impérative de l'interaction des différentes parties intéressées au processus de régulation. Voilà une nouvelle fois consacrée la primauté de la régulation privée qui se voit cependant doter d'un commencement de régime juridique procédant d'une rationalité réflexive (II).

I. La subjectivisation de la responsabilité civile de l'auteur secondaire

84. La subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle est consacrée par l'intervention du législateur (A) qui décide de trancher le conflit de jurisprudence en faveur des PISEL (B).

A. Les responsabilités émergentes du PISEL avant l'intervention législative

85. Le « copyright » est traditionnellement conçu comme un régime de responsabilité objective indifférent à la connaissance par le contrefacteur de l'illicéité de ses actes (1). Or, quand bien même les PISEL devraient être considérés comme portant atteinte aux droits exclusifs des auteurs en raison notamment de la reproduction d'œuvres protégées sur leurs systèmes à l'initiative d'autrui, il s'agit là d'étapes nécessaires au processus de communication en ligne, sans que les PISEL n'aient connaissance de l'illicéité des contenus qu'ils transmettent. L'apparition de cette nouvelle catégorie

d'acteurs que sont les PISEL provoqua donc un schisme en jurisprudence lorsque les juges furent finalement confrontés à la question de savoir si les PISEL devaient être rendus responsables des contrefaçons commises par leurs utilisateurs à titre principal (2).

1. Aperçu du droit du « copyright »

86. Le contrefacteur primaire - Traditionnellement, c'est la violation primaire ou directe – au sens d'acte principal – d'un de ses droits exclusifs qui est alléguée par le demandeur à une action en contrefaçon. Pour ce faire, il lui incombe de démontrer : 1) l'existence d'un droit de propriété sur l'œuvre immatérielle, 2) la violation d'un des droits exclusifs (reproduction, représentation...). À ce stade de la démonstration ni l'intention de commettre la violation du droit exclusif, ni la connaissance effective ou présumée de cette violation, ne sont des conditions de l'action en contrefaçon. L'œuvre en cause doit être originale, témoigner d'une créativité suffisante, et être fixée de manière tangible dans un média quelconque³⁵⁰. Chose remarquable, si l'on compare au moins avec le droit français, dès le XIXe siècle on trouve en jurisprudence l'affirmation selon laquelle le « copyright » est un cas particulier de « strict liability » d'où l'on en déduit que l'intention du contrefacteur est indifférente aux fins de déterminer si sa responsabilité doit être engagée. Ainsi, « en vertu des sections de la loi sur le "copyright" prohibant la reproduction non autorisée d'œuvres d'un titulaire de "copyright", l'intention ou la connaissance n'est pas un élément constitutif de la contrefaçon et ainsi même un

³⁵⁰ Pour une formulation classique de ces principes voir par exemple *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004, 1013 (9th Cir. 2001): «[p]laintiffs must satisfy two requirements to present a prima facie case of direct infringement: (1) they must show ownership of the allegedly infringed material and (2) they must demonstrate that the alleged infringers violate at least one exclusive right granted to copyright holders under 17 U.S.C. §106 ». Pour une définition de la condition d'originalité voir *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service co.* 499 U.S. 340 (1991).

*contrefacteur innocent est responsable pour contrefaçon ; l'innocence importe seulement à une juridiction du fond lorsqu'elle fixe le montant des dommages-intérêts régis par la loi, dommages-intérêts qui sont un remède équitable par nature »*³⁵¹. Cette jurisprudence se répète du XIXe siècle jusqu'au XXIe siècle sans que l'affirmation de principe ait été altérée, et ce, en dépit de l'évolution législative³⁵².

Il existe cependant un système ouvert d'exceptions aux prérogatives des titulaires de « copyright » dénommé le moyen de défense de l'usage équitable (« fair use »). Dit autrement, alors que les droits exclusifs des titulaires de « copyright » sont énumérés de manière limitative, la liste des exceptions à ces droits est ouverte. La doctrine de l'usage équitable absente des textes législatifs jusqu'en 1976 a été développée par la doctrine et la jurisprudence pour permettre dans certaines circonstances au défendeur d'utiliser une partie au moins de l'œuvre d'un auteur de manière licite sans avoir à en demander l'autorisation à ce dernier. En 1976 le Congrès refuse d'en donner une définition précise³⁵³, laissant aux juges carte blanche en la matière. La section 107 de la loi de 1976 évoque pourtant certains des facteurs que les juges doivent prendre en compte dans une telle situation : « *En déterminant si*

³⁵¹ Traduction de l'auteur. *Fitzgerald Pub. Co., Inc. v Bavior Pub. Co., Inc.*, 807 F.2d. 1110 (2nd Cir. 1986).

³⁵² Il est intéressant de noter que ce mécanisme de responsabilité objective a survécu en dépit de l'œuvre de Holmes dans le domaine de ce que l'on pourrait appeler le droit commun des « torts ». « *A man need not, it is true, do this or that act – the term act implies a choice – but he must act somehow. Furthermore, the public generally profits by individual activity. As action cannot be avoided, and tends to the public good, there is obviously no policy in throwing the hazard of what is at once desirable and inevitable upon the actor. [...] The general principal of our law is that loss from accident must lie where it falls. [...] No case or principal can be found [...] subjecting an individual to liability for an act done without fault on his part* ». O. W. Holmes, *The Common Law*, (1881), p. 94-95. Voir pour une décision de la Cour suprême *Buck v. Jewell-La Salle Realty Co.*, 51 S. Ct. 410 (1931), qui affirme, sous l'empire de la loi de 1909 que « *intention to infringe is not essential under statute, and knowledge of particular musical selection to be played or received is immaterial* ».

³⁵³ « *Since the doctrine is an equitable rule of reason, no generally applicable definition is possible, and each case raising the question must be decided on its own facts. The bill endorses the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute* ». Rapport de la Chambre des Représentants H.R. REP. 1476, 94th Cong. 2nd Sess., at 65 and 66 (1976), réimprimé au sein du U.S. Code Congress et Ad. News, 5659 p. 5679-5680.

l'utilisation d'une œuvre dans une affaire particulière est un usage équitable, les facteurs à prendre en compte doivent inclure : (1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la question de savoir si l'usage est de nature commerciale ou s'il a un but éducatif non lucratif; (2) la nature de l'œuvre protégée; (3) la dimension et le caractère substantiel de la partie utilisée en considération de l'œuvre protégée dans son entier; et (4) l'effet de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sa valeur»³⁵⁴.

87. Le contrefacteur secondaire - Bien que le Copyright Act de 1976 ne vise que des hypothèses de responsabilités principales, les juges ont considéré qu'il était néanmoins possible de recourir, si nécessaire, aux théories de responsabilité secondaire. Puisque des théories de ce type sont présentes dans presque tous les domaines du droit, l'on doit pouvoir les étendre au « copyright »³⁵⁵. En outre, un argument de texte a été avancé pour justifier le bien-fondé de ces greffe ou « transplant » : la reconnaissance du droit exclusif de l'auteur en vertu duquel il peut autoriser d'autres personnes à exercer l'une des composantes de son monopole implique la possibilité de sanctionner le comportement de ceux qui contribuent à titre secondaire à la violation d'un droit exclusif.

Ainsi, en dépit du silence des textes législatifs antérieurs à 1976, les théories du « contributory infringement » et du « vicarious liability » que l'on retrouve traditionnellement en droit des « torts » (de source étatique cependant) ont été importées en « copyright » pour constituer un des exemples de « common law » fédéral³⁵⁶. C'est l'arrêt *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management*³⁵⁷ qui l'un des premiers explicita les

³⁵⁴ Traduction de l'auteur.

³⁵⁵ *Sony Corp. v. Universal Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 435 (1984).

³⁵⁶ Cette approche dualiste en cas d'atteinte aux droits exclusifs de l'ayant droit trouve ses racines dans l'opinion dissidente du juge Hand dans l'affaire *De Acosta v. Brown* 146 F.2d 408 (2nd Cir. 1944).

³⁵⁷ *Gershwin Publ'g Co v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F. 2d 1159, 1162 (2nd Cir. 1971) (« *One who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a "contributory" infringer* ».)

conditions de la mise en œuvre de la responsabilité secondaire en « copyright ».

87-1. La théorie du « vicarious liability » - Pour commencer par la théorie du « vicarious liability »³⁵⁸, deux éléments objectifs doivent être prouvés par le demandeur : 1) le droit et la capacité de superviser l'activité contrefaisante et 2) un intérêt financier direct retiré de cette activité contrefaisante³⁵⁹.

87-2. La théorie du « contributory infringement » - Quand au « contributory infringement »³⁶⁰, des deux éléments à démontrer l'un est subjectif, l'autre objectif : 1) la connaissance de l'activité illicite (qui consiste en la violation d'un droit exclusif) et 2) le fait d'induire, de causer ou de contribuer de manière significative à l'activité contrefaisante d'un tiers³⁶¹. La condition clef qui suscite le plus de débats est sans aucun doute celle de la connaissance³⁶².

³⁵⁸ Ramification de la théorie de « *respondeat superior* » du droit des « torts » dont le domaine d'application va au-delà de la relation employé-employeur.

³⁵⁹ Voir par exemple *Fonovisa, Inc v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F. 3d 259, 264, 37 U.S.P.Q.2d (BNA) 1590 (9th Cir. 1996) ; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004, 1022-1023 (9th Cir. 2001).

³⁶⁰ Qui dérive de la notion d'« *entreprise liability* ».

³⁶¹ Voir toujours pour l'énoncé de tels principes *Fonovisa, Inc v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F. 3d 259, 264 (9th Cir. 1996) ; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004, 1020 (9th Cir. 2001).

³⁶² Dans l'affaire *Gershwin*, le défendeur avait contribué à la promotion de concerts réalisés par un chanteur contrefacteur (responsable directement). Les titulaires du droit de « copyright » agissent donc contre le défendeur en réclamant des dommages-intérêts pour la violation de leur droit exclusif, ce sur le fondement des deux théories de responsabilité indirecte. Les juges de première instance donnèrent raison au demandeur. Le défendeur fit donc appel devant la Cour du second circuit. Cette dernière rejeta l'appel et énonça que le défendeur était responsable du chef des deux fondements évoqués. Aux dires des juges, la connaissance du défendeur pouvait être présumée. Il suffisait de démontrer que ce dernier avait eu des raisons de savoir que l'activité était illicite pour que la condition de la connaissance soit remplie. En droit des « torts », l'on distingue en effet plusieurs types de connaissance. Tout d'abord, la connaissance effective (« *actual knowledge* ») est définie comme « *the express awareness of a fact gained through direct information or through a reasonably diligent inquiry based on available information* ». Au contraire la connaissance présumée (« *constructive knowledge* ») correspond au : « *knowledge imputed to a person who, through the exercise of reasonable care or because of position or skill, should have been aware of the fact* ». B. A. Garner (sous la dir.), 1996, *Black's Law dictionary*, West Publishing, St Paul, MN. La preuve de

À partir du moment où le droit de reproduction du titulaire de « copyright » est enfreint par le fait de réaliser des copies temporaires de l'œuvre protégée et notamment des copies d'un logiciel protégé au sein de la mémoire RAM d'un ordinateur³⁶³, les PISEL réalisant des copies éphémères sur leurs systèmes lors du processus de communication des contenus mis en ligne deviennent la cible privilégiée des titulaires de « copyright ». En effet, ils sont facilement identifiables et surtout largement solvables.

Le DMCA a donc eu pour objectif de clarifier la situation des PISEL en matière de « copyright » après l'émergence de deux positions contradictoires. La première est incarnée par la décision *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* de 1993³⁶⁴, en vertu de laquelle le PISEL doit être soumis à un régime de responsabilité primaire stricte, tandis que la seconde représentée par la décision *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*³⁶⁵ de 1995 opte pour un système de responsabilité secondaire.

la connaissance présumée était donc suffisante, comme le note également M. Jackson à propos de l'affaire *Screen Gems-Columbia Music, Inc. v. Mark Fi Records, Inc.*, 256 F. Supp. 399 (S.D.N.Y. 1966). M. Jackson, *One step forward, two steps back: an historical analysis of copyright liability*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (20)2002, 367-415.

³⁶³ *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 518 (9th Cir. 1993). Ces copies sont considérées comme étant fixées sur un support puisqu'elles sont susceptibles d'être perçues, reproduites ou transmises par l'auteur des copies.

³⁶⁴ 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993). Pour un commentaire de cette décision, voir entre autres N. Elkin-Koren, *Copyright law and social dialogue on the information superhighway: the case against copyright liability of bulletin board operators*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (13)1995, 345-411. Voir également les commentaires de la décision *Netcom*, *infra*.

³⁶⁵ 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). Pour un commentaire de cette décision voir entre autres E. A. Burcher, *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc. -- Internet service providers: the knowledge standard for contributory copyright infringement and the fair use defense*, *Richmond Journal of Law and Technology* (3)1997, 5-76; S. Croman, *Where the Netcom Yardstick comes up short. courts should not apply the facts of Netcom as an example of intermediate and transient storage under §512(A) of the DMCA*, *Washington Law Review* May (80)2005, 417-445; J. V. Myers III, *Speaking frankly about copyright infringement on computer bulletin boards: lessons to be learned from Frank Music, Netcom, and the White Paper*, *Vanderbilt Law Review* March (49)1996, 439-481; S. K. Pomeroy, *Promoting the progress of science and the useful arts in the digital domain: copyright, computer bulletin boards, and liability for infringement by others*, *Emory Law Journal* (45)1996, 1035-1088; M. A. Shulman, *Internet copyright infringement liability: is an online access provider more like a landlord or a dance hall operator?*, *Golden Gate University Law Review* (27)1997, 555-600.

2. Les hésitations de la jurisprudence

88. Poursuivis en justice par les titulaires de « copyright », les PISEL ont tantôt été qualifiés de responsables primaires (a), tantôt de responsables secondaires (b).

a. Le PISEL, responsable primaire

89. **Le PISEL, responsable de l'atteinte au droit de distribution et de représentation** - Dans l'affaire Frena était en cause l'opérateur d'un BBS hébergé sur son système à partir duquel avaient été distribuées des reproductions non autorisées de photographies, objets du « copyright » du demandeur. Ces images contrefaisantes avaient été mises en ligne par des tiers. Le défendeur prétendait cependant qu'il avait éliminé ces dernières dès qu'il en avait eu connaissance et qu'il avait entrepris par la suite de modérer les messages transmis afin d'éviter que de nouvelles images contrefaisantes ne soient présentes sur son système. Pourtant, le titulaire du « copyright » enfreint agit contre l'opérateur du BBS et demanda au juge que soit prononcé en sa faveur un jugement sommaire³⁶⁶ en vertu duquel le défendeur devait être reconnu responsable de la violation de son droit de distribution³⁶⁷ et de son droit de représentation³⁶⁸.

Étant donné l'apparition relativement précoce des théories de responsabilité secondaire au sein du « copyright », l'on pouvait légitimement

³⁶⁶ La contrefaçon de marque était également évoquée par le demandeur au sein d'une seconde motion de jugement sommaire.

³⁶⁷ En vertu de la section 106(3) du Copyright Act de 1976 (17 U.S.C.) le droit de distribution correspond au « *exclusive right to sell, give away, rent or lend any material embodiment of his work* ».

³⁶⁸ En vertu cette fois de la section 106(5) le droit de représentation recouvre « *the projection of an image on a screen or other surface by any method, the transmission of an image by electronic or other means, and the showing of an image on a cathode ray tube, or similar viewing apparatus connected with any sort of information storage* ».

s'attendre à ce que les juges se montrent prudents en cas d'allégation de la violation directe de l'une des prérogatives de l'ayant droit, même lorsque le défendeur n'avait pas pris l'initiative de réaliser la contrefaçon. Il n'en est rien cependant, et la Cour de sanctionner le défendeur en raison de ses atteintes aux droits de distribution³⁶⁹ et de représentation³⁷⁰ du demandeur et de refuser de faire de la connaissance du contenu illicite ou de l'intention du défendeur une condition nécessaire à la qualification de contrefaçon. Encore une fois : « *il y a des preuves irréfutables d'une contrefaçon directe au "copyright" dans cette affaire. Peu importe que le défendeur Frenay n'ait pas été conscient de la contrefaçon au "copyright". L'intention de contrefaire n'est pas requise afin d'établir une contrefaçon au copyright. L'intention ou la connaissance n'est pas un élément constitutif de la contrefaçon et ainsi même un contrefacteur innocent est responsable pour contrefaçon ; l'innocence importe seulement à une juridiction du fond lorsqu'elle fixe le montant des dommages-intérêts régis par la loi, dommages-intérêts qui sont un remède équitable par nature* »³⁷¹. En outre, le défendeur ne pouvait bénéficier de l'exception de l'usage équitable puisque tous les facteurs listés par la section 107 devaient être interprétés contre le défendeur et en particulier le quatrième facteur.

L'affaire Frena aboutit donc à ce que le comportement du prestataire intermédiaire soit appréhendé en référence au principe traditionnel de responsabilité civile stricte. De plus, le fondement de la responsabilité du PISEL devait être recherché non seulement dans l'atteinte au droit de reproduction de l'ayant droit, mais également dans l'atteinte à son droit de distribution ainsi qu'à son droit de représentation au public.

³⁶⁹ Par ce qu'il était admis par les parties que le défendeur avait fourni un produit contenant une reproduction non autorisée de l'oeuvre protégée.

³⁷⁰ Parce que la représentation indirecte et non autorisée de l'oeuvre au moyen d'un média est bien publique. En effet, un nombre substantiel de personnes en dehors de tout cercle de famille y a accès, même si l'accès est payant.

³⁷¹ Traduction de l'auteur. *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552, 1559 (M.D. Fla. 1993).

b. Le PISEL, responsable secondaire

90. Le PISEL, responsable de l'atteinte au droit de reproduction s'il a connaissance de l'existence d'actes contrefaisants sur son système - En 1995 la Cour du District Nord de Californie tout en commençant par rappeler le principe général de responsabilité stricte modifia quelque peu son domaine d'application et énonça que dans certains cas il était plus « juste » de prendre en compte l'intention du défendeur : « *bien que le "copyright" soit une loi établissant un cas de responsabilité objective, il doit y avoir des éléments de volition ou de causalité qui font défaut lorsque le système du défendeur est simplement utilisé dans le but de créer une copie réalisée par un tiers* »³⁷². Le défendeur était alors Netcom On-Line Communications, Inc., l'un des plus importants fournisseurs d'accès Internet de l'époque. Le demandeur avait bien intenté une action à l'encontre de l'individu ayant pris l'initiative, sans en demander l'autorisation à l'ayant droit, de poster sur un forum de discussion *Usenet*³⁷³ des pans entiers de l'œuvre de L. Ron Hubbard, fondateur de l'Église de Scientologie. Mais il agit aussi à l'encontre de l'opérateur du BBS, et surtout pour ce qui nous intéresse, à l'encontre du fournisseur d'accès Internet utilisé par ce dernier. Il était alors demandé à la Cour de rendre un jugement sommaire sur le point de savoir si Netcom devait être considéré comme le responsable primaire de la violation du droit de reproduction du titulaire du « copyright »³⁷⁴.

La Cour rejeta l'argument selon lequel le comportement du fournisseur d'accès Internet constituait une violation directe d'un droit exclusif puisque ce dernier n'avait en aucune façon pris l'initiative de l'acte de reproduction

³⁷² Traduction de l'auteur. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1370 (N.D. Cal. 1995).

³⁷³ « Acronyme signifiant "USER's NETwork" et désignant un réseau appartenant à Internet permettant à un ensemble des serveurs de gérer les groupes de discussion ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

³⁷⁴ La motion était interjetée par le défendeur.

illicite³⁷⁵. La solution contraire aurait eu pour conséquence de rendre responsables tous les serveurs participant à l'offre de service Usenet. Même si la Cour refusa d'assimiler le défendeur au transporteur d'un média traditionnel qui bénéficiait pourtant d'un régime d'exonération de responsabilité en cas de contenu illicite transitant sur son réseau³⁷⁶, elle décida que l'activité en cause devait être appréciée au regard des théories de responsabilité secondaire³⁷⁷. Si le fondement du « vicarious liability » devait être écarté en raison de l'absence de bénéfice direct retiré de l'activité illicite, il était possible qu'aux vues d'une analyse plus poussée des faits il soit établi que Netcom avait eu connaissance de l'existence des messages contrefaisants et que donc il soit responsable du dommage causé, sauf à ce qu'il bénéficie de la défense de l'usage équitable ou « fair use »³⁷⁸. La motion de jugement sommaire devait donc être rejetée en partie. Le même standard de responsabilité fut appliqué à l'opérateur du BBS qui hébergeait le forum de discussion. Les activités de fourniture d'accès et d'hébergement ne furent donc pas distinguées l'une de l'autre aux fins de déterminer le standard de responsabilité applicable au fournisseur de service en cause.

³⁷⁵ L'acte de reproduction était cependant caractérisé puisqu'il était démontré que les messages postés sur Usenet étaient reproduits sur les équipements de Netcom et y étaient ainsi stockés pour une période de 11 jours.

³⁷⁶ « Here, perhaps, the analogy is not completely appropriate as Netcom does more than just "provide the wire and conduits". Further, Internet providers are not natural monopolies that are bound to carry all the traffic that one wishes to pass through them, as with the usual common carrier. [...]. Section 111 of the Copyright Act codifies the exemption for passive carriers who are otherwise liable for a secondary transmission. However, the carrier must not have any direct or indirect control over the content or selection of the primary transmission. [...]. In any event, common carriers are granted statutory exemptions for liability that might otherwise exist ». *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1370 (N.D. Cal. 1995).

³⁷⁷ Les juges distinguèrent l'espèce qu'ils avaient à connaître de l'affaire Frena en remarquant qu'il était en cause un droit exclusif de nature différente et que le défendeur dans la seconde affaire connaissait la nature contrefaisante des œuvres postées par les tiers sur le forum de discussion.

³⁷⁸ « Netcom is not free from liability just because it did not directly infringe plaintiffs' works ; it may still be liable as a contributory infringer. Although there is no statutory rule of liability for infringement committed by others, the absence of such express language in the copyright statute does not preclude the imposition of liability for copyright infringement on certain parties who have not themselves engaged in the infringing activity ». *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1373 (N.D. Cal. 1995).

Au-delà des considérations de justice ou d'équité qui furent invoquées pour refuser de soumettre le facilitateur d'un acte principal à un régime de responsabilité objective³⁷⁹, c'est l'incapacité de contrôler *a priori* le réseau³⁸⁰ qui semblait être au centre des préoccupations : « aucun but n'est servi en rendant responsables ceux qui n'ont aucun moyen de contrôler l'information à laquelle leurs abonnés ont accès, même lorsque les premiers aident d'une certaine manière les seconds à achever la "distribution publique" automatique de l'Internet et la représentation publique de dossiers par les utilisateurs »³⁸¹. Or une telle incapacité ne se vérifie plus *a posteriori*, autrement dit une fois que le PISEL est informé de l'existence d'un contenu illicite, ce à partir du moment où il contrôle, en droit et en fait, l'activité des fournisseurs de contenus.

Avec le développement des technologies numériques et la propagation de l'Internet, la question s'est donc posée de savoir s'il ne fallait pas soumettre les prestataires intermédiaires à un système de responsabilité secondaire plutôt que primaire. Face à l'apparition de courants jurisprudentiels contradictoires³⁸², le législateur s'est vu contraint de réagir. L'adoption du DMCA en 1998 eut donc pour but de mettre fin au débat entre responsabilité

³⁷⁹ Voir également les propos des juges de la Cour suprême dans l'affaire *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 434-435 (1984) : « [t]he Copyright Act does not expressly render anyone liable for infringement committed by another... [but] the absence of such express language in the copyright statute does not preclude the imposition of liability for copyright infringements on certain parties who have not themselves engaged in the infringing activities. For vicarious liability is imposed in virtually all areas of the law, and the concept of contributory infringement is merely a species of the broader problem of identifying the circumstances in which it is just to hold one individual accountable for the actions of another ».

³⁸⁰ Avant que le PISEL ne soit contacté par la victime alléguée.

³⁸¹ Traduction de l'auteur. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1373 (N.D. Cal. 1995).

³⁸² Voir dans le même sens que la décision *Frena, Playboy Enterprises, Inc. v. Webworld, Inc.*, 991 F. Supp. 543, 549-550 (N.D. Tex. 1997) affirmed by 168 F.3d 486 (5th Cir. 1999) ; *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia* n° civ. A. 93-4262 CW, 1997 WL 337558 (N.D. Cal. 1997). Pour des décisions réclamant de la part du demandeur la caractérisation de l'implication directe du PISEL dans l'acte de contrefaçon voir *National Basketball Ass'n v. Sports Team Analysis and Tracking Systems, Inc.*, 939 F.Supp. 1071 (S.D.N.Y. 1996) opinion amended and superseded by 939 F.Supp. 1071 (S.D.N.Y. 1996) affirmed in part, vacated in part by 105 F.3d 841, (2nd Cir. 1997) ; *Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc.*, 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997) ; *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 948 F. Supp. 923, 932 (N.D. Cal. 1996).

principale et responsabilité secondaire, excluant la première au bénéfice de la seconde. En effet, la première avait pour conséquence d'imposer aux PISEL une obligation de résultat jugée trop coûteuse. La décision Netcom fut alors codifiée au moyen de la section 512 du Copyright Act, ce au détriment de la jurisprudence Frena³⁸³. Il faut cependant nuancer ce qui précède en faisant remarquer que le DMCA est censé modifier de deux manières le droit existant. Tout d'abord, un fournisseur d'accès ne peut être condamné au paiement de dommages-Intérêts en raison de ses actes simplement passifs et automatiques. De plus, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité secondaire sont rendues à la fois plus claires et plus difficiles à satisfaire puisque les possibilités de présumer la connaissance de l'activité illicite sont réduites³⁸⁴. Il ne s'agit cependant pas d'instaurer un régime d'irresponsabilité au profit des PISEL : l'intensité de la responsabilité varie en fonction du degré d'implication de ces derniers dans la chaîne de transmission du contenu illicite.

³⁸³ C'est ce que reconnaissent expressément les travaux préparatoires : « [a]s to direct infringement, liability is ruled out for passive, automatic acts engaged in through a technological process initiated by another. Thus, the bill essentially codifies the result in the leading and most thoughtful judicial decision to date: *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.*, [...]. In doing so, it overrules those aspects of *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* [...], insofar as that case suggests that such acts by service providers could constitute direct infringement, and provides certainty that *Netcom* and its progeny, so far only a few district court cases, will be the law of the land ». Rapport de la Chambre des Représentants (1998) H.R. REP. 105-551(I), 11 (H.R. REP. 105-551).

³⁸⁴ « As to secondary liability, the bill changes existing law in two primary respects: (1) no monetary relief can be assessed for the passive, automatic acts identified in *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.*; and (2) the current criteria for finding contributory infringement or vicarious liability are made clearer and somewhat more difficult to satisfy ». H.R. REP. 105-551(I), 11. La chose est en réalité moins claire pour les conditions du « vicarious liability ».

B. Les responsabilités de droit spécial des PISEL après l'intervention législative

91. L'intervention du législateur en 1998 consacre dans les textes la subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle des PISEL. Il s'agit de traiter avec faveur les PISEL au rôle passif et technique comme le domaine (1) et les effets (2) de la section 512 en témoignent, sans pour autant poser un principe d'irresponsabilité à l'instar de ce qui a été entrepris au moyen du CDA.

1. Domaine

92. **Un régime de responsabilité vertical³⁸⁵ quant aux types de contenus en cause** - Quant aux types de contenus en cause, l'étude du domaine du principe de responsabilité ne pose pas vraiment de problème dans la mesure où il s'agit de ne s'intéresser qu'aux hypothèses de contrefaçons aux « copyrights ». En ce sens, l'on est bien confronté à un principe de droit spécial.

93. **Les activités réglementées** - Quant aux personnes, il faut distinguer quatre catégories d'activités aux régimes de responsabilité différents.

93-1. **Le simple transporteur** - La première est celle du simple transporteur ou « transitory digital network communications » dont l'activité consiste, soit en la transmission ou en le routage d'un matériel à travers un système ou réseau contrôlé ou administré par le fournisseur de service ou pour son compte, soit en l'offre d'une connexion à ce système ou réseau aux fins de transit, soit en le stockage intermédiaire et transitoire au cours des

³⁸⁵ L'adjectif vertical doit être compris ici comme un synonyme de l'adjectif sectoriel. Il s'agit en effet d'un régime de responsabilité sectoriel eu égard aux types de contenus visés.

processus de transmission, routage, ou connexion³⁸⁶. Dans tous les cas, le fournisseur de service ne doit pas prendre l'initiative de la transmission et ne doit pas intervenir dans le choix du récepteur du matériel. De plus, les processus de transmission, routage, connexion ou stockage doivent être automatiques, sans que le fournisseur de service intervienne cette fois dans le choix du contenu du matériel ou qu'il le modifie par la suite. Enfin, la reproduction du matériel ne peut être maintenue sur les équipements du fournisseur de service que pour un temps raisonnablement nécessaire à la transmission, au routage ou à la connexion. C'est donc d'abord le fournisseur d'accès Internet qui est visé par la section 512(a), mais également l'opérateur de télécommunications. Il ne s'agit cependant pas là d'une liste limitative.

³⁸⁶ 17 U. S. C. §512(a). Il faut noter qu'en plus du paragraphe (a), l'on doit se référer au paragraphe (k) qui définit la notion de fournisseur de service au sens du premier paragraphe cité : « **(1) Service provider.--(A) As used in subsection (a), the term "service provider" means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received** ». On peut se demander ce qu'ajoute cette définition au contenu déjà très complet du paragraphe (a).

« **(a) Transitory digital network communications.--A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if--**

(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;

(2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;

(3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;

(4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and

(5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content ».

93-2. Le fournisseur de cache - La seconde catégorie³⁸⁷ est celle du fournisseur de cache dont l'activité consiste en le stockage intermédiaire et temporaire d'un matériel sur un système ou réseau contrôlé ou administré par le fournisseur de service ou pour son compte, lorsque ce matériel est rendu accessible en ligne par une personne différente du fournisseur de service, sans que ce dernier intervienne dans le choix de son récepteur, et, lorsque le stockage est réalisé au moyen d'un processus technique automatique dont le but est de rendre disponible le matériel aux utilisateurs du système ou réseau une fois qu'une première transmission entre l'émetteur et le récepteur a déjà été effectuée³⁸⁸. À aucun moment, le fournisseur de cache ne doit intervenir

³⁸⁷ Pour chacune des trois catégories qui suivent, il faut pour définir la notion de fournisseur de service se référer au paragraphe (k)(1)(B) : « *As used in this section, other than subsection (a), the term "service provider" means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A)* ». Il s'agit comme en témoigne la lettre du texte d'une définition très large. Voir *ALS Scan Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619, 623 (4th Cir. 2001) ; re *Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

³⁸⁸ 17 U. S. C. §512(b) :

« (b) System caching.--

(1) Limitation on liability.--*A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which--*

(A) *the material is made available online by a person other than the service provider;*

(B) *the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and*

(C) *the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.*

(2) Conditions.--*The conditions referred to in paragraph (1) are that--*

(A) *the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);*

(B) *the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;*

(C) *the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to*

dans le choix du contenu du message. Enfin, il doit se conformer aux règles de rafraîchissement, de chargement et de mise à jour de même qu'aux modalités de retour de l'information et aux conditions d'accès au matériel fixées par le fournisseur de contenus.

93-3. Le fournisseur d'hébergement - Vient ensuite le fournisseur d'hébergement dont l'activité consiste en le stockage d'un matériel sous la direction de l'utilisateur de ce dernier sur le système ou réseau contrôlé ou administré par le fournisseur de service³⁸⁹.

that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology--

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if--

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled ».

Le cache est « un support de stockage intermédiaire destiné à recevoir les informations les plus fréquemment utilisées ». Les fournisseurs d'accès Internet ont donc recours à des fournisseurs de cache ou serveurs proxy « pour assurer au meilleur coût un débit acceptable pour leurs clients (cache proxy) ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

³⁸⁹ 17 U. S. C. §512(c) :

« (c) Information residing on systems or networks at direction of users.--

(1) In general.--A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider –

93-4. Le fournisseur d'instruments de localisation de l'information -

L'on trouve enfin le fournisseur d'instruments de localisation de l'information. Comme son nom l'indique, le service offert ici est la localisation de l'information recherchée, que ce soit au moyen d'une rubrique, d'un index, d'une référence, d'un pointeur ou d'un lien hypertexte³⁹⁰. C'est en particulier l'activité du moteur de recherche qui est visée, même si le législateur n'a pas fait le choix de l'expression « search engines »³⁹¹.

(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;
(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity ».

³⁹⁰ 17 U.S.C. §512(d) :

« **(d) Information location tools.**--A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider--

(1)(A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;
(B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
(C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
(2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
(3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link ».

³⁹¹ « Application informatique répertoriant à intervalles réguliers les différentes ressources présentes sur Internet en fonction des mots qu'elles contiennent. Par extension, l'expression désigne un site WWW offrant gratuitement à l'internaute la localisation d'une information recherchée puis son accès direct par hyperlien. Point de passage quasi obligé pour les internautes, les moteurs de recherche sont financés par la publicité ou les propriétaires de sites en fonction des "clients" dirigés ».P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

94. Des activités cumulatives - Lors du choix de la catégorie pertinente aux fins de jauger le comportement du PISEL, il convient de bien être conscient du fait qu'un même PISEL peut exercer différentes activités et donc voir son acte analysé aux vues de plusieurs des paragraphes de la section 512. C'est par exemple le cas du moteur de recherche susceptible de fournir également un service de cache³⁹². En ce sens, il n'y a pas prédominance de l'activité principale.

95. Des activités énumérées limitativement mais interprétées largement - Alors même que ces quatre activités sont les composantes d'une liste limitative, ce qui implique que seules ces activités bénéficient d'un régime spécial, elles ressemblent toutes à des catégories ouvertes, sans qu'il ne soit possible d'établir de hiérarchie aucune. Cet agencement original résulte non seulement des recommandations du législateur³⁹³, mais également de l'interprétation qui en a été faite par les juges, de sorte qu'un très grand nombre de PISEL sont en réalité concernés et que les frontières entre l'une et l'autre des catégories ne sont pas fermement établies.

Tout d'abord, les juges ont accordé le bénéfice des paragraphes (a) (mais aussi (d)) de la section 512 à des fournisseurs de service de vérification de l'âge des internautes désireux d'obtenir un matériel dont l'accès est volontairement restreint par le fournisseur de contenus³⁹⁴. Ils ont également

³⁹² Voir par exemple *Field v. Google Inc.*, 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev. 2006).

³⁹³ 17 U.S.C. 512(n) : « *Construction. – Subsections (a), (b), (c), and (d) describe separate and distinct functions for purposes of applying this section. Whether a service provider qualifies for the limitation on liability in any one of those subsections shall be based solely on the criteria in that subsection, and shall not affect a determination of whether that service provider qualifies for the limitation on liability under any other such subsection* ».

³⁹⁴ *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F.Supp.2d 1077, 1083 (C.D.Cal. 2004). La description de l'activité du défendeur sur laquelle se basèrent les juges est la suivante : « [Defendant] *verifies age and provides a link to approximately 30,000 third-party adult content websites that participate in the SexKey system ("Affiliated Websites"). [...] The Affiliated Websites are not owned by [Defendant] [...] A user (consumer) cannot access an Affiliated Website without proving he or she is of legal age. [Defendant] provides each Affiliated Website with a site ID and an HTML code to place on their site. [...] When a new user clicks onto an Affiliated Website, a link that tracks the site ID automatically directs the user to sexkey.com for age verification. [...] The user is directed to [Defendant]'s registration page, which contains [Defendant]'s User Agreement. [...] The User Agreement sets forth*

considéré que le fournisseur d'un service de paiement en ligne réglementant l'accès à certains sites était soumis aux dispositions de la section 512(a)³⁹⁵.

De plus, les plateformes de vente en ligne, par le biais ou non d'un système d'enchères telles Amazon³⁹⁶ ou eBay³⁹⁷, se sont vues accorder les faveurs de la section 512(c). Cela est le cas également des plateformes

terms and conditions that a user must certify and agree in order to subscribe to a SexKey membership. [...] Once the user agrees to all the terms of the User Agreement by checking on a box that the user agrees, the user is provided a user password to access all of the Affiliated Websites in the SexKey system. [...] Internet Key does not store the content of the Affiliated Websites on its computer system. [...]. It only stores information related to the Affiliated Websites' URLs, site descriptions and webmaster information ». Ils en conclurent donc que la section 512(d) était applicable en l'espèce : « [Plaintiff] argues that [Defendant] does not use an information location tool as defined in §512(d) because [Defendant] is not like Yahoo! or Google which provide links to millions of websites with whom it has no relationship. [Plaintiff] reasons that because [Defendant] merely links to a relatively small universe of websites with whom it has in place contractual relationships and established review procedures, it is not entitled to protection under §512(d). Section 512(d) does not state that the safe harbor is limited to internet service providers that provide links to millions of websites. Nor does §512(d) state that the use of an information location tool is limited to internet service providers that do not have contractual relationships with their affiliate websites. Therefore, these arguments are without merit ». De plus « [Defendant] serves another function. Namely, when a user goes to one of [Defendant]'s Affiliate Websites, the user is directed to the [Defendant] sign-up page for age verification purposes. [...] This function falls outside of the parameters of §512(d) because Internet Key is not referring users to other websites through a directory, index, reference, pointer, or hypertext link. However, this function falls within the purview of §512(a) ». Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 340 F.Supp.2d 1077, 1098 (C.D.Cal. 2004). Comparer avec Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F.Supp.2d 1146 (C.D. Cal. 2002).

³⁹⁵ Le service de paiement en ligne en cause était décrit comme suit : « [Defendant] is a company that processes payments for online merchants. [...] [Defendant] has nearly 5,000 clients with over 70,000 websites. [...] All material selected and posted by [Defendant]'s clients' websites is selected and posted by [Defendant]'s clients. [...] [Defendant] can suspend or terminate its relationship with websites if it becomes aware that the website is violating [Defendant]'s policies or state or federal law. [...] When [Defendant] suspends or terminates a client, the contents of the clients' website remains intact and unchanged. [...] In addition, suspension or termination does not affect the ability of the website's existing customers (those who have already paid) to obtain access to the website. [...] Suspension or termination does, however, prevent the owner of the website from receiving new payments using [Defendant]'s payment processing services ». Ibid, 1082-1083. Les juges concluent donc : « [Plaintiff] relies on the section of §512(a) that refers to the transmission of the material; it has failed, however, to address the section of §512(a) which refers to the provision of a connection to the material. The section provides that "an internet service provider shall not be liable ... for infringement of copyright by reason of the provider's ... providing connections for material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or ..." §512(a). [Defendant] provides a connection to the material on its clients' websites through a system which it operates in order to provide its clients with billing services ». Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 340 F.Supp.2d 1077, 1091 (C.D.Cal. 2004).

³⁹⁶ Voir par exemple Hendrickson v. Amazon.Com, 298 F.Supp.2d 914, 915 (C.D.Cal. 2003) ; Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090 (W.D. Wash. 2004).

³⁹⁷ Voir notamment Hendrickson v. Ebay, Inc., 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D.Cal. 2001).

communautaires de partage de vidéo en ligne³⁹⁸. En sus, bien que les solutions jurisprudentielles récentes aient diminué l'intérêt que les fournisseurs de logiciels poste-à-poste ou encore « peer-to-peer » (P2P)³⁹⁹ auraient à bénéficier du régime spécial de responsabilité de la section 512, les juges n'ont pas écarté la possibilité de faire entrer une activité de ce type au sein du troisième ou quatrième paragraphe de la section 512⁴⁰⁰.

En outre, l'on mentionnera que la section 512 s'adresse non seulement aux PISEL dont l'activité est appréhendée par l'un des quatre premiers paragraphes, mais également à leurs sous-traitants, comme en témoigne la référence systématique aux systèmes ou réseaux contrôlés ou administrés pour le compte du fournisseur de service⁴⁰¹.

Si les quatre catégories que nous avons essayées de définir tout au long de cette sous-section sont ouvertes, comme cela était déjà le cas pour la catégorie du fournisseur de service informatique interactif au cœur du dispositif du CDA, l'on est plus proche ici d'un principe de responsabilité, certes limitée, que d'un principe d'irresponsabilité.

³⁹⁸ Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F.Supp.2d 1132 (N.D. Cal. 2008).

³⁹⁹ Un logiciel de P2P permet « aux internautes de mettre des ressources à disposition sans l'intermédiaire d'un fournisseur d'hébergement ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

⁴⁰⁰ Voir la décision de la Cour d'appel du 9e circuit dans la célèbre affaire Napster, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004, 1025 (9th Cir. 2001). Le défendeur arguait du bénéfice de la section 512(d). La Cour n'exclut pas l'application de cette disposition mais le remède réclamé par la victime étant une injonction préliminaire il lui suffit de constater que les demandeurs à l'action « raise serious questions regarding Napster's ability to obtain shelter under §512, and plaintiffs also demonstrate that the balance of hardships tips in their favor », ce qui permettait de rendre l'injonction préliminaire appropriée. Comparer avec la solution des juges de première instance A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., No. 99-05183, 2000 WL 573136 (N.D.Cal. 2000) qui rejetèrent la motion de jugement sommaire opposée par le défendeur sur le fondement de la sous-section 512(a). Voir également la décision de la Cour d'appel du 7e circuit re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

⁴⁰¹ « The liability limitations apply to networks "operated by or for the service provider," thereby protecting both service providers who offer a service and subcontractors who may operate parts of, or an entire, system or network for another service provider ». Rapport de la Chambre des Représentants (1998), H.R. REP. 105-796, 649 (H.R. REP. 105-796).

2. Effets

96. Pour pouvoir opposer utilement au demandeur l'un des régimes spéciaux de responsabilité de la section 512 (b), le défendeur doit préalablement se conformer à des conditions d'éligibilité (a).

a. Conditions d'éligibilité

97. Les effets d'un manquement aux conditions d'éligibilité - S'il est vrai que la section 512 du Copyright Act instaure non pas un régime spécial de responsabilité mais quatre régimes spéciaux⁴⁰², le PISEL, et ce, quelle que soit son activité⁴⁰³, doit pour pouvoir en bénéficier se conformer aux conditions d'éligibilité énoncées au paragraphe (i)⁴⁰⁴. Ce n'est que dans un

⁴⁰² Il s'agit là de régimes de responsabilité civile, puisque la responsabilité pénale du défendeur en cas de contrefaçon ne peut de manière générale être recherchée que s'il est démontré qu'il a agi intentionnellement tel que son comportement soit qualifié de « willfully ». Voir la section 506 du Copyright Act qui précise notamment que « [f]or purposes of this subsection, evidence of reproduction or distribution of a copyrighted work, by itself, shall not be sufficient to establish willful infringement ». Pour une interprétation jurisprudentielle de cette notion voir U.S. v. Moran, 757 F.Supp. 1046, 1050-1051 (1991) : « I find that "willfully," when used in 17 U.S.C. §506(a), means a "voluntary, intentional violation of a known legal duty." [...] it is important to recognize that the rule does not require that a defendant's belief that his conduct is lawful be judged by an objective standard. Rather, the test is whether [Defendant] truly believed that the copyright laws did not prohibit him from making one copy of a video cassette he had purchased in order to "insure" against vandalism. In other words, the test is not whether [Defendant]'s view was objectively reasonable, but rather, whether Moran truly believed that the law did not proscribe his conduct. [...] Of course, the more unreasonable the asserted belief or misunderstanding, the more likely it is that the finder of fact will consider the asserted belief or misunderstanding to be nothing more than simple disagreement with known legal duties imposed by the law, and will find that the government has carried its burden of proving knowledge ». Comparer avec United States v. Manzer, 69 F.3d 222, 227 (8th Cir. 1995).

⁴⁰³ La lettre du texte pourrait cependant sembler exclure les fournisseurs d'instruments de localisation de l'information dans la mesure où les utilisateurs de leurs services n'ont pas le statut d'abonnés ou de titulaires de compte.

⁴⁰⁴ « (i) **Conditions for eligibility.**--

(1) Accommodation of technology.--*The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider--*

(A) *has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate*

deuxième temps que l'on pourra chercher à identifier le régime de responsabilité applicable aux vues de la nature de l'activité du PISEL. Au cas où le prestataire intermédiaire manquerait à ces conditions d'éligibilité, comme d'ailleurs aux conditions d'exonération, il faudrait alors s'en remettre aux théories de responsabilité secondaire de droit commun⁴⁰⁵. Cela est vrai par exemple pour le fournisseur d'hébergement,⁴⁰⁶ mais également pour le fournisseur d'accès Internet⁴⁰⁷. Dès lors, il n'est pas correct d'affirmer que ce dernier bénéficie d'un régime d'irresponsabilité depuis l'adoption du DMCA.

circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers; and

(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

(2) Definition.--As used in this subsection, the term "standard technical measures" means technical measures that are used by copyright owners to identify or protect copyrighted works and--

(A) have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process;

(B) are available to any person on reasonable and nondiscriminatory terms; and

(C) do not impose substantial costs on service providers or substantial burdens on their systems or networks ».

⁴⁰⁵ « The DMCA established certain safe harbors to "provide protection from liability for: (1) transitory digital network communications; (2) system caching; (3) information residing on systems or networks at the direction of users; and (4) information location tools. [...] These safe harbors limit liability but "do not affect the question of ultimate liability under the various doctrines of direct, vicarious, and contributory liability" [...] and nothing in the language of §512 indicates that the limitation on liability described therein is exclusive ». Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 481 F.3d 751, 758 (9th Cir. 2007), 488 F.3d 1102, 1109 (9th Cir. 2007). Voir également Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F.Supp.2d 1146, 1174 (C.D.Cal. 2002) citée par la décision Perfect 10(II). Voir de manière générale 17 U.S.C. 512(l) : « Other defenses not affected. – The failure of a service provider's conduct to qualify for limitation of liability under this section shall not bear adversely upon the consideration of a defense by the service provider that the service provider's conduct is not infringing under this title or any other defense » ; H.R. REP. 105-796, 73 : « As provided in subsection (l), Section 512 is not intended to imply that a service provider is or is not liable as an infringer either for conduct that qualifies for a limitation of liability or for conduct that fails to so qualify. Rather, the limitations of liability apply if the provider is found to be liable under existing principles of law ».

⁴⁰⁶ Voir entre autres Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 340 F.Supp.2d 1077 (C.D.Cal. 2004) ; Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090 (W.D. Wash. 2004) ; Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F.Supp.2d 1146 (C.D. Cal. 2002).

⁴⁰⁷ Voir notamment Ellison v. Roberston 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004) ; Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 340 F.Supp.2d 1077, 1083 (C.D.Cal. 2004) ; re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003). Dans l'affaire Ellison les juges refusent de prononcer en faveur du fournisseur d'accès Internet AOL un jugement sommaire sur le point de savoir si ce dernier s'est conformé aux dispositions de la sous-section 512(i) : « [i]t is difficult to conclude as a matter of law, as the district court did, that AOL had "reasonably implemented" a policy against repeat infringers. There is ample evidence in the record that suggests that AOL did not have an effective notification procedure in place at the time the alleged infringing activities were taking place. Although

98. Le contenu des conditions d'éligibilité - Les conditions d'éligibilité sont au nombre de deux. En premier lieu, le PISEL doit adopter un règlement en vertu duquel il s'engage à mettre un terme, dans les circonstances appropriées, au service fourni à ses clients ou titulaires de comptes lorsque ceux-ci ont commis des violations répétées du « copyright ». Mais ce n'est pas tout. Il faut encore qu'il informe ses clients ou titulaires de compte de son existence et qu'il l'applique raisonnablement en pratique. En second lieu, le PISEL ne doit pas interférer avec les mesures techniques adoptées sur la base d'un large consensus dans le but de protéger les intérêts des ayants droit.

98-1. La lutte contre les contrefaçons répétées et manifestes - C'est la première condition qui est incontestablement la plus discutée. Son appréciation se fait au moyen d'un test en trois étapes⁴⁰⁸ qui doit donc permettre de vérifier l'adoption du règlement, l'information des utilisateurs du service fourni par le PISEL de son existence et surtout son application raisonnable en pratique. La troisième étape est sans doute la plus problématique. Les juges vérifient à ce stade deux éléments. Tout d'abord, il s'agit de savoir si le PISEL a adopté une procédure permettant de recevoir les plaintes des ayants droit et de les transmettre à leurs utilisateurs⁴⁰⁹. Ensuite il

AOL did notify the Copyright Office of its correct e-mail address before Ellison's attorney attempted to contact AOL and did post its correct e-mail address on the AOL website with a brief summary of its policy as to repeat infringers, AOL also: (1) changed the e-mail address to which infringement notifications were supposed to have been sent; and (2) failed to provide for forwarding of messages sent to the old address or notification that the e-mail address was inactive. See Ellison, 189 F.Supp.2d at 1057-58. AOL should have closed the old e-mail account or forwarded the e-mails sent to the old account to the new one. Instead, AOL allowed notices of potential copyright infringement to fall into a vacuum and to go unheeded; that fact is sufficient for a reasonable jury to conclude that AOL had not reasonably implemented its policy against repeat infringers ». Ellison v. Roberston 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004).

⁴⁰⁸ Ellison v. Roberston 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004): « [s]ection 512(i)(1)(A) requires service providers to: (1) adopt a policy that provides for the termination of service access for repeat copyright infringers in appropriate circumstances; (2) implement that policy in a reasonable manner; and (3) inform its subscribers of the policy ».

⁴⁰⁹ Il semble que la conservation des données permettant de tracer les contrefacteurs soit essentielle. Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 488 F.3d 1102, 1110 (9th Cir. 2007). Voir également Ellison v. Roberston 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004) (AOL ayant changé l'adresse email de réception des notifications sans en informer le Copyright Office, son règlement n'était donc pas raisonnablement appliqué en pratique) ; In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643,

faut vérifier en pratique si le PISEL tolère néanmoins sur son système ou réseau la présence de contrefaçons répétées⁴¹⁰.

La notion de violation répétée devant entraîner la réaction du PISEL qui, parce que le législateur n'a pas été aussi précis que pour ce qui est de la procédure de notification et de retrait (« notice-and-take-down ») a pu donner lieu à des interprétations parfois contradictoires⁴¹¹. En effet, aucun lien n'est établi par le législateur entre la réception d'un nombre déterminé de notifications par le PISEL et la naissance de l'obligation de faire cesser l'activité illicite à la charge de ce dernier.

655 (7th Cir. 2003) (le défendeur enseignant à ses utilisateurs la façon de crypter les matériaux contrefaisants, son règlement n'était donc pas raisonnablement appliqué en pratique).

⁴¹⁰ « *The first is whether the service provider adopted a procedure for receiving complaints and conveying those complaints to users. [...] If such a procedure has been adopted, then the second question is whether the service provider nonetheless still tolerates flagrant or blatant copyright infringement by its users* ». *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1102 (W.D. Wash. 2004). Voir également *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures*, 213 F.Supp.2d 1146, 1177-78 (C.D.Cal.2002). Pour une formulation quelque peu différente voir *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 481 F.3d 751, 758-759 (9th Cir. 2007), 488 F.3d 1102, 1110 (9th Cir. 2007) (« *The [DMCA] does not define "reasonably implemented". We hold that a service provider « implements » a policy if it has a working notification system, a procedure for dealing with DMCA-compliant notification, and if it does not actively prevent copyright owners from collecting information needed to issue such notifications. The statute permits service providers to implement a variety of procedures, but an implementation is reasonable if, under "appropriate circumstances", the service provider terminates users who repeatedly or blatantly infringe copyright* »).

⁴¹¹ Pour un exemple d'interprétation libérale et donc favorable aux PISEL voir notamment *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1106-1107 (W.D. Wash. 2004) : « *[a]ctual knowledge of blatant, repeat infringement cannot be imputed merely from the receipt of notices of infringement. Instead, there must be additional evidence available to the service provider to buttress the claim of infringement supplied by the notices. Here, [Plaintiff] provides no additional evidence that was available to Amazon that would have led Amazon to conclude that Posternow was a blatant, repeat infringer* ». Comparer avec *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1088 (C.D. Cal. 2004) pour qui : « *an internet service provider who receives repeat notifications that substantially comply with the requirements of §512(c)(3)(A) about one of its clients, but does not terminate its relationship with the client, has not reasonably implemented a repeat infringer policy* ». Il ne suffit pas de prendre en compte la manière dont le PISEL s'est comporté avec le demandeur pour en conclure que l'application du règlement est raisonnable en pratique. L'analyse du comportement du PISEL chaque fois qu'il reçoit une notification est également pertinente à cet effet. *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 488 F.3d 1102, 1113 (9th Cir. 2007).

Soit l'on considère que le caractère répété suffit et que la violation ne doit pas nécessairement être manifeste de sorte que deux notifications pourront suffire à faire naître l'obligation du PISEL⁴¹².

Soit l'on considère que la violation doit être répétée et manifeste, autrement dit qu'il faut dans tous les cas qu'au regard des dispositions du « copyright » il soit patent qu'il y ait bien eu contrefaçon.

Il est à penser, au moins aux vues des travaux préparatoires, que la deuxième interprétation est la bonne⁴¹³. Cependant, il n'est pas sûr qu'elle soit suivie par les juges comme en témoigne par exemple la décision *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*⁴¹⁴. Selon la Cour l'imprécision de la sous-section (i) devait s'interpréter dans le sens d'une répartition des compétences en faveur des titulaires de « copyright » : « *puisque le but du DMCA est d'exonérer les fournisseurs de service Internet du devoir de patrouiller sur Internet à la recherche de contrefaçons au "copyright" qui ne sont pas apparentes de façon immédiate ou dont ils n'ont aucune connaissance effective, le DMCA requiert que les titulaires de "copyright" informent les fournisseurs de service Internet des contrefaçons réalisées*

⁴¹² Une Cour a cependant admis à titre d'*obiter dictum* que la réception de trois notifications avant la réaction du fournisseur de service était acceptable. *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1094 n.12 (C.D. Cal. 2004).

⁴¹³ « *The Committee recognizes that there are different degrees of on-line copyright infringement, from the inadvertent and non-commercial, to the willful and commercial. In addition, the Committee does not intend this provision to undermine the principles of new subsection (l) or the knowledge standard of new subsection (c) by suggesting that a provider must investigate possible infringements, monitor its service, or make difficult judgments as to whether conduct is or is not infringing. However, those who repeatedly or flagrantly abuse their access to the Internet through disrespect of the intellectual property rights of others should know that there is a realistic threat of losing that access* ». H.R. REP. 105-551(II), 61. Pour une distinction intéressante entre contrefacteur-distributeur (« [a] distributor-infringer is one whose infringement consists primarily of making unauthorized copies of a copyrighted work for others »), contrefacteur-consommateur (« [a] consumer-infringer is one whose infringement consists primarily of making unauthorized copies for his own personal consumption ») et contrefacteur-créateur (« a creator-infringer is one who, without authorization, uses a copyrighted work in the process of making his own expressive work ») voir A. Sawicki, *Repeat infringement in the Digital Millennium Copyright Act*, *University of Chicago Law Review* (73)2006, 1455-1485. Cet auteur propose d'exclure du domaine d'application du paragraphe (i) de la section 512 les contrefacteurs-créateurs.

⁴¹⁴ 340 F. Supp. 2d 1077, 1087-88 (C.D. Cal. 2004).

par les sites des clients des fournisseurs de service Internet »⁴¹⁵. En appel les juges répétèrent à plusieurs reprises qu'il n'appartenait pas aux PISEL de déterminer le caractère illicite des contenus en ligne⁴¹⁶. Pour autant, ils ne semblent pas remettre en cause l'interprétation des juges de première instance. Le parallèle qu'ils dressent entre les paragraphes (i) et (c) laissent à penser qu'ils adhèrent pleinement à cette dernière⁴¹⁷.

Dans tous les cas, les PISEL ne peuvent être contraints de prendre l'initiative d'un contrôle spontané et systématique de leurs systèmes ou réseaux à la recherche de violations répétées et manifestes.⁴¹⁸

On remarquera, toujours à propos des conditions d'éligibilité, que le fournisseur d'hébergement se voit imposer une obligation supplémentaire, celle de désigner un agent habilité à recevoir les notifications attestant de l'existence de contrefaçons sur ses équipements, agent qui doit être accessible au public depuis son site Internet. De plus, il doit informer le Copyright Office de son nom, adresse, numéro de téléphone, et courrier électronique, ainsi que de toute autre information jugée nécessaire par ce dernier⁴¹⁹.

Enfin, l'on n'oubliera pas de mentionner que la charge de la preuve du respect de ces conditions d'éligibilité comme du respect des conditions

⁴¹⁵ Traduction de l'auteur. Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 340 F. Supp. 2d 1077, 1087 (C.D. Cal. 2004).

⁴¹⁶ Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 481 F.3d 751,763 (9th Cir. 2007), 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007) : « *We do not place the burden of determining whether photographs are actually illegal on service provider* ».

⁴¹⁷ « *To identify and terminate repeat infringers, a service provider need not affirmatively police its users for evidence of repeat infringement. Were we to require service providers to terminate users under circumstances other than those specified in §512(c), §512(c)'s grant of immunity would be meaningless. This interpretation of the statute is supported by legislative history* ». Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 481 F.3d 751, 760 (9th Cir. 2007), 488 F.3d 1102, 1110 (9th Cir. 2007). Voir également Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F.Supp.2d 1132, 1144 (N.D. Cal. 2008).

⁴¹⁸ Même lorsqu'il s'agit d'empêcher que des contrefacteurs allégués utilisent à nouveau les services des PISEL en ouvrant d'autres comptes. Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F.Supp.2d 1132, 1144 (N.D. Cal. 2008).

⁴¹⁹ 17 U.S.C. §512(c)(2).

d'exonération que nous allons étudier au paragraphe suivant repose sur le fournisseur de service⁴²⁰.

b. Conditions d'exonération

99. Les conditions d'exonération de la responsabilité civile délictuelle des PISEL varient en fonction de la nature du remède demandé : soit le demandeur réclame l'octroi de dommages-intérêts (i), soit il réclame le prononcé d'une injonction (2).

i. En droit

100. Le simple transporteur - Une fois les conditions d'éligibilité du paragraphe (i) respectées par le PISEL, l'on doit alors identifier précisément l'activité de ce dernier afin de déterminer le standard de responsabilité qui lui est applicable. En vertu du paragraphe (a) de la section 512, le simple transporteur est exonéré de toute responsabilité financière, sans préjudice des demandes d'injonction ou de tout autre remède d'Équité régis par le paragraphe (j). C'est celui qui bénéficie du standard de responsabilité le plus favorable. Dès lors, sauf à ce que l'on soit confronté à des actes de contrefaçon répétés et manifestes et que la section (i) trouve à s'appliquer⁴²¹, le prestataire intermédiaire n'est pas obligé de réagir en cas de connaissance effective d'un contenu illicite.

Toujours est-il que si la demande se fonde sur la théorie de l'incitation à la commission d'un acte illicite ou « inducement », ce qui nécessite la preuve

⁴²⁰ Pour les conditions d'éligibilité, voir par exemple *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1099 (W.D. Wash. 2004) ; et pour les conditions d'exonération voir notamment *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619, 623 (4th Cir. 2001) ; *Hendrickson v. Ebay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 1088 (C.D. Cal. 2001).

⁴²¹ Ce qui n'est pas un cas d'école comme on l'a vu au paragraphe précédent.

d'éléments additionnels en sus de la connaissance de la présence d'un acte de contrefaçon, le PISEL pourrait voir sa responsabilité engagée. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de responsabilité des fournisseurs de logiciel P2P. En effet, dans l'affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*⁴²², la Haute juridiction infirma avec grand bruit la décision rendue par la Cour d'appel du 9^e circuit⁴²³ et condamna les administrateurs des systèmes Grokster et Streamcast sur la base de la théorie de l'incitation. La preuve que le défendeur n'avait pas intégré à son système des mécanismes de filtrage et qu'il tirait profit de l'activité illicite en vendant des espaces publicitaires sur son site ne pouvait certes pas suffire à caractériser l'incitation. Néanmoins, la présence de matériels promotionnels et l'utilisation de programmes spécialement conçus pour attirer les anciens utilisateurs de Napster s'ajoutaient aux éléments précédents pour faire pencher la balance du côté de la responsabilité du défendeur, ainsi que le choix du nom Grokster, proche de Napster et certains documents produits en interne par le défendeur.

101. Le fournisseur de cache - Le paragraphe (b) de la section 512 est un peu plus contraignant pour le fournisseur de cache puisque ce dernier n'est exonéré de sa responsabilité financière, que, si après notification conforme de la victime ou réception de l'ordre de la Cour, il élimine promptement le matériel ou rend son accès impossible, à condition bien sûr que le matériel ait déjà été retiré du site original ou que la Cour ait émis un ordre en ce sens. Pour que la notification de l'ayant droit produise ses effets, il doit mentionner l'élimination du matériel ou l'occlusion de son accès à partir du site original ou l'ordre de la Cour à l'encontre de l'administrateur du site original. Dès lors, c'est la connaissance effective de l'activité dommageable qui provoque la naissance de l'obligation de faire cesser cette activité à l'endroit du PISEL.

⁴²² 125 S.Ct. 2764 (2005).

⁴²³ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v Grokster, Ltd.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004).

Cette connaissance ne s'acquiert cependant que de deux manières, soit par l'intermédiaire d'une décision de justice, soit par la notification de l'ayant droit.

102. Le fournisseur d'hébergement et le fournisseur d'instruments de localisation de l'information - Pour ce qui est cette fois des paragraphes (c) et (d), les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité sont assouplies puisque la connaissance présumée à partir de plusieurs éléments de fait non définis *a priori* suffit⁴²⁴. Il n'est pas nécessaire de démontrer la connaissance effective du fournisseur de service. Pour autant, le critère retenu est plus restrictif que le standard du « constructive knowledge » de la théorie du « contributory infringement » de droit commun. Ce n'est que dans les cas où le matériel est manifestement contrefaisant que l'on pourra caractériser la connaissance du fournisseur d'hébergement ou du fournisseur d'instruments de localisation de l'information, comme le suggèrent la lettre du texte et les travaux préparatoires⁴²⁵.

Mais il faut faire ici attention à bien distinguer chacune des branches du test appliqué pour comprendre comment s'articule le régime de responsabilité de ces fournisseurs de service. En effet, les trois étapes du test à appliquer

⁴²⁴ L'exercice d'une activité de filtrage ne peut cependant suffire à faire présumer la connaissance. Voir *in fine* CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004).

⁴²⁵ Aux dires des travaux préparatoires, le standard est le suivant : « any [...] "**red flag**" - information of any kind that a reasonable person would rely upon. It may, in appropriate circumstances include the absence of customary indicia of ownership or authorization, such as a standard and accepted digital watermark or other copyright management information. [...] the bill imposes no obligation on a provider to seek out such red flags. Once a provider becomes aware of a red flag, however, it ceases to qualify for the exemption ». H.R. REP. 105-551(I), 25. « Under this standard, a service provider would have no obligation to seek out copyright infringement, but it would not qualify for the safe harbor if it had turned a blind eye to "red flags" of obvious infringement ». H.R. REP. 105-551(II), 57. Pour un commentaire doctrinal voir E. Lee, *Decoding the DMCA safe harbors*, Columbia Journal of Law & the Arts (32)2009, 233-269; T. E. Reese, *Wading through the muddy waters: the courts' misapplication of section 512(c) of the Digital Millennium Copyright Act*, Southwestern University Law Review (34)2004, 287-323. En jurisprudence le standard du « red flag » a été interprété restrictivement. Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090, 1107-1108 (W.D. Wash. 2004) ; Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007) ; Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F.Supp.2d 1132, 1148-1149 (N.D. Cal. 2008).

sont bien distinctes⁴²⁶. Autrement dit, pour être exonéré le PISEL doit remplir les trois conditions cumulatives suivantes. Tout d'abord, il ne doit pas avoir connaissance (effective ou présumée à partir de plusieurs éléments de fait significatifs) d'actes de contrefaçon manifeste⁴²⁷. Mais si cela est le cas, il doit agir promptement pour éliminer le matériel ou rendre son accès impossible. De plus, il ne doit pas recevoir de bénéfice financier directement attribuable à l'activité illicite en cause, dans les hypothèses où il dispose du droit et de la capacité de contrôle de cette activité⁴²⁸. Enfin, il doit réagir promptement en

⁴²⁶ Voir par exemple *Hendrickson v. Ebay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 1088 (C.D. Cal. 2001) ou encore *ALS Scan Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619, 623 (4th Cir. 2001) : « *The liability-limiting provision applicable here, 17 U.S.C. §512(c), gives Internet service providers a safe harbor from liability for "infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider" as long as the service provider can show that: (1) it has neither actual knowledge that its system contains infringing materials nor an awareness of facts or circumstances from which infringement is apparent, or it has expeditiously removed or disabled access to infringing material upon obtaining actual knowledge of infringement; (2) it receives no financial benefit directly attributable to infringing activity; and (3) it responded expeditiously to remove or disable access to material claimed to be infringing after receiving from the copyright holder a notification conforming with requirements of §512(c)(3). Id. §512(c)(1). Thus, to qualify for this safe harbor protection, the Internet service provider must demonstrate that it has met all three of the safe harbor requirements, and a showing under the first prong-the lack of actual or constructive knowledge-is prior to and separate from the showings that must be made under the second and third prongs* ».

⁴²⁷ Lorsque le fournisseur d'hébergement réagit à un drapeau rouge (« red flag ») il n'est pas soumis à l'obligation de se conformer à la procédure de « notice-and-take-down ». M. D. Robins, *Digital Millennium Copyright Act defenses for providers of on-line storage services and information location tools*, *The Computer Lawyer* (16)1999, 11-24.

⁴²⁸ *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC* 481 F.3d 751 (9th Cir. 2007) affirmed by 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007). Le point de savoir si ces exigences sont plus restrictives que celles des conditions du droit commun du « copyright » et plus particulièrement de la théorie du « vicarious liability » est discuté. *Pro*: J. Band et M. Schruers, *Safe harbors against the liability hurricane: the Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (20)2002, 295-320, p. 311 ; C. S. Wright, *Actual versus legal control: reading vicarious liability for copyright infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, *Washington Law Review* (75)2000, 1005-1036, p. 1026-1028 ; A. C. Yen, *Internet service provider liability for subscriber copyright infringement, enterprise liability, and the First Amendment*, *Georgetown Law Journal* (88)2000, 1833-1893, p. 1883. *Contra* : M. A. Lemley, *Rationalizing Internet safe harbors*, *Journal on Telecommunications & High Technology Law* (6)2007, 101-119, p. 104, 113-114 ; R. Giblin, *A bit liable? A guide to navigating the U.S. secondary liability patchwork*, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* (25)2008, 7-49, p. 44. Pour une approche plus nuancée voir E. Lee, *Decoding the DMCA safe harbors*, *Columbia Journal of Law & the Arts* (32)2009, 233-269. Les travaux préparatoires semblent donner raison aux tenants du *Pro*. H.R. REP. 105-551(II), 50. Les décisions sont encore peu nombreuses à s'intéresser à la question. La multiplication des plateformes communautaires

cas de notification conforme aux dispositions du paragraphe (c) (3) et éliminer ou rendre impossible l'accès au matériel critiqué.

102-1. La réaction automatique du PISEL suite à la notification conforme du titulaire de « copyright » - Ainsi, dès que le PISEL reçoit une notification conforme aux dispositions du paragraphe (c) (3), il ne peut, s'il veut bénéficier de la section 512, exercer son pouvoir d'appréciation. C'est seulement dans le cas où la notification n'est pas conforme de manière substantielle aux dispositions indiquées ci-dessus que les juges doivent déterminer si le PISEL avait connaissance du contenu manifestement illicite puisque par définition il n'a pas réagi⁴²⁹. À ce stade, la notification incomplète ne peut être prise en compte⁴³⁰.

est peut-être susceptible de changer la donne. Voir récemment *Tur v. YouTube, Inc.*, 2007 WL 1893635 (C.D.Cal. 2007).

⁴²⁹ Les mentions requises afin que la notification produise ses effets sont énoncées à la section 17 U.S.C. §512(c)(3)(A) : « (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed »; « (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site »; « (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material »; « (iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted » ; « (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law »; « (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed ».

Pour une explicitation du critère de la conformité substantielle voir §512(c)(3)(B)(ii) : « In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A) ». Voir également pour une interprétation jurisprudentielle de cette notion *Hendrickson v. Amazon.Com. Inc.*, 298 F.Supp.2d 914, 917-918 (C.D.Cal. 2003) ; *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 488 F.3d 1102, 1112-1113 (9th Cir. 2007) ; *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F.Supp.2d 1082 (C.D.Cal. 2001) (les notifications sont jugées insuffisantes) ; *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619, 625 (4th Cir. 2001) (la notification est considérée comme suffisante). Les juges ont, de manière générale, souligné l'importance de la description de la localisation du matériel critiqué et de l'affirmation selon laquelle l'auteur de la notification a agi de bonne foi. C'est cependant sur le degré de précision de la description de la localisation du matériel que les juges ne sont pas toujours d'accord. Il est possible que les juges soient

En conséquence, à première vue du moins, la notification de l'ayant droit déclenche de manière automatique la naissance de l'obligation de faire cesser l'activité illicite à la charge du fournisseur d'hébergement ou d'instruments de localisation de l'information⁴³¹. Dès lors, Le PISEL a seulement pour tâche de s'assurer que les mentions de la notification requises par la loi sont remplies de manière substantielle. La mise en œuvre de sa responsabilité sur le fondement de la connaissance, effective ou présumée, n'a donc en pratique qu'un rôle subsidiaire à jouer en puisque dans la plupart des cas le PISEL recevra une notification.

102-2. L'automaticité relative de la réaction du PISEL - Ceci étant dit, il est possible de douter de cette automaticité en insistant sur la subtilité de ce régime spécial qui laisse subsister, au moins en théorie, le droit commun du « copyright », de sorte que si le fournisseur de service ne réagit pas promptement suite à la notification conforme de l'ayant droit, il faut en revenir aux théories du « contributory infringement » et du « vicarious liability »⁴³². Or, pour ce qui est de la première, le demandeur doit démontrer la connaissance effective ou simplement présumée de l'acte illicite. Si le

moins exigeants lorsque le fournisseur de service requis est un fournisseur d'instruments de localisation de l'information. Voir *Arista Records, Inc. V. MP3Board, Inc.* 00 Civ. 4660 (SHS), 2002 WL 19997918 (S.D.N.Y. 2002).

⁴³⁰ 17 U.S.C. §512(c)(3)(B)(i) : « *Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent* ».

⁴³¹ Pour une approche critique de cette automaticité au regard des exigences de la liberté d'expression, voir la recommandation du Forum des droits de l'Internet, *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rendue publique le 6 février 2003, disponible sur le site www.foruminternet.org.

⁴³² 17 U.S.C. §512(l). Voir aussi H.R. REP. 105-796, 73 et H.R. REP. 105-551(II), 54 : « *The Committee emphasizes that new Section 512 does not specifically mandate use of a notice and take-down procedure. Instead, a service provider wishing to benefit from the limitation on liability under new subsection (c) must "take down" or disable access to infringing material residing material residing on its system or network in cases where it has actual knowledge or that the criteria for the "red flag" test that are met-even if the copyright owner or its agent does not notify it of a claimed infringement. On the other hand, the service provider is free to refuse to "take down" the material or site-even after receiving a notification of claimed infringement from the copyright owner. In such a situation, the service provider's liability, if any, will be decided without reference to new Section 512(c)* ».

fournisseur de service, après avoir reçu une notification conforme, doute de l'illicéité d'un contenu et ne réagit pas⁴³³, il n'est donc pas sûr et certain que sa responsabilité soit engagée. Pour autant, la certitude de ne pas être reconnu responsable en cas d'élimination du contenu ou d'obstruction de son accès rend illusoire en pratique toute prise de risque de la part du PISEL⁴³⁴.

⁴³³ Par exemple lorsqu'il reçoit deux notifications contradictoires. Les juges seront cependant tentés de prendre en compte la notification conforme aux fins de caractériser la connaissance du fournisseur de service en dépit des dispositions du paragraphe (l) de la section 512. Voir par exemple *Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.*, 2002 WL 1997918 (S.D.N.Y. 2002).

⁴³⁴ Pour un point de vue similaire voir J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* (22)2006, 621-693 p. 626 ; A. C. Yen, *Internet service provider liability for subscriber copyright infringement, enterprise liability, and the First Amendment*, *Georgetown Law Journal* (88)2000, 1833-1893. Il est vrai que dans certains cas, les fournisseurs de service ont refusé de bloquer l'accès aux contenus signalés par les ayants droit, en particulier lorsque leurs diffusions avaient été entreprises à partir d'autres systèmes. Voir *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619 (4th Cir. 2001).

Tab: Agencement du « safe harbor » et de la théorie du « contributory infringement » de droit commun.

Information de l'ayant droit	Notification de l'ayant droit		Aucune notification de l'ayant droit
	Notification conforme	Notification non-conforme	
Obligation du FH	obligation de donner suite à la notification et de se conformer à la procédure de "notice-and-take-down" sous peine de perte du bénéfice du "safe harbor"	obligation d'éliminer le contenu contrefaisant si connaissance effective ou présumée de la présence d'un contenu manifestement illicite (red flag) sous peine de perte du bénéfice du "safe harbor"	obligation d'éliminer le contenu contrefaisant si connaissance effective ou présumée de la présence d'un contenu manifestement illicite (red flag) sous peine de perte du bénéfice du "safe harbor"
		impossibilité de prendre en compte la notification aux fins de caractériser la connaissance	
	pas de responsabilité si élimination de bonne foi d'un contenu licite en respectant la procédure de "notice-and-take-down"	pas de responsabilité si élimination de bonne foi d'un contenu licite	
(1) en vertu du DMCA			
(2) en vertu de la théorie du "contributory infringement" de droit commun	obligation d'éliminer le contenu contrefaisant en cas de connaissance effective ou présumée du caractère illicite sous peine de dommages-intérêts et/ou injonction		

103. La sanction de l'auteur de la notification agissant de mauvaise foi - Il est vrai que le système est quelque peu rééquilibré par un encadrement du comportement de l'ayant droit. Afin d'éviter un phénomène de notifications intempestives massives, la personne qui, en connaissance de cause, émet une notification matériellement erronée est responsable du dommage causé au soi-disant contrefacteur ou à tout autre titulaire de « copyright », ou encore au fournisseur de service lui-même⁴³⁵. Rares sont les cas cependant où le paragraphe f de la section 512 sert de fondement à la demande⁴³⁶.

104. La procédure de notification et de retrait à la charge du fournisseur d'hébergement - De plus, si le fournisseur d'hébergement veut bénéficier pleinement de la section 512 une fois la notification reçue, il doit se conformer à la procédure de « notice-and-take-down » afin d'être sûr que sa responsabilité ne puisse pas être engagée en cas de réaction erronée.

L'on fera remarquer que cette obligation ne s'impose pas au fournisseur d'instruments de localisation de l'information puisque la sous-

⁴³⁵ 17 U.S.C. §512(f) : « **Misrepresentations.**--Any person who knowingly materially misrepresents under this section--

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it ».

⁴³⁶ Pour une interprétation jurisprudentielle de 17 U.S.C. §512(f) voir *Ondine Policy Group v. Diebold, Inc.* 337 F. Supp. 2d 1195, 1197 (N.D. Cal 2004) qui caractérise la mauvaise foi de l'auteur de la notification et *Rossi v. Motion Picture Ass'n of America Inc.*, 391 F.3d 1000, 1004 (9th Cir. 2004) ainsi que *Biosafe-One, Inc. v. Hawks*, 524 F.Supp.2d 452, 468-469 (S.D.N.Y. 2007) qui s'y refusent. Dans l'affaire *Biosafe*, les juges enjoignent cependant à l'auteur de la notification de ne plus transmettre de nouvelles notifications à l'hébergeur du site allégué contrefaisant. L'on mentionnera en outre une affaire récente dans laquelle les juges imposent au titulaire du « copyright » d'apprécier l'application de l'exception de « fair use » avant de notifier le PISEL. *Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F.Supp.2d 1150, 1154+ (N.D.Cal. 2008).

section 512(g)(2)⁴³⁷ ne vise que les cas où le fournisseur a réagi en vertu du paragraphe (c)(1)(C)⁴³⁸.

Pour en revenir au fournisseur d'hébergement, ce dernier ne peut donc être considéré responsable s'il réagit de bonne foi à la notification conforme de l'ayant droit, à condition qu'il informe promptement son client, fournisseur du contenu, de l'élimination ou de l'obstruction de l'accès au matériel en cause et de la possibilité de s'opposer à cette mesure⁴³⁹ ; qu'il fasse parvenir rapidement une copie de la contre-notification⁴⁴⁰ de son client à l'ayant droit l'informant que le matériel sera de nouveau accessible dans un délai de 10 jours ouvrables à partir du jour de la réception de la contre-

⁴³⁷ « Paragraph (1) shall not apply with respect to material residing at the direction of a subscriber of the service provider on a system or network controlled or operated by or for the service provider that is removed, or to which access is disabled by the service provider, pursuant to a notice provided under subsection (c)(1)(C), unless the service provider--

(A) takes reasonable steps promptly to notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material;

(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and

(C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network ».

⁴³⁸ Voir en ce sens J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (22)2006, 621-693.

⁴³⁹ L'envoi d'une contre-notification n'est pas sans conséquence pour le fournisseur de contenus : il accepte par là même la juridiction de la Cour fédérale compétente au sein du district au sein duquel l'adresse qu'il mentionne dans la contre-notification est localisée. 17 U.S.C. §512(g)(3)(D).

⁴⁴⁰ Là encore pour produire effet la contre-notification doit contenir un certain nombre de mentions énumérées par la sous-section 512(g)(3) : « (A) A physical or electronic signature of the subscriber » ; « (B) Identification of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled » ; « (C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled » ; « (D) The subscriber's name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber's address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person ».

notification, et enfin qu'il rende effectivement accessible le matériel entre le 10e et le 14e jour ouvrable à moins que son agent habilité à recevoir les notifications ne soit informé par l'ayant droit de l'introduction par ce dernier d'une action en justice contre le fournisseur de contenus. L'on veut donc s'assurer que soient entendues les principales parties intéressées par la suppression du matériel litigieux.

105. L'exonération des PISEL réagissant de bonne foi, quelle que soit la nature de leurs activités - De manière générale, tout fournisseur de service qui réagit⁴⁴¹ de bonne foi en commettant pourtant une erreur de jugement ne peut être reconnu responsable du dommage causé⁴⁴². Rien n'est précisé sur les possibilités d'enjoindre au PISEL de rétablir l'accès au contenu qu'il a éliminé de bonne foi, ce quelle que soit la catégorie à laquelle il appartient. Plus exactement, l'agencement des dispositions relatives aux remèdes d'Équité et du droit commun du « copyright » semble rendre particulièrement difficile l'octroi d'une injonction à l'encontre du PISEL, quelle que soit la nature de l'ordre émis par la Cour.

ii. En Équité

106. Le simple transporteur et les autres - La nature du remède demandé a, il est vrai, une influence sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL. Il faut distinguer ici la situation du simple transporteur de celle des autres fournisseurs de service.

⁴⁴¹ À la suite ou non de la réception d'une notification du titulaire du « copyright ».

⁴⁴² 17 U.S.C. §512(g)(1) : « *No liability for taking down generally.*--Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing ».

Pour ce qui est du premier⁴⁴³, le juge est susceptible de prononcer une injonction dans deux hypothèses seulement : soit il s'agit d'enjoindre au fournisseur de service de mettre un terme à la relation contractuelle qui le lie à l'un de ces clients préalablement identifié et donc de clore le compte de ce dernier, soit il s'agit d'enjoindre au fournisseur de service de rendre impossible l'accès à un matériel localisé en dehors des États-Unis.

Pour ce qui est cette fois des autres fournisseurs de service⁴⁴⁴, le juge a la faculté de leur enjoindre de mettre fin à la relation contractuelle qui les lie à l'un de leurs clients, de rendre l'accès impossible à un matériel présent sur leurs systèmes ou réseaux, et plus généralement d'effectuer tout type d'acte considéré comme nécessaire aux fins de prévenir ou de mettre fin à des activités contrefaisantes à condition que cette mesure soit la moins contraignante possible pour le défendeur.

107. Le test de l'octroi d'un remède équitable - Dans tous les cas, quelle que soit la nature de l'activité du fournisseur de service, la Cour en octroyant un remède de ce type, doit prendre en compte l'ampleur de la charge imposée

⁴⁴³ 17 U.S.C. §512(j)(1)(B) :

« If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is using the provider's service to engage in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States ».

⁴⁴⁴ 17 U.S.C. §512(j)(1)(A) :

« With respect to conduct other than that which qualifies for the limitation on remedies set forth in subsection (a), the court may grant injunctive relief with respect to a service provider only in one or more of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to infringing material or activity residing at a particular online site on the provider's system or network.

(ii) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is engaging in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(iii) Such other injunctive relief as the court may consider necessary to prevent or restrain infringement of copyrighted material specified in the order of the court at a particular online location, if such relief is the least burdensome to the service provider among the forms of relief comparably effective for that purpose ».

au fournisseur de service, la magnitude du dommage susceptible d'être subi par le titulaire du « copyright » si aucune mesure n'est prise, la faisabilité et l'efficacité technique de la mesure envisagée ainsi que l'existence d'autres moyens moins coûteux mais tout aussi efficaces⁴⁴⁵.

Le pouvoir du juge est donc encadré de manière précise, si bien que certains commentateurs ont pu dire que les injonctions et autres remèdes équitables devraient être difficilement accordés⁴⁴⁶. D'ailleurs, l'octroi d'une injonction dépend au minimum de la satisfaction des conditions de l'une ou de l'autre des théories de responsabilité secondaire⁴⁴⁷. La section 512 du Copyright Act ne fait que restreindre le droit préexistant⁴⁴⁸. Il est ainsi difficile d'affirmer que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL

⁴⁴⁵ 17 U.S.C. §512(j)(2) :

« **Considerations.**--The court, in considering the relevant criteria for injunctive relief under applicable law, shall consider--

(A) whether such an injunction, either alone or in combination with other such injunctions issued against the same service provider under this subsection, would significantly burden either the provider or the operation of the provider's system or network;

(B) the magnitude of the harm likely to be suffered by the copyright owner in the digital network environment if steps are not taken to prevent or restrain the infringement;

(C) whether implementation of such an injunction would be technically feasible and effective, and would not interfere with access to noninfringing material at other online locations; and

(D) whether other less burdensome and comparably effective means of preventing or restraining access to the infringing material are available ».

⁴⁴⁶ Voir à ce titre J. Zittrain, *Internet points of control*, Boston College Law Review (14)2003, 653-688. L'absence de jurisprudence en la matière semble confirmer cette interprétation.

⁴⁴⁷ Voir pour la demande d'injonction préliminaire à l'encontre du moteur de recherche Google Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal. 2006) infirmée en partie par la décision Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007). À propos de la version originale de la sous-section 512(a) paragraphe (1) et (2) on peut lire au sein des travaux préparatoires : « Copyright owners may still seek an injunction against such activities under theories of secondary liability, if they can establish the necessary elements of a claim ». H.R. REP. 105-551(I), 25. Pour les fournisseurs de logiciels P2P, l'injonction préliminaire ne peut être octroyée que si la demande est fondée sur une théorie de responsabilité secondaire ou sur la théorie de l'incitation. Voir A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp.2d 896 (N.D.Cal. 2000), affirmed in part, reversed in part by 239 F.3d 1004 (9th Cir. Cal. 2001), on remand 2001 WL 227083 (N.D.Cal. 2001), affirmed by 284 F.3d 1091 (9th Cir. Cal. 2002); In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), certiorari denied 124 S.Ct. 1069 (2004) leave to file for rehearing denied 125 S.Ct. 1380 (2005); Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 518 F. Supp. 2d 1197, 1210-1214 (C.D. Cal. 2007). Dans ces deux cas, la Cour n'hésite pas à enjoindre au défendeur d'utiliser une technologie de filtrage déterminée tout en lui offrant la possibilité de demander que l'ordre de la Cour soit amendé aux vues de l'évolution de la technique.

⁴⁴⁸ Voir 17 U.S.C. §512(l).

ont été véritablement autonomisées en fonction du remède demandé. Autrement dit, l'injonction ne peut être assimilée à une action en cessation dont l'exercice ne dépendrait que de la preuve de la violation d'un droit subjectif ou d'une disposition de droit objectif constitutive de l'ordre public⁴⁴⁹.

Cela est d'autant plus vrai que la tendance est à la sévérité à la suite de la décision de la Cour Suprême dans l'affaire *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*⁴⁵⁰ qui a récemment rappelé avec fermeté qu'en matière de droit des brevets le test traditionnel des quatre étapes⁴⁵¹ s'appliquait et que les juges ne pouvaient se satisfaire de la présomption d'un dommage irréparable. Cette approche a été maintenue en matière de « copyright » comme en témoigne l'affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*⁴⁵²

En conclusion de cette première section, pour ce qui est du cas spécifique du fournisseur d'hébergement, l'agencement des rôles attribués aux parties intéressées par le processus de régulation est relativement clair. Ainsi, dès réception de la notification conforme de l'ayant droit, le fournisseur d'hébergement doit réagir tout en respectant une procédure qui vise à établir un dialogue entre titulaire du « copyright », prestataire intermédiaire et fournisseur de contenus. Si le caractère automatique de cette procédure n'est pas certain aux vues de l'intention du législateur, il ne semble pas avoir été remis en cause en pratique. Dès lors, de ce qui précède, il est possible d'affirmer que la stratégie de régulation mise en place par le DMCA repose en

⁴⁴⁹ Voir cependant la solution récente adoptée par le législateur américain en matière de paris en ligne à la section 5365 du Unlawful Internet Gambling Funding Prohibition Act de 2006. (Pub. L. n° 109-347, Titre VIII, § 802, 120 Stat. 1952, (2006) codifié à 31 U.S.C. §§ 5361-67).

⁴⁵⁰ 547 U.S. 388 (2006).

⁴⁵¹ « *According to well-established principles of equity, a plaintiff seeking a permanent injunction must satisfy a four-factor test before a court may grant such relief. A plaintiff must demonstrate: (1) that it has suffered an irreparable injury; (2) that remedies available at law, such as monetary damages, are inadequate to compensate for that injury; (3) that, considering the balance of hardships between the plaintiff and defendant, a remedy in equity is warranted; and (4) that the public interest would not be disserved by a permanent injunction* ». *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391 (2006).

⁴⁵² 518 F. Supp. 2d 1197, 1210-14 (C.D. Cal. 2007). Lorsque l'injonction réclamée n'est pas permanente mais est préliminaire en attente d'une action au fond, les juges sont divisés sur le point de savoir s'il faut recourir au test des quatre facteurs.

priorité sur la régulation privée. Mais à la différence du CDA, l'on peut dégager les bribes d'un régime juridique naissant procédant d'une rationalité réflexive. La « procéduralisation » de l'interaction des parties intéressées au processus de régulation est ainsi obligatoire, puisqu'elle doit permettre d'assurer la qualité du produit de la régulation privée et plus exactement sa légitimité.

Ceci étant dit, des interrogations persistent. En effet, lorsque cette procéduralisation n'est pas requise, ou lorsqu'elle échoue, aucun contentieux de la conformité de la régulation privée à la régulation publique n'est possible. Plus précisément, il est limité aux cas de mauvaise foi du PISEL. Or, cette impossibilité est problématique puisque l'on est confrontée ici à une situation de surrégulation au sens où trop de contenus sont au final retirés du réseau.

II. La juridicisation réflexive⁴⁵³ du processus de régulation privée

108. Alors que la privatisation du processus de régulation ne fait pas de doute (A), celui-ci est encadré par l'instauration d'une procédure garantissant l'implication du titulaire de « copyright » et du fournisseur de contenus, ce sous la supervision du fournisseur d'hébergement obligé de répondre aux requêtes du titulaire de « copyright » (B).

⁴⁵³ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19. Par juridicisation réflexive il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique réflexive.

A. La privatisation complète du processus de régulation

109. La privatisation du processus de régulation prend la forme tantôt d'un système d'autorégulation presque parfaite lorsque le fournisseur d'hébergement est le récepteur de la notification des titulaires de « copyright » (1), tantôt d'un système d'autorégulation imparfaite lorsque d'autres PISEL sont sollicités par ces derniers (2).

1. L'autorégulation presque parfaite

110. **L'équilibre recherché par les rédacteurs du DMCA** - Il n'existe pas au sein du DMCA de sous-section préliminaire dont le but serait d'explicitier la politique législative sous-jacente, à l'exemple de ce qui a été réalisé pour le CDA. Dès lors, il faut s'en référer aux travaux préparatoires pour mieux saisir l'intention du législateur. À la lecture de ces derniers, il apparaît que le DMCA a pour but de préserver « *les fortes motivations des fournisseurs de service et des titulaires de "copyright" de coopérer dans le but de détecter et de traiter les contrefaçons au "copyright" qui ont lieu dans l'environnement numérique en réseau. En même temps, il offre une plus grande sécurité aux fournisseurs de service en ce qui concerne leur exposition légale aux contrefaçons qui sont susceptibles d'apparaître au cours du déroulement de leurs activités* »⁴⁵⁴. Il faut donc en conclure qu'un double objectif est poursuivi au moyen de la section 512 : améliorer le respect des dispositions du « copyright » et offrir une plus grande sécurité juridique aux PISEL⁴⁵⁵. La recherche de la sécurité juridique ne détermine pourtant en

⁴⁵⁴ Traduction de l'auteur. H.R. REP. 105-796, 72.

⁴⁵⁵ « *The DMCA was enacted both to preserve copyright enforcement on the Internet and to provide immunity to service providers from copyright infringement liability* » for "passive," "automatic" actions in which a service provider's system engages through a technological process initiated by another without the knowledge of the service provider ». ALS Scan. Inc. v. RemarQ Cmtys., Inc., 239 F.3d 619, 625 (4th Cir. 2001) ; Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC, 340 F. Supp. 2d 1077, 1086

rien le choix d'une solution de droit substantiel plutôt qu'une autre. L'important est la clarté de l'énoncé juridique, quel qu'il soit.

111. La répartition des activités de régulation - Aux fins de prévenir la profusion des contrefaçons (objectif social à atteindre par le biais de la stratégie de régulation du DMCA), le législateur s'en remet ainsi non seulement aux PISEL, mais également aux titulaires de « copyright ». Autrement dit, il semble que les trois activités inhérentes au processus de régulation soient réparties entre différentes catégories d'acteurs privés.

111-1. Le rôle primordial du fournisseur d'hébergement, garant de la réalité du dialogue entre titulaires de « copyright » et fournisseurs de contenus - Le fournisseur d'hébergement est sans aucun doute l'acteur clef de ce processus. Il est tout d'abord investi de l'activité de sanction : c'est à lui d'éliminer le matériel contrefaisant signalé par l'ayant droit ou d'en rendre son accès impossible⁴⁵⁶. Plus exactement, il a l'obligation de sanctionner les violations alléguées aux « copyrights », ce au risque de voir sa responsabilité civile engagée⁴⁵⁷.

Pour ce qui est de l'activité de contrôle cette fois, la tâche incombe principalement aux ayants droit qui informent le fournisseur de service au moyen de notifications dont les mentions sont définies par le législateur⁴⁵⁸. En aucun cas les PISEL, quels qu'ils soient, ne peuvent être soumis à une obligation générale de surveillance, sauf à ce que les ayants droit usent de

(C.D. Cal. 2004). Voir également *Rossi v. Motion Picture Ass'n of America Inc.*, 391 F.3d 1000, 1003 (9th Cir. 2004).

⁴⁵⁶ On peut d'ailleurs assimiler la sanction du fournisseur d'hébergement à celle d'un « temporary restraining order » (TRO) *ex parte* dans la mesure où la décision d'éliminer le contenu est prise sans que le fournisseur de contenus ait été entendu. Le TRO est défini de la manière suivante : « *A court order preserving the status quo until the plaintiff's application for a preliminary or permanent injunction can be heard; a temporary restraining order may be granted without notifying the defendant in advance* ». B. A. Garner (sous la dir.), 1996, *Black's Law dictionary*, West Publishing, St Paul, MN, p. 620.

⁴⁵⁷ Et de devoir donc compenser le dommage subi par l'ayant droit du fait de la mise en ligne du contenu contrefaisant.

⁴⁵⁸ L'ayant droit ne peut au moyen d'une notification conforme imposer une obligation de contrôle au fournisseur d'hébergement. *Hendrickson v. Amazon.Com, Inc.*, 298 F.Supp.2d 914, 917 (C.D.Cal. 2003).

mesures techniques standardisées aux fins d'identifier et de protéger leurs œuvres⁴⁵⁹. C'est peut-être en partie à cause de la présence du paragraphe m) de la section 512 au sein du DMCA que certains PISEL ont, de leur propre initiative, décidé de contribuer à la surveillance des contenus mis en ligne⁴⁶⁰, comme en témoigne l'adoption récente des principes User Generated Content Principles⁴⁶¹, principes en vertu desquels un certain nombre d'administrateurs de plateformes communautaires ont fait part de leur intention de mettre en place des mécanismes de filtrage en collaboration avec les ayants droit⁴⁶².

Enfin, quant à l'élaboration de la norme censée déterminer l'accessibilité du matériel en ligne, elle est établie de manière temporaire⁴⁶³ au terme d'un « dialogue » entre l'ayant droit, auteur de la première notification, et le

⁴⁵⁹ La deuxième partie de la phrase du paragraphe (m) de la section 512 est pourtant souvent oubliée. 17 U.S.C. §512(m) : « *Protection of privacy. – Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsection (a) through (d) on – (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure complying with provisions of subsection (i); or (2) a service provider gaining access to, removing, or disabling access to material in cases in which such conduct is prohibited by law* ».

⁴⁶⁰ « *This legislation is not intended to discourage the service provider from monitoring its service for infringing material. Courts should not conclude that the service provider loses eligibility for limitations on liability under section 512 solely because it engaged in a monitoring program* ». H.R. REP. 105-796, 73.

⁴⁶¹ www.ugcprinciples.com. Voir pour un commentaire B. G. Meyers, *Notes - Filterin systems or fair use? A comparative analysis of proposed regulations for user-generated content*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (26)2009, 935-956; Note, *The principles for user generated content services: a middle-ground approach to cyber-governance*, *Harvard Law Review* (121)2008, 1387-1408.

⁴⁶² À proprement parler, ces principes n'ont pas force obligatoire aux vues au moins de l'intention de leurs rédacteurs. À partir du moment où les administrateurs de plateformes communautaires respectent leurs engagements a-juridiques, les titulaires de « copyrights » acceptent de ne pas intenter d'actions en justice contre ces derniers. Plusieurs actions avaient en effet été intentées contre des administrateurs de plateformes communautaires sans que la question des conditions de mise en oeuvre de leur responsabilité ait été trachée. Voir par exemple *Tur v. YouTube, Inc.*, 2007 WL 1893635 (C.D.Cal. 2007) ; *Tur v. YouTube, Inc.*, 2007 WL 4947612 (C.D.Cal. 2007) ; *Viacom Intern. Inc. v. Youtube, Inc.*, 540 F.Supp.2d 461 (S.D.N.Y. 2008) ; *UMG Recordings, Inc. v. MySpace, Inc.* 526 F.Supp.2d 1046 (C.D.Cal. 2007) ; *Veoh Networks, Inc. v. UMG Recordings, Inc.* 522 F.Supp.2d 1265 (S.D.Cal. 2007) ; *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 2007 WL 1113800 (N.D.Cal. 2007).

⁴⁶³ Mais les délais sont extrêmement raccourcis par Internet de sorte que l'élimination ou le maintien d'un contenu pendant quelques jours peut avoir des conséquences dommageables substantielles.

fournisseur de contenus, auteur éventuel de la contre-notification⁴⁶⁴. Dans la mesure où la procédure de « notice-and-take-down » se caractérise par l'automatisme de la réaction du fournisseur de service⁴⁶⁵, la décision de rendre le contenu inaccessible est d'abord prise par l'ayant droit seul, puis éventuellement par le fournisseur de contenus, puisque ce dernier a en théorie la possibilité de réagir par une contre-notification et provoquer ainsi le rétablissement du matériel sur le système ou réseau du fournisseur de service. À titre de rappel, si l'ayant droit décide d'intenter une action en justice, il pourra à nouveau réclamer que le matériel soit éliminé ou que son accès soit rendu impossible. Le fournisseur d'hébergement n'intervient donc pas dans le processus d'élaboration de la norme où plutôt il voit son rôle limité à garantir le bon déroulement de la procédure à suivre à cet effet.

111-2. Le domaine de la « procéduralisation » de l'interaction des régulés - Cette procéduralisation a cependant un domaine limité. Le simple transporteur n'est pas concerné puisqu'il n'a pas en principe l'obligation de réagir lorsqu'il est informé de la présence de contenus contrefaisants. Quant au fournisseur d'instruments de localisation de l'information, il ne doit pas

⁴⁶⁴ Certains auteurs minimisent cependant l'importance de la troisième étape du test de la sous-section 512(c). Voir par exemple E. Zarins, *Notice versus knowledge under the Digital Millennium Copyright Act's safe harbors*, California Law Review (92)2004, 257-298 : « [...] it is a useful tool to think of section 512 notification as "notice of claim" and knowledge sufficient for contributory infringement as "notice of actual infringement". "Notice of claim" incorporates all of the ideas outlined above. First, it is preliminary in nature. Second, it is tentative, not final. The notice of claim instills a concrete suspicion in the service provider. Third, its goal is to incite action, either preventive or exploratory, and not to punish. In a way, it is a type of intimidation that is likely to effect a desired change. Lastly, because a warning almost always is given to a party who does not understand the problem his action is causing, the notice of claim must provide explicit and specific information to the recipient to enable that party to redress his behavior ». Cela s'explique peut-être par le fait que comme d'autres le font remarquer l'adoption de la section 512 n'a pas été marquée par des discussions extensives sur les implications de la mise en place de la procédure extrajudiciaire de « notice-and-take-down » : « [...] no extended discussion arose concerning the implications the extra-judicial removal procedure might have on freedom of expression on the Internet or due process for alleged infringers ». J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (22)2006, 621-693, p. 635.

⁴⁶⁵ Même si en théorie le fournisseur de service est libre de ne pas répondre à la notification de l'ayant droit, il est très peu probable qu'il prenne le risque de s'abstraire du bénéfice de la section 512 pour se laisser appréhender par la théorie du « contributory infringement ».

non plus respecter la procédure de « notice-and-take-down », même s'il a lui l'obligation de donner suite aux notifications conformes des ayants droit et donc de sanctionner les actes allégués de contrefaçon. En conséquence, la norme régissant l'accessibilité du contenu est fixée entièrement par l'ayant droit, ce qui n'est pas sans poser de problèmes, notamment dans l'hypothèse où le fournisseur de contenus bénéficie d'une exception au « copyright ».

Lorsque le PISEL est un fournisseur de cache, l'absence de procéduralisation de l'interaction des régulés est cependant moins problématique. En effet, la sanction du fournisseur de service est nécessairement précédée, soit de l'élimination du matériel par le fournisseur d'hébergement qui aura donc respecté la procédure de dialogue décrite ci-dessous, soit d'une décision de justice ayant reconnu le caractère contrefaisant du matériel en cause ou au moins la probabilité de succès du demandeur à l'action en contrefaçon ainsi que la possibilité de voir apparaître un dommage irréparable⁴⁶⁶.

La stratégie de régulation qui se dessine en creux du DMCA est donc bien plus sophistiquée que celle du CDA, puisqu'elle impose au moyen du droit des « torts » la procéduralisation⁴⁶⁷ du processus de régulation privée proche d'un mécanisme d'autorégulation presque parfait impliquant ayants droit et fournisseurs de contenus.

111-3. Le caractère obligatoire de la procéduralisation de l'interaction des régulés - Pour autant, le caractère obligatoire de ce processus de régulation est à relativiser dans la mesure où l'inexécution de l'obligation à la charge du fournisseur d'hébergement n'est pas nécessairement fatale. L'on doit alors avoir recours aux théories de responsabilité secondaire de droit

⁴⁶⁶ Il s'agit là de la formulation du test de l'injonction préliminaire. « *A preliminary injunction should be granted if a plaintiff can show either: (1) a combination of probable success on the merits and the possibility of irreparable harm; or (2) that serious questions are raised and the balance of hardships tilt in the plaintiff's favor* ». *Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 627 (9th Cir. 2003).

⁴⁶⁷ Certes limitée.

commun (« contributory infringement » et « vicarious liability ») pour répondre à la question⁴⁶⁸.

Surtout, ce caractère obligatoire n'interdit pas l'émergence de processus alternatifs de régulation privée purement volontaire, processus engagés en collaboration ou non avec les ayants droit⁴⁶⁹. À ce titre, il faut bien comprendre que le fait que recourir aux mécanismes de filtrage ne signifie pas simplement accroître l'implication des fournisseurs de service au sein de l'activité de contrôle, mais qu'il s'agit là de promouvoir un processus de régulation privée purement volontaire organisé par les ayants droit et les PISEL, sans que les garanties procédurales du DMCA soient nécessairement respectées.

2. L'autorégulation imparfaite

112. La contrepartie des conditions d'éligibilité - Si l'on prend au sérieux les conditions d'éligibilité édictées au paragraphe (i) de la section 512⁴⁷⁰, le PISEL quelle que soit son activité est soumis à une obligation de régulation dont le domaine est cependant plus réduit que celui de la précédente. En outre, les composantes de la stratégie de régulation sont, dans cette hypothèse, moins fermement établies et l'on peut hésiter sur la

⁴⁶⁸ Voir *supra* §102-2.

⁴⁶⁹ Autrement dit, si les fournisseurs d'hébergement veulent s'ériger en régulateurs privés ils le peuvent et cela est facilité par l'absence de responsabilité en cas d'élimination ou d'occlusion de bonne foi de l'accès à un matériel licite. Ils devraient pourtant encore informer le fournisseur de contenus de la possibilité de faire entendre ses droits. La section 512(g) n'impose cependant pas le respect de la procédure de « notice-and-take-down » lorsque les fournisseurs d'hébergement réagissent sans avoir reçu de notification préalable.

⁴⁷⁰ De manière générale, les dispositions relatives aux remèdes d'Équité n'ont pas pour fonction de forcer *ex ante* le PISEL à réguler puisque les conditions de leurs octrois sont encore plus restrictives qu'elles ne l'étaient en vertu du droit commun du « copyright ».

répartition des compétences relatives à la mise en œuvre des activités typiques du processus de régulation.

Pour ce qui est de l'activité de sanction, elle est toujours entre les mains du fournisseur de service.

Quant à l'activité de contrôle, elle est encore allouée aux ayants droit⁴⁷¹.

À considérer en dernier lieu l'activité de fixation de la norme d'accessibilité des contenus mis en ligne, tout dépend de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite. Soit l'on considère que l'obligation de faire naît du nombre de notifications reçues⁴⁷² : dans ce cas le pouvoir normatif est exercé par l'ayant droit. Soit l'on considère que la répétition de l'activité illicite ne suffit pas et qu'il faut en plus qu'au regard des dispositions du « copyright » il soit patent qu'il y ait bien eu contrefaçon : dans ce cas la norme est en théorie fixée par les institutions traditionnelles, à savoir le législateur et/ou le juge.

Si la jurisprudence *Perfect 10*⁴⁷³ devait devenir majoritaire le fournisseur d'accès Internet se verrait alors octroyer un rôle substantiel au côté du fournisseur d'hébergement, sans que les garanties offertes par la procéduralisation du dialogue entre ayants droit et fournisseurs de contenu soient pour autant présentes. Dès lors, classifier les PISEL en fonction de leur rôle technique au sein du processus de communication électronique comme le fait le législateur en établissant plusieurs régimes de responsabilité distincts perdrait de sa raison d'être.

La force obligatoire de l'obligation de régulation imposée aux PISEL par le biais des conditions d'éligibilité est là encore à relativiser, puisque l'inexécution de cette obligation n'est pas automatiquement sanctionnée par leur responsabilité. L'on doit alors avoir recours aux théories de

⁴⁷¹ 17 U.S.C. §512(m).

⁴⁷² La réception de plusieurs notifications doit témoigner d'une activité illicite répétée et manifeste, ce qui n'est pas vrai dans tous les cas.

⁴⁷³ Voir *supra* §98-1.

responsabilité secondaire de droit commun (« contributory infringement » et « vicarious liability ») pour déterminer si les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL sont remplies⁴⁷⁴.

Enfin, les fournisseurs de service ne sont pas empêchés de s'ériger en régulateurs privés s'ils le désirent, sans qu'ils n'aient à respecter de garantie procédurale aucune⁴⁷⁵. Bien plus, ils bénéficient pour ce faire d'une exonération de responsabilité à partir du moment où ils agissent de bonne foi. Or, l'abaissement des coûts liés à la mise en place de mesures techniques de filtrage des contenus contrefaisants rend ici ce scénario parfaitement réaliste.

113. Le rôle subsidiaire de la stratégie de régulation traditionnelle - Peu importe alors que la voie traditionnelle⁴⁷⁶ (à savoir la mise en cause judiciaire de l'auteur principal de la contrefaçon qui suppose d'allouer à l'autorité publique l'activité normative et l'activité de sanction et aux ayants droit l'activité de contrôle) n'ait pas été complètement négligée dans la mesure où le paragraphe (h) de la section 512⁴⁷⁷ vise à faciliter l'octroi de « subpoena »⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ 17 U.S.C. §512(l). Voir aussi H.R. REP. 105-796, 73.

⁴⁷⁵ C'est ce qui résulte du paragraphe (g) de la section 512.

⁴⁷⁶ Pour certains auteurs c'est la seule voie possible si l'on ne veut pas étouffer le processus d'innovation. Voir par exemple dans le contexte des échanges P2P, M. A. Lemley et R. A. Reese, *Reducing digital copyright infringement without restricting innovation*, Stanford Law Review (56)2004, 1345-1434. Largement empruntée par la Recording Industry Association of America (l'organisme professionnelle représentant l'industrie du disque aux États-Unis) jusqu'en 2008, cette voie semble être désormais délaissée. Voir D. A. McGil, *New Year, New catch-22 - Why the RIAA's proposed partnership with ISPs will not significantly decrease the prevalence of P2P music file sharing*, Entertainment and Sports Lawyer (27)2009, 7-10; C. Schnee, *Note - A 'sound' policy? The RIAA and the Copyright Act*, University of Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy (10)2009, 2-25; J. E. Seay, *Note - "Hang 'em high": will the Recording Industry Association of America's new plan to posse up with Internet service providers in the fight against online music piracy finally tame the wild Internet?*, Journal of Intellectual Property Law (16)2009, 269-296.

⁴⁷⁷ « *Subpoena to identify infringer.*--

(1) *Request.*--A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.

(2) *Contents of request.*--The request may be made by filing with the clerk--

(A) a copy of a notification described in subsection (c)(3)(A);

(B) a proposed subpoena; and

à l'encontre des fournisseurs de service, dans le but d'identifier l'auteur principal de la contrefaçon, alors même que l'ayant droit n'a pas encore intenté d'action en justice, ce par exception à la règle 45 des Règles fédérales de procédure civile⁴⁷⁹. C'est en effet le PISEL qui détient l'information nécessaire à l'efficacité de la voie judiciaire. Ceci étant dit, seuls les fournisseurs d'hébergement semblent être concernés par le paragraphe (h). Les juges ont en effet affirmé à plusieurs reprises que les ayants droit ne pouvaient s'adresser aux fournisseurs d'accès Internet afin d'obtenir de telles informations⁴⁸⁰. Reste néanmoins ouverte la voie de l'action classique « John

(C) a sworn declaration to the effect that the purpose for which the subpoena is sought is to obtain the identity of an alleged infringer and that such information will only be used for the purpose of protecting rights under this title.

(3) Contents of subpoena.--The subpoena shall authorize and order the service provider receiving the notification and the subpoena to expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner information sufficient to identify the alleged infringer of the material described in the notification to the extent such information is available to the service provider.

(4) Basis for granting subpoena.--If the notification filed satisfies the provisions of subsection (c)(3)(A), the proposed subpoena is in proper form, and the accompanying declaration is properly executed, the clerk shall expeditiously issue and sign the proposed subpoena and return it to the requester for delivery to the service provider.

(5) Actions of service provider receiving subpoena.--Upon receipt of the issued subpoena, either accompanying or subsequent to the receipt of a notification described in subsection (c)(3)(A), the service provider shall expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner the information required by the subpoena, notwithstanding any other provision of law and regardless of whether the service provider responds to the notification.

(6) Rules applicable to subpoena.--Unless otherwise provided by this section or by applicable rules of the court, the procedure for issuance and delivery of the subpoena, and the remedies for noncompliance with the subpoena, shall be governed to the greatest extent practicable by those provisions of the Federal Rules of Civil Procedure governing the issuance, service, and enforcement of a subpoena *duces tecum* ».

⁴⁷⁸ Un « subpoena duces tecum » est normalement l'ordre par lequel la Cour ordonne au témoin d'apparaître mais également d'apporter un certain nombre de documents préalablement identifiés. B. A. Garner (sous la dir.), 1996, *Black's Law dictionary*, West Publishing, St Paul, MN, p. 601.

⁴⁷⁹ De ce fait un certain nombre de garanties sont offertes au défendeur. Pour une critique de cet assouplissement de la règle du « subpoena », voir entre autres A. Kao, *RIAA v. Verizon: applying the subpoena provision of the DMCA*, *Berkeley Technology Law Journal* (19)2004, 405-426; M. Sellers, *Legal update to: shifting the burden to Internet service providers: the validity of subpoena power under the Digital Millennium Copyright Act*, *Oklahoma Journal of Law & Technology* (1)2004, 8-15.

⁴⁸⁰ *Recording Industry Ass'n of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.*, 351 F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003) ; *In re Subpoena To University of North Carolina at Chapel Hill*, 367 F. Supp. 2d 945 (M.D. N.C. 2005) ; *In re Charter Communications, Inc., Subpoena Enforcement Matter*, 393 F.3d 771 (8th Cir. 2005) ; *Recording Industry Association of America v. Charter*

Doe », qui nécessite de commencer par tenter une action en justice et de questionner le fournisseur d'accès dans un second temps sur le fondement de la règle 45 citée ci-dessus. Jusqu'à ce jour, les juges ont cependant accueilli favorablement les demandes des ayants droit fondées sur la règle 45⁴⁸¹.

De ce qui précède il résulte donc que l'innovation du législateur américain consiste en la procéduralisation obligatoire de l'interaction des régulés obligeant le fournisseur d'hébergement à donner acte aux requêtes des titulaires de « copyright », voire des fournisseurs de contenus lorsqu'ils se font entendre par l'envoi d'une contre-notification. La réalité ou l'effectivité de la régulation privée est ainsi assurée au moyen de l'imposition d'une obligation de régulation sur la tête du fournisseur d'hébergement qui n'a cependant pas pour conséquence de le contraindre à établir la norme d'accessibilité des contenus transmis en ligne.

Communications, Inc., 393 F.3d 771 (8th Cir. 2005) ; *Interscope Records v. Does 1-7*, 494 F. Supp. 2d 388 (E.D. Va. 2007). Pour une critique de ces solutions jugées trop coûteuses pour les ayants droit, voir notamment M. R. Boeve, *Will Internet service providers be forced to turn in their copyright infringing copyright? The power of the Digital Millennium Copyright Act's subpoena provision after in Re Charter Communications*, *Hamline Law Review* (29)2006, 115-143; Z. Chaffee-McClure, *Train in vain: the clash between the RIAA and the eighth circuit over the DMCA subpoena provision applies to peer-to-peer networks, and the need to steer the DMCA back on track with congressional intent (in Re Charter Commc'ins, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 393 F.3D 771 (8th Cir. 2005)*, *Washburn Law Journal* (45)2005, 175-201; K. Raynolds, *One Verizon, two Verizon, three Verizon, more? - A comment: RIAA v. Verizon and how the DMCA subpoena power became powerless*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (23)2005, 343-378.

⁴⁸¹ *Sony Music Entm't, Inc. v. Does 1-40*, 326 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2004); *UMG Recordings, Inc. v. Does 1-4*, , 2006 WL 1343597 (N.D.Cal. 2006) ; *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443 (C.D. Cal. 2007) ; *LaFace Records, LLC v. Does 1-5*, 2007 WL 2867351 (W.D. Mich. 2007); *Warner Brothers Records, Inc. v. Does*, 2007 WL 1655365 (D. Colo. 2007) ; *Capitol Records, Inc. v. Doe*, 2007 WL 2429830 (S.D. Cal. 2007) ; *Arista Records, LLC v. Does 1-9*, 2007 WL 1059049 (D. Colo. 2007) ; *Arista Records LLC v. Does 1-43*, 2007 WL 4538697 (S.D.Cal. 2007) ; *UMG Recordings, Inc. v. Doe*, 2008 WL 4104214 (N.D.Cal. 2008) ; *Arista Records LLC v. Does 1-4*, 589 F.Supp.2d 151, 153 (D.Conn. 2008) ; *Arista Records LLC v. Does 1-16*, 2009 WL 414060 (N.D.N.Y. 2009). La décision suivante est cependant plus nuancée : *London-Sire Records, Inc. v. Doe 1*, 542 F.Supp.2d 153 (D.Mass.2008). Dans le futur les ayants droit pourraient rencontrer plus de difficultés étant donné la tendance récente en jurisprudence qui ne se contente plus de la preuve de la mise à disposition de fichiers illicites au moyen de logiciels P2P mais réclame la preuve d'une distribution effective de ces fichiers. Voir *Capitol Records Inc. v. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210, 1218-1219 (D. Minn. 2008) ; *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1162 (9th Cir. 2007) ; *Atl. Recording Corp. v. Brennan*, 534 F. Supp. 2d 278, 281-282 (D. Conn. 2008). Comparer avec *Elektra v. Barker*, 551 F.Supp. 2d 234, 244 n.8 (S.D.N.Y. 2008).

B. La procéduralisation de l'interaction des parties prenantes au moyen du droit des « torts »

114. Alors que dans les textes la procéduralisation de l'interaction des régulés constitue sans aucun doute une avancée par rapport au modèle du CDA (1), sa mise en œuvre en pratique ne va pas toujours de soi (2).

1. La théorie

115. **Garantir un niveau minimum de régulation publique** - De ce qui précède il résulte donc que la stratégie de régulation du DMCA, à la différence de celle du CDA, a pour but de garantir un niveau minimum de régulation⁴⁸² dans les cas particuliers où le fournisseur d'hébergement a connaissance de l'existence d'une activité manifestement contrefaisante et de manière plus générale lorsque le fournisseur de service a connaissance de violations répétées et flagrantes des dispositions du « copyright »⁴⁸³.

116. **Une stratégie de régulation privée obligatoire et procéduralisée** - Mais ce n'est pas tout. La régulation privée est le paradigme dominant. Plus exactement, la régulation privée est de mise chaque fois que le fournisseur d'hébergement reçoit une notification conforme. Régulation privée certes, mais régulation privée obligatoire et non plus simplement volontaire.

La qualité des produits de la régulation privée est assurée au moyen d'une procédure de dialogue entre ayant droit et auteur principal, ce sous l'égide du fournisseur d'hébergement qui n'est pas investi des activités normative et de contrôle. C'est ainsi l'instauration de cette procédure de

⁴⁸² La stratégie est ici à dominante publique puisqu'au moins en théorie la règle à faire respecter par les acteurs privés est fixée par l'autorité publique. En effet, l'obligation de faire cesser le comportement illicite du fournisseur de service ne naît que si le contenu est manifestement illicite.

⁴⁸³ Voir n°96 et s.

« notice-and-take-down » qui constitue la véritable innovation du législateur. Dès lors, la qualité de la régulation privée ne dépend plus uniquement de l’instauration d’une concurrence internormative entre régulateurs privés, mais bien de la mise en place d’un système d’auto-régulation au sein duquel les parties intéressées au processus de régulation interagissent ensemble. Mais est-ce suffisant ?

117. Un régime de responsabilité *a minima* - De manière assez surprenante, les règles de la section 512 du Copyright Act ne semblent pas être des règles impératives au sens traditionnel du terme.

En effet, les PISEL ne sont pas empêchés d’intensifier leur intervention au sein du processus de régulation en exerçant un contrôle de nature éditorial sur les contenus transmis sur leurs systèmes ou réseaux ou en usant de mesures de filtrage *ex ante* (avant la transmission des contenus) ou *ex post* (après leur transmission)⁴⁸⁴. L’adoption récente des User Generated Content Principles confirme cette analyse⁴⁸⁵. Ces principes se veulent le reflet des meilleures pratiques utilisées par les sites de partage communautaire en matière de régulation des contenus transmis en ligne, pratiques qui vont au delà des exigences du DMCA. Ces pratiques consistent à mettre en œuvre des mesures techniques effectives d’identification des contenus transmis en ligne et à coopérer avec les titulaires de « copyright » aux fins notamment de rendre impossible l’accès aux sites qui servent manifestement et de manière prédominante à la dissémination de contenus contrefaisants. Les sites de partage communautaire signataires de ces principes témoignent donc de leur intention de se conformer à ces pratiques tandis que les titulaires de

⁴⁸⁴ CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688, 701-702 (D.Md. 2001) ; Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F.Supp.2d 1132, 1146+ (N.D. Cal. 2008). Voir également H.R. REP. 105-796, 73.

⁴⁸⁵ Tous les sites de partage communautaire n’ont pas attendu l’adoption de ces principes pour mettre en place des mesures de filtrage à l’instar de MySpace. Certains ont d’ailleurs préféré développer leurs propres instruments d’identification des contenus transmis en ligne comme YouTube.

« copyright » font part de leur intention de renoncer à poursuivre les premiers en justice⁴⁸⁶.

De même les PISEL ne sont pas empêchés de prendre des sanctions plus sévères que le simple retrait des contenus illicites⁴⁸⁷. Les accords signés par la Recording Industry Association of America (RIAA) avec certains PISEL, fournisseurs d'accès, vont dans ce sens⁴⁸⁸. En vertu de ces accords, les PISEL signataires acceptent d'envoyer à leurs abonnés allégués contrefacteurs par la RIAA une série d'avertissements qui, s'ils ne sont pas respectés, pourront être suivis par un ralentissement de leurs connexions Internet voire même par l'interruption de leurs connexions.

La contrepartie de cette intensification de l'intervention des PISEL au sein du processus de régulation devrait se traduire par la rédaction de conditions d'utilisation plus exigeantes à l'égard des PISEL et ce au bénéfice de leurs utilisateurs. En pratique rien de tel n'a pu être observé : les prérogatives de régulation que s'arrogent les PISEL sont le plus souvent⁴⁸⁹ discrétionnaires. Bien plus, l'ordre public au sens de l'ensemble des règles impératives est menacé dans la mesure où aucun mécanisme approprié ne permet de prendre en compte les intérêts des fournisseurs de contenus et plus largement ceux du

⁴⁸⁶ À proprement parler ces principes n'ont pas force obligatoire.

⁴⁸⁷ Voir cependant la position de la Federal Communications Commission (FCC) dans l'affaire Comcast, Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corp., 23 F.C.C.R. 13028 (2008), qui pourrait porter un frein aux entorses faites au principe de fin-à-fin (« end-to-end »). Il s'agit là d'une application des principes adoptés par la FCC en 2004 visant à préserver et à promouvoir la nature ouverte et interconnectée de l'Internet publique.

⁴⁸⁸ Voir D. A. McGil, *New Year, New catch-22 - Why the RIAA's proposed partnership with ISPs will not significantly decrease the prevalence of P2P music file sharing*, Entertainment and Sports Lawyer (27)2009, 7-10; C. Schnee, *Note - A 'sound' policy? The RIAA and the Copyright Act*, University of Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy (10)2009, 2-25; J. E. Seay, *Note - "Hang 'em high": will the Recording Industry Association of America's new plan to posse up with Internet service providers in the fight against online music piracy finally tame the wild Internet?*, Journal of Intellectual Property Law (16)2009, 269-296.

⁴⁸⁹ Pour ne pas dire toujours.

public, comme le recours à une procédure équitable ou la protection de la liberté d'expression⁴⁹⁰.

118. Évaluation de la qualité de la régulation privée - Avant de répondre à la question de la qualité de la régulation privée telle qu'elle résulte de la mise en œuvre des dispositions du DMCA, l'on rappellera les limites du champ d'application de ce système d'autorégulation, en insistant sur le fait qu'il ne vaut que lorsque le PISEL est un fournisseur d'hébergement et qu'il reçoit une notification d'un ayant droit ou de son représentant. Or d'autres types d'intermédiaires sont susceptibles d'influer de manière significative sur le processus de régulation à l'exemple des fournisseurs d'accès Internet ou des moteurs de recherche.

De plus, comme l'on vient tout juste de le mentionner, le développement de processus de régulation privée purement volontaire au moyen notamment de mécanismes de filtrage risque de rendre illusoire le recours à un tel système d'autorégulation⁴⁹¹.

Comment évaluer maintenant la qualité de la régulation privée obtenue grâce à la procéduralisation de l'interaction des régulés ? L'on est alors contraint d'en revenir à l'équilibre consubstantiel au « copyright » américain entre les intérêts des auteurs, des investisseurs, et du public⁴⁹². Il est vrai

⁴⁹⁰ L'adoption des Fair Use Principles for User-Generated Content par la Electronic Frontier Foundation en partenariat avec d'autres groupes en réaction à l'adoption des User Generated Content Principles ne permet pas de combler toutes les lacunes des seconds. En particulier, les premiers ne critiquent pas le recours aux mesures de filtrage préventives, autrement dit aux mesures de filtrage *ex ante*.

⁴⁹¹ L'on a qu'à espérer que le principe 3.i. des User Generated Content Principles ne reste pas lettre morte. « *Copyright Owners and UGC Services should cooperate in developing reasonable procedures for promptly addressing conflicting claims with respect to Reference Material and user claims that content that was blocked by the Filtering Process was not infringing or as blocked in error* ».

⁴⁹² Cet équilibre fondamental a été reconnu très tôt. Voir par exemple le Rapport de la Chambre des Représentants lors de l'adoption du Copyright Act de 1909 : « *The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings, [...] but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted [...] not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public [...]* ». Rapport de la Chambre des Représentants H.R. REP. 2222, 60th Cong., 2d sess. 7 (1909). Voir également M. Patterson qui affirme que le

qu'au fil des années, les droits exclusifs des titulaires de « copyright » ont eu tendance à devenir plus consistants⁴⁹³. Toujours est-il que le « copyright » se caractérise par un système d'exception ouvert qualifié de doctrine de l'usage équitable ou « fair use »⁴⁹⁴ dont l'une des fonctions est de garantir l'exercice de la liberté d'expression⁴⁹⁵, voire même dans certains cas l'accès du public aux œuvres protégées alors même que le titulaire du « copyright » s'y refuse. Or, il n'est pas sûr que l'accord tacite entre le titulaire du « copyright » et le fournisseur de contenus obtenu par l'intermédiaire du fournisseur d'hébergement permette de faire survivre l'exception de « fair use »⁴⁹⁶, ce

« copyright » est un compromis entre trois types d'intérêts divergents, celui de l'auteur, de l'entrepreneur et du consommateur : « (1) *the author contributes to the culture of society by creating works, which he owns*; (2) *the entrepreneur fulfills the economic purpose of copyright (and thereby rewards the author) by distributing the work, a process that he controls*; and (3) *the consumer fulfills the social purpose of copyright by using the work for learning, a use that requires uninhibited access to the work* ». L. R. Patterson, *Free speech, copyright, and fair use*, *Vanderbilt Law Review* (40)1987, 1-66.

⁴⁹³ C'est le cas notamment avec le développement des mesures techniques de protection dont le contournement est sanctionné par la loi (17 U.S.C. §1201 et s.) en application des engagements internationaux qui résultent des traités OMPI sur le « copyright » et sur les interprétations, exécutions et phonogrammes. Conclues en 1996, ces accords sont entrés en vigueur le 6 mars et le 20 mai 2002. Ils ont été présentés comme des instruments novateurs permettant d'adapter la législation sur le droit d'auteur à l'ère du numérique et d'ouvrir de nouveaux horizons aux compositeurs, artistes, écrivains et artistes-interprètes ou exécutants, ainsi incités à utiliser Internet en toute confiance aux fins de création et de diffusion de leurs œuvres. Pour une critique de cette évolution, voir notamment T. K. Armstrong, *Digital rights management and the process of fair use*, *Harvard Journal of Law & Technology* (20)2006, 49-121; D. Burk, *Legal and technical standards in digital rights management technology*, *Fordham Law Review* (74)2005, 537-573; J. Cohen et D. Burk, *Fair use infrastructure for rights management systems*, *Harvard Journal of Law and Technology* (15)2001, 41-83.

⁴⁹⁴ Voir *supra* §86.

⁴⁹⁵ « *Fair use performs a variety of related functions within the policy framework of copyright law. First, the Supreme Court has identified fair use as a type of "safety valve" that mediates between the strictures of copyright and the demands of the First Amendment* ». J. Cohen et D. Burk, *Fair use infrastructure for rights management systems*, *Harvard Journal of Law and Technology* (15)2001, 41-83, p. 43. Voir la décision de la Cour suprême *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 560 (1985). Cependant la doctrine de l'usage équitable n'a jamais été perçue comme ayant une valeur constitutionnelle. Voir par exemple *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, 458 (2d Cir. 2001) (« *[W]e note that the Supreme Court has never held that fair use is constitutionally required, although some isolated statements in its opinions might arguably be enlisted for such a requirement* ».).

⁴⁹⁶ L'adoption récente des User Generated Content Principles a nourri des craintes identiques. Voir *Fair Use Principles for User Generated Video Content* produits entre autres par the Electronic Frontier Foundation afin d'aider les administrateurs de plateformes

d'autant que le caractère sérieux de la demande de l'auteur de la notification n'est jamais examiné avant le prononcé de la sanction⁴⁹⁷. De même, à partir du moment où la procédure de notification est détournée de ses fonctions et qu'elle devient une arme entre concurrents, la liberté du commerce est mise en péril⁴⁹⁸.

Le modèle du DMCA pêche donc non pas parce qu'il engendre une situation de sous-régulation, mais plutôt parce qu'il conduit à une situation de surrégulation non conforme aux exigences de l'ordre public et notamment à la liberté d'expression, voire même à la liberté du commerce. En effet, même dans les cas où le matériel est licite le fournisseur d'hébergement est incité à intervenir tout simplement parce que la notification est formellement

communautaires à respecter le principe de l'usage équitable, <http://www.eff.org/issues/ip-and-free-speech/fair-use-principles-usergen>.

⁴⁹⁷ Quatre facteurs doivent être pris en compte lors de l'octroi d'un remède préliminaire, facteurs qui ne sont pas pris en compte lors du retrait d'un matériel à la suite de la requête d'un titulaire de « copyright ». Voir par exemple *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt & Co., Inc.*, 684 F.Supp. 808 (S.D.N.Y. 1988): « *Essentially, four factors influence our decision: (1) Has the petitioner made a strong showing that it is likely to prevail on the merits of its appeal? Without such a substantial indication of probable success, there would be no justification for the court's intrusion into the ordinary processes of administration and judicial review. (2) Has the petitioner shown that without such relief, it will be irreparably injured? The key word in this consideration is irreparable. Mere injuries, however substantial, in terms of money, time and energy necessarily expended in the absence of a stay, are not enough. The possibility that adequate compensatory or other corrective relief will be available at a later date, in the ordinary course of litigation, weighs heavily against a claim of irreparable harm. But injury held insufficient to justify a stay in one case may well be sufficient to justify it in another, where the applicant has demonstrated a higher probability of success on the merits. (3) Would the issuance of a stay substantially harm other parties interested in the proceedings? On this side of the coin, we must determine whether, despite showings of probable success and irreparable injury on the part of petitioner, the issuance of a stay would have a serious adverse effect on other interested persons. Relief saving one claimant from irreparable injury, at the expense of similar harm caused another, might not qualify as the equitable judgment that a stay represents. (4) Where lies the public interest? In litigation involving the administration of regulatory statutes designed to promote the public interest, this factor existing public services; both expediting of private litigants must give way to the realization of public purposes. The public interest may, of course, have many faces- favoring at once both the rapid expansion of utilities and the prevention of wasteful and repetitive proceedings at the taxpayers' or consumers' expense; both fostering competition and preserving the economic viability of existing public services; both expediting administrative or judicial action and preserving orderly procedure. We must determine these many facets considered, how the court's action serves the public best* ». On remarquera donc que l'intérêt du public doit être pris en compte par le juge lorsqu'il octroie un TRO ou une injonction préliminaire. Cette exigence a pourtant été complètement oubliée lorsqu'il s'est agi de privatiser le processus de régulation.

⁴⁹⁸ Voir à ce titre l'affaire *Biosafe-One, Inc. v. Hawks*, 524 F.Supp.2d 452 (S.D.N.Y. 2007).

conforme aux dispositions de la section 512(c)(3). Ainsi, même si le fournisseur de contenus fini par être écouté, l'intérêt du public n'est pas nécessairement pris en compte lors du dialogue entre ayant droit et fournisseur de contenus. Autrement dit, cette situation de surrégulation est susceptible de produire des effets dommageables non seulement pour les fournisseurs de contenus, mais également de manière plus générale pour les tiers dans la mesure où le respect des libertés fondamentales n'est plus assuré.

L'on en conclut que seuls les critères de l'effectivité et de la légitimité de la norme privée ont été pris en compte par le législateur américain. Celui de la conformité de la norme privée est quant à lui ignoré.

2. Les échecs de la pratique

119. Les résultats décevants du projet Chilling Effects - À s'intéresser maintenant à la pratique de cette procédure, l'on évoquera le travail de recherche entrepris par l'équipe du projet Chilling Effects⁴⁹⁹ dont le but a été et est encore aujourd'hui de collecter un grand nombre de notifications provenant de sources variées afin d'analyser le comportement des acteurs privés. Les premiers résultats obtenus après quatre années d'un travail continu sont plutôt décevants⁵⁰⁰. Pour autant, il faut être prudent et ne pas généraliser trop rapidement. En effet, sur un total de 876 notifications, 734

⁴⁹⁹ De nombreuses universités américaines sont impliquées dans ce projet : Harvard, Stanford, Berkeley, University of San Francisco, University of Maine, George Washington School of Law, and Santa Clara University School of Law clinics de même que la foundation Electronic Frontier. Voir <http://www.chillingeffects.org/>.

⁵⁰⁰ Les premiers résultats du projet sont expliqués au sein de l'article J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (22)2006, 621-693, qui avait été précédé d'un rapport de synthèse un an auparavant J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process or "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act -- Summary Report, 2005*, <http://www.chillingeffects.org/>

proviennent de la seule société Google et 142 ont été transmises spontanément par d'autres fournisseurs de service ainsi que des ayants droit. Dès lors, il est possible que le travail d'interprétation ait été biaisé d'une manière ou d'une autre par la surreprésentation des notifications reçues par Google, fournisseur à titre principal d'instruments de localisation de l'information⁵⁰¹. Comme on vient de le mentionner, le fournisseur d'instruments de localisation de l'information n'est pas en principe soumis au respect de la procédure de « notice-and-take-down ». Un tiers des notifications reçues par Google sont cependant des notifications de type 512(c).

Tout en ayant conscience du caractère partiel des résultats, les membres du projet ont donc entrepris un long travail de classification qui a permis de faire le tri entre notifications conformes et non conformes à la sous-section 512(c)(3); notifications apparemment mal fondées et notifications apparemment bien fondées (aux vues des dispositions du « copyright » interprétées de la manière la plus conservative possible); notifications adressées aux fournisseurs d'hébergement, aux fournisseurs d'instruments de localisation de l'information, et aux fournisseurs d'accès Internet; notifications émises pas des concurrents du fournisseur de contenus et par des non professionnels qualifiés de « hobbyists »; notifications fondées sur une violation du « copyright » et notifications fondées sur la mise en danger d'autres intérêts comme le « droit »⁵⁰² à la protection de la vie privée; notifications émises par les ayants droit eux-mêmes et par leurs représentants; notifications émises par l'industrie musicale pour lutter contre les échanges illicites de fichiers P2P ou par d'autres types d'industries; enfin

⁵⁰¹ Toujours est-il qu'un fournisseur d'hébergement The Planet a accepté en 2004 de faire bénéficier l'équipe du projet de 1600 notifications supplémentaires. Le traitement est en cours et il permettra dans le futur de confronter les premiers résultats obtenus essentiellement à partir des notifications de Google.

⁵⁰² Le qualificatif de « droit » est contesté en droit positif.

et surtout notifications suivies d'une contre-notification et notifications sans suite.

De ces multiples regroupements, il ressort tout d'abord que la moitié des notifications spontanées sont de type 512(a) et que leurs auteurs sont le plus souvent des ayants droit ou éventuellement leurs représentants se plaignant de l'échange illicite de fichiers protégés. Le fournisseur de service sollicité est donc un fournisseur d'accès qui n'est pourtant soumis à aucune obligation procédurale particulière et qui ne pourra intervenir qu'en bloquant le compte de son client puisque le contenu litigieux se trouve sur l'ordinateur de ce dernier. En conséquence, le fournisseur d'hébergement n'est pas en pratique l'acteur principal de la régulation privée⁵⁰³. Or, dans ce cas-là seul l'ayant droit décide de l'accessibilité puisque le fournisseur de service n'a pas l'obligation d'informer son client de la notification qu'il a reçue et que par conséquent celle-ci tend à produire l'effet recherché par son émetteur sans qu'aucun moyen de défense ne puisse être opposé par le contrefacteur allégué, pas même en cas d'identification erronée. La légitimité de la régulation privée, en sus de sa conformité, est donc mise à mal.

Un second résultat est particulièrement intéressant pour le problème qui nous occupe : c'est celui du niveau élevé de notifications non conformes⁵⁰⁴ et apparemment mal fondées ou du moins susceptibles de donner lieu à un véritable débat quant au caractère licite ou non de l'acte mis en cause⁵⁰⁵. Les

⁵⁰³ Les membres du projet vont plus loin dans leurs conclusions : s'il s'avère que le nombre peu élevé de notifications spontanées de type 512(c) et (d) en provenance de l'industrie musicale ou cinématographique s'explique bien par une recrue d'essence des notifications de type 512(a), alors il faudra en déduire que la procédure de « notice-and-take-down » sert mal les intérêts des ayants droit luttant contre les actes de piraterie informatique. J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (22)2006, 621-693, p. 652.

⁵⁰⁴ L'imprécision de la description de la localisation du matériel soi-disant contrefaisant est particulièrement préoccupante dans la mesure où le fournisseur de service réagira souvent en éliminant une quantité trop importante d'information.

⁵⁰⁵ Que ce soit à cause du faible niveau d'originalité de l'œuvre, soit à cause de l'identification erronée du titulaire du « copyright », ou encore à cause de l'application de l'exception de

notifications, et c'est important, ne servent donc pas seulement à obstruer le développement de réseaux P2P⁵⁰⁶. Cela est d'autant plus inquiétant que le nombre de contre-notifications est lui très bas. L'une des explications envisageables consiste à soutenir que les fournisseurs de contenus préfèrent relocaliser leurs matériels plutôt que de s'engager dans une procédure de notification/contre-notification trop coûteuse puisqu'elle aboutit inexorablement à l'inaccessibilité des contenus pour une durée de 10 à 14 jours ouvrables. Il n'est pas sûr cependant que cette explication soit la seule qui vaille et il est possible que les clients des fournisseurs d'hébergement ne soient pas pleinement informés de leurs droits. En effet, il apparaît dans de nombreuses hypothèses que les fournisseurs de service tentent d'intimider leurs clients en rappelant les termes de leurs contrats d'utilisation en vertu desquels tout acte de contrefaçon est prohibé sur leurs systèmes ou réseaux.

Si donc la théorie n'est pas parfaite puisque le dialogue entre les parties intéressées au processus de régulation n'est instauré que lorsque le PISEL est un fournisseur d'hébergement et surtout que ce dialogue ne permet pas d'assurer une représentativité parfaite des intérêts en cause, il semble bien que la pratique ne soit pas conforme à la théorie. Cela peut s'expliquer de par l'attitude des PISEL eux-mêmes peu respectueux de leurs obligations, comme d'une certaine manière de par le « succès » inattendu de ce système d'autorégulation qui n'a pas été pensé pour résoudre tous les problèmes classiques liés à l'application du « copyright », voire même à l'application

« fair use ». Il est fait mention également de notifications émises à des fins autres que prévenir des actes de contrefaçon, comme par exemple réagir contre un acte de concurrence déloyale ou protéger son intimité. De plus, un nombre significatif de notifications vise des contenus situés à l'étranger, ce qui complique encore l'appréciation de leur caractère bien fondé.

⁵⁰⁶ « *Perhaps most striking, we found that at least a third of notices contain at least one of the major categories of flaws we evaluated. These categories pose significant questions about the claim's enforceability in a court of law and/or invite serious concerns about the fairness of the process for targets. They are: substantive legal questions related to the underlying copyright claim; and significant technical non-compliance that renders the notice unusable according to the statute* ». J. M. Urban et L. Quilter, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (22)2006, 621-693, p. 666.

d'autres matières. Dès lors, l'émetteur de la notification peut se tromper et cela est d'ailleurs même fréquent. Or le système est construit d'une telle manière qu'il incite les PISEL à donner suite à toute notification formellement conforme à la sous-section 512(c)(3), ce qui ne garantit en rien qu'elle soit bien fondée. De plus, à supposer que le fournisseur de contenus soit informé et qu'il réponde à la notification, il verra dans tous les cas son matériel éliminé du réseau pour une durée minimale de 10 jours. Il risque donc dans de nombreux cas de subir un dommage certain.

La question qui se pose est donc de savoir s'il ne faut pas cantonner cette autorégulation à certains types de violations du « copyright » et instaurer par là même un moyen de contrôler l'abus de pouvoir. De plus on peut s'interroger sur la nécessité de mettre en place un mécanisme additionnel qui permette de corriger la mauvaise qualité de la régulation privée de manière rapide et peu coûteuse. À ce titre, il faut peut-être envisager de recourir à un dispositif de contrôle au fond de la conformité du produit de la régulation privée au regard des dispositions substantielles de l'ordre public, de même qu'à l'instauration de garanties procédurales supplémentaires qui doivent permettre notamment de s'assurer du caractère transparent, impartial et équitable du processus décisionnel. Dans cette entreprise de bonification de la régulation privée, la jurisprudence ne peut avoir qu'un rôle limité dans la mesure où tout l'intérêt de ce système d'autorégulation repose sur son caractère extrajudiciaire. Autrement dit, si l'on attend la réaction des juges, l'on risque d'attendre encore longtemps.

Conclusion

120. Le modèle du DMCA est donc sans aucun doute plus sophistiqué que celui du CDA. Il repose en effet sur la primauté de la régulation privée

dont la mise en oeuvre est impérative sans pour autant empêcher le jeu de la régulation privée purement volontaire. Le droit des « torts » vient alors encadrer le processus de régulation afin de permettre que les parties intéressées à l'issue du processus de régulation soient entendues. Le choix institutionnel sous-jacent à la stratégie de régulation n'est donc plus (seulement) celui de la concurrence internormative obtenue notamment grâce au droit des contrats.

Mais si l'intention du législateur est sans doute louable en ce qu'il tente de trouver des moyens originaux aux fins de juridiciser le processus de régulation privée, un certain nombre de questions reste encore en suspens du fait du caractère inachevé de l'édifice que nous avons tenté de décrire jusqu'ici. En effet, ce dernier repose essentiellement sur le fournisseur d'hébergement, ce qui dans un environnement transnational n'est peut-être pas la solution la plus pertinente comme l'illustre d'ailleurs la pratique du processus de notification. De plus, il n'est pas sûr que toutes les parties prenantes au processus de régulation soient réellement impliquées et notamment les consommateurs de contenus qui ont intérêt à ce que la liberté d'expression conserve toute sa vigueur au sein du cyberspace.

En allant plus loin, la juridicisation du processus de régulation obtenue grâce à la procéduralisation de l'interaction des acteurs privés témoigne de l'abandon d'une rationalité juridique matérielle en faveur d'une rationalité juridique réflexive. Dès lors, la vocation du droit et en particulier du droit de la responsabilité civile n'est pas de garantir la conformité des normes privées à l'ordre public étatique matériel. Or il apparaît que la mise en oeuvre de la régulation privée sur le fondement du DMCA aboutit à une situation de surrégulation⁵⁰⁷ nuisible à l'efficacité de la stratégie de régulation. Cette surrégulation est due en grande partie au caractère automatique de la procédure de « notice-and-take-down », ainsi qu'à la déresponsabilisation des

⁵⁰⁷ Trop de contenus sont en pratique retirés du réseau.

prestataires intermédiaires lorsqu'ils prennent de bonne foi des mesures à l'encontre de contenus non contrefaisants.

L'étude de la stratégie de régulation privée impérative promue par le LA présente alors un intérêt tout particulier dans la mesure où la tentative de juridicisation du processus de régulation témoigne encore de la mise en oeuvre d'une rationalité juridique matérielle.

Tableaux de synthèse du modèle du Digital Millennium Copyright Act

I. En droit

types de contenus Obligation de régulation fondée sur le droit des "torts"	tout type de contrefaçon au "copyright"			
	ST	FC	FH	FILI
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	non mais interdiction d'éliminer un contenu licite de mauvaise foi	non mais interdiction d'éliminer un contenu licite de mauvaise foi et surtout obligation de donner suite aux notifications conformes des ayants droit		
obligation de contrôle	obligation d'instaurer un mécanisme de plainte			
obligation de sanction	obligation d'éliminer les contrefaçons flagrantes et répétées (le respect de la procédure de "notice-and-take-down" n'est pas obligatoire)			
		obligation d'éliminer le contenu signalé par la notification conforme ou l'ordre de l'autorité judiciaire (le respect de la procédure de "notice-and-take- down" n'est pas obligatoire)	obligation d'éliminer les contenus manifestement contrefaisants ("red flags") (le respect la procédure de "notice-and-take- down" n'est pas obligatoire)	
			obligation d'éliminer le contenu signalé par la notification conforme de l'ayant droit (le respect de la procédure de "notice-and-take- down" est obligatoire)	obligation d'éliminer le contenu signalé par la notification conforme de l'ayant droit (le respect de la procédure de "notice-and-take- down" n'est pas obligatoire)

ST = simple transporteur

FC = fournisseur de cache

FH = fournisseur d'hébergement

FILI = fournisseur d'instruments de localisation de l'information

II. En équité

Etant donné le régime restrictif encadrant l'octroi d'injonctions, la menace du prononcé de ce remède n'a en général pas d'effets *ex ante*.

Type de contenus	tout type de contrefaçon au "copyright"
Obligation de régulation	
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	non
obligation de contrôle	non
obligation de sanction	oui sur ordre de l'autorité judiciaire en cas de connaissance effective ou présumée de la présence de la contrefaçon

1. La régulation privée est obligatoire sans que le jeu de la régulation privée purement volontaire soit prohibé
2. La stratégie de régulation préserve les intérêts des victimes (ayants droit) mais aussi des PISEL

CHAPITRE 2EME. LE RECOURS A L'INJONCTION COMME MECANISME CORRECTEUR DE L'ACTION DES REGULATEURS PRIVES : L'EXEMPLE DU *LANHAM ACT*

121. Trop souvent oublié lors de l'étude de la responsabilité des PISEL⁵⁰⁸, le modèle du LA se distingue pourtant du précédent. La subjectivisation de la responsabilité civile des PISEL ne s'est pas faite ici au moyen d'une intervention expresse du législateur tentant de réagir à la multiplication des actes de contrefaçon dans le cyberspace. C'est autant le recours aux théories de responsabilité secondaire que l'autonomisation du régime de la responsabilité primaire en fonction du remède demandé qui explique cette tendance. Le moyen de défense du contrefacteur innocent que les PISEL sont susceptibles d'opposer aux titulaires de droits nécessite en effet d'analyser le comportement des PISEL au moyen d'une approche subjective.

Reste alors à caractériser la nature la stratégie de régulation sous-jacente à la subjectivisation de la responsabilité civile des PISEL. En dépit du recours à un processus de corégulation au sein duquel acteurs publics et acteurs privés oeuvrent ensemble par l'intermédiaire du mécanisme de l'injonction, la primauté de la régulation privée est maintenue dans la mesure où la compétence de principe des PISEL chargés de prendre l'initiative de la régulation des contenus contrefaisants n'est pas remise en cause.

Il reste que pour une fois la subjectivisation de la responsabilité délictuelle (I) rend possible l'exercice d'un contrôle au fond de l'activité des régulateurs privés, contrôle utile au respect des exigences de l'ordre public matériel (II).

⁵⁰⁸ Voir les propos de M. Lemley qui dénonce l'ignorance des juristes de droit du « trademark », M. A. Lemley, *Rationalizing Internet safe harbors*, *Journal on Telecommunications & High Technology Law* (6)2007, 101-119.

I. La subjectivisation de la responsabilité civile des auteurs secondaires et primaires

122. La subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle des PISEL s'explique à la fois par l'expansion du domaine des théories de responsabilité secondaire (A) et par l'autonomisation du régime de responsabilité primaire en fonction du remède demandé (B).

A. L'appréhension du comportement des PISEL au moyen des théories de responsabilité secondaire

123. Les théories de responsabilité secondaire sont traditionnellement plus difficiles à mettre en œuvre en droit du « trademark » qu'en droit du « copyright » (1). L'avènement du cyberspace n'a pas changé cette donne, bien que l'influence du DMCA se soit faite sentir récemment (2).

1. Aperçu du droit du « trademark »

124. Les fondements possibles de l'action du titulaire de la marque - Le LA⁵⁰⁹ instaure à l'échelle fédérale⁵¹⁰ un système de dépôt de marques (« trademarks » et « service marks ») utilisées à des fins commerciales. Il offre également aux titulaires de droit de propriété industrielle une panoplie de remèdes en cas de contrefaçons ou actes de concurrence déloyale. Les principales dispositions du LA sont donc la section 2⁵¹¹ qui établit la liste des conditions à remplir pour déposer une marque au Principal Register of the

⁵⁰⁹ 15 U.S.C.

⁵¹⁰ Contrairement au droit du « copyright » de la compétence exclusive des institutions fédérales, le droit du « trademark » fédéral coexiste avec les droits étatiques. In re Beatrice Foods, 429 F.2d 466, 472-73 (C.C.P.A. 1970). Voir M. LaFrance, *Understanding trademark law*, 2005, LexisNexis, Newark, San Francisco, Charlottesville, p. 15.

⁵¹¹ 15 U.S.C. §1052.

Patent and Trademark Office (PTA), la section 32⁵¹² qui protège les titulaires de marques déposées contre les utilisations non autorisées susceptibles d'enduire les consommateurs en erreur quant à l'origine exacte d'un bien ou service, et la section 43(a)⁵¹³ qui offre aux opérateurs économiques un fondement (« cause of action ») en cas de dommage subi à la suite d'un acte de concurrence déloyale résultant d'une affirmation mensongère émise dans le cadre de l'offre d'un bien ou service. Ce dispositif complexe répond pour l'essentiel aux préoccupations déjà anciennes du « common law » faisant du consommateur la véritable victime de l'acte de concurrence déloyale que constitue la contrefaçon de marque⁵¹⁴. Depuis 1995 il faut cependant ajouter à cet ensemble un paragraphe (c) à la section 43 introduit par le Federal Trademark Dilution Act⁵¹⁵ dont la *ratio legis* est de protéger l'investissement du titulaire d'une marque de renom et non plus seulement le consommateur moyen qui aurait été trompé ou induit en erreur quant à l'origine du bien ou service.

⁵¹² 15 U.S.C. §1114.

⁵¹³ 15 U.S.C. §1125.

⁵¹⁴ « *In principle, trademark law, by preventing others from copying a source-identifying mark, "reduce[s] the customer's costs of shopping and making purchasing decisions," [...], for it quickly and easily assures a potential customer that this item-the item with this mark-is made by the same producer as other similarly marked items that he or she liked (or disliked) in the past. At the same time, the law helps assure a producer that it (and not an imitating competitor) will reap the financial, reputation-related rewards associated with a desirable product. The law thereby "encourage[s] the production of quality products," [...], and simultaneously discourages those who hope to sell inferior products by capitalizing on a consumer's inability quickly to evaluate the quality of an item offered for sale* ». *Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co., Inc.*, 514 U.S. 159, 163-64 (1995). Ce qui peut expliquer l'affirmation selon laquelle le « trademark » n'est pas un droit de propriété au sens du « copyright » : « *There is no such thing as property in a trade-mark except as a right appurtenant to an established business or trade in connection with which the mark is employed* ». *United Drug Co. v. Theodore Rectanus Co.*, 248 U.S. 90, 97 (1918).

⁵¹⁵ Voir le Federal Antidilution Act de 2006 qui révisé en profondeur la loi du même nom de 1995, PL 109-312, §2, 120 Stat. 1730 (entrée en vigueur le 6 Octobre 2006) et notamment 15 U.S.C. §1125(c)(1): « *Subject to the principles of equity, the owner of a famous mark that is distinctive, inherently or through acquired distinctiveness, shall be entitled to an injunction against another person who, at any time after the owner's mark has become famous, commences use of a mark or trade name in commerce that is likely to cause dilution by blurring or dilution by tarnishment of the famous mark, regardless of the presence or absence of actual or likely confusion, of competition, or of actual economic injury* ».

125. Le recours aux théories de responsabilité secondaire - De manière générale, et cela vaut quel que soit le fondement de l'action mise en oeuvre par le titulaire du droit de propriété industrielle⁵¹⁶, les théories de responsabilité secondaire ont bien été utilisées en droit du « trademark ».

125-1. La théorie du « vicarious liability » - Cela est vrai tout d'abord pour ce qui est de la théorie du « vicarious liability », même s'il est extrêmement difficile de sanctionner le comportement du défendeur sur ce fondement⁵¹⁷. En pratique, rares sont les cas où elle s'est avérée utile au demandeur⁵¹⁸ de sorte que certains ont pu dire « *bien que les deux théories [de responsabilité secondaire] aient été appliquées dans le contexte du "trademark", les théories de "contributory liability" ont plus de chance d'être utiles pour répondre à la question de la responsabilité de fournisseurs en ligne qui facilitent la vente ou le trafic de biens contrefaisants* »⁵¹⁹.

125-2. La théorie du « contributory infringement » - Pour ce qui est de la théorie du « contributory infringement », « *le domaine de la responsabilité pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale est susceptible d'être étendu au-delà de*

⁵¹⁶ Voir par exemple pour un cas de confusion *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 U.S. 844 (1982). Pour un cas de dilution voir par exemple *Kegan v. Apple Computer, Inc.*, 1996 WL 667808, 42 U.S.P.Q.2d 1053, 1062 (N.D.Ill.1996) ; *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.*, 985 F.Supp. 949 (C.D. Cal. 1997), affirmed by 194 F.3d 980 (9th Cir. 1999) (*obiter dictum*).

⁵¹⁷ Voir l'affaire *Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143, 1150 (7th Cir. 1992) : « *We have recognized that a joint tortfeasor may bear vicarious liability for trademark infringement by another. [...]. This theory of liability requires a finding that the defendant and the infringer have an apparent or actual partnership, have authority to bind one another in transactions with third parties or exercise joint ownership or control over the infringing product. Id. The case before us does not fit into the joint tortfeasor model, and Hard Rock does not argue that it does* ». La Cour nota que de manière générale les théories de responsabilité secondaire en droit du « trademark » sont plus restrictives que celles qui prévalent en droit du « copyright ». Voir également *SB Designs v. Reebok Intern., Ltd.*, 338 F.Supp.2d 904, 909 (N.D.Ill. 2004).

⁵¹⁸ *American Tel. & Tel. Co. v. Winback & Conserve Program*, 42 F.3d 1421, 1430-31 (3d Cir. 1994) (« *Thus, we hold that the district court properly held that agency principles apply to the instant dispute* ». *Id.* at 1434.). Voir également *Procter & Gamble Co. v. Haugen*, 317 F.3d 1121 (10th Cir. 2003), later proceedings, 427 F.3d 727 (10th Cir. 2005). En l'espèce le défendeur n'a cependant pas été reconnu responsable sur le fondement de la théorie du « vicarious liability ».

⁵¹⁹ Traduction de l'auteur. D. J. Peckham, *The Internet auction house and secondary liability - Will eBay have to answer to Grokster?*, *The Trademark Reporter* (95)2005, 977-1005, p. 981.

ceux qui vendent effectivement des biens avec la marque contrefaisante, afin d'inclure tous ceux qui contribuent à la contrefaçon en coopérant en connaissance de cause aux activités illégales »⁵²⁰. Le recours à cette théorie a d'ailleurs été salutaire aux fins de sanctionner le comportement des fabricants de produits contrefaisants⁵²¹. Mais, en dépit de la décision *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.* de la Cour suprême⁵²², le test du « contributory infringement » reste débattu et en particulier son élément subjectif.

Pour autant, il semble qu'il faille distinguer deux types d'hypothèses en vertu desquelles le défendeur peut être reconnu responsable sur le fondement de la théorie du « contributory liability » : soit il incite l'acteur principal à commettre un acte de contrefaçon, soit il continue de fournir ses produits à l'acteur principal tout en ayant connaissance ou tout en ayant des raisons de connaître la réalité de l'activité illicite commise par ce dernier. Aux dires des juges de la juridiction suprême, « le domaine de la responsabilité pour contrefaçon de marque peut être étendu au-delà de ceux qui étiquettent en fait et de manière indue les biens avec la marque d'autrui. Même si le fabricant ne contrôle pas directement toutes les personnes de la chaîne de distribution, il peut être rendu responsable du fait d'activités contrefaisantes dans certaines circonstances. Ainsi, si un fabricant ou un distributeur incite intentionnellement une autre personne à contrefaire une marque, ou s'il continue à fournir ses produits à une personne qu'il sait ou a des raisons de savoir qu'elle s'engage dans des activités contrefaisantes, le fabricant ou le

⁵²⁰ Traduction de l'auteur. J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §25:17. La première décision de la Cour suprême appliquant la théorie du « contributory infringement » au droit du « trademark » remonte à 1924. Voir *Warner v. Eli Lilly* 265 U.S. 526 (1924).

⁵²¹ *William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co.*, 265 U.S. 526 (1924). Voir également *Wurzburger Hofbrau Aktiengesellschaft v. Schoenling Brewing Co.*, 331 F. Supp. 497 (S.D. Ohio 1971), affirmed by 175 U.S.P.Q. 391 (6th Cir. 1972), certiorari denied, 409 U.S. 1042 (1972) ; *Waltham Watch Co. v. Federal Trade Comm'n*, 318 F.2d 28 (7th Cir. 1963), certiorari denied 375 U.S. 944 (1963).

⁵²² 456 U.S. 844 (1982).

distributeur est responsable en raison de sa contribution au dommage causé résultant de ses actes malhonnêtes »⁵²³.

L'apport de la décision de la Cour suprême va cependant au-delà de cette distinction, d'ailleurs déjà précédemment formulée, en ce qu'elle tente de préciser le critère caractéristique de l'incitation. À la lecture des opinions majoritaire et concurrente, il semble que le demandeur ne puisse se contenter de démontrer que le défendeur ait été raisonnablement à même d'anticiper la réalisation de l'activité principale illicite⁵²⁴. En revanche, s'il est établi que ce dernier a suggéré même de manière implicite à l'acteur principal de s'engager dans une activité illicite, alors les conditions de la mise en œuvre de la « contributory liability » sont remplies⁵²⁵.

Ceci dit, à la suite de deux décisions d'appel, il a été affirmé qu'il suffit, pour que la deuxième branche du test du « contributory infringement » soit remplie, que le demandeur établisse que le défendeur ait été délibérément aveugle (« willfully blind »), sans que le premier ait à démontrer la connaissance effective de l'activité principale illicite du second⁵²⁶. Cependant,

⁵²³ Traduction de l'auteur. *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 U.S. 844, 854-855 (1982). S'il est vrai que les juges de la Cour suprême renversèrent la décision de la Cour d'appel du 2e Circuit au motif que cette dernière avait commis une erreur en substituant sa propre interprétation des faits à celle du jury de première instance, la juridiction suprême prit soin de noter que le test du « contributory infringement » tel qu'établi par la Cour d'appel était correct.

⁵²⁴ La décision de la Cour suprême est cependant ambiguë. Voir par exemple *D. J. Peckham, The Internet auction house and secondary liability - Will eBay have to answer to Grokster?*, *The Trademark Reporter* (95)2005, 977-1005, p. 986. Ceci dit, il devrait néanmoins être possible à une juridiction étatique d'adopter une solution plus souple. Voir par exemple *SK&F, Co. v. Premo Pharmaceutical Laboratories, Inc.*, 625 F.2d 1055 (3d Cir. 1980) ; *Ciba-Geigy Corp. v. Bolar Pharmaceutical Co.*, 547 F. Supp. 1095 (D.N.J. 1982), affirmed by 719 F.2d 56 (3d Cir. 1983), certiorari denied 465 U.S. 1080 (1984).

⁵²⁵ *J. T. McCarthy, Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §25:18.

⁵²⁶ *Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143, 1149 (7th Cir. 1992) (« *Since we have held that willful blindness is equivalent to actual knowledge for purposes of the Lanham Act, [...] this finding should be enough to hold CSI liable (unless clearly erroneous). But we very much doubt that the district court defined willful blindness as it should have. To be willfully blind, a person must suspect wrongdoing and deliberately fail to investigate. [...]. The district court, however, made little mention of CSI's state of mind and focused almost entirely on CSI's failure to take precautions against counterfeiting* ».) ; *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th

alors que dans la première affaire les juges refusèrent finalement de rendre le défendeur responsable sur la base des faits établis par les juges de première instance, dans la seconde les juges ne se prononcèrent que sur le bien-fondé d'une motion de rejet⁵²⁷.

Alors que les principales décisions en la matière ont été rendues à l'encontre de fabricants de produits contrefaisants, certaines juridictions ont jugé opportun d'étendre le champ d'application de la théorie du « contributory infringement » aux fins d'inclure « tous ceux qui jouent en connaissance de cause un rôle significatif dans l'accomplissement de l'objectif illégal »⁵²⁸ et notamment les fournisseurs de service. Dès lors, le bailleur d'un immeuble sur lequel est implanté un marché aux puces où des produits contrefaisants sont offerts est susceptible d'être responsable du dommage causé aux titulaires de droits de propriété industrielle si le demandeur établit que le défendeur avait des raisons de suspecter la présence d'activités illégales et qu'il n'a pas entrepris les investigations nécessaires⁵²⁹. Les exemples de ce type sont néanmoins rares en jurisprudence.

En dépit des extensions récentes du domaine de la théorie du « contributory infringement », les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'acteur secondaire en droit du « trademark » sont donc bien

Cir. 1996) (« *Hard Rock Cafe's application of the Inwood test is sound; a swap meet can not disregard its vendors' blatant trademark infringements with impunity* »).

⁵²⁷ Il s'agit d'une décision de justice rendue sur le point de savoir si le demandeur a allégué suffisamment d'éléments pour que sa demande puisse être entendue au fond. À ce stade, le juge se contente donc de vérifier si le défendeur a allégué toutes les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité du défendeur sans s'intéresser à leur bien-fondé. Voir Federal Rule of Civil Procedure 12(b)(6).

⁵²⁸ Traduction de l'auteur. *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Mfrs., Inc.*, 295 F. Supp. 479 (S.D.N.Y. 1968).

⁵²⁹ *Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143 (7th Cir. 1992) (« *In the absence of any suggestion that a trademark violation should not be treated as a common law tort, we believe that the Inwood Labs. test for contributory liability applies* »). Voir également *Polo Ralph Lauren Corp. v. Chinatown Gift Shop*, 855 F. Supp. 648 (S.D.N.Y. 1994) ; *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 265 (9th Cir. 1996) (« *The Court in Inwood, however, laid down no limiting principle that would require defendant to be a manufacturer or distributor* »).

plus restrictives qu'en droit du « copyright »⁵³⁰. L'incitation de l'auteur principal de la contrefaçon ou la continuation de l'offre de produits ou services à ce dernier sont nécessaires à la qualification de contrefacteur secondaire.

2. Les manifestations rares de la jurisprudence en matière de responsabilité secondaire des PISEL

126. La difficile mise en œuvre du test du « contributory infringement » à l'encontre des PISEL - Il est indéniable que le droit du « trademark », et en particulier le LA, s'applique au cyberspace, comme le droit du « copyright » s'appliquait déjà à l'intérieur de cet univers virtuel⁵³¹. Il apparaît cependant

⁵³⁰ M. Bartholomew et J. Tehranian, *The secret of life of legal doctrine: the divergent evolution of secondary liability in trademark and copyright law*, Berkeley Technology Law Journal (21)2006, 1363-1419; D. J. Peckham, *The Internet auction house and secondary liability - Will eBay have to answer to Grokster?*, The Trademark Reporter (95)2005, 977-1005. Parmi les explications qui ont pu être avancées pour justifier cette différence de traitement voir *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.*, 985 F.Supp. 949 (C.D.Cal. 1997) (« Because the property right protected by trademark law is narrower than that protected by copyright law, liability for contributory infringement of a trademark is narrower than liability for contributory infringement of a copyright. *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, [...] Unlike trademark law, copyright law gives owners a generalized right to prohibit all copying, provided that the owner's rights are valid and the material copied is original. *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, [...]. Trademark law, on the other hand, tolerates a broad range of non-infringing uses of words that are identical or similar to trademarks. »). Voir également la décision *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 439 n. 19 (1984) de la Cour suprême qui refusa de dresser une analogie entre le droit du « copyright » et le droit du « trademark » sans pour autant faire toute la lumière sur le pourquoi d'un tel choix : « Given the fundamental differences between copyright law and trademark law, in this copyright case we do not look to the standard for contributory infringement set forth in *Inwood Laboratories v. Ives Laboratories*, [...], which was crafted for application in trademark cases. There we observed that a manufacturer or distributor could be held liable to the owner of a trademark if it intentionally induced a merchant down the chain of distribution to pass off its product as that of the trademark owner's or if it continued to supply a product which could readily be passed off to a particular merchant whom it knew was mislabeling the product with the trademark owner's mark ».

⁵³¹ Voir par exemple *Cardservice Int'l, Inc. v. McGee*, 950 F. Supp. 737, 741 (E.D. Va. 1997), affirmed without opinion by 129 F.3d 1258 (4th Cir. 1997) (« The terms of the Lanham Act do not limit themselves in any way which would preclude application of federal trademark law to the internet. »).

que dans l'ensemble les PISEL sont sortis indemnes de l'application du test de « contributory infringement ». La contribution du prestataire intermédiaire ajoutée à la connaissance de l'activité illicite sont en effet difficiles à établir⁵³².

126-1. Le fournisseur de noms de domaine - La première décision à témoigner de la réticence des juges à caractériser la contribution des PISEL fut sans doute *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc*⁵³³. Dans cette affaire, était en cause, non pas un PISEL appartenant aux catégories précédemment étudiées lors de l'analyse du DMCA, mais un fournisseur de noms de domaine⁵³⁴. La Cour avait alors à connaître de la question de savoir si les juges de première instance n'avaient pas commis d'erreur de droit en reconnaissant le bien-fondé de la motion de jugement sommaire interjetée par le défendeur. Quant au demandeur, il arguait de la responsabilité du fournisseur de noms de domaine au motif que, après l'avoir informé de l'utilisation illicite de plusieurs noms de domaine, ce dernier n'avait pas réagi

⁵³² « *As the cases have unfolded, it has become increasingly clear that only those service providers who have continuing relationships with infringers such that they have knowledge of and/or control over infringing activities can be potential targets of contributory liability claims. Conversely, those entities that have only ephemeral contact with the infringing activity will not be liable* ». D. J. Peckham, *The Internet auction house and secondary liability - Will eBay have to answer to Grokster?*, *The Trademark Reporter* (95)2005, 977-1005, p. 990.

⁵³³ 194 F.3d 980 (9th Cir. 1999). Voir également *Academy of Motion Picture Arts & Sciences v. Network Solutions, Inc.*, 989 F. Supp. 1276 (C.D. Cal. 1997) ; *Bird v. Parsons*, 289 F.3d 865 (6th Cir. 2002) ; *American Girl, LLC v. Nameview, Inc.*, 381 F. Supp. 2d 876 (E.D. Wis. 2005).

⁵³⁴ L'activité de ce dernier est décrite de la manière suivante par les juges : « *When registering with NSI to receive a domain-name combination, an applicant submits NSI's "template" electronically over the Internet. On approval, NSI puts the domain-name combination in its database in conjunction with the correct IP Address. NSI then routes Internet users who enter a certain domain-name combination to the registrant's computer. At the time of argument on this appeal, NSI was receiving approximately 130,000 registrations per month, although evidence indicates that the number of monthly registrations has been increasing steadily and is possibly much larger today. Ninety percent of templates are processed electronically, and the entire registration process for each application requires between a few minutes and a few hours. Ten percent of the time, an employee of NSI reviews the application. Human intervention might occur because of an error in filling out the form or because the applied-for domain name includes a "prohibited" character string-such as specific variations on the words Olympic, Red Cross, or NASA, and certain "obscene" words. NSI also performs a conflict check on all applications, which compares an application to other registered domain-name combinations. However, NSI does not consult third parties during the registration process, check for a registrant's right to use a particular word in a domain-name combination, or monitor the use of a combination once registered. NSI is also not an Internet Service Provider. It performs none of the "hosting" functions for a web site* ». *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.* 194 F.3d 980, 982 (9th Cir. 1999).

en mettant un terme à leurs enregistrements. Le défendeur s'était en effet contenté de mentionner au demandeur le fait qu'il n'avait pas respecté les termes de sa procédure alternative de résolution des litiges⁵³⁵ et que dès lors aucune suite ne pouvait être donnée à sa requête. Le défendeur avait même, après avoir reçu la plainte du demandeur, procédé à l'enregistrement de nouveaux noms de domaine contrefaisants.

Les juges d'appel du 9e Circuit se référant aux décisions *Hard Rock* et *Fonovisa* insistèrent sur le fait que le demandeur n'avait pas établi que le défendeur supervisait et contrôlait directement l'activité des contrefacteurs principaux, exigence requise à partir du moment où le défendeur n'était pas le fournisseur des produits contrefaisants mais qu'il était un simple fournisseur de service. Dès lors, « *la règle du "contrôle et de la surveillance directe" établie par Hard Rock et Fonovisa échoue à appréhender la situation de l'espèce. La cour de district a correctement reconnu que le service de traduction automatique de NSI n'implique pas la présence d'un contrôle et d'une surveillance directe de nature à justifier l'extension de la condition de "fourniture d'un produit". Une telle extension irait bien au-delà de la solution contemplée par Inwood Lab. et sa progéniture* »⁵³⁶. Les juges d'appels firent leur l'observation des juges de première instance : « *alors que l'on pourrait raisonnablement attendre d'un propriétaire d'un marché aux puces qu'il surveille les marchandises vendues dans ses locaux, l'on ne peut raisonnablement attendre de NSI qu'il surveille l'Internet* ». ⁵³⁷

En conséquence, l'inaction du fournisseur de noms de domaine suite à la notification du titulaire de droit de propriété industrielle ne suffit pas à

⁵³⁵ En vertu de la procédure alternative de résolution des litiges, les titulaires de droit de propriété industrielle réclamant le retrait d'un nom de domaine, s'obligeaient à envoyer au fournisseur de noms de domaine une attestation conforme témoignant de l'enregistrement de leurs marques. Ce dernier devait dans un deuxième temps s'adresser au titulaire du nom de domaine attaqué et réclamer la preuve qu'un jugement déclaratoire avait été rendu en sa faveur, sous peine de le priver de la jouissance du nom de domaine.

⁵³⁶ Traduction de l'auteur. *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.* 194 F.3d 980, 985 (9th Cir. 1999).

⁵³⁷ Traduction de l'auteur. *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.* 985 F.Supp. 949, 962 (C.D.Cal. 1997).

engager la responsabilité de ce dernier en raison du caractère non significatif de sa contribution aux actes de contrefaçon. L'on fera remarquer en outre que si la Cour d'appel ne se prononce pas sur la question de la connaissance par le fournisseur de noms de domaine de la présence d'activités contrefaisantes, les juges de première instance avaient jugé que la notification envoyée par le titulaire de la marque n'était pas suffisante à caractériser l'élément intentionnel du test du « contributory infringement » dans la mesure où l'information fournie au fournisseur de noms de domaine ne lui permettait pas de distinguer avec suffisamment de certitude les utilisations contrefaisantes de la marque du demandeur des utilisations non contrefaisantes⁵³⁸.

Étant donné le rôle singulier du fournisseur de noms de domaine, qui d'ailleurs au moment où les juges d'appel se prononcèrent dans l'affaire Lockheed était en position de monopole⁵³⁹, on aurait pu penser que les juges se comportent différemment à l'encontre des autres PISEL, et qu'ils assouplissent le test du « contributory infringement ». Les décisions en la matière sont cependant peu nombreuses et les membres de la doctrine sont en général circonspects quant à la réalité d'un tel assouplissement⁵⁴⁰.

126-2. Les fournisseurs de service de référencement commercial - Certaines affaires mettant en cause des fournisseurs de service de référencement commercial ont pu néanmoins susciter un certain intérêt en doctrine, sans que pour autant une tendance claire quant à l'évolution de la responsabilité secondaire des PISEL puisse être facilement dégagée. C'est le

⁵³⁸ Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc. 985 F.Supp. 949, 963-965 (C.D.Cal. 1997).

⁵³⁹ « *At all relevant times, NSI was the sole National Science Foundation contractor in charge of registering domain-name combinations for the top-level domains .gov, .edu, .com, .org, and .net. [...] NSI is no longer the exclusive registrar. Since oral argument on this appeal, a new competitive scheme has been implemented.* ». Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc. 194 F.3d 980, 982 (9th Cir. 1999).

⁵⁴⁰ M. Bartholomew et J. Tehranian, *The secret of life of legal doctrine: the divergent evolution of secondary liability in trademark and copyright law*, Berkeley Technology Law Journal (21)2006, 1363-1419; D. J. Peckham, *The Internet auction house and secondary liability - Will eBay have to answer to Grokster?*, The Trademark Reporter (95)2005, 977-1005.

cas notamment de l'affaire *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*⁵⁴¹ En l'espèce, le demandeur titulaire du droit de propriété industrielle s'attaquait à la pratique du « keying », au moyen de laquelle le défendeur associait un bandeau publicitaire hébergé sur son système à un mot clef utilisé par l'internaute au sein de son moteur de recherche et se faisait rémunérer en conséquence grâce à la vente de ces mots clefs⁵⁴². Parmi ces mots-clefs figurait la marque du demandeur. Les juges d'appel, qui avaient à connaître du bien-fondé d'une motion de jugement sommaire interjetée par le défendeur, refusèrent de reconnaître le bien-fondé de la motion au motif que persistait un certain nombre d'éléments de fait litigieux, comme la vraisemblance de la confusion des consommateurs et la dilution de la marque du demandeur. Mais, s'il n'était pas exclu que le PISEL soit responsable de l'activité illicite, la Cour ne trancha pourtant pas la question de la nature de cette responsabilité. « Déterminer si les défendeurs sont directement responsables ou simplement responsables en raison de leur contribution est une question délicate. Cependant, nous n'avons pas besoin de trancher cette question. Nous concluons que les défendeurs sont soit directement responsables soit responsables en raison de leur contribution. Que ce soit sur le fondement de l'une ou de l'autre théorie, l'action de PEI est susceptible d'être poursuivie. Ainsi, nous n'avons pas besoin de nous prononcer sur cette question »⁵⁴³.

Dans l'affaire *Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*⁵⁴⁴, de la même année, les juges semblèrent plus téméraires toujours à propos de la pratique du « keying »⁵⁴⁵, au moyen de laquelle le fournisseur de service de référencement commercial vendait aux enchères les mots-clefs permettant à

⁵⁴¹ 354 F.3d 1020 (9th Cir.2004).

⁵⁴² Il ne s'agit donc pas d'une technique de référencement commercial au sens strict dans la mesure où le fournisseur ne se contente pas d'héberger des liens vers les sites des annonceurs, mais héberge les annonces publicitaires dans leur entier.

⁵⁴³ Traduction de l'auteur. *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*, 354 F.3d 1020, 1024 (9th Cir.2004).

⁵⁴⁴ 330 F. Supp. 2d 700, 703-704 (E.D. Va. 2004).

⁵⁴⁵ Identifiée cette fois par l'expression « liens sponsorisés ».

leurs acquéreurs d'apparaître en tête des listes de résultats lorsqu'un internaute effectuait une recherche en usant de ces mots-clefs. Or, encore une fois parmi ces mots-clefs se trouvait la marque du demandeur. Les juges avaient cependant à connaître d'une motion de rejet soulevée par le défendeur Google, et non plus d'une motion de jugement sommaire. Le défendeur s'opposait au demandeur en arguant tout d'abord qu'aucune des deux branches du test du « contributory infringement » établi par la Cour suprême dans sa décision *Inwood* n'était alléguée par le demandeur au soutien de sa demande. Ce à quoi les juges répondirent cependant qu'il suffisait au demandeur d'alléguer que le défendeur exerçait un contrôle significatif sur le contenu des annonces publicitaires⁵⁴⁶. Ensuite, toujours aux dires du défendeur, la demande fondée sur la théorie du « vicarious liability » devait être rejetée puisque, à aucun moment le demandeur n'alléguait que l'annonceur était le mandataire du défendeur. Ce à quoi les juges répondirent cette fois que le domaine de la théorie du « vicarious liability » n'était pas limité aux relations de mandat⁵⁴⁷.

Enfin, dans l'affaire *Google, Inc. v. American Blind and Wallpaper*⁵⁴⁸ où la technique des liens sponsorisés était également en cause, les juges de

⁵⁴⁶ « Plaintiff further alleges that under theories of contributory and vicarious liability, defendants are liable when the advertisers themselves make "trademark use" of the GEICO marks by incorporating them into the advertisements, which are likely to deceive customers into believing that the advertisers provide accurate information about GEICO products or are somehow related to GEICO. Plaintiff also alleges that defendants exercise significant control over the content of advertisements that appear on their search results pages, and accordingly defendants are liable for Lanham Act violations by the advertisers. Accepting as true the facts alleged by plaintiff regarding the inclusion of the marks in advertisements and defendants' overall control of their advertising program, we find that plaintiffs have alleged facts sufficient to support their claims that advertisers make a "trademark use" of GEICO's marks, and that defendants may be liable for such "trademark use. [...] The claim that Overture monitors and controls the third-party advertisements is sufficient to plead the actual or constructive knowledge required to allege contributory infringement ». *Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*, 330 F. Supp. 2d 700, 704-705 (E.D. Va. 2004).

⁵⁴⁷ « Because GEICO has alleged that both Overture and the advertisers control the appearance of the advertisements on Overture's search results page and the use of GEICO trademarks therein, plaintiff has stated a claim for vicarious infringement against Overture ». *Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*, 330 F. Supp. 2d 700, 705 (E.D. Va. 2004).

⁵⁴⁸ 2005 WL 832398 (N.D.Cal. 2005).

première instance refusèrent d'octroyer la motion de rejet interjetée par le défendeur, fournisseur de service de référencement commercial, au motif que l'insécurité juridique prévalait en matière de responsabilité primaire et secondaire⁵⁴⁹.

126-3. Le fournisseur d'une plateforme de vente aux enchères -
Logiquement, lorsqu'il s'est agi cette fois d'appréhender le comportement d'un fournisseur d'hébergement de type eBay qui offre à ses utilisateurs une plateforme au moyen de laquelle ces derniers peuvent s'engager librement dans la poursuite d'échanges commerciaux et ce notamment par le biais de ventes aux enchères⁵⁵⁰, les juges ont voulu se montrer prudents. Ainsi dans l'affaire *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc.*⁵⁵¹ la Cour de district de New York jugea en juillet 2008 que la responsabilité secondaire d'eBay ne pouvait être engagée en dépit du fait qu'eBay contrôlait et surveillait directement l'activité

⁵⁴⁹ « *In sum, given the current state of the governing law, American Blind has made sufficient allegations of direct infringement and dilution by Defendants' advertisers and contributory liability on the part of Defendants such that it does not appear "beyond doubt" that American Blind "can prove no set of facts in support of [its] claim[s] that would entitle [it] to relief."* [...] Accordingly, Defendants' motions to dismiss American Blind's alternative claims of contributory trademark infringement and contributory dilution are DENIED ». *Google, Inc. v. American Blind and Wallpaper*, 2005 WL 832398, 7 (N.D.Cal. 2005). Voir également la décision *Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n*, 71 U.S.P.Q.2d 1914 (N.D. Cal. 2004) qui reconnut cette fois le bien-fondé de la motion de rejet. Quant au fondement du « contributory infringement » les juges affirmèrent : « *Plaintiff has pled no facts indicating that Defendants induced the allegedly infringing websites to use Plaintiff's marks. In fact, the language of the complaint indicates that Plaintiff believed the standard for contributory trademark infringement to be the same as that for contributory copyright infringement. [...] As the rule stated above indicates, however, this is not the case* ». Quant au fondement du « vicarious liability », cette fois : « *Plaintiff has pled no facts that indicate such an intimate relationship between Defendants and the allegedly infringing websites. Plaintiffs have not alleged that Defendants have been involved in any sort of a partnership with the websites. Once again, Plaintiff seems to be pleading to the wrong legal standard, including terms like "control the infringing content" and "direct financial benefit", which are important when considering vicarious copyright infringement, but have no bearing on the existence of vicarious trademark infringement* ». Dans cette affaire, les défendeurs offraient à des opérateurs de sites contrefaisants les moyens de se faire rémunérer chaque fois qu'un internaute désirait accéder à leurs contenus (« *Defendants allegedly provide financial services to these Stolen Content Websites, allowing them to process Visa and Mastercard cards as a method of payment* »).

⁵⁵⁰ Le procédé de la vente aux enchères n'est pas la seule modalité de vente offerte par eBay. La vente directe de produits à un prix fixé par le vendeur est également possible.

⁵⁵¹ 576 F.Supp.2d 463 (S.D.N.Y. 2008).

de ses utilisateurs⁵⁵². En effet, informer eBay en des termes généraux que des activités contrefaisantes avaient lieu sur son système et en réclamant notamment que les listings de plus de cinq objets vendus sous la marque du demandeur soient retirés ne pouvait suffire à caractériser l'élément subjectif du test du « contributory infringement »⁵⁵³.

La Cour remarque en outre que dès que le demandeur avait notifié eBay de la présence d'activités illicites sur son système en identifiant avec précision les comportements litigieux, eBay avait systématiquement donné suite à la requête du demandeur en retirant les listings et en avertissant les vendeurs et les acheteurs en cause. La suspension automatique et permanente des auteurs de ces listings ne pouvait cependant être obtenue par le titulaire de la marque protégée dans la mesure où les notifications envoyées à eBay contenaient simplement une affirmation émise de bonne foi que les comportements visés étaient contrefaisants et non pas la preuve que ces comportements étaient réellement contrefaisants.

De manière générale, la Cour justifie sa position en rappelant que c'est au titulaire de la marque protégée de contrôler les utilisations faites de sa marque et de prendre l'initiative de demander la cessation des utilisations illicites⁵⁵⁴.

La condamnation des PISEL sur le fondement de la théorie du « contributory infringement » n'est donc pas à l'ordre du jour, du fait, entre autres, de la persistance d'une approche résolument restrictive des théories de responsabilité secondaire. Pourtant, à s'intéresser à une autre affaire *Gucci America, Inc. v. Hall & Associates*⁵⁵⁵ mentionnée lors de l'étude du CDA ainsi

⁵⁵² *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc.*, 576 F.Supp.2d 463, 506-507 (S.D.N.Y. 2008).

⁵⁵³ *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc.* 576 F.Supp.2d 463, 507+ (S.D.N.Y. 2008).

⁵⁵⁴ Elle vérifie néanmoins qu'eBay participe bien de manière effective à la lutte contre les comportements contrefaisants présents sur son système.

⁵⁵⁵ 135 F.Supp.2d 409 (S.D.N.Y. 2001).

qu'à sa progéniture⁵⁵⁶, il existe bien en puissance un risque de responsabilité secondaire pour les PISEL. Ces derniers ne peuvent en effet opposer la section 230 du CDA afin d'échapper à l'octroi d'une injonction et/ou de dommages-intérêts en cas de violation d'un droit de propriété intellectuelle.

À ce propos, la solution de la Cour dans l'affaire *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc.* a pour conséquence d'imposer aux PISEL qui contrôlent et surveillent directement l'activité de leurs utilisateurs une obligation de faire cesser l'activité illicite par des moyens appropriés à la suite de la réception de notifications des titulaires de marques identifiant avec précision les comportements allégués contrefaisants. L'on se rapproche ainsi du dispositif du DMCA et en particulier des dispositions relatives aux fournisseurs d'hébergement et aux fournisseurs d'instruments de localisation de l'information.

Reste le régime de responsabilité primaire dont il ne faut pas sous-estimer les potentialités. D'ailleurs, la rareté des décisions en matière de responsabilité secondaire des PISEL s'explique sans doute en partie par la prédominance du point de vue selon lequel le comportement de ces derniers doit être appréhendé sous l'angle de la responsabilité primaire. Ce qui ne signifie pas nécessairement que les PISEL soient soumis à un régime de responsabilité objective. Plus exactement, l'extension du domaine de la responsabilité primaire aux activités des PISEL a eu pour conséquence l'autonomisation du régime de responsabilité en fonction du remède demandé, de sorte que l'approche subjective du comportement des PISEL persiste.

⁵⁵⁶ Voir par exemple *Ford Motor Co. v. Greatdomains.com*, 2001 WL 1176319, 1 (E.D. Mich. 2001) ; *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 488 F.3d, 1102, 1118-1119 (9th Cir. 2007).

B. La subjectivisation de la responsabilité primaire

127. Alors même qu'en matière de « trademark » les PISEL sont plus souvent attirés en justice sur le fondement de la responsabilité primaire qu'en matière de « copyright » (1), la subjectivisation de la responsabilité civile est encore de mise (2). Elle prend alors la forme d'une autonomisation des conditions de sa mise en œuvre en fonction du remède demandé.

1. L'appréhension du comportement des PISEL sur le fondement de la responsabilité primaire

128. L'application par les juges des théories de l'« initial interest confusion » (a) et de l'utilisation en tant que marque (b) témoigne de l'appréhension du comportement des PISEL sur le fondement de la responsabilité primaire.

a. La théorie de l'« initial interest confusion »

129. **Le critère de la vraisemblance de la confusion** - Le LA fait de l'utilisateur non autorisé d'une marque déposée dans le cadre d'une activité commerciale interétatique en relation avec la vente ou la publicité de produits ou services un contrefacteur lorsque cette utilisation crée une vraisemblance de confusion (« likelihood of confusion »)⁵⁵⁷. La preuve de la vraisemblance

⁵⁵⁷ 15 U.S.C. §1114(1)(a) : « (1) Any person who shall, without the consent of the registrant-- (a) use in commerce any reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation of a registered mark in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive [...] shall be liable in a civil action by the registrant for the remedies hereinafter provided ». Cette section régit le sort des marques enregistrées au niveau fédéral. Voir également 15 U.S.C. §1125(a)(1)(A) : « (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of

de la confusion peut être administrée au moins de trois façons : la preuve directe d'une confusion certaine, la preuve par sondage, et le test aux multiples facteurs⁵⁵⁸. La simple possibilité d'une confusion ne suffit pas : il faut que la confusion soit au moins probable⁵⁵⁹. De manière générale, pour que les conditions de la vraisemblance de la confusion soient remplies il est

fact, which--(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person [...] shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act ». Cette section régit quant à elle le sort des marques non déposées mais qui sont tout de même susceptibles d'être protégées légalement. Même si le vocabulaire du législateur n'est pas uniforme, les juges tendent à appliquer un test identique. Des fondements autres que la vraisemblance de la confusion sont susceptibles de supporter la demande du titulaire du droit de propriété industrielle, comme la dilution de la marque. Cependant le test de la vraisemblance de la confusion constitue, encore aujourd'hui, le principal référent auquel les juges ont recours. Ainsi « *While issues of priority, secondary meaning, assignment, and the like, may be present in some cases, the test of likelihood of confusion is the touchstone of trademark infringement as well as unfair competition. As one court stated, "Unfair competition is the child of confusion"* ». J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §23:1 citant *Charcoal Steak House, Inc. v. Staley*, 263 N.C. 199 (1964).

⁵⁵⁸ Les juges prennent généralement en considération la liste non exhaustive des facteurs suivants : la force ou le caractère distinctif de la marque du demandeur, le degré de similitude existant entre les deux marques en cause, le degré de similitude existant entre les deux produits en cause, le degré de similitude existant entre les deux chaînes de distribution des produits en cause, le degré de similitude existant entre les deux campagnes publicitaires en cause, la sophistication des acheteurs, et l'intention du défendeur. Ces facteurs varient cependant d'une juridiction à l'autre. Voir par exemple *Natural Organics, Inc. v. Nutraceutical Corp.*, 426 F.3d 576, 578 (2nd Cir. 2005) appliquant les 8 facteurs de *Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp.*, 287 F.2d 492, 495 (2nd Cir. 1961). Comparer avec *Abercrombie & Fitch Co. v. Moose Creek, Inc.*, 486 F.3d 629, 633 (9th Cir. 2007) appliquant les 8 facteurs de *AMF, Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341, 348-349 (9th Cir. 1979) ; *Sullivan v. CBS Corp.*, 385 F.3d 772, 776-777 (7th Cir. 2005) ; *Scott Fetzer Co. v. House of Vacuums, Inc.*, 381 F.3d 477, 484-485 (5th Cir. 2004) (7 facteurs) ; *Palm Bay Imports, Inc. v. Veuve Clicquot Ponsardin Maison Fondée en 1772*, 396 F.3d 1369, 1371 (Fed. Cir. 2005) appliquant les 13 facteurs de *In re E.I. DuPont DeNemours & Co.*, 476 F.2d 1357, 1361 (C.C.P.A.1973). Pour une critique de la diversité des tests en présence et de leur mise en œuvre en pratique voir B. Beebe, *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, *California Law Review* (94)2006, 1581-1654. Alors même que les solutions sont susceptibles de varier d'un circuit à l'autre, l'auteur remarque que le facteur du degré de similitude existant entre les deux marques en cause est de loin le facteur le plus important afin de déterminer si la vraisemblance de la confusion est caractérisée.

⁵⁵⁹ *Rodeo Collection, Ltd. V. W. Seventh*, 812 F.2d 1215, 1219 (9th Cir. 1987).

nécessaire qu'un nombre appréciable de consommateurs ordinaires et raisonnables soit susceptible d'être induit en erreur⁵⁶⁰.

130. L'attraction de l'attention initiale du consommateur - Parmi les différents types de confusion susceptibles d'être engendrés par l'utilisation non autorisée d'une marque protégée figure l'« initial interest confusion », dont le succès⁵⁶¹ en jurisprudence date de la propagation du réseau Internet. Par « initial interest confusion » il faut comprendre le fait d'utiliser une marque « *d'une manière conçue pour "capturer l'attention initiale du consommateur, même si en fait aucune vente n'est finalement conclue des suites de la confusion"* »⁵⁶². Autrement dit, le consommateur est conduit à porter son attention sur les produits ou services du défendeur alors même qu'il était initialement intéressé par les produits ou services du demandeur. Plus

⁵⁶⁰ Int'l Ass'n of Machinists and Aerospace Workers v. Winship Green Nursing Ctr., 103 F.3d 196 (1st Cir. 1996). Il ne s'agit pas nécessairement de la majorité des consommateurs ordinaires et raisonnables. Tout dépend de la particularité des faits de l'espèce.

⁵⁶¹ Ce succès n'est pas total dans la mesure où certaines juridictions ont refusé d'appliquer cette théorie, critiquant sa validité. Voir *Lamparello v. Fallwell*, 420 F.3d 309, 316 (4th Cir. 2005) ; *Gibson Guitar Corp. v. Paul Reed Smith Guitars*, 423 F.3d 539 (6th Cir. 2005). D'autres juridictions, sans remettre en cause sa validité ont refusé de l'appliquer en raison de la spécificité des faits dont ils avaient à entendre. Voir par exemple *Hasbro, Inc. v. Clue Computing, Inc.*, 232 F.3d 1, 2 (1st Cir. 2000) ; *Interstellar Starship Services v. Epix, Inc.*, 304 F.3d 932, 942 (9th Cir. 2002). De plus, la portée de cette doctrine n'est pas fermement établie. Voir par exemple *Interactive Prods. Corp. v. A2Z Mobile Office Solutions, Inc.*, 326 F.3d 687, 696-698 (6th Cir. 2003) qui exclut son jeu lorsque la marque du demandeur est utilisée au sein du chemin URL qui suit le nom de domaine. Pour une critique doctrinale de cette théorie, voir par exemple E. Goldman, *Deregulating relevancy in Internet trademark law*, *Emory Law Journal* (54)2005, 507-596; D. M. Klein et D. C. Glazer, *Reconsidering initial interest confusion on the Internet*, *The Trademark Reporter* (93)2003, 1035-1065; M. A. Lemley et S. L. Dogan, *Trademarks and consumer search costs on the Internet*, *Houston Law Review* (41)2004, 777-838; I. S. Nathenson, *Internet infoglut and invisible ink: spamdexing search engines with meta tags*, *Harvard Journal of Law & Technology* (12)1998, 43-147; J. E. Rothman, *Initial interest confusion: standing at the crossroads of trademark law*, *Cardozo Law Review* (27)2005, 105-191; L. M. Sharrock, *Realigning the initial interest confusion doctrine with the Lanham Act*, *Whittier Law Review* (25)2003, 53-78.

⁵⁶² Traduction de l'auteur. *Brookfield Comms., Inc. v. West Coast Ent. Corp.*, 174 F.3d 1036, 1062 (6th Cir. 1999), citant *Dr. Seuss Enters v. Penguin Books*, 109 F.3d 1394, 1405 (9th Cir. 1997). Voir également *Mobil Oil Corp. v. Pegasus Petroleum Corp.*, 818 F.2d 254, 259 (2nd Cir. 1987) ; *Elvis Presley Enterprises, Inc., v. Capece* 141 F.3d 188, 204 (5th Cir. 1998) ; *Playboy Enters. v. Netscape Communs. Corp.*, 354 F.3d 1020, 1025 (9th Cir. 2004) (« *Although dispelled before an actual sale occurs, initial interest confusion impermissibly capitalizes on the goodwill associated with mark and is therefore actionable trademark infringement* »).

précisément, même si au moment où l'achat est effectué, le consommateur connaît l'origine exacte du produit ou du service, le défendeur profite indûment du capital accumulé par le demandeur en termes d'attractivité de sa marque (« goodwill »). Dès lors, il s'agit de sanctionner le défendeur en raison de la nature des moyens qu'il utilise pour éveiller la curiosité du consommateur, peu importe les termes de la relation contractuelle qui lie le premier au second. En conséquence, l'insertion d'une clause d'exclusion de responsabilité sur la page du site de l'utilisateur junior de la marque est généralement inefficace⁵⁶³.

À se pencher sur la jurisprudence, la théorie de l'« initial interest confusion » a été évoquée aux fins, tout d'abord, d'éviter que des concurrents enregistrent des noms de domaine similaires à une marque protégée⁵⁶⁴. Surtout, c'est en réaction à l'insertion de marques protégées au sein des métatags, codes utiles aux moteurs de recherche décrivant le contenu d'un site Web sans pour autant apparaître de manière visible sur la page du site, que cette doctrine a été utilisée. Ainsi, dans l'affaire *Brookfield Comms., Inc. v. West Coast Ent. Corp.*⁵⁶⁵ l'éditeur d'un site Web usait des métatags dans le but d'attirer indûment le consommateur, de sorte que les résultats obtenus au moyen du moteur de recherche ne traduisaient pas fidèlement ses choix

⁵⁶³ Voir par exemple *SMC Promotions, Inc. v. SMC Promotions*, 355 F.Supp. 2d 1127 (C.D. Cal. 2005) ; *OBH, Inc. v. Spotlight Magazine, Inc.*, 86 F.Supp.2d 176, 190 (W.D.N.Y. 2000) ; *Toys "R" US v. Abir*, 1997 U.S. Dist. Lexis 22431, 12 (S.D.N.Y. 1997) ; *Planned Parenthood Federation of America, Inc. v. Bucci*, 42 U.S.P.Q.2d 1430, 1441, 1997 WL 133313 (S.D.N.Y. 1997), affirmed by 152 F.3d 920 (2d Cir. 1998).

⁵⁶⁴ Voir par exemple *Teletch Customer Care Management (California), Inc. v. Tele-Tech Co., Inc.*, 977 F. Supp. 1407, 1414 ; (C.D. Cal. 1997) ; *New York State Society of Certified Public Accountants v. Eric Louis Associates, Inc.*, 79 F. Supp. 2d 331, 342 (S.D.N.Y. 1999) ; *Interstellar Starship Services, Ltd. v. Epix, Inc.*, 184 F.3d 1107, 1110 (9th Cir.1999) ; *Hasbro, Inc. v. Clue Computing, Inc.*, 66 F. Supp. 2d 117, 125 (D. Mass. 1999), affirmed by 232 F.3d 1 (1st Cir. 2000) ; et récemment *Finance Exp., LLC v. Nowcom Corp.*, 564 F.Supp.2d 1160, 1175-1176 (C.D.Cal. 2008).

⁵⁶⁵ 174 F.3d 1036, 1062 (6th Cir. 1999). Voir également *Promatek Industries, Ltd. v. Equitrac Corp.*, 300 F.3d 808 (7th Cir. 2002) ; *PACCAR, Inc. v. TeleScan Technologies, LLC*, 319 F.3d 243 (6th Cir. 2003) ; *Australian Gold, Inc. v. Hatfield*, 436 F.3d 1228 (10th Cir. 2006) ; *Tdata Inc. v. Aircraft Technical Publishers*, 411 F. Supp. 2d 901 (S.D. Ohio 2006) ; *Finance Exp. LLC v. Nowcom Corp.*, 564 F.Supp.2d 1160, 1176+ (C.D.Cal. 2008).

initiaux. L'éditeur du site tentait donc de distraire l'internaute en éveillant son intérêt pour des produits ou services équivalents, voire même complètement différents de ceux du titulaire du droit de propriété industrielle⁵⁶⁶.

Dans l'affaire *Playboy Enters v. Netscape Communs. Corp.*⁵⁶⁷ mentionnée un peu plus haut, la Cour jugea que le défendeur était susceptible de voir sa responsabilité engagée en raison de sa pratique du « keying ». Aux dires des juges, il n'était pas exclu que cette pratique soit à l'origine d'une « initial confusion interest ». La Cour ne se prononça pas sur la nature de la responsabilité du défendeur. La responsabilité primaire du fournisseur de service n'était donc pas nécessairement écartée. D'ailleurs, la Cour analysa chacun des facteurs du test de la vraisemblance de la confusion à l'endroit du défendeur⁵⁶⁸. Et elle observa notamment que si la mauvaise foi de ce dernier n'était pas directement établie, il était clair qu'il profitait de l'activité illicite et qu'il ne faisait rien pour l'empêcher, ce qui, étrangement, suffisait à caractériser l'élément intentionnel⁵⁶⁹. La solution aurait été différente si le PISEL avait par exemple requis aux annonceurs de s'identifier au sein du bandeau publicitaire, s'il avait procédé à la labellisation de ces bandeaux lui-

⁵⁶⁶ La nouvelle génération des moteurs de recherche ne repose déjà plus sur la technique des métatags de sorte que la portée de cette jurisprudence est à relativiser, même si les éditeurs de site et les annonceurs continuent d'élaborer des stratégies destinées à influencer sur l'objectivité des instruments de localisation de l'information. J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §25:69.

⁵⁶⁷ 354 F.3d 1020 (9th Cir.2004).

⁵⁶⁸ « *With regard to PEI's trademark infringement claim, the parties disagree on three points. First, the parties dispute whether a direct or a contributory theory of liability applies to defendants' actions. We conclude that defendants are potentially liable under one theory and that we need not decide which one. Second, the parties disagree regarding whether PEI has successfully shown that a genuine issue of material fact exists regarding the likelihood of consumer confusion resulting from defendants' use of PEI's marks. We conclude that a genuine issue of material fact does exist. Finally, the parties dispute whether any affirmative defenses apply. We conclude that no defenses apply.* ». *Playboy Enters v. Netscape Communs. Corp.*, 354 F.3d 1020, 1024 (9th Cir.2004).

⁵⁶⁹ « *The above evidence suggests, at a minimum, that defendants do nothing to alleviate confusion, even when asked to do so by their advertisers, and that they profit from confusion. Although not definitive, this factor provides some evidence of an intent to confuse on the part of defendants.* ». *Playboy Enters v. Netscape Communs. Corp.*, 354 F.3d 1020, 1029 (9th Cir.2004).

même, ou s'il avait réagi suite à la notification du demandeur l'informant de l'existence d'une activité illicite sur son système⁵⁷⁰.

Dans l'affaire *Google, Inc. v. American Blind & Wallpaper*⁵⁷¹ citée ci-dessus, la Cour qui avait à connaître d'une motion de jugement sommaire interjetée par Google analysa la technique des liens sponsorisés à la lumière du test aux multiples facteurs comme si elle avait à faire à un responsable primaire. Tout en reconnaissant la persistance d'éléments de fait litigieux relatifs à la vraisemblance de la confusion des consommateurs, ce qui l'amena à rejeter la motion de jugement sommaire, elle insista sur l'importance que revêtait l'information du consommateur quant à la source ou l'affiliation du lien qui apparaissait dans la liste des résultats du moteur de recherche : « *je ne pense pas qu'il soit raisonnable de trouver une "initial interest confusion" lorsqu'un consommateur n'est jamais induit en erreur quant à la source ou l'affiliation, mais au contraire sait, ou devrait savoir, depuis le début qu'un produit ou un lien commercial n'est pas lié au titulaire de la marque parce que la liste produite par le moteur de recherche l'en informe* »⁵⁷².

De l'analyse des deux décisions précédentes l'on peut donc en conclure qu'il est fort possible que la responsabilité primaire des PISEL puisse être engagée sur le fondement de la théorie de l'« initial interest confusion »⁵⁷³,

⁵⁷⁰ *Playboy Enters v. Netscape Communs. Corp.*, 354 F.3d 1020, 1029 (9th Cir.2004).

⁵⁷¹ 2007 WL 1159950, 6 (N.D.Cal. 2007). Comparer avec *Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*, 2005 WL 1903128, 7, 77 U.S.P.Q.2d 1841 (E.D. Va. 2005). La Cour jugea que le demandeur n'avait pas démontré la vraisemblance de la confusion créée par la technique des liens sponsorisés. La force probante de l'étude de sondage effectuée à cet effet n'était pas conclusive. En revanche, il en va autrement lorsque la marque protégée apparaît au sein du lien sponsorisé : « *Despite the many flaws in its design, the survey's results were sufficient to establish a likelihood of confusion regarding those Sponsored Links in which the trademark GEICO appears either in the heading or text of the ad. Based on this finding, Google may be liable for trademark infringement for the time period before it began blocking such usage or for such ads that have slipped or continue to slip through Google's system for blocking the appearance of GEICO's mark in Sponsored Links* ».

⁵⁷² Traduction de l'auteur. *Google, Inc. v. American Blind & Wallpaper*, 2007 WL 1159950, 10 (N.D.Cal. 2007).

⁵⁷³ L'appréhension de la pratique du « keying » n'a cependant pas toujours abouti à l'application de la théorie de l'« initial interest confusion », ce en particulier lorsque des actions ont été intentées à l'encontre de concurrents. Voir par exemple *JG Wentworth v.*

alors même que les consommateurs n'ont pas été induits en erreur quant à l'origine ou l'affiliation des produits ou services en cause et que l'acte illicite a d'abord eu pour cause le comportement des clients des PISEL.

b. La théorie de l'utilisation en tant que marque

131. L'autonomie relative de la condition de l'utilisation en tant que marque - Il a parfois été allégué que le demandeur se doit de démontrer que le défendeur utilise son signe distinctif en tant que marque (« use as a trademark »), avant que les juges ne mettent en œuvre le test de la vraisemblance de la confusion.

Comme le remarque M. McCarthy, le langage du LA varie d'une section à l'autre. Pour ce qui est de la confusion créée par l'utilisation d'une marque déposée, il dispose que l'utilisation doit être « *en relation avec la vente, l'offre de vente, la distribution ou la publicité de biens ou services* »⁵⁷⁴. De même pour la confusion créée par l'utilisation d'une marque non déposée, l'utilisation doit être « *à propos ou en relation avec des biens ou services* »⁵⁷⁵. Enfin pour ce qui est de l'action en dilution, le demandeur doit établir que le défendeur a effectué une « *utilisation commerciale dans la vie des affaires d'une marque ou d'un nom*

Settlement Funding, LLC, 2007 WL 30115, 7 (E.D. Pa. 2007) ; Designer Skin, LLC v. S & L Vitamins, Inc., 560 F. Supp. 2d 811, 819, 88 U.S.P.Q.2d 1021 (D. Ariz. 2008); Hearts on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc., 603 F. Supp. 2d 274 (D. Mass. 2009). Comparer avec Storus Corp. v. Aroa Marketing, Inc., 2008 WL 449835 (N.D. Cal. 2008) ; Finance Exp. LLC v. Nowcom Corp., 564 F.Supp.2d 1160, 1177+ (C.D.Cal. 2008). Pour un commentaire critique de l'application de la théorie de l' « initial interest confusion » à la pratique du « keying », voir par exemple J. J. Darrow et G. R. Ferrera, *The search engine advertising market: lucrative space or trademark liability?*, Texas Intellectual Property Law Journal (17)2009, 223-266; M. A. Lemley et S. L. Dogan, *Trademarks and consumer search costs on the Internet*, Houston Law Review (41)2004, 777-838; J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §25 :70 :25 ; K. M. Saunders, *Confusion is the key: a trademark law analysis of keyword banner advertising*, Fordham Law Review (71)2002, 543-577.

⁵⁷⁴ Traduction de l'auteur. §32(1)(a) (15 U.S.C. §1114(1)(a)).

⁵⁷⁵ Traduction de l'auteur. §43(a)(1) (15 U.S.C. §1125(a)(1)).

commercial »⁵⁷⁶. Il est donc difficile d'arguer que la condition de l'utilisation en tant que marque est une condition à part entière expressément établie par le législateur. Elle est cependant considérée par certains comme implicite, en ce qu'elle découle indirectement de la condition de la vraisemblance de la confusion. Et M. McCarthy de dire : « [m]on point de vue est qu'il n'y a pas de condition distincte de "l'utilisation de la marque". La condition de l'utilisation de la marque est implicite au sein de la condition de la vraisemblance de la confusion nécessaire à l'apparition d'une contrefaçon. Ainsi, "l'utilisation de la marque" n'est pas un élément distinct au sein de la demande, mais elle est seulement un aspect de la condition de la vraisemblance de la confusion »⁵⁷⁷. Elle est, en outre, intimement liée à l'exception de l'usage équitable (« fair use »)⁵⁷⁸.

132. Le rôle de la théorie de l'utilisation en tant que marque - La théorie de l'utilisation en tant que marque a été utilisée en jurisprudence dans le but de borner le droit exclusif du titulaire de la marque. Ainsi, l'usage en tant que marque n'est pas caractérisé si le défendeur attire en justice sur le fondement de la responsabilité primaire utilise la marque d'un autre aux fins de débattre

⁵⁷⁶ Traduction de l'auteur. §43(c)(1) (15 U.S.C. §1125(c)(1)).

⁵⁷⁷ Traduction de l'auteur. J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §23:11.50. Et à propos de l'action en dilution : « [i]n my view this is not a reasonable reading of the statute. The Lanham Act §45 definition of "use in commerce" is limited to certain defined kinds of use such as on "displays associated" with the goods or on "tags or labels." It was clearly drafted to define the types of "use" that are needed to qualify a mark for federal registration - not as a candidate for infringement. It defines the kinds of "use" needed to acquire registerable trademark rights - not to infringe them ».

⁵⁷⁸ LA §33(b)(4), 15 U.S.C.A. 1115(b)(4) (« [T]he use of the name, term, or device charged to be an infringement is a use, otherwise than as a mark. . . of a term or device which is descriptive of and used fairly and in good faith only to describe the goods or services of such party »). Voir également Restatement (Third) of Unfair Competition §28, comment c (1995) (« Fair use is a reasonable and good faith use of a descriptive term that is another's trademark to describe rather than to identify the user's goods, services or business »). Il existe en réalité deux types d'usage équitable: l'usage équitable classique qui implique que le défendeur n'utilise pas le signe distinctif du demandeur comme une marque, et l'usage équitable nominatif qui permet de distinguer les produits du défendeur de ceux du demandeur. Dans cette dernière hypothèse, il y a bien utilisation du signe distinctif du demandeur en tant que marque, mais elle ne crée pas de confusion parmi les consommateurs. Voir *New Kids on the Block v. News America Pub., Inc.*, 971 F.2d 302, 308 (9th Cir. 1992).

de la qualité des biens ou services du titulaire du droit de propriété industrielle⁵⁷⁹.

De manière plus spectaculaire, elle a permis à la plupart des juridictions de refuser de s'opposer à l'enregistrement de noms de domaine similaires voire identiques à un certain nombre de marques déposées, ce qui explique que le législateur fédéral poussé par les titulaires de droits de propriété industrielle ait réagi en adoptant le Anti-Cybersquatting Protection Act (ACPA) en 1999⁵⁸⁰.

De plus, la responsabilité des fournisseurs de logiciels « pop-up » a été écartée à plusieurs reprises sur ce fondement⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Voir par exemple *Bosley Med. Inst., Inc. v. Kremer*, 403 F. 3d 672 (9th Cir. 2005) ; *Savannah College of Art & Design, Inc. v. Houeix*, 369 F.Supp. 929 (S.D.Ohio 2004).

⁵⁸⁰ L'enregistrement d'un nom de domaine n'est pas à lui seul constitutif d'une utilisation en tant que marque. Voir notamment *Jews For Jesus v. Brodsky*, 993 F. Supp. 282 (D.N.J. 1998), affirmed by 159 F.3d 1351 (3d Cir. 1998) ; *HQM, Ltd. v. Hatfield*, 71 F. Supp. 2d 500, 507 (D. Md. 1999) ; *Juno Online Services v. Juno Lighting, Inc.*, 979 F. Supp. 684 (N.D. Ill. 1997) ; *Pure Imagination, Inc. v. Pure Imagination Studios, Inc.*, 2004 WL 2474317, 72 U.S.P.Q.2d 1432 (N.D. Ill. 2004) ; *Data Concepts, Inc. v. Digital Consulting, Inc.*, 150 F.3d 620 (6th Cir. 1998) ; *Panavision Intern., L.P. v. Toeppen*, 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996), affirmed by 141 F.3d 1316 (9th Cir. 1998) ; *Academy of Motion Picture Arts and Sciences v. Network Solutions, Inc.*, 989 F. Supp. 1276 (C.D. Cal. 1997) ; *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp.*, 174 F.3d 1036, 1052 (9th Cir. 1999) ; *555-1212.com, Inc. v. Communication House Intern., Inc.*, 157 F. Supp. 2d 1084 (N.D. Cal. 2001). Comparer avec *Intermatic, Inc. v. Toeppen*, 947 F. Supp. 1227, 40 U.S.P.Q.2d 1412, 1422 (N.D. Ill. 1996) ; *Green Products Co. v. Independence Corn By-Products Co.*, 992 F. Supp. 1070 (N.D. Iowa 1997).

⁵⁸¹ Le PISEL offre gratuitement aux consommateurs un logiciel qui une fois téléchargé sur l'ordinateur de ces derniers permet d'associer une annonce publicitaire à un mot-clé inséré au sein du navigateur, du moteur de recherche, ou tout simplement présent sur la page visitée par le consommateur. L'annonce publicitaire apparaît cependant dans un cadre différent de celui de la page web initialement ouverte. Le fournisseur du logiciel se fait donc rémunérer par les annonceurs. *U-Haul Intern., Inc. v. WhenU.com, Inc.*, 279 F. Supp. 2d 723, 729 (E.D. Va. 2003) (« *In sum, U-haul fails to establish that WhenU uses U-Haul's trademarks in commerce in violation of the Lanham Act because (1) WhenU's pop-up window is separate and distinct from U-Haul's web site, (2) WhenU does not advertise or promote U-Haul's trademarks through the use of U-Haul's URL or 'U-Haul' in its SaveNow directory, and (3) the SaveNow program does not hinder or impede Internet users from accessing U-Haul's web site in such a manner that WhenU 'uses' U-Haul's trademark s.* ») ; *Wells Fargo & Co. v. WhenU.com, Inc.*, 293 F. Supp. 2d 734, 761 (E.D. Mich. 2003) (« *Plaintiffs' marks are neither displayed or appear to be displayed on WhenU's windows, and the fact that WhenU advertisements appear on a computer screen at the same time plaintiffs' web pages are visible in a separate window does not constitute a use in commerce of plaintiffs' mark* ») ; *1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.Com, Inc.*, 414 F.3d 400 (2d Cir. 2005) (« *The fact is that WhenU does not reproduce or display 1-800's trademarks at all, nor does it cause the trademarks to be displayed to a [Computer] user... The fatal flaw with this [District Court] holding is that WhenU's*

Et c'est cette même théorie qui a permis à la Cour d'appel du 9e circuit de rejeter la responsabilité primaire du fournisseur de noms de domaine dans l'affaire *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.*⁵⁸² précédemment évoquée.

La raison d'être de cette théorie serait en effet pour certains d'écarter la responsabilité primaire d'un certain nombre d'acteurs au rôle le plus souvent neutre⁵⁸³.

133. L'application de la théorie de l'utilisation en tant que marque aux PISEL - Les PISEL n'ont pourtant pas toujours bénéficié des bienfaits de cette théorie. Cela est vrai en particulier pour les fournisseurs de service de référencement commercial tel Google dont le service « Adwords » a suscité un certain contentieux en jurisprudence. Les décisions citées précédemment lors de l'étude de la responsabilité secondaire des PISEL ne sont d'ailleurs généralement pas hostiles à l'attribution d'une utilisation en tant que marque aux PISEL en cause.

Dans l'affaire *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*⁵⁸⁴, les juges acceptèrent implicitement que le défendeur puisse être considéré comme utilisant le signe distinctif du demandeur en tant que marque, puisqu'il était fort possible que son comportement soit directement à l'origine de la confusion des utilisateurs du moteur de recherche⁵⁸⁵.

pop-up ads do not display the 1-800 trademark... [T]he WhenU pop-up ads appear in a separate window that is prominently branded with the WhenU mark; they have absolutely no tangible effect on the appearance or functionality of the 1-800 website ».

⁵⁸² 985 F. Supp. 949, 959 (C.D. Cal. 1997), affirmed by 194 F.3d 980 (9th Cir. 1999).

⁵⁸³ M. A. Lemley et S. L. Dogan, *Grounding trademark law through trademark use*, Iowa Law Review (92)2007, 1669-1701, 1684: « *as a doctrine, its primary value is to insulate certain categories of behavior from trademark liability* ». Comparer avec G. B. Dinwoodie et M. D. Janis, *Confusion over use: contextualism in trademark law*, Iowa Law Review (92)2007, 1597-1667, qui s'opposent vivement à l'emploi d'une telle théorie en droit du « trademark ». Voir pour une approche historique de cette notion M. Barrett, *Internet trademark suits and the demise of "trademark use"*, U.C. Davis Law Review (39)2006, 371-457.

⁵⁸⁴ 354 F.3d 1020 (9th Cir. 2004).

⁵⁸⁵ Voir l'interprétation de cette décision par les juges de l'affaire *Google, Inc. v. American Blind and Wallpaper*, 2005 WL 832398, 6 (N.D. Cal. 2005): « *However, it is not at all clear that the court's ultimate conclusion that the defendants' alleged "use" of the plaintiff's trademarks was*

De même, de manière plus évidente, dans l'affaire *Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*⁵⁸⁶, si les juges admirent la possibilité de la responsabilité secondaire du moteur recherche, ils concédèrent que le demandeur avait allégué un nombre de faits suffisant au soutien de sa demande, faits qui interprétés en faveur de ce dernier établissaient l'utilisation par le défendeur du signe distinctif du demandeur en tant que marque. En effet, lorsque le défendeur vendait le droit de lier le site d'un tiers à la marque du demandeur, il utilisait la marque d'une manière telle qu'il était susceptible de confondre les utilisateurs du moteur de recherche⁵⁸⁷. La théorie de l'utilisation du signe distinctif en tant que marque est donc ici intimement liée au test de la vraisemblance de la confusion.

Quant à l'affaire *Google, Inc. v. American Blind and Wallpaper*⁵⁸⁸, la Cour rejeta l'argument du défendeur en vertu duquel le demandeur n'avait pas allégué suffisamment de faits susceptibles d'établir l'utilisation par le

"actionable," was not based on an implicit, preliminary determination of actionable trademark "use" in the sense discussed by Defendants. If the use were not actionable in the latter sense, it is unclear why the court would have undertaken a lengthy and, by Defendants' apparent reading of the case, wholly unnecessary likelihood-of-confusion analysis. Moreover, the possibility of such an implicit determination does not appear to have been precluded by the court's observation that there was "[n]o dispute" as to whether the defendants had "used the marks in commerce," as the accompanying footnote suggests that the observation concerned only the jurisdictional requirement of use "in commerce" and not the separate requirement of trademark "use." ». Voir également *Google, Inc. v. American Blind & Wallpaper*, 2007 WL 1159950, 5 (N.D.Cal. 2007).

⁵⁸⁶ 330 F.Supp.2d 700 (E.D.Va.2004).

⁵⁸⁷ « *Of the two lines of cases cited by the parties, the Court finds that plaintiff's authorities are better reasoned. Under those cases, as well as an unstrained reading of the complaint, the Court finds that plaintiff has pled sufficient facts which, taken as true for purposes of this motion, allege "trademark use." Contrary to defendants' argument, the complaint is addressed to more than the defendants' use of the trademarks in their internal computer coding. The complaint clearly alleges that defendants use plaintiff's trademarks to sell advertising, and then link that advertising to results of searches. Those links appear to the user as "sponsored links." Thus, a fair reading of the complaint reveals that plaintiff alleges that defendants have unlawfully used its trademarks by allowing advertisers to bid on the trademarks and pay defendants to be linked to the trademarks. [...] In other words, when defendants sell the rights to link advertising to plaintiff's trademarks, defendants are using the trademarks in commerce in a way that may imply that defendants have permission from the trademark holder to do so ».* *Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc.*, 330 F.Supp.2d 700, 703-704 (E.D.Va. 2004).

⁵⁸⁸ 2005 WL 832398 (N.D.Cal. 2005).

défendeur du signe distinctif du demandeur en tant que marque⁵⁸⁹. Cette position fut maintenue lors de la seconde décision *Google, Inc. v. American Blind & Wallpaper*⁵⁹⁰, relative à la motion de jugement sommaire interjetée par Google.

Ceci dit, dans l'affaire *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.*⁵⁹¹, où la technique des liens sponsorisés était encore en cause, la Cour de première instance refusa de considérer que l'utilisation de la marque du demandeur par le moteur de recherche puisse être constitutive d'une utilisation en tant que marque, sauf à ce que le demandeur n'allègue que l'utilisation faite par le défendeur soit visible à l'œil du consommateur⁵⁹². Cette décision a cependant été infirmée par la Cour d'appel du 2^e circuit⁵⁹³. Les juges d'appel distingue

⁵⁸⁹ 2005 WL 832398, 5 (N.D.Cal. 2005). Voir également *800-JR Cigar, Inc., v. GoTo.com, Inc.*, 437 F.Supp.2d 273, 284 (D.N.J. 2006). Pour des décisions (majoritaires) reconnaissant l'utilisation en tant que marque du signe distinctif du demandeur en dépit du caractère « interne » de l'utilisation, voir par exemple *Rescuecom Corp. v. Computer Troubleshooters USA, Inc.*, 1:04-CV-03499 (N.D.Ga. 2005) ; *Edina Realty, Inc. v. TheMLSONline.com*, Civ. 04-4371, 2006 WL 737064 (D.Minn. Mar. 20, 2006) ; *Buying For The Home, LLC v. Humble Abode, LLC*, 459 F.Supp.2d 310 (D.N.J. 2006) ; *Australian Gold, Inc. v. Hatfield*, 436 F.3d 1228, 1239 (10th Cir. 2006) ; *Venture Tape Corp. v. McGills Glass Warehouse*, 540 F.3d 56, 60-62 (1st Cir. 2008) ; *N. Am. Med. Corp. v. Axiom Worldwide, Inc.*, 522 F.3d 1211, 1218-1220 (11th Cir. 2008) ; *Orion Bancorp, Inc. v. Orion Residential Fin., LLC*, 2008 WL 816794, 3 (M.D.Fla. 2008) ; *Hearts on Fire Company, LLC v. Blue Nile, Inc.*, 603 F.Supp.2d 274, 282 (D.Mass. 2009) ; *Fair Isaac Corp. v. Experian Information Solutions Inc.*, 2009 WL 2252583, 22-23 (D.Minn. 2009). *Contra* : *Merck & Co., Inc. v. Mediplan Health Consulting, Inc.*, 425 F.Supp.2d 402, 415 (S.D.N.Y. 2006) (Merck I) et *Merck & Co., Inc. v. Mediplan Health Consulting, Inc.*, 431 F.Supp.2d 425 (S.D.N.Y. 2006) (Merck II) ; *FragranceNet.com, Inc. v. FragranceX.com, Inc.*, 493 F.Supp.2d 545, 547 (E.D.N.Y. 2007) ; *S & L Vitamins, Inc. v. Australian Gold, Inc.*, 521 F.Supp. 2d 188, 201-202 (E.D.N.Y. 2007) *Site Pro-1, Inc. v. Better Metal, LLC*, 2007 WL 1385730, 4 (E.D.N.Y. 2007). Comparer avec *Hamzik v. Zale Corp./Del.*, 2007 WL 1174863, 3 (N.D.N.Y. 2007). Il s'agit là essentiellement de décisions de première instance rendues par des Cours du 2^e circuit.

⁵⁹⁰ 2007 WL 1159950, 6 (N.D.Cal. 2007) : « *This Court thus concludes, as did the courts in GEICO, 800-JR Cigar, Humble Abode, Edina Realty, and Wentworth, that the sale of trademarked terms in the AdWords program is a use in commerce for the purposes of the Lanham Act* ».

⁵⁹¹ 456 F.Supp.2d 393 (N.D.N.Y. 2006).

⁵⁹² « *Defendant's internal use of plaintiff's trademark to trigger sponsored links is not a use of a trademark within the meaning of the Lanham Act, either, because there is no allegation that defendant places plaintiff's trademark on any goods, containers, displays, or advertisements, or that its internal use is visible to the public* ». *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.*, 456 F.Supp.2d 393, 403 (N.D.N.Y. 2006).

⁵⁹³ *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.*, 562 F.3d 123 (2nd Cir. 2009).

cette affaire d'une précédente⁵⁹⁴ impliquant un fournisseur de logiciel « pop-up » en faisant remarquer que Google offre et vend à ses clients le mot-clef correspondant à la marque du demandeur. De plus, il encourage l'achat de ce mot-clef au moyen de son outil de suggestion⁵⁹⁵. L'utilisation faite par Google n'est pas purement « interne »⁵⁹⁶. Reste à savoir si la responsabilité de Google pourra être engagée sur le fondement du LA. Cette question n'a pas encore été tranchée en jurisprudence. La Cour d'appel du 2^e circuit ne se prononçant que sur le bien-fondé d'une motion de rejet admet d'ailleurs qu'elle n'a aucune idée sur le point de savoir si l'utilisation faite par Google de la marque du demandeur est vraisemblablement susceptible de confondre les consommateurs⁵⁹⁷.

Au final, l'utilisation en tant que marque a été attribuée à un certain nombre de PISEL, ce qui témoigne de la volonté d'appréhender le comportement des PISEL sur le fondement de la responsabilité primaire. Pour autant, contrairement à la théorie précédente, il ne s'agit pas à proprement parler d'un assouplissement des conditions de la responsabilité primaire. La « découverte » de cette théorie rend en réalité plus difficile la tâche du demandeur.

⁵⁹⁴ 1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.Com, Inc., 414 F.3d 400 (2d Cir.2005).

⁵⁹⁵ Rescuecom Corp. v. Google, Inc., 562 F.3d 123, 129 (2nd Cir. 2009).

⁵⁹⁶ La Cour d'appel va même plus loin. Elle précise que les utilisations « internes » non visible à l'œil du consommateur ne sont pas toutes hors du domaine du LA. Rescuecom Corp. v. Google, Inc., 562 F.3d 123, 130 (2nd Cir. 2009).

⁵⁹⁷ Rescuecom Corp. v. Google, Inc., 562 F.3d 123, 130-131 (2nd Cir. 2009). Pour un point de vue doctrinal sur la question voir par exemple B. Aitken, *Keyword-linked advertising, trademark infringement, and Google's contributory liability*, Duke Law & Technology Review (2005)2005, 21-24; M. Bartholomew, *Making a mark in the Internet economy: a trademark analysis of search engine advertising*, Oklahoma Law Review (58)2005, 179-220; C. Coyler, *Searching for a solution: the Lanham Act's "use in commerce" requirement in search engine keyword advertising cases*, University of Kansas Law Review (56)2008, 679-709; E. Goldman, *Brand spillovers*, Harvard Journal of Law & Technology (22)2009, 381-419; G. Lastowka, *Google's law*, Brooklyn Law Review (73)2008, 1327-1410. Voir également les références citées note *supra* 572.

2. L'autonomisation du régime de la responsabilité primaire en fonction du remède demandé

134. L'appréhension de tous les maillons de la chaîne de distribution des produits ou services contrefaisants - Le régime de responsabilité établi par le LA a parfois été qualifié de régime de responsabilité objective (« strict liability »)⁵⁹⁸. En réalité tout dépend du rôle exact du défendeur au sein de la chaîne de distribution des produits ou services.

Le vendeur et le fournisseur de produits ou services contrefaisants ne sont pas les seuls à voir leurs comportements stigmatisés par le législateur fédéral. En effet, en vertu du premier paragraphe de la section 32 « *chaque personne, qui sans le consentement de la personne qui a enregistré la marque [...] reproduit, contrefait, copie, ou imite dans le but de faire passer cette imitation pour vraie une marque enregistrée et applique cette reproduction, cette contrefaçon, cette copie, ou cette imitation prétendue vraie sur des étiquettes, des signes, des impressions, des paquets, des emballages, des réceptacles ou des publicités destinés à être utilisés dans le commerce lors de ou à propos de la vente, l'offre de vente, la distribution, ou la publicité de biens ou services, et dont l'utilisation est susceptible de causer une confusion, ou de causer une erreur, ou de tromper, doit être responsable à la suite d'une action civile engagée par la personne qui a enregistré la marque et condamnée aux sanctions suivantes* »⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ Voir par exemple *Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143, n.6 (7th Cir. 1992) (« *We note in passing that the district court did not have to find that Harry's was willfully blind to establish its liability. Sellers bear strict liability for violations of the Lanham Act* »). B. Beebe dénonce cependant l'hypocrisie des juges du 7^e circuit, B. Beebe, *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, *California Law Review* (94)2006, 1581-1654. Dans la majorité des cas, la bonne foi du défendeur fait bien partie du test de la vraisemblance de la confusion du consommateur. *WWW.Pharmaceutical Co. v. Gillette Co.*, 384 F.2d 567, 575 (2nd Cir. 1993) ; *Lang v. Retirement Living Pub. Co.*, 949 F.2d 576, 583 (2nd Cir, 1991).

⁵⁹⁹ Traduction de l'auteur. §32(1)(a) (15 U.S.C. §1114(1)(a)).

Sont donc également susceptibles d'être qualifiés de contrefacteur l'annonceur, la personne responsable de l'étiquetage, comme l'imprimeur dont le rôle est pourtant secondaire⁶⁰⁰.

Il faut cependant nuancer l'effet de cette disposition par deux observations.

Tout d'abord, le défendeur ne devient évidemment contrefacteur que si la confusion du consommateur final est vraisemblable. Autrement dit, une fois établi que la marque en présence est protégée par le droit de « trademark », il faut déterminer si l'utilisation concurrente de la marque en question rend vraisemblable la confusion des consommateurs⁶⁰¹.

Surtout, « en vertu de la sous-section (b) de cette section, la personne qui enregistre la marque ne peut se voir octroyer les profits ou des dommages-intérêts à moins que les actes n'aient été commis avec la connaissance qu'une telle imitation ait été destinée à causer une confusion, ou à causer une erreur, ou à tromper »⁶⁰². Dès lors, « l'utilisateur secondaire »⁶⁰³ ne peut voir sa responsabilité pécuniaire engagée que s'il est démontré qu'il avait connaissance de l'intention de l'utilisateur principal d'user de la marque dans le but de confondre ou d'induire en erreur ou de tromper le consommateur. Pour autant, il est susceptible d'être soumis à une injonction sans que le demandeur ait à démontrer sa connaissance de l'intention de l'utilisateur principal⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Cette liste n'est cependant pas exhaustive.

⁶⁰¹ La problématique est la même en « statutory law » qu'en « common law ».

⁶⁰² Traduction de l'auteur. §32(1)(b) (15 U.S.C. §1114(1)(b)).

⁶⁰³ Techniquement parlant les imprimeurs et les étiqueteurs sont encore des responsables principaux qui bénéficient cependant d'un régime spécial en ce que s'ils démontrent leur innocence le demandeur ne peut réclamer des dommages-intérêts.

⁶⁰⁴ *Union Tank Car Co. v. Lindsay Soft Water Corp. of Omaha, Inc.*, 257 F. Supp. 510, 517 (D.C.Neb. 1966), affirmed by 387 F.2. 477 (8th Cir. 1967), *in fine* (Une compagnie de téléphone fut enjointe de ne plus diffuser d'annonces publicitaires contenant la marque contrefaisante sans qu'il ait été démontré ni même allégué par les parties que le défendeur avait connaissance de l'activité illicite de l'annonceur). Voir M. LaFrance, *Understanding trademark law*, 2005, LexisNexis, Newark, San Francisco, Charlottesville, p. 300-301: « Thus, printers and publishers may be enjoined from continuing the infringing activity regardless of their state of mind, but will not be subject to damages or an accounting of profits unless they know that their work product will be sued in an infringing activity ».

135. L'exception du contrefacteur innocent - De manière plus significative pour la question qui nous intéresse, le deuxième paragraphe de la section 32 du LA⁶⁰⁵ dispose, pour les besoins de la section 32 comme de la section 43, paragraphe (a) et (c)⁶⁰⁶, que lorsque le défendeur est qualifié de contrefacteur innocent le titulaire du droit de propriété industrielle ne peut se voir octroyer de dommages-intérêts. La limitation du remède disponible en cas d'innocence du contrefacteur n'est cependant susceptible d'être invoquée que par trois catégories de personne : l'imprimeur (« *engagé seulement dans l'activité commerciale consistant à imprimer la marque ou des matériaux illicites*⁶⁰⁷ *pour autrui* »⁶⁰⁸), l'éditeur et le distributeur d'un journal, d'un magazine, d'un périodique ou de communications électroniques⁶⁰⁹ (« *l'éditeur ou le distributeur*

⁶⁰⁵ 15 U.S.C. §1114(2) « *Notwithstanding any other provision of this chapter, the remedies given to the owner of a right infringed under this chapter or to a person bringing an action under section 1125(a) or (d) of this title shall be limited as follows:*

(A) *Where an infringer or violator is engaged solely in the business of printing the mark or violating matter for others and establishes that he or she was an innocent infringer or innocent violator, the owner of the right infringed or person bringing the action under section 1125(a) of this title shall be entitled as against such infringer or violator only to an injunction against future printing.*

(B) *Where the infringement or violation complained of is contained in or is part of paid advertising matter in a newspaper, magazine, or other similar periodical or in an electronic communication as defined in section 2510(12) of Title 18, the remedies of the owner of the right infringed or person bringing the action under section 1125(a) of this title as against the publisher or distributor of such newspaper, magazine, or other similar periodical or electronic communication shall be limited to an injunction against the presentation of such advertising matter in future issues of such newspapers, magazines, or other similar periodicals or in future transmissions of such electronic communications. The limitations of this subparagraph shall apply only to innocent infringers and innocent violators.*

(C) *Injunctive relief shall not be available to the owner of the right infringed or person bringing the action under section 1125(a) of this title with respect to an issue of a newspaper, magazine, or other similar periodical or an electronic communication containing infringing matter or violating matter where restraining the dissemination of such infringing matter or violating matter in any particular issue of such periodical or in an electronic communication would delay the delivery of such issue or transmission of such electronic communication after the regular time for such delivery or transmission, and such delay would be due to the method by which publication and distribution of such periodical or transmission of such electronic communication is customarily conducted in accordance with sound business practice, and not due to any method or device adopted to evade this section or to prevent or delay the issuance of an injunction or restraining order with respect to such infringing matter or violating matter ».*

⁶⁰⁶ 15 U.S.C. §1125(a) et (c).

⁶⁰⁷ En violation de la section 1125(a).

⁶⁰⁸ Traduction de l'auteur.

⁶⁰⁹ Traduction de l'auteur. Par communication électronique il faut entendre « *any transfer of signs, signals, writing, images, sounds, data, or intelligence of any nature transmitted in whole or in*

d'un journal, d'un magazine, ou de tout autre périodique ou de communication électronique »). En outre, lorsque le défendeur est un éditeur ou distributeur d'un organe de presse ou de communications électroniques et que l'octroi d'une injonction aurait pour effet de retarder indûment la diffusion ou transmission de l'information au-delà du moment habituellement prévu à cet effet, le titulaire du droit de propriété industrielle est privé de tout remède.

Le paragraphe (2) de la section 32 du LA vise donc exclusivement une hypothèse d'utilisation secondaire, assimilée à une hypothèse d'utilisation principale et dont le domaine est à la fois plus restreint (quant aux personnes susceptibles d'en bénéficier) et plus large que la précédente (quant à la nature des intérêts protégés). Le titulaire du droit de propriété industrielle voit ainsi une nouvelle fois ses prérogatives diminuées puisque si l'innocence du défendeur est établie il ne peut bénéficier que d'une injonction. En outre, le test permettant d'établir l'innocence du défendeur est relativement restrictif puisqu'il semble qu'il faille raisonner par analogie avec le droit de la diffamation et retenir par conséquent le critère de l'« actual malice »⁶¹⁰. Par « actual malice » il faut comprendre la connaissance effective de l'activité

part by a wire, radio, electromagnetic, photoelectronic or photooptical system that affects interstate or foreign commerce, but does not include--

(A) any wire or oral communication;

(B) any communication made through a tone-only paging device;

(C) any communication from a tracking device (as defined in section 3117 of this title); or

(D) electronic funds transfer information stored by a financial institution in a communications system used for the electronic storage and transfer of funds ».

⁶¹⁰ *NBA Properties v. Entertainment Records LLC*, 1999 WL 335147, 13 (S.D.N.Y. 1999) ; *World Wrestling Federation, Inc. v. Posters, Inc.*, 2000 WL 1409831, 58 U.S.P.Q.2d 1783 (N.D. Ill. 2000). Voir également les travaux préparatoires de l'amendement de 1989 qui étend l'exception du contrefacteur innocent aux radio et télédiffuseurs, Remarks of Subcommittee Chairman Robert Kastenmeier, 134 Cong. Rec. H10420 (Oct. 19, 1988) (« *The word 'innocent' is intended to encompass the constitutional standards set forth in New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 11 L. Ed. 2d 686, 84 S. Ct. 710, 95 A.L.R.2d 1412 (1964) and its progeny »). Comparer avec les décisions de la Cour d'appel du 5e Circuit pour qui le comportement du défendeur doit être objectivement raisonnable s'il veut pouvoir bénéficier de l'exemption de responsabilité pécuniaire, *Dial One of the Mid-South, Inc. v. BellSouth Telecommunications, Inc.*, 269 F.3d 523 (5th Cir. 2001) ; *Dial One of the Mid-South, Inc. v. BellSouth Telecommunications, Inc.*, 401 F.3d 603 (5th Cir. 2005).

illicite, sauf à ce que le demandeur démontre que le défendeur a commis une imprudence grave (« *reckless disregard* »).

136. Le PISEL, contrefacteur innocent - Dès lors, si le comportement du PISEL est appréhendé à la lumière de la section 32(2), il devient possible d'enjoindre à ce dernier de mettre un terme à l'activité illicite sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer qu'il avait effectivement connaissance de la présence de l'activité illicite sur son système ou réseau, ni même aucune des deux branches du test du « contributory infringement » établi par la Cour suprême dans sa décision *Inwood*. Or, c'est bien ce à quoi s'est hasardé la Cour de district dans l'affaire *Hendrickson v. eBay, Inc.*⁶¹¹, tout en reconnaissant cependant qu'en l'espèce le défendeur s'était acquis de ses devoirs à la suite de l'émission d'un ordre en ce sens par cette même Cour avant le prononcé du jugement⁶¹². Dans cette affaire, le demandeur s'attaquait au fournisseur d'une plate-forme de ventes aux enchères en ligne au motif qu'était en vente sur son site un certain nombre de produits contrefaisants en violation du droit du « copyright » et du « trademark ». Le demandeur avait tenté d'informer eBay de l'existence d'une activité illicite sur son système sans pour autant se conformer à la procédure de résolution des litiges élaborée par ce dernier, ni donner suite à la requête du PISEL réclamant que le titulaire de droit de propriété industrielle respecte les dispositions du DMCA relatives au contenu de la notice censée déclencher l'obligation de faire cesser les activités illicites

⁶¹¹ 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001).

⁶¹² « The claim is premised on a "printer-publisher" liability for trademark/trade dress infringement. The Court recently held that eBay and Defendant Richter would be "innocent infringers" within the meaning of 15 U.S.C. §1114(2) even if Plaintiff were to establish infringement. See July 3, 2001 Order at 17. The Court reached this ruling in part because the undisputed facts showed that eBay had no knowledge of a potential trade dress violation before Plaintiff filed suit. See *id.* Because eBay and Richter are "innocent infringers," Plaintiff's remedy is limited to an injunction against the future publication or transmission of the infringing advertisements on eBay's website ». *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 1095 (C.D. Cal. 2001). Google utilise bien la défense du contrefacteur innocent dans l'affaire *Vulcan Golf, LLC v. Google, Inc.*, 552 F.Supp.2d 752, 770-771 (N.D.Ill. 2008) mais trop tôt aux yeux de la Cour.

du PISEL⁶¹³. La connaissance effective du PISEL ne pouvait donc être caractérisée en raison de l'imprécision de l'information fournie au PISEL.

Il ne fait pas de doutes que le moyen de défense du contrefacteur innocent n'a pas été pensé comme un moyen de protéger de manière spécifique les prestataires intermédiaires de l'Internet. Il date en effet de 1989, et à cette époque, il s'agissait d'abord d'atténuer la responsabilité éventuelle des radios et télédiffuseurs⁶¹⁴. L'on peut donc légitimement s'interroger sur le bien-fondé de l'extension d'un tel régime à toutes les activités des PISEL.

L'on remarquera à ce titre qu'en 1999 le législateur fédéral américain a ressenti le besoin d'étendre expressément cette exception aux fournisseurs de noms de domaine par le biais du Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)⁶¹⁵. Le ACPA rend ainsi illicite l'enregistrement ou l'utilisation intéressés⁶¹⁶ et de mauvaise foi, d'un nom de domaine identique ou similaire à une marque distinctive ou célèbre de nature à engendrer la confusion des consommateurs ; et l'enregistrement ou l'utilisation intéressés⁶¹⁷ et de mauvaise foi d'un nom de domaine de nature à provoquer la dilution d'une marque célèbre⁶¹⁸. Bien plus, le ACPA immunise⁶¹⁹ le fournisseur de noms de

⁶¹³ Ce qui n'était pourtant nécessaire pour les contrefaçons de marque.

⁶¹⁴ « *Most prominently, the change protects newspapers, magazines, broadcasters, and other media from liability for the innocent dissemination of commercial false advertising, including promotional material* ». Remarks of Subcommittee Chairman Robert Kastenmeier, 134 Cong. Rec. H10420 (Oct. 19, 1988).

⁶¹⁵ PL 106-113, 113 Stat 1501 (adopté le 29 Novembre 1999).

⁶¹⁶ Dans le but d'en retirer un profit.

⁶¹⁷ Dans le but d'en retirer un profit.

⁶¹⁸ 15 U.S.C. §1125 d) :

« **(I)(A)** *A person shall be liable in a civil action by the owner of a mark, including a personal name which is protected as a mark under this section, if, without regard to the goods or services of the parties, that person*

(i) has a bad faith intent to profit from that mark, including a personal name which is protected as a mark under this section; and

(ii) registers, traffics in, or uses a domain name that--

(I) *in the case of a mark that is distinctive at the time of registration of the domain name, is identical or confusingly similar to that mark;*

(II) *in the case of a famous mark that is famous at the time of registration of the domain name, is identical or confusingly similar to or dilutive of that mark; or*

domaine de toute responsabilité (en droit et en équité) s'il agit en conformité avec les termes d'une procédure raisonnable de résolution des litiges ou s'il se conforme à un ordre de l'autorité judiciaire⁶²⁰.

Si l'enregistrement d'un nom de domaine s'avère illicite à la suite d'une action en justice, ou si le titulaire initial du nom de domaine a été indûment privé de son droit de jouir de ce signe suite à l'aboutissement d'une procédure alternative de résolution des litiges, la Cour est en droit d'enjoindre soit le transfert du nom de domaine au titulaire du droit de propriété industrielle, soit le rétablissement dans ses droits du titulaire initial du nom de domaine⁶²¹. Même si le législateur américain ne fait pas du fournisseur de noms de domaine le destinataire exprès de l'injonction, c'est à ce dernier qu'il revient de s'exécuter aux fins de rendre effectif l'ordre de l'autorité judiciaire⁶²². L'on évite cependant que le fournisseur de noms de domaine soit partie à l'action en contrefaçon.

(III) is a trademark, word, or name protected by reason of section 706 of Title 18 or section 220506 of Title 36 ».

Voir également la section §1129 qui protège les noms de personnes.

⁶¹⁹ Sauf s'il est démontré par le demandeur que le fournisseur de noms de domaine a agi de mauvaise foi dans le but de profiter indûment de l'enregistrement en cause. Dans ce cas le second peut être contraint de payer au premier des dommages-intérêts. Voir d'une manière générale LA §32(2) (D) (15 U.S.C. §1114(2)(D)).

⁶²⁰ Voir pour la caractérisation d'une procédure raisonnable *Barcelona.com, Incorporated v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona*, 330 F.3d 617 (4th Cir. 2003).

⁶²¹ 15 U.S.C. §1114(2)(D) :

« (iv) If a registrar, registry, or other registration authority takes an action described under clause (ii) based on a knowing and material misrepresentation by any other person that a domain name is identical to, confusingly similar to, or dilutive of a mark, the person making the knowing and material misrepresentation shall be liable for any damages, including costs and attorney's fees, incurred by the domain name registrant as a result of such action. The court may also grant injunctive relief to the domain name registrant, including the reactivation of the domain name or the transfer of the domain name to the domain name registrant.

(v) A domain name registrant whose domain name has been suspended, disabled, or transferred under a policy described under clause (ii) (II) may, upon notice to the mark owner, file a civil action to establish that the registration or use of the domain name by such registrant is not unlawful under this Act. The court may grant injunctive relief to the domain name registrant, including the reactivation of the domain name or transfer of the domain name to the domain name registrant ».

⁶²² « Of course, if a court finds that a domain name holder is not entitled to the contested domain name, the registrar can be the subject of an injunction ordering the cancellation or transfer of the domain name ». J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §25:73:40. M. McCarthy s'en réfère ainsi à la section 43(d)(D)(v) du LA : « *The court may grant*

En conclusion, si le modèle du LA est moins fermement établi que celui du CDA ou du DMCA dans la mesure où il ne repose pas sur un fondement textuel adopté expressément dans le but de répondre aux défis soulevés par la propagation du réseau Internet, il se caractérise également par une tendance à la subjectivisation de la responsabilité civile. Cette subjectivisation est en partie le résultat d'une extension du domaine des théories de responsabilité secondaire. Elle provient également de l'autonomisation du régime de responsabilité primaire en fonction de la nature du remède demandé par le titulaire de la marque protégée.

Dès lors, tandis que pèse sur les PISEL contrôlant et surveillant directement leurs utilisateurs une obligation de faire cesser les activités alléguées illicites lorsqu'ils en sont informés par les titulaires de marques protégées, les PISEL sont susceptibles d'être enjoins de mettre un terme aux actes de contrefaçon caractérisés par le juge, alors qu'ils n'ont pas effectivement connaissance de l'activité illicite.

Même si la stratégie de régulation sous-jacente est donc encore celle de la régulation privée dans la mesure où la compétence de principe des PISEL en matière de régulation des contenus contrefaisants n'est pas remise en cause, la régulation privée est soumise au moins partiellement au contrôle de l'autorité publique susceptible de sanctionner le déni de régulation lorsque les régulateurs privés n'ont pas connaissance de l'existence d'agissements illicites sur leurs systèmes.

injunctive relief to the domain name registrant, including the reactivation of the domain name or transfer of the domain name to the domain name registrant ».

II. La juridicisation matérielle⁶²³ du processus de régulation privée

137. Alors que la privatisation du processus de régulation est avérée en pratique comme en théorie (A), le mécanisme de l'injonction offre un moyen de subordonner par un contrôle au fond la sphère de la régulation privée à celle de la régulation publique (B).

A. La privatisation complète du processus de régulation

138. Le législateur américain est intervenu pour officialiser et encadrer la privatisation du processus de régulation en matière de lutte contre le cybersquatting (1). Pour le reste, la régulation privée s'est bien développée en dépit du silence du législateur. Le contenu des obligations à la charge des PISEL est cependant quelque peu différent de celui des obligations imposées en matière de « copyright » (2).

1. La lutte contre le cybersquatting

139. **L'exemple de l'Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act** - Il existe bien un pan du droit du « trademark » qui a été expressément soumis au processus de régulation privée par le législateur américain : la résolution de certains types de conflit entre noms de domaine et marques protégées par le droit du « trademark ». Cette délégation de l'activité de régulation a même été pour une fois étroitement encadrée afin de subordonner la sphère de la

⁶²³ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19. Par juridicisation matérielle il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique matérielle.

régulation privée à celle de régulation publique au moyen d'une répartition bien précise des compétences entre régulateurs privés et publics. C'est ce qu'illustre le ACPA adopté en 1999 après la création de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)⁶²⁴.

Comme on l'a déjà mentionné, le ACPA exempte les fournisseurs de noms de domaine de leur responsabilité du fait de leur refus d'enregistrer, d'annuler ou de transférer un nom de domaine, lorsqu'ils agissent conformément à un ordre de l'autorité judiciaire en ce sens, ou à la mise en œuvre d'une procédure alternative de résolution des litiges raisonnable prohibant l'enregistrement d'un nom de domaine de nature à confondre les consommateurs ou à endommager le caractère attractif de la marque d'un tiers⁶²⁵. Ainsi, les fournisseurs de noms de domaine sont incités à développer par le biais de la méthode contractuelle une procédure alternative de résolution des litiges. L'ICANN a d'ailleurs activement participé à ce développement en adoptant en 2000 le Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP)⁶²⁶ qui a été par la suite repris par l'ensemble des fournisseurs agréés de noms de domaine gTLD⁶²⁷. En conséquence, les titulaires de noms de domaine enregistrés auprès de l'un de ces fournisseurs agréés s'engagent par

⁶²⁴ Voir <http://www.icann.org>. Il s'agit d'une organisation de droit privé (californien) à but non lucratif. La mission de l'ICANN est de coordonner au plus haut niveau les systèmes d'identification de l'Internet comme le système des noms de domaine (DNS) et celui des adresses IP (Internet Protocol). Pour une description de l'évolution de la relation entre l'ICANN et le Département du commerce américain voir A. D. Murray, *The regulation of cyberspace*, 2007, Routledge Cavendish, Abingdon, OX, UK, New-York, US, p. 94 et s.

⁶²⁵ LA §32(2)(D) (15 U.S.C. §1114(2)(D)(ii)).

⁶²⁶ Pour une description du processus d'adoption de l'UDRP voir A. M. Froomkin, *ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy" - Causes and (partial) cures*, *Brooklyn Law Review* (67)2002, 605-718.

⁶²⁷ Selon que le suffixe est générique (gTLD) ou géographique (ccTLD), le nom de domaine est encadré différemment. Les noms de domaine à extension générique (ex : .com, .org ou .net) sont gérés par l'ICANN. Pour posséder une adresse en .com, il faut alors déposer une demande auprès de fournisseurs d'accès ou d'hébergement (registrars) agréés par l'ICANN. Les noms de domaines à extension géographique sont eux gérés par des instances nationales.

la voie du contrat à porter tout litige devant un panel « administratif »⁶²⁸. Le titulaire de droits de propriété industrielle s'opposant à l'enregistrement pourra alors choisir le « fournisseur » de panels « administratifs » qu'il préfère au sein de la liste des fournisseurs approuvés par ICANN⁶²⁹.

Durant la procédure alternative de résolution du litige, le fournisseur de noms de domaine s'engage à maintenir le *statu quo*⁶³⁰. De plus, au terme d'un délai de 10 jours ouvrables, la sentence ne sera pas appliquée par le fournisseur s'il a été, entre-temps, officiellement informé par le titulaire du nom de domaine du commencement d'une procédure judiciaire à l'encontre du titulaire de la marque⁶³¹. Enfin, le seul remède dont peut bénéficier le demandeur est celui du transfert du nom de domaine à son compte. L'UDRP a été récemment qualifié par les juges de procédure alternative de résolution des litiges raisonnable⁶³².

Si la procédure alternative de résolution des litiges adoptée par l'ICANN est un instrument incontournable de la stratégie de régulation de l'Internet, elle n'est pas destinée à résoudre toutes les hypothèses de conflits possibles pouvant naître de l'utilisation de noms de domaines identiques ou similaires aux marques protégées par le droit de la propriété industrielle. Il s'agit plus précisément de régler le problème du « cybersquatting », autrement dit le problème des utilisations de noms de domaine réalisées avec l'intention de

⁶²⁸ Les termes du UDRP sont incorporés par référence au sein du contrat liant le fournisseur de noms de domaine au titulaire du nom de domaine.

⁶²⁹ Clause 4(d).

⁶³⁰ Clause 7 : « *Maintaining the Status Quo*. We will not cancel, transfer, activate, deactivate, or otherwise change the status of any domain name registration under this Policy except as provided in Paragraph 3 above ».

⁶³¹ Clause 4.k : « *If we receive such documentation within the ten (10) business day period, we will not implement the Administrative Panel's decision, and we will take no further action, until we receive (i) evidence satisfactory to us of a resolution between the parties; (ii) evidence satisfactory to us that your lawsuit has been dismissed or withdrawn; or (iii) a copy of an order from such court dismissing your lawsuit or ordering that you do not have the right to continue to use your domain name* ».

⁶³² *Barcelona.com, Incorporated v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona*, 330 F.3d 617 (4th Cir. 2003); *Storey v. Cello Holdings, LLC*, 347 F.3d 370 (2d Cir. 2003).

nuire aux titulaires de droits de propriété industrielle⁶³³. Pour autant, le domaine d'application de cette procédure reste étendu puisqu'il inclut les marques déposées ainsi que plus généralement tout signe distinctif susceptible d'être protégé par le droit du « trademark » fédéral ou étatique⁶³⁴. En outre, l'originalité de cet instrument réside dans le fait qu'il a vocation à s'appliquer de manière globale, quelle que soit la source nationale du droit de propriété industrielle en cause.

Le législateur américain a tenté de répartir la compétence des régulateurs en fonction de la complexité du problème de droit posé et indirectement de la diversité des intérêts en cause⁶³⁵. Le UDRP vise ainsi à mettre un terme à l'enregistrement et à l'utilisation de mauvaise foi d'un nom de domaine à l'origine d'une confusion vraisemblable des consommateurs. Le demandeur

⁶³³ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §25:74.75 : « *The UDRP process is not intended to incorporate all of the bells and whistles of a full-fledged judicial fact-finding process. It is designed to be a simple, quick and inexpensive method of determining if a domain name has been the subject of cybersquatting. For this reason, it has been referred to as "adjudication lite". The UDRP process is not designed to be a vehicle for determining all kinds of domain name disputes. Rather, it is intended only for clear cases of abusive misuse of domain names of the type commonly known as "cybersquatting."* ». Voir également l'opinion dissidente du juge G. G. Davis Davidoff & Cie S.A. v. Dario Muriel, NAF FA0211000129124, 2003 WL 261875 (January 30, 2003), la sentence rendue dans l'affaire Estate of Marlon Brando v. WhoisGuard, NAF FA005000503817, 77 U.S.P.Q.2d 1229 (Nat'l. Arb.forum Aug. 29, 2005) citées par J. T. McCarthy.

Par « cybersquatting » il faut comprendre : « *Comportement d'une personne physique ou morale avec intention de nuire consistant à faire enregistrer le premier un nom de domaine correspondant à un signe distinctif renommé dans le but de revendre ultérieurement l'usage du nom au titulaire de droits sur le signe. Cette pratique n'est possible qu'en présence de registrars appliquant la règle du « premier arrivé premier servi »* ». P. Sirinelli et C. Gavaldà (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, Lexique juridique de l'informatique et des médias.

⁶³⁴ Carlos Santana v. Domain Sales, NAF FA031200222189, 2004 WL 2358217 (Feb. 24, 2004).

⁶³⁵ L'on fera remarquer que la décision du panel ne lie pas les juges. Weber-Stephen Products Co. v. Armitage Hardware and Bldg. Supply, Inc., 54 U.S.P.Q.2d 1766 (N.D. Ill. 2000) ; Barcelona.com, Incorporated v. Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona, 330 F.3d 617, 67 U.S.P.Q.2d 1025 (4th Cir. 2003). Voir également Eurotech, Inc. v. Cosmos European Travels Aktiengesellschaft, 213 F. Supp. 2d 612, 618, (E.D. Va. 2002) ; Retail Services, Inc. v. Freebies Pub., 247 F. Supp. 2d 822 (E.D. Va. 2003), decision affirmed on other grounds, 364 F.3d 535, 70 U.S.P.Q.2d 1603 (4th Cir. 2004) ; Hewlett-Packard Development Co. v. Midwest Information Technology Group, Inc., 2006 U.S. Dist. LEXIS 36380 (C.D. Ill. 2006). Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une procédure d'arbitrage au sens strict du terme. Voir Dluhos v. Strasberg, 321 F.3d 365, 65 U.S.P.Q.2d 1842 (3d Cir. 2003) ; Storey v. Cello Holdings, L.L.C., 347 F.3d 370, 68 U.S.P.Q.2d 1641 (2d Cir. 2003).

doit donc démontrer les quatre éléments suivant : l'identité ou la similitude du nom de domaine et de la marque de nature à entraîner la confusion vraisemblable des consommateurs, l'absence d'un intérêt légitime de la part du défendeur quant à la jouissance du nom de domaine, et la mauvaise foi du défendeur au moment de l'enregistrement, comme au cours de l'utilisation postérieure du nom de domaine⁶³⁶.

Parmi les moyens de défense octroyés au titulaire du nom de domaine, l'on trouve l'utilisation de bonne foi de la marque avant que le titulaire de la marque se manifeste ; l'utilisation légitime et non commerciale ou l'usage équitable de la marque sans intention de tromper les consommateurs ou d'endommager le caractère attractif de la marque dans le but d'en retirer un bénéfice commercial ; et enfin l'utilisation de la marque aux fins d'identification si le défendeur est communément connu sous ce nom. L'ICANN a expressément refusé de trancher les litiges entre des parties qui présenteraient toutes deux un intérêt légitime⁶³⁷. Et en aucun cas la procédure d'arbitrage ne peut être une tribune choisie par le demandeur pour remettre en question la validité d'un droit de propriété industrielle traditionnel⁶³⁸.

En dépit de l'apparente simplicité de la répartition des compétences entre autorité judiciaire et panels « administratifs », des problèmes persistent cependant⁶³⁹. Tout d'abord, cette répartition n'a pas permis d'éviter

⁶³⁶ Voir la clause 4(a) : « **Applicable Disputes.** You are required to submit to a mandatory administrative proceeding in the event that a third party (a "complainant") asserts to the applicable Provider, in compliance with the Rules of Procedure, that

(i) your domain name is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the complainant has rights; and

(ii) you have no rights or legitimate interests in respect of the domain name; and

(iii) your domain name has been registered and is being used in bad faith.

In the administrative proceeding, the complainant must prove that each of these three elements are present ».

⁶³⁷ Voir Second Staff Report on Implementation Documents for the Uniform Dispute Resolution Policy, §4.1(c) (Oct. 25, 1999) <http://www.icann.org/udrp/udrp-second-staff-report-24oct99.htm>.

⁶³⁸ Sound Unseen Ltd. v. Vanderhorst, 77 U.S.P.Q.2d 1585 (W.I.P.O.A.M.C. 2005).

⁶³⁹ Pour une analyse critique et détaillée de l'UDRP voir A. M. Froomkin, ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy" - Causes and (partial) cures, Brooklyn Law Review (67)2002, 605-718.

l'émergence de sentences contradictoires⁶⁴⁰. Ensuite, les panels « administratifs » ne respectent pas toujours les limites imposées à leur compétence *rationae materiae* et manquent dans certains cas d'impartialité⁶⁴¹. La liberté d'expression en sort parfois fragilisée⁶⁴². Enfin, il n'est pas certain que le UDRP offre un nombre suffisant de garanties procédurales aux parties au litige.⁶⁴³ Tout cela n'a pas pour autant empêché certains auteurs de prôner le recours à une procédure alternative de résolution des litiges similaire en matière de « copyright »⁶⁴⁴.

Plus généralement, la centralisation du processus de régulation de l'infrastructure de l'Internet entre les mains de l'ICANN a souvent nourri les craintes des commentateurs. Voir par exemple J. M. E. A. Caral, *Lessons from ICANN: is self-regulation of the Internet fundamentally flawed?*, *International Journal of Law and Information Technology* (12)2004, 1-31; S. P. Crawford, *The ICANN experiment*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* (12)2004, 409-448; A. M. Froomkin, *Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*, *Duke Law Journal* (50)2000, 17-186; A. M. Froomkin et M. A. Lemley, *ICANN and antitrust*, *University of Illinois Law Review* (2003)2003, 1-76; J. P. Kesan, *Private Internet governance*, *Loyola University Chicago Law Journal* (35)2003, 87-137.

⁶⁴⁰ Voir par exemple le problème posé par les sites de fan-club utilisant comme nom de domaine le nom d'un artiste et à cet effet comparer les sentences suivantes : *Anna Nicole Smith v. DNS Research, Inc.*, NAF FA0312000220007, 2004 WL 2358216 (Feb. 21, 2004) et *The Estate of Marlon Brando v. thewordbank twb*, NAF FA50600050505502, 2005 WL 2002466 (August 16, 2005). Voir également le cas des « gripe sites », sites élaborés aux fins de critiquer certains détenteurs de droit de propriété industrielle et qui insèrent donc des marques protégées au sein de leurs noms de domaine, évoqué par W. S. Creasman, *Free speech and "sucking" - When is the use of a trademark in a domain name fair?*, *The Trademark Reporter* (95)2005, 1034-1057; W. S. Creasman, *W. S. Creasman, Free speech and "sucking" - When is the use of a trademark in a domain name fair?*, *The Trademark Reporter* (95)2005, 1034-1057, p. 1043-1046]. D. Lipton, *Commerce versus commentary: gripe sites, parody, and the first amendment in cyberspace*, *Washington University Law Review* (84)2006, 1327-1374.

⁶⁴¹ A. M. Froomkin, *ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy" - Causes and (partial) cures*, *Brooklyn Law Review* (67)2002, 605-718; M. Geist, *Fair.com? An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP*, *Brooklyn Journal of International Law* (27)2002, 903-937.

⁶⁴² D. C. Nunziato, *Freedom of expression, democratic norms, and internet governance*, *Emory Law Journal* (52)2003, 187-277.

⁶⁴³ A. M. Froomkin, *ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy" - Causes and (partial) cures*, *Brooklyn Law Review* (67)2002, 605-718; M. Geist, *Fair.com? An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP*, *Brooklyn Journal of International Law* (27)2002, 903-937; E. G. Thornburg, *Fast, cheap, and out of control: lessons from the ICANN dispute resolution process*, *Journal of Small and Emerging Business Law* (6)2002, 191-233.

⁶⁴⁴ M. A. Lemley et R. A. Reese, *A quick and inexpensive system for resolving peer-to-peer copyright dispute*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (23)2005, 1-20.

2. Le reste

140. Lorsque le cybersquatting n'est plus en cause, la régulation privée est encore de mise comme en témoigne la pratique (a), et comme semble le requérir la théorie (b).

a. La pratique

141. **Le développement de la régulation privée dans le sillage de l'adoption du DMCA** - En pratique, à s'intéresser à l'appréhension des activités illicites autres que le « cyberquatting », il semble que la régulation privée se soit bien développée, ce notamment dans le sillage de ce qui a été entrepris en droit du « copyright ». Pour autant, la procéduralisation de l'interaction des régulés n'est pas toujours de mise.

L'on illustrera cette tendance en prenant pour exemple le cas de la plateforme de vente aux enchères en ligne eBay et son programme VeRo destiné exclusivement aux titulaires de droits approuvés et qui a pour but « d'assurer que les articles listés n'enfreignent pas le droit du "copyright", "trademark", ou d'autres droits de tiers »⁶⁴⁵. Ce programme vise non seulement les titulaires de « copyrights », mais également les titulaires de marques. Il s'agit tout d'abord de faire participer ces derniers à l'éducation des internautes en leur permettant d'informer le public des caractéristiques de l'œuvre ou de la marque protégée et de la stratégie commerciale du titulaire de droits de sorte que l'internaute soit mieux à même de discerner l'existence d'une activité illicite. Surtout, chaque titulaire de droits enregistré de manière préalable auprès des services d'eBay dispose de la faculté d'informer ce dernier de la présence de contenus contrefaisants sur son système, à condition

⁶⁴⁵ Traduction de l'auteur. Voir les termes et les conditions d'utilisation du site eBay US, User Agreement, <http://www.ebay.com>.

qu'il agisse de bonne foi. Alors qu'eBay reconnaît expressément qu'il n'est pas un expert en matière de propriété intellectuelle rien n'est indiqué sur la manière dont est traitée la plainte émise par le titulaire de droits de propriété industrielle. Ceci dit, le programme VeRo repose sur un certain nombre de fondamentaux comme l'élimination rapide de listings dont l'illicéité a été notifiée à eBay, le contrôle spontané de ces listings suivi dans certains cas par leur élimination, la suspension du compte des auteurs de violations répétées au droit de propriété intellectuelle⁶⁴⁶, et la coopération avec les titulaires de droits désireux d'agir à l'encontre des responsables primaires des activités illicites⁶⁴⁷. Parmi les actes que les conditions d'utilisation d'eBay interdisent et dont la réalisation est susceptible d'entraîner la réaction spontanée d'eBay l'on trouve l'offre de produits ou services contrefaisants sans que cela ne soit limité aux cas de contrefaçons de « copyright ».

De même, le PISEL Google, qui offre des services de recherche, de traduction et de communication, a instauré notamment un mécanisme de plainte en faveur des titulaires de « copyrights » et des titulaires de marques⁶⁴⁸ destiné à encadrer le fonctionnement des applications « Adword » et « AdSense ». Comme on l'a déjà évoqué au début de ce chapitre, l'application « Adword » permet à Google d'associer un certain nombre de liens commerciaux (annonces le plus souvent textuelles) à un mot-clef entré par l'internaute au sein du moteur de recherche. Lorsque le PISEL reçoit une plainte de la part du titulaire de la marque il « s'engage »⁶⁴⁹ à examiner le

⁶⁴⁶ La suspension permanente des comptes n'est cependant pas la solution de principe retenue par eBay comme en témoigne la décision rendue dans l'affaire Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc. 576 F.Supp.2d 463 (S.D.N.Y. 2008).

⁶⁴⁷ Les titulaires de droits peuvent se voir informer du nom, adresse postale (rue, code postal, ville), adresse email et numéro de téléphone de la personne soupçonnée de s'engager dans une activité illicite.

⁶⁴⁸ Voir les conditions d'utilisation de Google, <http://www.google.com>, Terms of Service, §16.2 : « Google operates a trade mark complaints procedure in respect of Google's advertising business ».

⁶⁴⁹ À la lecture de la lettre de la clause, il semble que Google s'engage à réagir en cas d'activité illicite.

contenu du lien sponsorisé afin de vérifier que la marque a bien été utilisée par l'auteur du lien⁶⁵⁰. Si cela est le cas, le PISEL « s'oblige » à demander à l'auteur du lien de ne plus utiliser la marque ainsi qu'à prévenir toute utilisation future non autorisée de cette dernière. Par le biais de la seconde application, le PISEL explore automatiquement le contenu des pages web de ses clients et leur propose ensuite des annonces (textuelles et/ou illustrées) adaptées au contenu du site. Ici une fois une plainte émise à l'encontre d'un nom de domaine, Google « s'engage » à ne plus fournir son titulaire en publicité⁶⁵¹.

Quant aux conditions d'utilisation du PISEL Yahoo! qui offre des services de recherche, de communication, d'achats, elles sont assez proches de celle de Google. Il étend en effet son mécanisme de plainte, conçu pour tous les types de service qu'il offre, à tous les titulaires de droits de propriété intellectuelle. Il dispose ainsi de la faculté⁶⁵² de clore le compte de l'un de ses clients qui enfreindrait un droit de propriété industrielle.

⁶⁵⁰ « *In the U.S., we allow some ads to show with a trademark in ad text if the ad is from a reseller or from an informational site. However, if our investigation finds that the advertiser is using the trademark in the ad text in a manner which is competitive, critical, or negative, we will require the advertiser to remove the trademark and prevent them from using it in similar ad text in the future* ». Il est également mentionné que « *[w]e will not disable keywords in response to a trademark complaint* ». Adwords policy, Advertising policy, Trademarks, What is Google's AdWords and AdSense trademark policy?, <http://www.google.com>. On remarquera que pour ce qui est des marques déposées en dehors des USA (dans la plupart des pays européens mis à part le Royaume-Uni traité de la même manière que les USA) Google s'autorise à désactiver un mot-clef en réponse à une plainte.

⁶⁵¹ L'on trouve cette information au sein d'une réponse à une question fréquemment posée relative au fonctionnement de « Google AdSense for domains » : « *As a courtesy to trademark owners, Google provides a simple publicly available complaint procedure and, once notified of a legitimate complaint against a specific domain, Google will no longer serve ads to that domain.* », <http://www.google.com>.

⁶⁵² La formulation utilisée par Yahoo! est ici plus claire : « *It is Yahoo!'s policy, in appropriate circumstances and at its discretion, to disable and/or terminate the accounts of users who may infringe or repeatedly infringe the copyrights or other intellectual property rights of Yahoo! and/or others.* », Terms of Service, Copyright and Intellectual Property Policy, <http://www.yahoo.com>, Article 26.

Quant au fournisseur d'une plate-forme de partage de vidéos en ligne Youtube⁶⁵³, s'il se conforme expressément aux dispositions du DMCA relatives à la procédure de « notice-and-take-down », il se réserve le droit de mettre fin au compte d'un internaute qui violerait le droit du « trademark » sans qu'une procédure particulière de notification ne soit instaurée.

C'est également la démarche adoptée par le fournisseur du réseau social Facebook⁶⁵⁴.

De cette description rapide du contenu des conditions d'utilisation de plusieurs PISEL, il semble bien que la régulation privée se soit développée en pratique à l'initiative des PISEL et en dépit du silence du législateur qui n'est intervenu que pour régler le problème du « cybersquatting ».

b. La théorie

142. Deux hypothèses en présence - Il faut ici distinguer deux types d'hypothèses : soit le PISEL reçoit une notification du titulaire de marques protégées identifiant précisément la localisation et la nature des activités alléguées contrefaisantes, soit une notification de ce type fait défaut.

142-1. Le PISEL reçoit une notification précise des titulaires de marques - Dans le premier cas, en vertu de la jurisprudence *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay*, le PISEL qui contrôle et surveille directement les activités de ses utilisateurs est soumis à une obligation de faire cesser les activités alléguées

⁶⁵³ Voir Terms of Use, <http://www.youtube.com>: « YouTube does not permit copyright infringing activities and infringement of intellectual property rights on its Website, and YouTube will remove all Content and User Submissions if properly notified that such Content or User Submission infringes on another's intellectual property rights. YouTube reserves the right to remove Content and User Submissions without prior notice ».

⁶⁵⁴ Voir Terms of Use, <http://www.facebook.com/home.php> : « we expect our users to use good judgment and respect the copyrights and other intellectual property rights of others ». Ainsi Facebook se réserve le droit de clore les comptes de ceux qui ne respecteraient pas le droit du « trademark ».

contrefaisantes par des moyens appropriés et ce notamment en retirant les matériels visés.

Le processus de régulation est donc privatisé selon la modalité suivante : aux titulaires de marques protégées incombent la fixation de la norme d'accessibilité des contenus et le contrôle⁶⁵⁵ de la présence d'activités contrefaisantes tandis que les PISEL sont chargés de la sanction des activités alléguées contrefaisantes.

De plus, la régulation privée devient obligatoire puisque l'inaction des PISEL à la suite de la réception des notifications des titulaires de marques protégées est sanctionnée légalement par la mise en œuvre de la responsabilité secondaire des PISEL pour contrefaçon de marques.

Cette répartition des activités de régulation est le résultat d'un compromis entre les intérêts des titulaires de marque et des PISEL, sans que les intérêts des fournisseurs de contenus soient véritablement pris en compte.

Pour autant, le choix du critère du contrôle et de la surveillance directe des utilisateurs des PISEL aux fins d'identifier les débiteurs de l'obligation de régulation est un premier pas qu'il faut saluer. Une telle solution n'est pas ou n'est plus possible en matière de « copyright » sauf à user de la théorie de « vicarious liability » dont l'application ne semble pas exclue par la section 512 du Copyright Act. L'interprétation faite par les juges de cette théorie après l'adoption du DMCA semble cependant condamner cette possibilité⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ Voir cependant *First Jewellery Co. of Canada, Inc. v. Internet Shopping Network LLC*, 2000 WL 122175, 7 (S.D.N.Y. 2000). L'utilisation de la marque alléguée contrefaisante par le demandeur était apparue pour la première fois sur Internet en janvier 1999. Le demandeur n'eut cependant connaissance de celle-ci qu'en septembre 1999. C'est à ce moment-là qu'il intenta une action réclamant l'octroi d'une injonction préliminaire. Le défendeur contrecarra en arguant du retard avec lequel le demandeur avait réagi. Aux dires du juge McKenna le défendeur n'avait pas suffisamment caractérisé la réaction tardive du demandeur. En effet, « [t]he owner of a registered mark would not necessarily expect that it was likely to be infringed on the Internet and so police the Internet ».

⁶⁵⁶ *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 1093 (C.D. Cal. 2001) ; *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 2008 WL 4065872, 18-19 (N.D. Cal. 2008) ; *Tur v. YouTube, Inc.*, 2007 WL 1893635, 3 (C.D. Cal. 2007). Comparer avec *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1023 (9th Cir. 2001).

dans la mesure où elle aurait pour conséquence de saper le dispositif établi par le DMCA.

Si le comportement du PISEL est appréhendé sur le fondement de la responsabilité primaire et qu'il est établi qu'il avait effectivement connaissance de la présence d'activités illicites alors sa responsabilité pécuniaire peut être engagée sur le fondement de la section 32(2) du LA. Il est à penser que l'interprétation de la condition de la connaissance effective censée traduire l'« actual malice » du défendeur aboutisse au même résultat que celui de l'application de la théorie du « contributory infringement »⁶⁵⁷ comme en témoigne la décision *Hendrickson v. eBay, Inc*⁶⁵⁸. Les juges dans cette affaire refusèrent en effet de considérer que les demandes de faire cesser les activités contrefaisantes adressées par le titulaire de la marque protégée à eBay permettaient de caractériser la connaissance effective du PISEL puisque le titulaire de la marque avait refusé de se conformer à la procédure de notification mise en place par le PISEL.

142-2. Le PISEL ne reçoit pas de notification précise des titulaires de marque – Dans ce cas en vertu de la section 32(2) du LA, le PISEL, dont le comportement est appréhendé sur le fondement de la responsabilité primaire, peut seulement être enjoint de faire cesser l'activité illicite sur son système, sans qu'il ne puisse être obligé de prévenir la réalisation future d'activités contrefaisantes du même type⁶⁵⁹.

Reste à savoir quels sont les effets *ex ante* de la menace du prononcé d'une injonction. De deux choses l'une. Soit le coût de l'injonction (essentiellement le coût de la procédure judiciaire) est tel pour les PISEL qu'ils ont intérêt à décider en amont de la licéité des contenus transmis, qu'ils reçoivent ou non une notification des titulaires de droits de propriété

⁶⁵⁷ À moins que le PISEL ne puisse avoir une connaissance effective qu'en cas de contenus manifestement contrefaisants, mais cela est peu probable.

⁶⁵⁸ 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001).

⁶⁵⁹ *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001).

industrielle, afin d'éviter d'être attiré en justice. L'injonction se transforme alors en sanction d'une obligation de fixation de la norme d'accessibilité des contenus, de contrôle et de sanction. En conséquence, les PISEL sont érigés en régulateurs privés quasi omnipotents. Seul le déni de régulation est sanctionné légalement.

Soit il est plus coûteux pour les PISEL d'entreprendre de leur propre initiative l'ensemble des activités de régulation plutôt que d'attendre l'ordre de l'autorité judiciaire⁶⁶⁰. L'injonction se mue alors en instrument de corégulation et permet ainsi d'associer au processus de régulation autorité publique (autorité judiciaire) et acteurs privés (PISEL et titulaires de droits). L'activité normative est désormais entre les mains du juge, tandis que l'activité de contrôle est à la charge des titulaires de marque et l'activité de sanction du ressort des PISEL. Ici, la qualité du produit de la corégulation est assurée par le recours au juge en amont.

À supposer que cette seconde voie soit la bonne, l'originalité du dispositif du LA devient manifeste et le processus de régulation gagne en légitimité et en conformité. Cependant, dans la mesure où les titulaires de marque ont intérêt à s'adresser aux PISEL plutôt qu'au juge étant donné la rapidité et surtout l'automatisme et de la réaction des PISEL lorsqu'ils reçoivent une notification suffisamment précise, la voie de l'injonction semble condamnée en pratique. Cela est d'autant plus vrai que l'injonction n'est pas un remède de droit en matière de contrefaçons de marque.

⁶⁶⁰ On remarquera qu'aucune disposition ne vient régir le cas où le PISEL retire de son système ou réseau un contenu licite.

B. L'ordre émis par le juge de protéger les intérêts du demandeur en cas d'inaction du régulateur privé

143. Si la raison d'être du processus de corégulation ne fait pas de doute au regard de la protection de l'intérêt général (1), sa mise en œuvre au moyen de l'injonction s'avère toutefois difficile en raison de la nature du test appliqué par les juges pour décider de l'octroi d'un remède de ce type (2).

1. La raison d'être du contrôle au fond de l'action des régulateurs privés

144. La prise en compte de l'intérêt général : la protection de la liberté d'expression et de la libre concurrence - À supposer que le problème de droit à résoudre soit complexe en ce qu'il implique la réalisation d'un compromis entre plusieurs intérêts divergents qui ne sont pas nécessairement représentés par les parties lors de la résolution du litige, le recours à l'autorité judiciaire se justifie, au moins en théorie, assez aisément. Autrement dit, l'avantage principal du recours à une action en cessation de ce type tient à la sophistication de l'analyse que doit entreprendre le juge aux fins de déterminer si les prérogatives du titulaire du droit de propriété industrielle ont été indûment violées. S'en remettre entièrement aux parties, et donc à l'utilisateur senior et à l'utilisateur junior, pourrait avoir pour conséquence d'accroître la propriété industrielle du droit du « trademark », dénoncée en matière de « copyright » lorsque la procédure de « notice-and-take-down » a été introduite en 1998.

La nécessité de prouver la vraisemblance de la confusion créée par l'utilisation non autorisée de la marque en plus de sa reproduction ou imitation aux fins de bénéficier d'un remède témoigne sans aucun doute de la diversité des intérêts protégés par le droit du « trademark ». Le fait même que

des interprétations jurisprudentielles divergentes relatives notamment à la théorie de l'« initial interest confusion » existent, trahit néanmoins la difficulté de la tâche attribuée à l'autorité judiciaire. Il y a là peut-être un argument pour accroître la spécialisation des juges, en plus de la rapidité de la procédure d'injonction.

Pour autant, comme on l'a vu pour le « copyright », c'est surtout la présence d'une pluralité de moyens de défense susceptibles de contrer utilement l'établissement par le demandeur d'un cas de contrefaçon *prima facie* qui justifie l'intervention d'une personne tierce représentante de l'intérêt général, afin que la résolution du litige ne soit pas laissée à la seule discrétion des parties. Or, il semble bien qu'en droit du « trademark » les moyens de défense octroyés au défendeur dans le but de promouvoir un environnement où domine la liberté d'expression et la libre concurrence, ne soient pas de simples cas d'école.

144-1. Le premier amendement de la Constitution américaine - L'un des moyens de défense topiques du système américain est celui qui se fonde sur le premier amendement de la Constitution. Celui-ci suppose que le défendeur s'oppose au demandeur en invoquant l'illicéité de l'octroi d'une injonction par l'autorité judiciaire, injonction qui aurait pour effet de restreindre indûment le champ de la liberté d'expression⁶⁶¹. Le droit du « trademark » contribue certes à la promotion de la liberté d'expression en permettant d'identifier plus facilement la source ou l'origine du message⁶⁶². L'ensemble des signes distinctifs susceptibles d'être protégés par ce corps de règle appartient cependant à la catégorie « expression commerciale » (« commercial

⁶⁶¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 265 (1964) ; *United States Jaycees v. Philadelphia Jaycees*, 639 F.2d 134, n.9 (3d Cir. 1981) ; *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26, n.2 (1st Cir. 1987), certiorari denied and appeal dismissed, 483 U.S. 1013 (1987).

⁶⁶² *TE-TA-MA Truth Foundation – Family of URI, Inc. v. World Church of Creator*, 297 F.3d 662, 667 (7th Cir. 2002), certiorari denied, 537 U.S. 1111 (2003) : « *Trademark rights promote the aims of the first amendment by enabling producers of the spoken and written word to differentiate themselves. If multiple businesses use the same (or confusingly similar) names, the result is cacophony rather than discussion or debate* ».

speech ») protégée par le premier amendement de la Constitution américaine⁶⁶³. Mais, cela n'est vrai qu'à condition que le message ne soit pas erroné ou trompeur⁶⁶⁴. Les réglementations de contenus de nature commerciale sont alors examinées à la lumière d'un test moins restrictif que celui qui prévaut pour les contenus de nature sociale ou politique. Bien plus, l'exclusion du champ du premier amendement des messages commerciaux trompeurs rend en réalité improbable le succès d'un moyen de défense exclusivement fondé sur ce texte⁶⁶⁵. Il reste que l'injonction doit être calibrée avec précision pour ne pas porter atteinte à la liberté d'expression⁶⁶⁶.

144-2. La parodie - Ceci dit, la promotion de la liberté d'expression sous-tend implicitement un certain nombre de dispositions du LA, ce que la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître⁶⁶⁷. Si de manière générale l'utilisation d'une marque aux fins de parodie ne constitue pas un moyen de

⁶⁶³ Voir la décision de la Cour suprême *First Nat'l Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), rehearing denied, 438 U.S. 907 (1978). Le noyau dur de la catégorie « expression commerciale » comprend, selon la juridiction suprême, les propositions de s'engager dans une relation commerciale, ce qui inclut toutes les formes de publicité. *Board of Trustees v. Fox*, 109 S. Ct. 3028, 3036 (1989), motion denied, 493 U.S. 887 (1989) ; *Cincinnati v. Discovery Network*, 113 S. Ct. 1505, 1513 (1993). Voir également *Porous Media Corp. v. Pall Corp.*, 173 F.3d 1109 (8th Cir. 1999) ; *Procter & Gamble Co. v. Amway Corp.*, 242 F.3d 539 (5th Cir. 2001), certiorari denied, 122 S. Ct. 329 (U.S. 2001) ; *Kasky v. Nike, Inc.*, 27 Cal. 4th 939 (2002), certiorari dismissed, 539 U.S. 654 (2003) ; *Semco, Inc. v. Amcast, Inc.*, 34 U.S.P.Q.2d 1635, 1639 (6th Cir. 1995) ; *Procter & Gamble Co. v. Haugen*, 56 U.S.P.Q.2d 1098, 1106 (10th Cir. 2000).

⁶⁶⁴ *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 557 (1980), on remand, 51 N.Y.2d 816 (1980), on remand, 51 N.Y.2d 817 (1980). See *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983). Voir également *Peel v. Attorney Registration & Disciplinary Com.*, 496 U.S. 91, 106 (1990) ; *Ibanez v. Florida Dep't of Bus. & Prof. Regulation*, 512 U.S. 136, 114 S. Ct. 2084, 2090 (1994).

⁶⁶⁵ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §31:142.

⁶⁶⁶ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §27:69. Voir par exemple *Beneficial Corp. v. Federal Trade Comm'n*, 542 F.2d 611 (3d Cir. 1976), certiorari denied, 430 U.S. 983 (1977) ; *Better Business Bureau, Inc. v. Medical Directors, Inc.*, 681 F.2d 397 (5th Cir. 1982).

⁶⁶⁷ Comparer W. McGeeveran, *Four free speech goals for trademark law*, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* (18)2008, 1205-1227 ; avec W. McGeeveran, *Four free speech goals for trademark law*, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* (18)2008, 1205-1227.

défense à part entière constitutif d'une « affirmative defense »⁶⁶⁸, les préoccupations du défendeur sont appréciées lors de la mise en œuvre du test de la vraisemblance de la confusion, que l'analyse procède en une⁶⁶⁹ ou deux étapes⁶⁷⁰. Et les hypothèses dans lesquelles les juges considèrent que l'utilisation de la marque du demandeur aux fins de parodie n'est pas constitutive d'une contrefaçon sont nombreuses⁶⁷¹. Il est vrai cependant que l'on a vu se développer une jurisprudence critique à l'égard du défendeur lorsqu'il dispose de voies alternatives pour communiquer son message⁶⁷². Pour ce qui est de l'action en dilution, on notera l'existence de la section 43(c)(4)(B) qui fait de l'utilisation non commerciale de la marque une exception aux prérogatives de son titulaire. Cette exception a donc pu bénéficier à un certain nombre d'utilisateurs juniors dont l'ambition était là encore purement parodique⁶⁷³.

De manière générale lorsque la marque est reproduite ou imitée au sein d'une œuvre à vocation artistique les juges balancent l'intérêt des consommateurs à ne pas être induits en erreur et les exigences de la liberté d'expression, qu'il le fasse au stade de l'appréciation de l'utilisation

⁶⁶⁸ *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Capece*, 141 F.3d 188, 198-199 (5th Cir. 1998).

⁶⁶⁹ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1405 (9th Cir. 1997).

⁶⁷⁰ *Anheuser-Busch, Inc. v. Balducci Publications*, 28 F.3d 769, 775 (8th Cir. 1994), certiorari denied, 513 U.S. 1112 (1995).

⁶⁷¹ Voir par exemple *Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group*, 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989) ; *Eveready Battery Co. v. Adolph Coors Co.*, 765 F. Supp. 440 (N.D. Ill. 1991) ; *Yankee Publishing, Inc. v. News America Publishing, Inc.*, 809 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1992) ; *New York Stock Exchange, Inc. v. New York, New York Hotel LLC*, 293 F.3d 550 (2d Cir. 2002) ; *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410 (S.D. N.Y. 2002) ; *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002), certiorari denied, 537 U.S. 1171 (2003) ; *Lucasfilm Ltd. v. Media Market Group, Ltd.*, 182 F. Supp. 2d 897 (N.D. Cal. 2002) ; *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003), on remand to, 2004 Copr. L. Dec. P 28824 (C.D. Cal. 2004)

⁶⁷² *Mutual of Omaha Ins. Co. v. Novak*, 836 F.2d 397 (8th Cir. 1987) ; *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200, 206 (2d Cir. 1979) ; *Reddy Communications, Inc. v. Environmental Action Foundation*, 199 U.S.P.Q. 630, 634 (D.D.C. 1977).

⁶⁷³ *Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Prods.*, 73 F.3d 497 (2d Cir. 1996) ; *Lucasfilm Ltd. v. Media Market Group, Ltd.*, 182 F. Supp. 2d 897 (N.D. Cal. 2002). Voir également *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003), on remand to, 2004 Copr. L. Dec. P 28824 (C.D. Cal. 2004).

commerciale de la marque ou au stade de l'appréciation de la vraisemblance de la confusion comme l'illustre la décision rendue dans l'affaire *Rogers v. Grimaldi*⁶⁷⁴.

144-3. L'usage équitable nominatif - L'on mentionnera également la théorie de l'usage équitable nominatif (« nominative fair use »)⁶⁷⁵ au moyen de laquelle certaines juridictions exonèrent le comportement du défendeur dans l'une ou l'autre des hypothèses suivantes : soit le défendeur utilise la marque du demandeur dans le but de décrire ou identifier les produits ou services du demandeur, même si l'objectif ultime du défendeur est de distinguer ses propres biens ou services⁶⁷⁶ ; soit s'en référer à la marque du demandeur est le seul moyen raisonnable en pratique pour le défendeur de s'exprimer sur un sujet donné⁶⁷⁷.

145. La prise en compte de l'intérêt général au sein du cyberspace - L'actualité de ces solutions jurisprudentielles n'a *a priori* pas de raison de faiblir au sein de cyberspace, ce en dépit de l'approche plutôt sévère de la majorité des juridictions en matière d'enregistrement de noms de domaine⁶⁷⁸. D'ailleurs, plusieurs affaires en témoignent déjà. Alors que le défendeur utilisait la marque du demandeur comme composante de son nom de

⁶⁷⁴ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 999 (2d Cir.1989) : « *We believe that in general the Act should be construed to apply to artistic works only where the public interest in avoiding consumer confusion outweighs the public interest in free expression* ». Voir également *Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group*, 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989); *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003), on remand to, 2004 Copr. L. Dec. P 28824 (C.D. Cal. 2004).

⁶⁷⁵ Cette exception contrairement à celle de l'usage équitable classique (« classical fair use ») ne trouve pas de fondement textuel au sein du LA. Voir la section 33(b)(4) du LA (15 U.S.C §1115).

⁶⁷⁶ *Cairns v. Franklin Mint Co.*, 292 F.3d 1139, 1151 (9th Cir. 2002).

⁶⁷⁷ *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302, 308 (9th Cir. 1992).

⁶⁷⁸ Voir *Planned Parenthood Federation of America, Inc. v. Bucci*, 42 U.S.P.Q.2d 1430, 1997 WL 133313 (S.D. N.Y. 1997), affirmed without opinion, 152 F.3d 920 (2d Cir. 1998); *Jews For Jesus v. Brodsky*, 993 F. Supp. 282 (D.N.J. 1998), affirmed by 159 F.3d 1351 (3d Cir. 1998) ; *OBH, Inc. v. Spotlight Magazine, Inc.*, 86 F. Supp. 2d 176, 197 (W.D. N.Y. 2000) ; *People for Ethical Treatment of Animals, Inc. v. Doughney*, 113 F. Supp. 2d 915 (E.D. Va. 2000), affirmed by 263 F.3d 359 (4th Cir. 2001). Comparer avec *Northland Ins. Companies v. Blaylock*, 115 F. Supp. 2d 1108 (D. Minn. 2000) ; *People for Ethical Treatment of Animals v. Doughney*, 263 F.3d 359 (4th Cir. 2001).

domaine, la Cour dans l'affaire *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*⁶⁷⁹ refusa d'enjoindre au premier de mettre fin à cette pratique en faisant remarquer, après avoir affirmé que la confusion des consommateurs n'était pas en l'espèce vraisemblable⁶⁸⁰, que le premier amendement venait limiter les prérogatives du titulaire du droit de propriété industrielle⁶⁸¹. De la même manière, l'action en dilution engagée par le demandeur fut rejetée. Les juges soulignèrent la nécessité d'établir un équilibre satisfaisant entre les deux fonctions du réseau Internet : « *L'explosion de l'Internet ne va pas sans maux grandissants. Il s'agit d'un moyen efficient pour les professionnels de disséminer l'information, mais il offre également aux critiques de ces professionnels un moyen aussi efficient de disséminer des commentaires* »⁶⁸².

⁶⁷⁹ 29 F. Supp. 2d 1161 (C.D. Cal. 1998).

⁶⁸⁰ « *The Internet is a communications medium. It is not itself a product or a service. Further, Faber's site states that it is "unauthorized" and contains the words "Bally sucks." No reasonable consumer comparing Bally's official web site with Faber's site would assume Faber's site "to come from the same source, or thought to be affiliated with, connected with, or sponsored by, the trademark owner." Therefore, Bally's claim for trademark infringement fails as a matter of law* ». *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*, 29 F. Supp. 2d 1161, 1163-1664 (C.D. Cal. 1998).

⁶⁸¹ « *Applying Bally's argument would extend trademark protection to eclipse First Amendment rights. The courts, however, have rejected this approach by holding that trademark rights may be limited by First Amendment concerns* ». *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*, 29 F. Supp. 2d 1161, 1166 (C.D. Cal. 1998).

⁶⁸² Traduction de l'auteur. *Bally Total Fitness Holding Corp. v. Faber*, 29 F. Supp. 2d 1161, 1168 (C.D. Cal. 1998).

De même, dans l'affaire *CPC Intern., Inc. v. Skippy, Inc.*⁶⁸³ la Cour rejeta la demande du titulaire de la marque au motif qu'elle aurait eu pour conséquence de restreindre indûment la liberté d'expression du défendeur dont le site n'était qu'un compte-rendu critique des activités du demandeur. Le défendeur utilisait pourtant la marque du demandeur au sein de son nom de domaine, mais pour critiquer l'attribution illégitime à ce dernier du droit de propriété industrielle sur le signe distinctif en cause.

Enfin, dans l'affaire *Playboy Enterprises, Inc. v. Welles*⁶⁸⁴, les juges d'appel du 9e circuit n'hésitèrent pas étendre la jurisprudence *New Kids on the Block* relative à l'usage équitable nominatif au domaine du cyberspace⁶⁸⁵.

2. Les obstacles à la mise en œuvre d'un contrôle au fond de l'action des régulateurs privés au moyen de l'injonction

146. Le recours à l'injonction comme mécanisme de corégulation présente certes des avantages du point de vue de la préservation des

⁶⁸³ 214 F.3d 456 (4th Cir. 2000) (« *The web site simply tells one woman's story about her family and recounts her view of CPC's actions and the legal events surrounding the trademark SKIPPY. Throughout most of the web site the trademark SKIPPY is used as part of editorial and historical commentary. As such it is a protected form of expression* »). Voir également *Bihari v. Gross*, 119 F. Supp. 2d 309 (S.D. N.Y. 2000) (« *Courts must be particularly cautious of overextending the reach of the Lanham act and intruding on First Amendment values [...]. Even if the [defendant's] websites are mean-spirited and vindictive, bad faith cannot be imputed as well to [defendant's] use of the [plaintiff's] mark in the metatags* »); *Lamparello v. Falwell*, 420 F.3d 309, 317-318 (4th Cir. 2005) (« *Applying the initial interest confusion theory to gripe sites like [Defendant]'s would enable the markholder to insulate himself from criticism--or at least to minimize access to it. We have already condemned such uses of the Lanham Act, stating that a markholder cannot shield itself from criticism by forbidding the use of its name in commentaries critical of its conduct* »); *Bosley Med. Inst., Inc. v. Kremer*, 403 F. 3d 672, 676+ (9th Cir. 2005); *Gregerson v. Vilana Financial, Inc.*, 2007 WL 2509718, 5 (D.Minn. 2007); *Freecycle Network, Inc. v. Oey*, 505 F.3d 898 (9th Cir. 2007); *Utah Lighthouse Ministry v. Foundation for apologetic information and research*, 527 F.3d 1045, 1052+ (10th Cir. 2008).

⁶⁸⁴ 279 F.3d 796, 800 (9th Cir. 2002).

⁶⁸⁵ Voir également *Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc.* 576 F.Supp.2d 463 (S.D.N.Y. 2008). Ici c'est le PISEL lui-même qui bénéficie de l'exception d'usage équitable nominatif.

exigences de l'intérêt général, mais il présente également des inconvénients pesant sur son effectivité. La mise en œuvre du test aux multiples facteurs utilisé pour déterminer la vraisemblance de la confusion dépend toujours d'une approche subjective (a). De plus, si l'injonction est bien un remède de droit commun en matière de contrefaçons de marque elle n'est pas encore un remède de droit tout court (b).

a. L'approche subjective du test aux multiples facteurs

147. L'importance de l'intention du défendeur lors de la caractérisation de la contrefaçon - L'utilisation de l'injonction comme instrument privilégié de la corégulation des contenus mis en ligne est problématique dans la mesure où l'octroi d'un remède en matière de contrefaçons de marque dépend d'une appréhension subjective du comportement du défendeur. C'est ce que démontre M. Beebe après une étude de 331 décisions rendues par des Cours de district fédérales de 2000 à 2004⁶⁸⁶. Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, si la teneur du test aux multiples facteurs est susceptible de varier d'un circuit à l'autre, il est possible de généraliser et d'énoncer que les juges prennent habituellement en compte les cinq facteurs suivants : la force ou le caractère distinctif de la marque du demandeur, le degré de similitude existant entre les deux marques en cause, le degré de similitude existant entre les deux produits en cause, le degré de similitude existant entre les deux chaînes de distribution des produits en cause, le degré de similitude existant entre les deux campagnes publicitaires en cause, la sophistication des acheteurs, et l'intention du défendeur. Ceci dit, seuls quelques facteurs sont en réalité conclusifs. Le degré de similitude existant entre les deux marques

⁶⁸⁶ B. Beebe, *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, California Law Review (94)2006, 1581-1654.

en cause exerce sans aucun doute une influence déterminante sur le résultat du test. À celui-la il faut ajouter, et ce, même pour ce qui est du second circuit⁶⁸⁷, l'intention du défendeur, ainsi que le degré de similitude existant entre les produits ou services de chacune des parties.

L'approche subjective du comportement du défendeur est de mise que le remède requis soit préliminaire ou définitif. De manière générale, quel que soit le circuit⁶⁸⁸ en cause, cinq éléments dont la charge de la preuve repose sur le demandeur sont examinés par les juges aux fins de se prononcer sur le bien-fondé de l'octroi d'une injonction préliminaire⁶⁸⁹ : la probabilité de succès du demandeur lors d'une action au fond, l'apparition d'un dommage irréparable subi par le demandeur si l'injonction n'est pas octroyée pendant l'action au fond ; le fait que l'octroi de l'injonction ait pour but de préserver le *statu quo ante*, le fait que le préjudice souffert par le demandeur en l'absence d'injonction soit supérieur à celui souffert par le défendeur si l'injonction est prononcée, le fait que l'octroi de l'injonction soit nécessaire pour protéger les intérêts des tiers. Si le demandeur établit que du refus de l'octroi d'une

⁶⁸⁷ Le second circuit s'est rendu célèbre pour son refus de considérer l'intention du défendeur comme un élément déterminant du test au multiple facteur. Voir *Lois Sportswear, U.S.A., Inc. v. Levi Strauss & Co.*, 799 F.2d 867, 875 (2nd Cir. 1986). Pourtant en pratique, « [t]he force of a finding of bad faith intent is no less apparent in the district courts of the Second Circuit [...] ». B. Beebe, *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, *California Law Review* (94)2006, 1581-1654, p. 1629.

⁶⁸⁸ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §30:31. Voir par exemple *Hypertherm, Inc. v. Precision Products, Inc.*, 832 F.2d 697, n.2, 4 U.S.P.Q.2d 1799 (1st Cir. 1987). See *Keds Corp. v. Renee International Trading Corp.*, 888 F.2d 215, 12 U.S.P.Q.2d 1808 (1st Cir. 1989); *Sunward Electronics, Inc. v. McDonald*, 362 F.3d 17, 69 U.S.P.Q.2d 2002 (2d Cir. 2004); *A.J. Canfield Co. v. Vess Beverages, Inc.*, 796 F.2d 903, 230 U.S.P.Q. 441 (7th Cir. 1986); *California Cedar Products Co. v. Pine Mountain Corp.*, 724 F.2d 827, 221 U.S.P.Q. 1137 (9th Cir. 1984).

⁶⁸⁹ Cette remarque est également vraie pour le le TRO octroyé en attente de l'injonction préliminaire. À la différence de l'injonction préliminaire, le TRO expire automatiquement à la date prévue à cet effet par le juge ou au moment où le juge se prononce sur le bien-fondé de l'injonction préliminaire. De plus, il peut en général être prononcé *inter partes* ou *extra partes*. Enfin, les juges sont moins exigeants pour ce qui est de la preuve des éléments de fait nécessaires à la caractérisation de la probabilité du succès de la demande lors de l'action au fond. Voir la règle 65 des Règles fédérales de procédure civile. Voir par exemple *Paisa, Inc. v. N&G Auto, Inc.*, 928 F. Supp. 1004, 1007 (C.D. Cal. 1996) ; *Towers Financial Corp. v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 803 F. Supp. 820, 822 (S.D.N.Y. 1992).

injonction s'en suivra une confusion vraisemblable des consommateurs les juges en infèrent généralement une probabilité de succès en cas d'action au fond ainsi que l'apparition d'un dommage irréparable au cas où l'injonction serait refusée⁶⁹⁰. Des cinq conditions énumérées, c'est donc la première qui est la plus importante⁶⁹¹, sachant qu'en théorie une simple possibilité de succès ne suffit pas à remplir cette condition, et que l'existence d'un doute quant au bien-fondé de l'action au fond du demandeur doit avoir pour conséquence le rejet de la demande⁶⁹². L'on en revient donc au test aux multiples facteurs.

Pour autant, M. Beebe remarque que le facteur de l'intention du défendeur n'est souvent déterminant que dans la mesure où il aide à faire pencher la balance du côté de la caractérisation de la vraisemblance de la confusion⁶⁹³. Ainsi, a priori rien n'empêche qu'un défendeur de bonne foi soit contraint de répondre à une injonction. D'ailleurs, les juges présument parfois la mauvaise foi⁶⁹⁴ du défendeur.

⁶⁹⁰ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §30:31 citant *New Kayak Pool Corp. v. R & P Pools, Inc.*, 246 F.3d 183 (2d Cir. 2001) et *orinquen Biscuit Corp. v. M.V. Trading Corp.*, 443 F.3d 112 (1st Cir. 2006). Reste à savoir si la présomption de dommage irréparable est encore d'actualité après la décision de la Cour Suprême *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 126 S. Ct. 1837, 1840 (2006). Voir *supra* §144.

⁶⁹¹ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §30:45 : « *Plaintiff's showing of a strong case and a probability of prevailing on the merits is perhaps the most important evidentiary point on a motion for preliminary injunction* ».

⁶⁹² Voir par exemple *Direx Israel, Ltd. v. Breakthrough Med. Corp.*, 952 F.2d 802, 813 (4th Cir.1991) ; *MicroStrategy, Inc. v. Motorola, Inc.*, 245 F.3d 335, 340 (4th Cir. 2001). Il semble que les juges soient encore plus exigeants en droit du « trademark », qu'en droit du « copyright » quant à la condition de la probabilité du succès du demandeur. Voir M. A. Lemley et E. Volokh, *Freedom of speech and injunctions in intellectual property cases*, *Duke Law Journal* (48)1998, 147-242, 217.

⁶⁹³ B. Beebe, *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, *California Law Review* (94)2006, 1581-1654, p.1660.

⁶⁹⁴ Par exemple de la similitude des marques en présence et du fait que le défendeur avait connaissance de l'existence de la marque du demandeur au moment où il décidait d'opter pour la sienne. B. Beebe, *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, *California Law Review* (94)2006, 1581-1654, p. 1630.

b. Le statut du remède de l'injonction

148. L'injonction, remède ordinaire en matière de contrefaçon de marque - L'injonction constitue sans aucun doute le remède de droit commun⁶⁹⁵, dans le monde réel comme dans le cyberspace⁶⁹⁶. À ce titre, il est souvent argué de l'impossibilité d'évaluer au moyen des dommages-intérêts le préjudice causé par la contrefaçon de marque⁶⁹⁷. De plus, à la différence des dommages-intérêts, l'injonction n'est pas punitive⁶⁹⁸, ce qui est de première importance puisque, dans la majorité des cas, les PISEL ne sont pas les responsables primaires de l'activité illicite en cause.

149. L'injonction, un remède équitable à la discrétion du juge - Cependant, l'injonction est encore loin de pouvoir être considérée comme un remède de droit en cas de violation d'un droit de propriété industrielle.

Cela est d'autant plus vrai depuis le prononcé de la décision *eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C.*⁶⁹⁹ rendue par la Cour suprême dans le domaine des brevets, mais qui devrait voir sa portée étendue aux autres pans de la propriété intellectuelle⁷⁰⁰. En l'espèce la juridiction suprême affirma qu'à chaque fois qu'un remède équitable est réclamé, les juges, usant d'un pouvoir discrétionnaire, doivent vérifier préalablement que les quatre conditions traditionnelles de l'« Equity » sont bien remplies : 1) le demandeur doit avoir subi un dommage irréparable, 2) les remèdes disponibles en droit, tels que les dommages-intérêts ne sont pas adéquates aux fins de compensation, 3) le

⁶⁹⁵ J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §30:02. En vertu de la section §34 du LA, le juge « *shall have the power to grant injunctions, according to the principles of equity and upon such terms as the court may deem reasonable* ». 15 U.S.C. §1116.

⁶⁹⁶ J. R. Berne, *Court intervention but not in a classic form: a survey of remedies in Internet trademark cases*, Saint Louis University Law Journal (43)1999, 1157-1214, p. 1207-1208.

⁶⁹⁷ *Abbot Labs. v. Mead Johnson & Co.*, 971 F.2d 6, 16 (7th Cir. 1992).

⁶⁹⁸ *Forschner Group v. Arrow Trading Co.*, 124 F.3d 402, 406 (2d Cir. 1997) : « *It is well-settled that the essence of equity jurisdiction has been the power to grant relief no broader than necessary to cure the effects of the harm caused by the violation* ».

⁶⁹⁹ 126 S. Ct. 1837, 1840 (2006).

⁷⁰⁰ *Voir Am. Med. Corp. v. Axiom Worldwide, Inc.*, 522 F.3d 1211, 1227-1128 (11th Cir.2008).

remède équitable octroyé est justifié par la comparaison des intérêts en présence, 4) l'intérêt public n'est pas desservi par l'octroi d'une injonction permanente. Dès lors, la caractérisation d'une contrefaçon ne fait pas naître automatiquement à l'endroit du demandeur un droit à l'octroi d'une injonction. Le juge auquel l'injonction est demandée doit en effet prendre en compte les « equities » de chacune des parties, autrement dit les intérêts de chacune des parties mis en jeu au sein du litige, de même que les exigences de l'intérêt public, avant que de trancher la question de l'opportunité de l'octroi de ce remède.

Le prononcé d'une injonction permanente dépend évidemment de la conclusion de l'affaire au fond. Afin de prévenir au plus vite la propagation du dommage sur le réseau, le demandeur sera cependant tenté de réclamer un remède préliminaire temporaire⁷⁰¹. Il pourra alors utiliser une procédure d'urgence dont les conditions de mise en œuvre dépendent des règles propres à chaque juridiction⁷⁰². Reste à savoir si la présomption d'un dommage irréparable à partir de la probabilité du succès au fond du demandeur requérant le prononcé d'une injonction préliminaire⁷⁰³ est également remise en cause par la décision de la Cour suprême⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Les droits et devoirs des parties ne seront définitivement établis qu'à la suite du prononcé de la décision au fond. Des critiques se sont donc élevées contre la complexité et la lenteur de la procédure qui décourage souvent les plaideurs. « *Litigation can provide no certain answers to many trademark, trade dress and related disputes. The "answer" may not be known until after there has been a motion for a temporary restraining order, followed by a motion for a preliminary injunction, an appeal to the Court of Appeals, then a trial, and a further appeal. Such litigation is not only enormously expensive but the uncertainty that lingers until a final decision issues can also destroy a business plan* ». J. C. Ginsburg, J. Litman et M. L. Kevlin, *Trademark and unfair competition law - Cases and materials*, 2007, Foundation Press, New-York, p. 917.

⁷⁰² Voir par exemple les Règles 27-3(a) et 27-3(b) de la Cour d'appel du 9^e circuit.

⁷⁰³ Elle sera en général précédée d'un ordre initial de la Cour (ou TRO) émis pour quelques jours avant que l'injonction préliminaire ne soit prononcée. .

⁷⁰⁴ M. McCarthy doute fortement de cette remise en cause en raison de la spécificité du droit du « trademark » par rapport au droit du « patent ». J. T. McCarthy, *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw, §30:47. En effet la réputation de l'entreprise du titulaire de la marque est mise en danger dès que la vraisemblance de la confusion est probable. Les consommateurs risquent en effet de ne plus être à même de distinguer l'origine exacte des produits ou services sur lesquels la marque protégée est apposée. Voir la décision

150. La nécessaire mise en œuvre de la responsabilité du PISEL aux fins de lui enjoindre de faire cesser l'activité illicite – De plus, l'octroi d'une injonction, préliminaire ou non, dépend par définition de la mise en œuvre de la responsabilité du PISEL. Ainsi, si le PISEL n'est pas qualifié de contrefacteur le titulaire de droit ne pourra pas obtenir de remède contre l'activité dommageable commise par autrui sur ou au moyen du système du PISEL.

151. Les difficultés liées au calibrage de la portée de l'injonction - Si l'injonction est appréciée pour sa malléabilité⁷⁰⁵, il faut faire attention à délimiter avec précision sa portée au risque de la transformer en sanction d'une obligation de régulation pour le futur, comme l'illustre l'affaire *Hendrickson v. eBay, Inc.*⁷⁰⁶ En l'espèce, le demandeur réclamait l'octroi d'une injonction qui aurait dû contraindre eBay à éliminer toutes les contrefaçons à venir de la marque du demandeur susceptibles d'apparaître sur son système.

La Cour de répondre qu'une injonction de ce type ne peut être prononcée puisqu'elle équivaut à imposer au PISEL une obligation de régulation tournée vers l'avenir telle que les trois prérogatives caractéristiques de tout processus de régulation lui sont de fait entièrement déléguées : « *une injonction de ce type requerrait de fait qu'eBay contrôle les millions de nouvelles publicités postées sur le site web chaque jour et détermine, de lui-même, laquelle de ces publicités enfreint les droits du demandeur octroyés par le Lanham Act. Comme la Cour l'a noté antérieurement, "aucune loi n'impose actuellement aux sociétés comme eBay un devoir affirmatif de s'engager dans un tel contrôle"* »⁷⁰⁷.

de la Cour d'appel du 11^e circuit, *North American Medical Corp. v. Axiom Worldwide, Inc.*, 522 F.3d 1211, 1228 (11th Cir. 2008), qui refuse de répondre à la question.

⁷⁰⁵ M. LaFrance, *Understanding trademark law*, 2005, LexisNexis, Newark, San Francisco, Charlottesville, p. 289.

⁷⁰⁶ 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001).

⁷⁰⁷ *I Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 1095 (C.D. Cal. 2001).

Non seulement il faut faire attention à ne pas trop imposer au PISEL, mais il convient également, comme nous l'avons déjà évoqué, de calibrer l'injonction au regard des exigences du premier amendement. Or la difficulté de cette tâche varie selon la nature de l'activité du PISEL. Elle est particulièrement ardue lorsqu'il est demandé au fournisseur d'accès Internet de rendre impossible l'accès au contenu illicite en cause puisque l'obstruction de l'accès à un site dans son entier peut avoir pour conséquence de mettre un terme à la diffusion de contenus licites comme illicites alors que seule une partie du site est jugée contrefaisante, comme le rappelle justement M. Zittrain⁷⁰⁸.

En dépit de ces obstacles, l'on remarquera cependant que le législateur américain n'a pas hésité à reconnaître récemment, qu'en matière de paris en ligne, il doit être possible d'ordonner à un PISEL d'obstruer l'accès au site hébergeant une activité illicite⁷⁰⁹. Reste à savoir si en pratique les juges exerceront un contrôle strict du bien-fondé de l'octroi de ce remède.

⁷⁰⁸ J. Zittrain, *Internet points of control*, Boston College Law Review (14)2003, 653-688, p. 679-682.

⁷⁰⁹ Voir le Unlawful Internet Gambling Funding Prohibition Act de 2006 (Pub. L. n° 109-347, Tide VIII, § 802, 120 Stat. 1952, (2006) codifié à 31 U.S.C. §§5361-67), 31 U.S.C. §5365 : « (c) *Limitation relating to interactive computer services.*--

(1) *In general.*--*Relief granted under this section against an interactive computer service shall--*

(A) *be limited to the removal of, or disabling of access to, an online site violating section 5363, or a hypertext link to an online site violating such section, that resides on a computer server that such service controls or operates, except that the limitation in this subparagraph shall not apply if the service is subject to liability under this section under section 5367;*

(B) *be available only after notice to the interactive computer service and an opportunity for the service to appear are provided;*

(C) *not impose any obligation on an interactive computer service to monitor its service or to affirmatively seek facts indicating activity violating this subchapter;*

(D) *specify the interactive computer service to which it applies; and*

(E) *specifically identify the location of the online site or hypertext link to be removed or access to which is to be disabled ».*

Conclusion

152. La subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle des PISEL est donc susceptible de traduire des réalités différentes ou plus exactement des stratégies de régulation différentes quand bien même elles seraient toutes à dominante privée.

Si la régulation privée reste le paradigme dominant en matière de « trademark » du fait notamment des interprétations jurisprudentielles de la théorie de responsabilité secondaire du « contributory infringement », le modèle en germe au sein du LA se caractérise par la tentative d’instaurer un système de corégulation grâce au recours à l’injonction dont les conditions de mise en œuvre sont distinctes de celles de l’action en dommages-intérêts. Il s’agit là d’une réponse originale au défi de l’intégration des acteurs privés au sein du processus de régulation. En effet, il n’est pas facile de trouver les moyens susceptibles de contribuer à la conformité matérielle de la régulation privée⁷¹⁰.

Ceci dit, étant donné les obstacles d’ordre procédural comme les obstacles d’ordre substantiel dont est entaché le mécanisme de l’injonction, toutes les difficultés liées à la mauvaise régulation des contenus mis en ligne ne peuvent être résolues. Cela est d’autant plus vrai qu’il suffit aux titulaires de marques protégées d’informer le PISEL de la nature des actes allégués contrefaisant pour rendre le recours au juge inutile. Dès lors, l’efficacité de la stratégie de régulation privée impérative promue par le LA continue de poser problème. Il aurait peut-être fallu distinguer plus clairement le domaine de la compétence des PISEL et celle des juges au risque de s’orienter vers une stratégie de régulation à dominante publique.

⁷¹⁰ La notion de « conformité » est cependant comprise de manière rudimentaire puisque seul le déni de régulation peut être sanctionné.

Étrangement, c'est de ce troisième modèle que semble se rapprocher la Directive, alors que beaucoup n'avaient eu de cesse de souligner les points communs existant entre le texte européen et le DMCA.

Tableaux de synthèse du modèle du Lanham Act

I. La menace de l'octroi d'une injonction oblige *ex ante* les PISEL à réguler

Type de contenus	Tout type de contrefaçon de marque
Obligation de régulation	
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	oui
obligation de contrôle	oui
obligation de sanction	oui

1. La régulation privée est obligatoire
2. La stratégie de régulation préserve les intérêts des victimes (titulaires de marque)

II. La menace de l'octroi d'une injonction n'oblige pas *ex ante* les PISEL à réguler

Type de contenus	Tout type de contrefaçon de marque
Obligation de régulation	
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	non mais les PISEL sont obligés de donner suite aux notifications précises des titulaires de marque
obligation de contrôle	non
obligation de sanction	- oui après réception d'une notification précise d'un titulaire de marque - oui sur ordre de l'autorité judiciaire en ce sens, peu importe la connaissance de l'activité illicite

1. La corégulation est obligatoire même si en pratique la régulation privée purement volontaire se développe
2. La stratégie de régulation tente de préserver les intérêts des victimes (ayants droit), des PISEL et plus largement du public

DEUXIEME PARTIE. DES STRATEGIES DE REGULATION PUBLIQUE

« On dit souvent que le modèle d'une société qui aurait pour éléments constituants des individus est emprunté aux formes juridiques abstraites du contrat et de l'échange. La société marchande se serait représentée comme une association contractuelle de sujets juridiques isolés. Peut-être. La théorie politique du XVIIe et du XVIIIe semble en effet souvent obéir à ce schéma. Mais il ne faut pas oublier qu'il a existé à la même époque une technique pour constituer effectivement les individus comme éléments corrélatifs d'un pouvoir et d'un savoir. L'individu, c'est sans doute l'atome fictif d'une représentation "idéologique" de la société ; mais il est aussi une réalité fabriquée par cette technologie spécifique de pouvoir qu'on appelle la "discipline". Il faut cesser de toujours décrire les effets de pouvoir en terme négatifs : il "exclut", il "réprime", il "refoule", il "censure", il "abstrait", il "masque", il "cache". En fait le pouvoir produit ; il produit du réel ; il produit des domaines d'objets et des rituels de vérité. L'individu et la connaissance qu'on peut en prendre relève de cette production ».

M. Foucault, Surveiller et punir - Naissance de la prison, Gallimard, Paris, p. 227.

153. L'Union européenne réagit bien à l'intervention législative américaine, mais choisit de le faire par le biais d'une directive minimaliste. L'objectif est en effet de fixer les conditions d'exonération de responsabilité des PISEL au rôle passif, conditions qui doivent au minimum se retrouver à l'échelle nationale. La Directive est donc un dispositif partiel. Ceci est d'autant plus vrai que la lettre de son texte est souvent imprécise. Une chose semble cependant acquise : la nécessité d'encadrer le processus de régulation privée et de faire participer ensemble acteurs privés et acteurs publics à l'activité de régulation aux fins d'opérer un contrôle au fond des normes privées. Autrement dit, le principe de la subordination de la régulation privée à la régulation publique est admis. Pour autant, l'ampleur de la privatisation

du processus de régulation reste équivoque de sorte qu'il est difficile de déterminer avec certitude la nature exacte de la stratégie de corégulation poursuivie. Le modèle de la Directive se distingue cependant de celui du LA en ce que la compétence de principe attribuées aux régulateurs privés ne va plus de soi (Titre 1^{er}).

Comme en témoigne l'exemple du droit français et en particulier les choix opérés par le législateur national lors de la transposition du texte européen, la stratégie de corégulation adoptée est une stratégie de régulation publique dès lors que la subordination de la régulation privée à la régulation publique est opérée en amont de l'intervention des régulateurs privés, en d'autres termes dès lors que seule l'autorité publique doit prendre l'initiative de la mise en oeuvre du processus de régulation (Titre 2^{ème}).

TITRE 1ER. LA SUBORDINATION DE LA REGULATION PRIVEE A LA REGULATION PUBLIQUE AU SEIN D'UNE STRATEGIE DE COREGULATION : L'EXEMPLE DE LA *DIRECTIVE 2000/31/CE*

154. L'harmonisation par le haut des législations nationales est l'une des voies principales du perfectionnement du processus d'intégration économique européen⁷¹¹, à côté de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle⁷¹² par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁷¹³ et plus généralement des nouveaux modes de gouvernance⁷¹⁴.

⁷¹¹ Voir le chapitre 3 du titre VII du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Suivant les périodes l'une ou l'autre des voies ont été privilégiées. Voir de manière générale P. Craig et G. de Burca, *EU law: text, cases, and materials*, 2008, Oxford University Press, Oxford, chapitre 2. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009 marque la disparition de l'expression « droit communautaire » remplacée par celle de « droit européen » ou « droit de l'Union européenne ». À ce propos voir J.-S. Bergé, *Question de vocabulaire: impact de la disparition du terme "Communauté" et ses dérivés dans les traités sur l'Union européennes sur le droit des contrats*, *Revue des Contrats* (2)2008, 523-526.

⁷¹² C-120/78, *Cassis de Dijon* [1979] Rec. 649 ; Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (*Cassis de Dijon*), JOUE n° C 256 du 30.10.1980, p. 2-3 ; K. A. Armstrong, *Mutual Recognition*, 2002, in B. C. and S. J., *The law of the Single European Market - Unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 225-267 ; V. Hatzopoulos, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, 1999, Bruylant Bruxelles.

⁷¹³ Voir pour une explicitation du rôle centralisateur de la CJUE M. Poiars Maduro, *Harmony and dissonance in free movement*, 2002, in M. T. Andenaes and R. Wulf-Henning, *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 41-68 ; M. Poiars Maduro, *We the Court - The European Court of Justice and the European Economic Constitution : a critical reading of Article 30 of the EC Treaty* 1998, Hart Publishing, Oxford ; J. Snell, *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, 2002, Oxford University Press, Oxford.

⁷¹⁴ La littérature sur ce sujet est déjà très abondante. Pour une bibliographie voir P. Craig et G. de Burca, *EU law: text, cases, and materials*, 2008, Oxford University Press, Oxford, chap. 5. Pour une étude de l'utilité de ces nouveaux modes de gouvernance dans le domaine du droit privé voir F. Cafaggi et H. Muir-Watt, *The making of European private law: regulation and governance design*, *European Governance Papers (EUROGOV) n°07-02*, 2008, www.connex-network.org.

Ceci dit, depuis la consécration de la nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation⁷¹⁵ et plus récemment la promotion de la bonne « gouvernance »⁷¹⁶, le législateur européen est invité à faire preuve de parcimonie, même s'il agit déjà dans le respect du principe de subsidiarité⁷¹⁷. Il est alors censé, avant de s'engager sur la voie de l'harmonisation par le haut, s'intéresser aux modes de gouvernance alternatifs parmi lesquels figure la méthode conflictuelle entendue au sens large⁷¹⁸. Dès

⁷¹⁵ Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOUE n° C 136 du 4.06.1985, p. 1-9.

⁷¹⁶ Voir entre autres, Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM(2001) 428 final; Communication de la Commission - Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278 final; Communication de la Commission « Gouvernance européenne : mieux légiférer » COM(2002) 275 final; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire » COM(2003) 71 final ; Accord interinstitutionnel - « Mieux légiférer » de 2003, JOUE n° C 321 du 31.12.2003, p. 1-5 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire, COM(2005) 535 final; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Examen stratégique du programme « Mieux légiférer » dans l'Union européenne COM(2006) 689 final ; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Examen stratégique du programme « Mieux légiférer » dans l'Union européenne COM(2006) 690 final. Voir également P. Craig et G. de Burca, *EU law: text, cases, and materials*, 2008, Oxford University Press, Oxford, chapitre 5.

⁷¹⁷ Article 5 du Traité sur l'Union européenne.

⁷¹⁸ Le principe de reconnaissance mutuelle comme mode de gouvernance alternatif à celui de l'harmonisation de droit matériel a été reconnu depuis longtemps. Voir notamment le livre blanc de la Commission, L'achèvement du marché intérieur : livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, COM(1985) 310 final. Il s'agit là d'une application particulière de la méthode conflictuelle. Pour une explicitation de l'originalité du principe de reconnaissance mutuelle utilisé comme un mécanisme de conflit entre ordres juridiques distincts mais aussi comme une règle de conflit de lois matérielle voir P. Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, 2004, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 485-525; P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, Recueil des cours (276)1999, 9-226. Traditionnellement le principe de reconnaissance mutuelle est compris comme une méthode de référencement à l'ordre juridique compétent : « *Tale metodo, ... possiede un carattere complementare rispetto al metodo classico dei conflitti di legge, in quanto è generalmente utilizzabile per la regolamentazione delle situazioni giuridiche maggiormente estranee all'ordinamento del foro. Esso tende ad evitare il sorgere e/o il permanere di situazioni giuridiche claudicanti (di situazioni, cioè che, rispetto a due ordinamenti in causa, producano effetti in uno solo di essi e non nell'altro, o viceversa)* ». P. Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità*

lors, si cette dernière suffit à atteindre le résultat désiré, l'on doit réduire au maximum le champ de l'harmonisation et plus exactement le champ de l'harmonisation des dispositions de droit substantiel.

C'est sans aucun doute de ce postulat de départ que s'inspirent les rédacteurs de la Directive. Ainsi, en réaction à l'émergence de régimes de responsabilité nationaux divergents mais surtout souvent trop coûteux du fait de l'imposition, sur la tête des PISEL, d'une obligation de contrôle spontané et systématique des contenus mis en ligne créant un obstacle au développement du marché électronique, il a été décidé de restreindre le nombre d'hypothèses dans lesquelles ces derniers se verraient contraints de répondre de leurs actes sans avoir cependant pour ambition d'élaborer un corps de règles exhaustif.

En conséquence, ici aussi la responsabilité civile se subjectivise, mais seulement la responsabilité civile pécuniaire (Chapitre 1^{er}). L'autonomisation du régime de responsabilité des PISEL en fonction du remède demandé par la victime témoigne en réalité d'un rôle de premier plan accordé aux autorités publiques. De plus, à scruter l'ordre juridique européen dans son ensemble, il est possible d'y trouver des mécanismes utiles à la juridicisation matérielle⁷¹⁹ du processus de régulation responsive, mécanismes permettant de subordonner la régulation privée à la régulation publique au moyen d'un contrôle au fond de la conformité des normes privées. Contrairement à la stratégie de régulation privée impérative promue aux Etats-Unis en matière de « trademark », la compétence de principe des PISEL chargés de prendre l'initiative de la régulation n'est pas aussi facilement admise. Pour autant la

dei metodi di coordinamento tra ordinamenti, 2004, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 485-525, p. 490-491.

⁷¹⁹ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19. Par juridicisation matérielle il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique matérielle.

nature exacte de la stratégie de corégulation poursuivie par le législateur européen reste équivoque dans la mesure où la répartition des compétences entre acteurs publics et acteurs privés n'est pas clairement établie (Chapitre 2^{ème}).

CHAPITRE 1ER. LA SUBJECTIVISATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE PECUNIAIRE

155. « Les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence »⁷²⁰. C'est donc la divergence des solutions nationales, source d'obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur, qui, officiellement, sert de justification à l'adoption des articles 12 et suivant formant la section 4^e de la Directive relative à la responsabilité des intermédiaires. Il est vrai qu'en 2000 les solutions nationales sont loin d'être fermement établies⁷²¹. L'Allemagne fait

⁷²⁰ Considérant 40 de la Directive.

⁷²¹ Reste à savoir si ces divergences créent véritablement des obstacles au bon fonctionnement du marché, ce qui ne devrait pas aller si facilement de soi au moins au regard du test prévalant en droit européen primaire et surtout au regard du très grand nombre de matières concernées par les règles de responsabilité horizontales établies par la Directive. Toujours est-il que dès 1995 l'impact des régimes de responsabilité des PISEL est jugé significatif pour le développement futur des services de la société de l'information. « Les prestataires de services ne seront encouragés à investir dans les nouveaux services que si les régimes juridiques qui s'y rapportent présentent à la fois des caractères de simplicité et de sécurité. La stratégie de bouquet de services implique que le prestataire de service qui fournit ces derniers doit être assuré qu'ils seront soumis à un seul régime juridique aisément identifiable. Contraindre le prestataire de service à appliquer les régimes des États membres selon la destination finale de ces services serait extrêmement difficile dans une Communauté de quinze États membres, et constituerait un obstacle juridique défavorable à l'investissement dans ce secteur ». Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM(95) 382 final, §49. D'où la nécessité non seulement d'harmoniser aux fins de créer un régime simple aux applications concrètes et prévisibles mais également d'établir une règle de conflit pour le domaine coordonné et non plus harmonisé qui garantisse l'application d'une seule et même loi.

Aux dires de M. Montero en 2000 « [L]e contentieux relatif à la responsabilité des intermédiaires fait actuellement l'objet de vives controverses en jurisprudence, en doctrine, et naturellement, parmi les divers acteurs concernés (les intermédiaires eux-mêmes, les représentants des usagers de l'internet, des titulaires de droits de propriété intellectuelle, des consommateurs, etc.). Les hésitations et discussions portent sur la possibilité technique, la faisabilité économique et l'opportunité du contrôle et, au besoin, du filtrage des contenus diffusés par les soins des intermédiaires. Au-delà, de l'âpreté du débat est due, logiquement, à la diversité des intérêts en présence et des "idéologies" ou politiques juridiques prônées. Il s'ensuit une grande incertitude juridique, qui se traduit par l'élaboration de solutions

figure d'exception avec sa loi réglementant les téléservices qui crée, en sa section 5⁷²², un mécanisme d'exemption horizontal⁷²³ au profit des PISEL. Quant au Royaume-Uni, ce pays a bien réagi à la révolution Internet mais essentiellement pour résoudre les questions de diffamation⁷²⁴. En réalité, le droit est tout simplement en formation. Il suffit pour illustrer ce processus d'« oscillation-créatrice » de prendre l'exemple de la France, où, à l'époque aucune disposition législative (spéciale) ne régleme encore la matière. Ce sont donc les juges et non pas le législateur⁷²⁵ qui se sont prononcés les premiers sur les questions de responsabilité des PISEL. La même tendance se retrouve en Italie, où les décisions de justice moins nombreuses se sont cependant souvent limitées à répondre à des questions de responsabilité pénale⁷²⁶.

jurisprudentielles, et même législatives, divergentes au sein de l'Union européenne ». E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 273-295, p. 273-274.

⁷²² « Section 5 of the Teleservices Act contains an exemption in favour of ISPs. Providers will not be responsible for any third-party content which they make available for use unless they have knowledge of such content and are technically able and can reasonably be expected to block the use of such content ». Le fournisseur d'accès Internet bénéficie quant à lui d'une exonération totale. K. Burmeister et C. Kohler, *Copyright liability on the Internet today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)*, *European Intellectual Property Review* (21)1999, 485-499. Voir le paragraphe suivant.

⁷²³ Applicable quelle que soit la nature des intérêts violés.

⁷²⁴ Voir le Defamation Act de 1996. On remarquera que si cette loi est sectorielle, le critère de la mise en oeuvre de la responsabilité du PISEL est ici aussi celui de la connaissance de l'activité illicite. Voir P. Todd, *E-commerce law*, 2005, Cavendish Publishing, London, Sydney, Portland, Oregon, p. 248 et s.; S. Hedley, *The law of electronic commerce and the Internet in the UK and Ireland*, 2006, Cavendish Publishing, Sydney, London, p. 158 et s.; C. Reed, *Internet law*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge, p. 113 et s.

⁷²⁵ C'est l'un des pays où la jurisprudence est la plus prolifique en la matière.

⁷²⁶ La question posée en jurisprudence fut celle de savoir si l'on devait étendre le régime de responsabilité pénale éditoriale aux PISEL. « En l'absence de normes spécifiques, les juges ont tout d'abord cherché à rattacher aux intermédiaires techniques des communications par Internet une responsabilité pénale éditoriale. [...] Par contre, l'alternative d'une responsabilité civile objective, tout à fait envisageable sur la base du droit existant comme l'expérience juridique française l'avait déjà montré, n'a pas été prise en compte ». M. De Arcangelis, *La responsabilité des fournisseurs de services d'hébergement sur Internet en Italie*, 2001, <http://www.juriscom.net>. Cette extension fut cependant très critiquée en doctrine. Voir V. Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* (1)1998, 15-28; V. Zeno-Zencovich, *Rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle*

Le législateur européen, fortement inspiré par le DMCA a donc tenté de rétablir aussi vite que possible la sécurité juridique en la matière dans le but de créer un marché électronique florissant susceptible de concurrencer le marché américain. Ceci dit, il fait le choix d'une méthode minimaliste en ce qu'il combine une harmonisation ciblée des dispositions de droit substantiel et une méthode conflictuelle matérielle⁷²⁷ ayant pour conséquence l'insertion d'une clause de marché intérieur. Dès lors, la subjectivisation de la responsabilité pécuniaire des PISEL (II) laisse en réalité une marge de manœuvre importante aux États membres qui s'étaient pourtant vus reprocher la diversité de leurs régimes de responsabilité (I).

comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari), Il Diritto dell'informazione e dell'informatica (6)1999, 1049-1057. De manière générale, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de transposition de la Directive les juges n'ont jamais répondu nettement à la question des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile des PISEL. « La scarsa produzione giurisprudenziale ha sostanzialmente eluso il punto nevralgico del criterio di imputazione, mentre in dottrina, v'è chi ha escluso il richiamo degli artt. 2049 e 2051 c.c. per inquadrare la peculiare fattispecie in esame, ha ritenuto inappagante, sul versante pratico e di policy, la soluzione ex art. 2043 c.c., ed ha rinvenuto nell'art. 2050 c.c. (responsabilità per l'esercizio di attività pericolose) la norma più idonea a ricomprendere le ipotesi di responsabilità del provider per gli illeciti compiuti on line ». S. Sica, Il "sistema delle responsabilità", 2001, in G. Commandé and S. Sica, Il commercio elettronico, G. Giappichelli, Torino, 218-247.

⁷²⁷ Appliqué au droit privé, qui ne repose cependant pas sur un contrôle centralisé de son application, le principe de reconnaissance mutuelle développé dans le cadre de relations de droit public se mue en méthode conflictuelle matérielle pour prendre la forme du principe du pays d'origine. Par méthode matérielle il faut comprendre : « Il metodo materiale dei conflitti di leggi, inteso in senso stretto (ad esclusione quindi delle più limitate ipotesi in cui si verifichi un semplice condizionamento materiale delle regole di conflitto classiche o tradizionali) è quello espresso, soprattutto nei sistemi di conflitto europei, dal funzionamento delle disposizioni di conflitto che, attraverso un collegamento in partenza alternativo o solo sussidiario di più leggi, impongono di applicare, per la regolamentazione di una determinata fattispecie, la legge più favorevole alla produzione di un specifico effetto di carattere materiale (dato generalmente dalla valida costituzione della situazione giuridica in causa, o dalla particolare protezione e tutela, sul piano materiale, di una delle parti del rapporto) ». P. Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, 2004, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 485-525, p. 489-490. Voir également S. Stalla-Bourdillon, *Re-allocating horizontal and vertical regulatory powers in the electronic marketplace: what to do with private international law*, 2009, in F. Cafaggi and H. Muir-Watt, *Regulatory strategies in European private law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, 298-350.

I. Les responsabilités émergentes du PISEL avant l'intervention législative

156. Alors que le législateur européen s'effraie des divergences nationales en matière de responsabilité des PISEL, rares sont en réalité les pays qui ont adopté une solution claire en la matière. L'Allemagne fait figure d'exception, au moins en apparence (A). D'autres se cherchent encore à l'exemple de la France dont la jurisprudence abondante est loin d'avoir tranché le débat (B).

A. Les certitudes trop rares des législateurs nationaux, l'exemple de l'Allemagne

157. **La loi sur les téléservices** - Le DMCA ne fut pas la seule source d'inspiration du législateur européen et la loi allemande de 1997⁷²⁸ a sans doute été un argument de force en faveur de l'adoption d'un système de responsabilité horizontale, et non pas verticale, comme celui élaboré par le législateur américain. Il est vrai, cependant, que les catégories retenues par la Directive sont plus proches de celles du DMCA que de celles de la loi allemande sur les téléservices.

Au moment où les instances européennes planchent sur la question de la responsabilité des PISEL, le dispositif allemand repose sur une distinction tripartite entre trois types d'acteurs aux activités distinctes : le fournisseur de contenus, le fournisseur d'hébergement et le fournisseur d'accès. C'est sur le fournisseur de contenus que doit reposer en principe le risque de la mise en ligne d'un matériel illicite ou dommageable.

⁷²⁸ Voir pour des commentaires de la loi allemande sur les téléservices T. Jansen, *Legal aspects of doing e-commerce business in Germany*, *International Company and Commercial Law Review* 1999, 39-42 ;K. Burmeister et C. Kohler, *Copyright liability on the Internet today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)*, *European Intellectual Property Review* (21)1999, 485-499; R. Julia-Barcelo, *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, *European Intellectual Property Review* (20)1998, 453-463.

157-1. Le fournisseur d'hébergement - Quant au fournisseur d'hébergement, la section 5(2) dispose qu'il ne peut être retenu responsable du dommage causé par la présence sur son système ou réseau d'un contenu illicite ou dommageable, à moins qu'il n'en ait connaissance, qu'il soit capable techniquement de bloquer l'accès à ce contenu et que l'on puisse raisonnablement attendre de lui qu'il s'engage dans cette voie. Il est difficile, cependant, de déterminer, sans devoir spéculer, ce que le législateur entend par connaissance. Or du contenu de cette notion dépend l'étendue des obligations mises à la charge du fournisseur de service⁷²⁹, et par là même la portée de la délégation des pouvoirs de régulation.

157-2. Le fournisseur d'accès - Quant au fournisseur d'accès, il bénéficie en vertu du paragraphe 3 de la section 5 d'une exemption totale de responsabilité du fait d'autrui. Pour autant, à lire le paragraphe 4 il est possible d'obliger le fournisseur d'accès à bloquer l'utilisation de contenus illicites sur le fondement du droit commun lorsque ce dernier a connaissance de l'existence de ces contenus. Ainsi, la combinaison de ces deux paragraphes a pu être interprétée de la manière suivante : le fournisseur d'accès est susceptible de se voir enjoindre de mettre fin à un acte illicite ou dommageable sans qu'il ne soit possible de le condamner au paiement de dommages-intérêts⁷³⁰. Même si la règle ainsi formulée pourrait sembler claire,

⁷²⁹ « [T]he wording of Article 5(2) of the Multimedia Law seems to lack clarity in the following aspects. First, the definition of the standard does not specify what should be understood by knowledge. Indeed, according to the language, it is not clear how the host service provider will gain knowledge of the illegal material; for example will a notice from the person whose rights allegedly are being violated establish such knowledge? Will awareness of facts and circumstances revealing an infringement be enough, or is actual knowledge required? In so far as Article 5(2) speaks only of "knowledge", it seems that actual knowledge is required for liability to arise. Secondly, what is technically possible in order to block the use of the illegal content will depend on the available technology at the moment the episode occurs ». R. Julia-Barcelo, *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, *European Intellectual Property Review* (20)1998, 453-463, p. 456.

⁷³⁰ « Therefore, from the combination of the two paragraphs, it would appear that injunctions will remain available against access providers where they are given notice of illegal content and it is possible for them to block access to it; however, there is no liability for damages ». R. Julia-Barcelo, *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, *European Intellectual Property Review* (20)1998, 453-463, p. 456. Selon M. Jansen, les paragraphes 3 et 4 de la section 5 doivent

un certain nombre de problèmes d'interprétation se sont posés lorsqu'il s'est agi, en pratique, de concilier les paragraphes 3 et 4. Aussi, suite à la décision CompuServe⁷³¹ dans laquelle un fournisseur d'accès s'est vu refuser le bénéfice de l'exemption de la section 5(3) de la loi sur les téléservices au motif que son activité ne correspondait pas à la définition législative, certains commentateurs n'ont pas hésité à inviter les fournisseurs d'accès à se comporter comme des fournisseurs d'hébergement et à bloquer l'accès aux contenus illicites conformément aux trois conditions posées par la section 5(2)⁷³².

également s'interpréter dans le sens d'une exonération totale de responsabilité financière civile et de responsabilité pénale, sans préjudice des possibilités d'enjoindre au fournisseur d'accès de mettre fin à l'activité illicite ou dommageable. « *With respect to section 5 paragraphs 3 and 4 of the Teleservices Act, it used to be accepted by legal experts in Germany that access providers could not be held responsible for third-party content under tort or criminal law, and that providers can only be forced to block the use of illegal content. This opinion was based on the official statement of reasons for the Teleservices Act given by the German Parliament* ». T. Jansen, *Legal aspects of doing e-commerce business in Germany*, *International Company and Commercial Law Review* 1999, 39-42, p. 42.

⁷³¹ La société américaine CompuServe hébergeait sur ses serveurs plusieurs forums de discussion, dont un certain nombre contenait des matériaux à caractère pédophile. Le 22 novembre 1995, le ministère public allemand communiqua une première liste de sites illicites à CompuServe GmbH. Celle-ci transmit l'information à la société mère, fournisseur d'hébergement, qui suspendit l'accès aux forums incriminés. Deux semaines plus tard, une seconde liste fut soumise au président de CompuServe Allemagne, M. Somm. CompuServe Inc. supprima alors l'accès à la plupart de ces forums. Cela dit, le 16 février 1995, CompuServe mit à disposition de sa clientèle un logiciel de filtrage et ainsi estima ne plus avoir à intervenir. Le Président de CompuServe Allemagne fut alors cité à comparaître devant le tribunal de première instance de Munich qui, refusant d'appliquer l'article 5(3) de la loi sur les téléservices, le condamna lourdement (peine d'emprisonnement et amende). La Cour d'appel de Munich infirma cependant cette décision estimant que d'une part, le Président de CompuServe GmbH ne pouvait être considéré comme complice des infractions à défaut de faute dûment prouvée, et, d'autre part, qu'en vertu de l'article 5(3), le Président de CompuServe Allemagne devait être acquitté. Voir Cour d'Appel de Munich, Arrêt du 17 novembre 1999, <http://www.legalis.net>. Pour un commentaire de cette décision, voir notamment R. Derham, *Internet - Regulation - On-line service providers' liability for material sent over their networks*, *Computer and Telecommunications Law Review* (3)1997, 117-118; J. Dieselhorst, *Germany: Telecommunications - Internet*, *Computer and Telecommunications Law Review* (4)1998, 131-132; T. Hoeren, *Germany: Computers - Criminal sanctions against access providers*, *European Intellectual Property Review* (20)1998, n°162.

⁷³² « *Until the question of responsibility of access providers has been finally clarified by the Court of Appeal and the Federal Supreme Court, it is recommended that access providers rendering services in Germany block the use of illegal content or at least examine the legal situation as soon as they receive information as to potential illegal content. Since it cannot be reasonably expected that access providers from foreign countries are aware of the provisions of German law, it may be sufficient to start such*

B. Les hésitations de la jurisprudence nationale, l'exemple de la France

158. Le choix de la faute comme fait générateur de la responsabilité des PISEL - Avant l'entrée en vigueur de la première tentative de transposition de la Directive, le débat portait en France sur le point de savoir s'il fallait déduire de l'interprétation des articles 1382 et 1383 du Code civil une obligation de vigilance⁷³³ de portée générale qui aurait obligé les PISEL à s'engager dans une activité de régulation systématique des contenus mis en ligne sur leurs systèmes ou réseaux. La faute, comme fait générateur de la responsabilité civile⁷³⁴ des PISEL, a donc été acceptée assez rapidement par les juges comme par la doctrine⁷³⁵, au détriment de la responsabilité objective fondée sur l'article 1384⁷³⁶.

consideration only where they receive such information from third parties, in particular from German authorities, rather than examining the content of critical home pages, news groups etc., in general ». T. Jansen, *Legal aspects of doing e-commerce business in Germany*, International Company and Commercial Law Review 1999, 39-42 p. 42.

⁷³³ Le terme d'obligation de vigilance est trompeur en ce qu'il ne met pas assez l'accent sur la nature exacte des obligations mises à la charge des PISEL et par là même la nature exacte des pouvoirs attribués aux PISEL. Or elle implique le plus souvent la délégation des prérogatives de fixation de la norme, de contrôle et de sanction.

⁷³⁴ Le système de responsabilité pénale en cascade propre au droit de la presse et au droit de la communication audiovisuelle qui instaure un mécanisme de présomption de responsabilité a été écarté sauf à ce que le support incriminé soit un organe de presse ou un moyen de communication audiovisuelle, catégories définies limitativement. Pour ce qui est du droit de la presse, « Les articles 42, 43, et 44 de la loi du 29 juillet 1881 instituent un régime spécifique, dérogatoire au droit commun de détermination "en cascade" des responsables des délits de presse, fondé sur le principe selon lequel c'est sur le responsable de la publication, et non de la rédaction, que pèse la responsabilité pénale des délits de presse à titre d'auteur principal ; à défaut de directeur de la publication de la publication pour la presse, ou d'éditeur pour les écrits non périodiques, la loi détermine les intervenants dans la confection ou la distribution de l'écrit, qui sont appelés, par substitution au responsable de la publication non identifiée, à répondre de ces délits à titre d'auteur principal, et ce afin d'éviter toute possibilité d'organisation d'un système d'irresponsabilité ». P. Sirinelli et C. Gavalda (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, n° 230-29. Voir Internet, Enjeux juridiques, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par I. Falque-Pierrotin, La Documentation Française, 1997, p. 25-26, qui insiste sur le fait que la responsabilité en cascade ne fonctionne correctement que pour des réseaux centralisés.

⁷³⁵ « La responsabilité subjective a une vocation universelle, de sorte qu'elle s'adapte sans coup férir aux modifications des données, à défaut de loi spéciale. [...] Aussi elle veille sur l'Internet. Rien n'est plus révélateur de l'éternelle jeunesse de la responsabilité subjective que son application à la dernière

Pour autant, certains juges n'ont pas hésité à recourir au procédé de la présomption, de sorte que le spectre de la responsabilité objective n'a jamais complètement disparu⁷³⁷.

De plus, la jurisprudence naissante s'est élaborée essentiellement en réaction à des violations de droits de la personnalité, comme le droit à la vie privée ou le droit à l'image, droits dont la sanction repose sur le fondement des articles 1382 et 1383⁷³⁸. Or, en droit d'auteur, sans entrer dans le débat de

trouvaille de l'esprit humain : si, sur les autoroutes terrestres, il y a longtemps que la faute ne régit plus qu'à titre secondaire les dommages qui s'y produisent, les autoroutes de l'information offrent un nouveau et immense champ d'action aux vénérables articles 1382 et 1383 ». P. Le Tourneau, *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet*, Expertises 1999, 419-427 Voir également M. Vivant, *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet*, La Semaine Juridique ed. G. (45-46)1999, 2021-2025; et de manière plus spécifique en droit d'auteur N. Quoy, *La contrefaçon par reproduction*, 1998, thèse, Paris II.

⁷³⁶ La faisabilité d'une application de l'article 1384 a été explorée par certains auteurs. Voir par exemple F. Dupuis-Toubol, M.-H. Tonnelier et S. Lemarchand, *Responsabilité civile et Internet*, La Semaine Juridique ed. E. (13)1997, 135-142. L'opportunité d'une solution de ce type a même été soutenue par d'autres à l'instar de MM. Lucas, Devèze et Frayssinet : « Il n'y aurait rien [...] d'extravagant à faire une place à la notion de risque, y compris en se fondant sur la jurisprudence récente en matière de responsabilité du fait d'autrui. Une doctrine autorisée enseigne en effet que depuis un arrêt fameux de la Cour de Cassation, l'article 1384 al. 1^{er}, du Code civil pourrait englober, outre l'hypothèse classique de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, toutes celles fondées sur "l'idée d'association à l'activité d'autrui et de profit tiré de l'activité d'autrui" ». A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, 2001, Presses Universitaires de France, Paris, n° 704. Voir pour une analyse générale de la place somme toute limitée de la responsabilité du fait des choses dans l'univers immatériel A. Lucas, *La responsabilité civile du fait des "choses immatérielles"*, 2001, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 817-826. On rappellera qu'en droit américain la notion de risque n'est pas absente du régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement et d'instruments de localisation de l'information.

⁷³⁷ Voir G. Haas et O. de Tissot, *L'activité de fournisseur d'hébergement à l'épreuve du droit des tiers*, *Communication Commerce Electronique* 2000, 16-22.

⁷³⁸ TGI Paris, ord. Réf. 9 juin 1998, Estelle Lefebure c/ Valentin Lacambre et autres ; Rev. Lamy dr. aff. 1998, n°8, n° 513, obs. L. Costes, Expertises 1998, n° 219, p. 308 et s., note M.-H. Tonnelier ; CA Paris, ord. Réf., 10 février 1999, Estelle Halliday c/ Valentin Lacambre, D. 1999 Jur. p. 390, note N. Mallet-Poujol, Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 8, n° 513, note L. Costes ; D. aff. 1999, p. 658, note Buffet-Delmas et A. Sahal ; JCP éd. G 1999, II, n°10101, p. 1084, note R. Desgorces ; JCP éd. G 1999, I, n° 180, p. 2021, M. Vivant ; TGI Nanterre, 8 décembre 1999, JCP éd. G 2000, II, n° 10279, note F. Olivier et E. Barbry, JCP éd. E 2000, p. 657, note M.-A. Gallot le Lorier et V. Varet, D. 2000, somm., p. 274, note Ch. Caron, *Légipresse* 2000, n° 169, p. 38, note B. Ader ; CA Versailles, 8 juin 2000, JCP éd. E 2000, p. 1067, *Communication, commerce électronique* 2000, n° 81, p. 31, note J.-Ch. Galloux, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 1918, p. 31, note L. Costes ; TGI Nanterre, 24 mai 2000, *Communication, commerce électronique* 2000, Act., n° 122, p. 4, note G. Haas, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 1845, note L. Costes.

l'unicité ou de la multiplicité de la notion de contrefaçon⁷³⁹, il n'est pas nécessaire de démontrer la faute du défendeur afin de pouvoir engager sa responsabilité civile, la caractérisation de l'élément matériel constitutif de l'acte de contrefaçon suffit⁷⁴⁰, ce qui pouvait légitimement inquiéter les PISEL. Ceci dit, les premières décisions rendues en la matière ont semblé préférer le fondement des articles 1382 et 1383⁷⁴¹, tel que, de manière générale il est correct d'affirmer que « [p]our appréhender le rôle des prestataires techniques de l'Internet, les tribunaux ont dès 1996 fait appel aux principes généraux du droit et plus particulièrement, pour ce qui est de la responsabilité, aux articles 1382 et suivant du Code civil »⁷⁴².

⁷³⁹ Voir H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2006, Litec, Paris, n° 973 et s. ; N. Quoy, *La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction*, *Revue Internationale de Droit d'Auteur* (181)1999, 3-97. Comparer avec P.-Y. Gautier, *L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon*, *Propriétés Intellectuelles* (3)2002, 28-31.

⁷⁴⁰ « [L]a contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation, l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété qui y sont attachés ». Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, Société éditions Phébus c/ Adam Shaw et éditions du Seuil, *Communication Commerce Electronique* 2002, p. 24, note Ch. Caron. Voir également Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 1991, *Dalloz* 1992, somm. p. 16, note C. Colombet ; Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, *Bull. I*, n° 56 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, *Bull. I*, n° 258. Comparer avec Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000, *Dalloz* 2000, *AJ*, p. 190. Pour MM. Lucas, il est néanmoins plus approprié de parler de présomption de responsabilité que de responsabilité de plein droit pour ce qui est du droit de la propriété littéraire et artistique, point de vue que nous partageons comme en témoigne de manière générale la jurisprudence en matière de responsabilité des PISEL à la recherche d'une faute commise par le défendeur quel que soit le fondement de la demande. H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2006, Litec, Paris, n° 979.

⁷⁴⁰ Voir la décision du TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 24 mars 2000, *Gaz. Pal.* 2001, 1 somm., p. 300, note I. Matthyssen ; Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, *Revue Internationale de Droit d'Auteur* 1999, n° 181, p. 303. Comparer avec Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000, *Dalloz* 2000, *AJ*, p. 190.

⁷⁴¹ Voir cependant la décision du TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 24 mars 2000, *Gaz. Pal.* 2001, 1 somm., p. 300, note I. Matthyssens, en matière de contrefaçon de marque et de droit d'auteur. Le tribunal condamna le fournisseur d'hébergement sur le fondement de l'article 1382 au motif que celui-ci ne pouvait ignorer que le nom de domaine « calimero.org » ainsi que l'adresse du site hébergé constituait la reproduction servile de la marque « Calimero ». Dès lors le PISEL aurait dû mettre fin à son service d'hébergement du site contrefacteur, ce surtout après le changement d'adresse effectué par le fournisseur de contenus. En revanche, le tribunal refusa de condamner le PISEL en sa qualité de fournisseur d'accès. Voir également pour un cas de contrefaçon de marque TGI Nanterre, 31 janvier 2000, <http://www.legalis.net> qui condamna le fournisseur d'hébergement sur le fondement de l'article 1383.

⁷⁴² P. Sirinelli et C. Gavaldà (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>, n° 239-61.

159. Applications jurisprudentielles - En France, les affaires les plus célèbres sont sans doute l'affaire E. Hallyday⁷⁴³ et l'affaire L. Lacoste⁷⁴⁴ où était en cause l'activité de fournisseurs d'hébergement. Dans la première, la demanderesse (une mannequin professionnelle) s'attaquait en référé à la numérisation et à la diffusion illicites de photos litigieuses portant atteinte à l'intimité de sa vie privée et lui causant ainsi un préjudice tant personnel que professionnel. Elle s'adressait pour ce faire directement à l'hébergeur puisque l'éditeur des contenus en cause était resté anonyme. En outre, elle réclamait le paiement d'une provision pour le dommage subi, l'interdiction sous astreinte de poursuivre la diffusion ainsi que la publication du jugement dans un certain nombre de périodiques généraux et spécialisés.

Le juge, même s'il refusa d'octroyer la provision, enjoint le PISEL, et ce sous astreinte, de « *mettre en œuvre tous les moyens de nature à rendre impossible toute diffusion des clichés photographiques en cause à partir de l'un des sites qu'il héberge* ». Il précisa en effet que de manière générale « *le fournisseur d'hébergement a[vait] l'obligation de veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge[ait], au respect par ceux-ci des règles déontologiques régissant le Web, et au respect par eux des lois et des règlements, et des droits des tiers [...]* ». En l'espèce, « *s'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse [était] publique et qui [était] donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a[vait], comme tout utilisateur du réseau, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge[ait] et en conséquence de prendre le cas échéant les mesures de nature à faire cesser le*

⁷⁴³ TGI Paris, ord. Réf. 9 juin 1998, Estelle Lefebure c/ Valentin Lacambre et autres ; Rev. Lamy dr. aff. 1998, n°8, n° 513, obs. L. Costes, Expertises 1998, n° 219, p. 308 et s., note M-H. Tonnelier ; CA Paris, ord. Réf., 10 février 1999, Estelle Halliday c/ Valentin Lacambre, D. 1999 Jur. p. 390, note N. Mallet-Poujol, Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 8, n° 513, obs. L. Costes ; D. aff. 1999, p. 658, note Buffet-Delmas et A. Sahal ; JCP éd. G 1999, II, n°10101, p. 1084, note R. Desgorces ; JCP éd. G 1999, I, n° 180, p. 2021, note M. Vivant.

⁷⁴⁴ TGI Nanterre, 8 décembre 1999, JCP éd. G 2000, II, n° 10279, note F. Olivier et E. Barbry, JCP éd. E 2000, p. 657, note M-A. Gallot le Lorier et V. Varet, D. 2000, somm., p. 274, note Ch. Caron, Légipresse 2000, n° 169, p. 38, note B. Ader ; CA Versailles, 8 juin 2000, JCP éd. E 2000, p. 1067, Communication, commerce électronique 2000, n° 81, p. 31, note J-Ch. Galloux, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 1918, p. 31, note L. Costes.

trouble qui aurait pu être causé à un tiers ». Dès lors, le PISEL était responsable civilement du dommage causé par la diffusion du contenu illicite, à moins qu'il ne démontrât qu'il s'était acquitté des obligations mises à sa charge, « spécialement quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter les droits de la personnalité, le droit des auteurs, des propriétaires de marques, de la réalité des vérifications qu'il aura[it] opérées, au besoin par des sondages, et des diligences qu'il aura[it] accomplies dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers pour faire cesser cette atteinte ». Le tribunal de première instance fit donc peser sur la tête du fournisseur d'hébergement une obligation générale de vigilance, que l'on pouvait considérer de moyen renforcée, puisque la charge de la preuve de son exécution incombait au PISEL. Cette obligation de vigilance ne se résumait cependant pas à une simple obligation de contrôle : le PISEL se voyait promu au rang de régulateur privé puisqu'il se devait de réagir spontanément en cas d'atteinte aux droits des tiers⁷⁴⁵.

Les juges d'appel allèrent encore plus loin sur le chemin de la responsabilisation des PISEL. Parce que le défendeur ne se contentait pas de transmettre l'information, il « [devait] donc, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité (la fourniture d'hébergement) qu'il a[vait], de propos délibéré, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend[ait], [était] rémunératrice et revêt[ait] une ampleur que lui-même revendiqu[ait] ». Dès lors, les juges du deuxième degré octroyèrent une partie de la provision réclamée par le demandeur. L'on se rapprochait ainsi de très près d'un régime de responsabilité pour risques, destiné d'abord à compenser les victimes.

Quant à la seconde affaire, les faits étaient similaires à la première : une ex-mannequin réclamait à trois fournisseurs d'hébergement des dommages-

⁷⁴⁵ La réaction du fournisseur d'hébergement ne devait pas être cantonnée aux cas d'activités manifestement illicites.

intérêts ainsi que le retrait de plusieurs photographies la représentant totalement ou partiellement dénudée et pour lesquelles elle avait accepté de poser dans le cadre de l'activité de mannequin qu'elle avait exercée dix auparavant. Le langage utilisé par le TGI de Paris fit écho à celui du TGI de Nanterre en ce qu'il énonça : *« En l'état actuel des choses, caractérisé par une absence de régulation étatique et une autorégulation balbutiante, le régime de cette responsabilité se doit de rechercher par référence au droit commun défini par l'article 1383 du Code civil. Le fournisseur d'hébergement est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence. Il lui appartient de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser les droits des tiers et il doit mettre en œuvre à cette fin des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action »*. L'obligation de surveillance changeait de nom sans pour autant changer de contenu, puisqu'à nouveau sous prétexte d'imposer une obligation générale de prudence et de diligence, on déléguaient l'intégralité des activités de régulation au PISEL : fixation de la norme, contrôle, sanction. En l'espèce, le déni de régulation était caractérisé. La réaction du fournisseur d'hébergement suite à la réception de l'assignation du demandeur ne pouvait suffire à l'exonérer. Le TGI de Nanterre tenta cependant de tenir compte de la spécificité des faits de l'espèce aux fins d'appréhender correctement les capacités d'action du fournisseur d'hébergement à qui il ne revenait en aucun cas d' *« exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites qu'il abrit[ait] »*. L'obligation de régulation n'était donc qu'une obligation de moyen.

Les juges d'appel firent, cette fois, preuve de bienveillance à l'égard des fournisseurs d'hébergement. S'ils ne remirent pas en cause l'existence d'une obligation de vigilance, ils insistèrent sur le fait qu'il s'agissait là d'une obligation de moyen de portée limitée *« qui n'impliqu[ait] pas l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés »* mais, qui *« d[evait] néanmoins se traduire, au stade de la formation du contrat avec le client-créateur de site, par des mesures préventives telles la prohibition de l'anonymat ou de la non-identification,*

l'adhésion à une charte de comportement ou tout autre procédé incitatif au respect des textes et des droits des personnes, et, au stade de l'exécution du contrat, par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu [était] illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation ». La Cour insista sur le caractère spontané de cette obligation : *« indépendamment des cas où elle en est requise par l'autorité publique ou sur décision judiciaire, de telles diligences doivent être spontanément envisagées par la société prestataire d'hébergement lorsqu'elle a connaissance ou est informée de l'illégalité, de l'illicéité ou du caractère dommageable du contenu d'un site ou lorsque les circonstances ou modalités de la réalisation, de l'évolution ou de la consultation d'un site, auxquelles elle doit veiller par des outils, méthodes ou procédures techniques d'analyse, d'observation et de recherche, la mettent en mesure d'en suspecter le contenu ; que, dans ces hypothèses, ces diligences ne trouvent, sous le contrôle du juge, d'autres limites que l'incompétence ou l'abus de droit de l'hébergeur à apprécier l'illégalité, l'illicéité ou le caractère dommageable du contenu litigieux ; qu'en dehors de ces hypothèses, il ne peut être fait grief à cet hébergeur de ne pas avoir contrôlé le contenu d'un site qu'il a pu légitimement ignorer »*⁷⁴⁶. La charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation de moyen reposait cette fois sur le demandeur. En l'espèce, la responsabilité du PISEL ne pouvait être engagée puisqu'il n'était pas démontré ni même allégué qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'activité illicite, ni que les modalités d'utilisation du site auraient dû lui en faire suspecter le contenu. Enfin, n'était pas contestée la mise en place de procédés raisonnables de détection des contenus illicites.

De l'analyse de ces deux affaires, il résulte donc qu'au moment où la Directive fut adoptée l'évolution jurisprudentielle française se faisait dans le sens d'un raffinement de la notion de faute que l'on voulait adaptée aux spécificités de l'Internet, ce qui d'ailleurs n'était pas nécessairement contraire

⁷⁴⁶ Mots soulignés par l'auteur.

aux solutions adoptées en Allemagne ou au Royaume-Uni. L'adoption de la Directive coupa cependant court à toute discussion. Les législateurs nationaux se virent ainsi requis de limiter clairement le nombre d'hypothèses dans lesquelles les PISEL pouvaient être reconnus responsables.

II. La désresponsabilisation relative des PISEL après l'intervention législative

160. Tout en étant proche du DMCA de par son domaine (A), la Directive s'en distingue de par ses effets, effets dont la spécificité s'explique par la particularité de l'instrument de droit européen dérivé choisi qui la voue à la partialité (B).

A. Domaine

161. Un régime de responsabilité horizontal quant aux types de contenus concernés - À la différence du DMCA dont elle s'inspire pourtant, la Directive⁷⁴⁷ met en place un régime de responsabilité horizontal, censé

⁷⁴⁷ Pour un commentaire des articles 12 et s. de la Directive voir E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833; L. Edwards, *Articles 12-15 ECD: ISP Liability -The Problem of Intermediary Service Provider Liability*, 2005, in L. Edwards, *The new legal framework for e-commerce in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 93-136; B. Frydman et I. Rorive, *Regulating Internet content through intermediaries in Europe and the USA*, Revue de l'Institut Max Planck de Cologne (23)2002, 41-59; R. Julia-Barcelo, *On-line intermediary liability issues: comparing E.U. and U.S. legal framework*, *European Intellectual Property Review* (22)2000, 105-119; A. Lopez-Tarruella, *A European community regulatory framework for electronic commerce*, *Commun Market Law Review* (38)2001, 1337-1384; V. McEvedy, *The DMCA and the e-commerce Directive*, *European Intellectual Property Review* (24)2002, 65-73; E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 273-295; L. Tiberi et M. Zamboni, *Liability of service providers*, *Computer and Telecommunications Law Review* (9)2003, 49-78; C. van der Net, *Civil liability of Internet providers following the Directive on electronic commerce*, 2003, in H. Sniijders and S. Weatherill, *E-commerce law -National transposition and transnational topics and perspectives*, 49-58; P.

s'appliquer quel que soit le type de contenu en cause, la nature de l'intérêt violé ou du dommage causé. À titre d'exemple, l'article 12 et l'article 14 exonèrent à certaines conditions le PISEL de sa responsabilité du fait des informations transmises ou stockées, sans précision supplémentaire. L'argument avancé pour justifier l'étendue de ce nouveau régime de responsabilité fut la simplicité du dispositif, garante de la sécurité juridique.

162. Les activités réglementées - Quant aux personnes concernées par la section 4 relative à la responsabilité des prestataires intermédiaires, il faut comme pour le DMCA distinguer en fonction de la nature de l'activité du PISEL. L'on remarquera que la notion générique de prestataire intermédiaire n'est pas définie par la Directive. Il s'agit certainement d'un sous-ensemble de la catégorie plus vaste de prestataire de service (« *toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information* »⁷⁴⁸). Par service de la société de l'information, il faut comprendre « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* »⁷⁴⁹. À lire le considérant 28 de la Directive la définition ainsi retenue est large⁷⁵⁰. La notion de prestataire intermédiaire est

Van Eecke et B. Ooms, *ISP liability and the e-commerce directive: a growing trend toward greater responsibility for ISPs*, *Journal of Internet Law* (11)2007, 3-9. Pour une analyse du projet de directive voir R. Julia-Barcelo, *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, *European Intellectual Property Review* (20)1998, 453-463; E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*, *Revue Ubiquité* (5)2000, 99-117; E. Montero, R. Julia-Barcelo et A. Salaün, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies*, 2000, in *Commerce électronique: le temps des certitudes*, Cahiers du C.R.I.D. n°17, Bruylant, Bruxelles, ; V. Sédailan, *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive sur le commerce électronique*, 1999, <http://www.juriscom.net>.

⁷⁴⁸ Article 2.

⁷⁴⁹ La Directive renvoie à la définition de la notion de « service de la société de l'information » contenue à l'article 1^{er} §2 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques, JOUE n° L 204 du 21.7.1998, p. 37-48, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, JOUE n° L 217 du 05.08.1998 p. 18 -26.

⁷⁵⁰ « *Les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne. Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont*

ainsi intimement liée à celle de destinataire du service (« toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible »⁷⁵¹), qu'il ne faut pas confondre avec celle de consommateur (« toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »⁷⁵²). Le destinataire du service peut d'ailleurs lui-même être un fournisseur de service de la société de l'information, à l'exemple de l'éditeur ou du fournisseur de contenus.

Seuls trois types d'activité sont visés, et non pas quatre. Les fournisseurs d'instruments de localisation de l'information ne sont pas expressément mentionnés à la différence du DMCA. Cela n'empêche, les définitions données de chacune de ces trois activités sont très proches de celles de la loi fédérale américaine. Il suffit pour s'en rendre compte de jeter un coup d'œil à la version anglaise de la Directive.

*pas couvertes. Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services ». Pour une analyse plus approfondie de cette notion en comparaison avec la notion de service telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la CJUE voir M. Antoine, *L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique, 2001*, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 1-29.*

⁷⁵¹ Article 2.

⁷⁵² Article 2.

162-1. Le fournisseur de simple transport - L'article 12⁷⁵³, tout d'abord, régleme la responsabilité du fournisseur de simple transport qu'il définit comme le fournisseur d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations émises par le destinataire du service, ou, à fournir un accès à ce réseau. Les activités de transmission et de fourniture d'accès comprennent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations, à condition que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à cette fin. De plus, le fournisseur de service ne doit pas exercer de rôle actif au sein du processus de transmission : il ne doit donc pas intervenir au moment du choix de l'émission des informations, du choix de leurs contenus susceptibles d'ailleurs d'être modifiés, ainsi qu'au moment du choix du récepteur des informations. L'article 12 englobe donc potentiellement un grand nombre d'activités qui incluent celle de l'opérateur de télécommunications comme celle du fournisseur d'accès Internet.

162-2. Le fournisseur de cache - Vient ensuite le fournisseur de cache dont l'activité, décrite à l'article 13⁷⁵⁴, est de fournir un service de la société de

⁷⁵³ « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

a) ne soit pas à l'origine de la transmission ;
b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation ».

⁷⁵⁴ « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la

l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations émises par un des destinataires du service, ce par le biais du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de ces informations dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure à la demande d'autres destinataires du service. En outre, le fournisseur de service ne doit pas modifier le contenu des informations transmises. Il doit également se conformer aux conditions d'accès de l'information, ainsi qu'aux standards relatifs à la mise à jour de l'information.

L'article 5.1 de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information qui consacre l'exception de reproduction provisoire, transitoire ou accessoire, sans signification économique indépendante⁷⁵⁵ est à lire ensemble avec les articles 12 et 13 de la Directive, ce sur le terrain du droit d'auteur. La portée

transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que :

- a) le prestataire ne modifie pas l'information ;*
 - b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;*
 - c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ;*
 - d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information*
- et*

e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation ».

⁷⁵⁵ « Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou*
 - b) une utilisation licite*
- d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2 ».*

exacte de cette exception reste cependant débattue en raison de la difficile interprétation de la notion de « signification économique indépendante »⁷⁵⁶.

162-3. Le fournisseur d'hébergement - Enfin, le législateur européen s'intéresse aux fournisseurs d'hébergement dont l'activité, telle qu'elle résulte de l'article 14⁷⁵⁷, consiste à stocker des informations fournies par les destinataires du service. Rien n'est dit sur les modalités de ce stockage, sur sa durée comme sur son but, bien qu'il soit mentionné que le destinataire du service ne doit pas agir sous l'autorité ou le contrôle du fournisseur d'hébergement. Il s'agit donc là encore d'une catégorie largement ouverte incluant d'ailleurs les fournisseurs de service de référencement gratuit et payant. La CJUE a récemment précisé que le caractère payant de l'activité du fournisseur de service ne pouvait suffire à exclure la qualification de fournisseur d'hébergement⁷⁵⁸.

Avant d'aller plus loin, il est important de souligner le caractère non exclusif de ces activités susceptibles d'être cumulées entre elles. Un même PISEL pourra donc être soumis à plusieurs standards de responsabilité en

⁷⁵⁶ Voir par exemple H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2006, Litec, Paris, n° 339 et s.

⁷⁵⁷ « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) 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.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

⁷⁵⁸ CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH §116 et 121.

fonction de la nature de chacune de ses activités. En cela le DMCA et la Directive procèdent bien de la même démarche⁷⁵⁹.

B. Effets

163. Afin d'illustrer la spécificité des effets de la Directive, il est nécessaire de distinguer le domaine harmonisé (1) du domaine coordonné (2).

1. Le domaine harmonisé

164. **Le contenu du domaine harmonisé** - L'originalité du mode de gouvernance choisi et par là même la répartition exacte des compétences entre niveau européen et niveau national aux fins de rapprocher les régimes de responsabilité des PISEL expliquent qu'il faille faire la différence entre le domaine harmonisé et le domaine coordonné : le premier est de la compétence du législateur européen, le second de la compétence des législateurs nationaux.

Pour la matière qui nous intéresse, le domaine harmonisé est composé des articles 12 et suivant. Comme on vient tout juste de le mentionner, trois types d'activités sont concernées, chacune soumise à un ensemble de conditions d'exonération de responsabilité bien particulières. Le dispositif européen, tout comme le dispositif américain, repose sur l'idée qu'il est

⁷⁵⁹ Voir E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 273-295, p. 276 qui cite le commentaire par article de la proposition de directive sur le commerce électronique : « *La distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercé. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités* ».

opportun de traiter avec faveur les PISEL au rôle purement technique⁷⁶⁰. Aucune précision n'est apportée cependant quant au point de savoir sur qui pèse la charge de la preuve de chacune de ces conditions⁷⁶¹.

Il s'est agi de simplifier non seulement les conditions d'exonération de la responsabilité civile, mais également les conditions d'exonération de la responsabilité pénale des PISEL.

Étrangement, aucune distinction n'est opérée entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle des PISEL. À supposer que seule l'harmonisation des dispositions impératives soit de la compétence du législateur européen⁷⁶², il serait alors vain de vouloir élargir le domaine de responsabilité des PISEL au moyen du contrat.

164-1. Pas d'obligation générale de surveillance - Dans tous les cas, la transposition des conditions d'exonération des PISEL en droit national ne doit pas aboutir à faire peser sur ces derniers, et ce quelles que soient leurs activités, une obligation générale de surveillance des informations transmises ou stockées⁷⁶³. Là encore, les mots ne sont pas très précis et l'on peut

⁷⁶⁰ Voir le 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'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 ».

⁷⁶¹ À ce titre, M. Montero avait proposé d'instaurer un système de présomption d'irresponsabilité. E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 273-295, p. 285-286.

⁷⁶² N. Reich, *A European contract law, or an EU contract law regulation for consumers*, *Journal of Consumer Policy* (28)2005, 383-407.

⁷⁶³ Art. 15 : « 1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers

s'interroger sur le sens qu'il convient d'attribuer à la notion de surveillance. Faut-il inclure non seulement ce que nous avons appelé jusqu'ici le contrôle des comportements des utilisateurs du réseau, et/ou leur sanction, et/ou surtout l'appréciation de leur caractère illicite ou licite ?

Il est vrai que les États membres se voient reconnaître la possibilité d'imposer aux PISEL une obligation spéciale de contrôle consistant soit en l'information prompte des autorités publiques compétentes quant aux activités alléguées illicites qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou, quant aux informations alléguées illicites que ces derniers fourniraient ; soit pour ce qui est du fournisseur d'hébergement, en la communication à la demande des autorités compétentes d'informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services. Certes, le domaine de cette obligation d'information n'est pas étroitement délimité en fonction de la nature des contenus illicites. Ceci dit, il semble qu'il faille en conclure que les PISEL n'ont pas à prendre l'initiative de la recherche des informations qu'ils doivent communiquer.

164-2. Conditions de l'exonération de la responsabilité du simple transporteur - Pour ce qui est tout d'abord de l'activité de transport décrite à l'article 12, le PISEL est exonéré de toute responsabilité pénale et civile. Dès lors, si le PISEL a effectivement connaissance de l'activité illicite, mais qu'il n'intervient pas, il échappe à toute responsabilité monétaire⁷⁶⁴. La solution est plus radicale que celle du DMCA puisque ce dernier oblige le simple transporteur, s'il veut bénéficier de la section §512, à réagir lorsqu'il a connaissance de la présence de contrefaçons flagrantes et répétées. En outre, il n'est pas impossible de supposer que dans certains cas, même si le PISEL se cantonne à un rôle purement technique, il incite ses clients ou abonnés à

fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

⁷⁶⁴ Voir cependant le considérant 42.

commettre des actes illicites, de sorte qu'il puisse être qualifié de complice au sens du droit pénal. Doit-on considérer alors qu'il ne peut dans ces hypothèses se protéger derrière l'article 12 puisqu'il « *collabore[rait] [ainsi] délibérément avec l'un des destinataires de son service* »⁷⁶⁵ ? La réponse n'est pas si évidente. Elle devrait pourtant être positive, même à supposer que l'incitation ne soit sanctionnée que par des sanctions civiles.

164-3. Conditions de l'exonération de la responsabilité du fournisseur de cache - À considérer maintenant l'activité de caching, en vertu de l'article 13 le PISEL est exonéré de sa responsabilité pénale et civile, s'il agit promptement pour retirer l'information stockée ou pour en rendre l'accès impossible, ce dès qu'il a effectivement connaissance de l'élimination de l'information du réseau ou de l'occlusion de son accès, ou, de l'ordre émis par un tribunal ou une autorité administrative en ce sens. Là encore, le vocabulaire utilisé par le législateur européen rappelle celui du DMCA. Il n'est pourtant pas aussi précis et les modalités d'obtention de cette connaissance effective sont passées sous silence.

164-4. Conditions de l'exonération de la responsabilité du fournisseur d'hébergement - Pour finir, conformément à l'article 14, le fournisseur d'hébergement est exonéré de toute responsabilité pénale et civile à deux conditions. Il faut cependant distinguer selon la nature de la responsabilité invoquée. Au pénal, le PISEL est exonéré s'il n'a pas effectivement connaissance de la présence de l'activité ou de l'information illicite, ou, si tel est le cas, il a réagi promptement pour les éliminer ou en rendre l'accès impossible. Au civil, le PISEL est exonéré s'il n'a pas effectivement connaissance de la présence de l'activité ou de l'information illicite et s'il n'a pas connaissance de faits ou de circonstances faisant présumer leur caractère

⁷⁶⁵ En vertu du considérant 44 « *un prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de "simple transport" ou de "caching" et, dès lors, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activité* ».

illicite, ou, si tel est le cas, il a réagi promptement pour les éliminer ou en rendre l'accès impossible.

Ici aussi, le texte est silencieux sur les moyens d'obtention de la connaissance du PISEL. L'article 21 impose il est vrai à la Commission, lors de la procédure de réexamen de la Directive, d'analyser en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives aux procédures de notification et de retrait. Mais c'est là une bien faible consolation, qui n'a d'ailleurs toujours pas abouti jusqu'à ce jour.

À vouloir prendre au sérieux l'article 15, la seule manière de décharger le fournisseur d'hébergement de son obligation de contrôle est de supposer de manière implicite que le PISEL ne peut acquérir la connaissance de faits ou de circonstances faisant présumer le caractère illicite du matériel transmis que s'il est informé par un tiers, le plus souvent par la victime.

De plus, l'on cherchera en vain les indications relatives au degré de certitude nécessaire. Autrement dit, doit-on supposer que le PISEL dispose de capacités techniques et juridiques de sorte que la connaissance des faits litigieux suffira à faire naître l'obligation de faire cesser l'activité illicite ou ne doit-on attendre sa réaction que lorsque le contenu est manifestement illicite afin d'éviter qu'il ne se transforme en juge de l'illicite⁷⁶⁶ ?

165. L'autonomisation des conditions de mise en oeuvre de la responsabilité civile en fonction du remède demandé par la victime - Qu'il s'agisse du simple transporteur, du fournisseur de cache ou du fournisseur d'hébergement, ils sont tous susceptibles d'être enjoins par une autorité

⁷⁶⁶ Voir les propos de M. Montero qui remarque : « Plus fondamentalement, le critère de responsabilité formulé par l'article 14 risque de susciter quelque difficulté d'appréciation. Comme tel, il suppose dans le chef du prestataire d'hébergement une compétence juridique qu'il n'a pas et ne doit pas avoir. On le somme pratiquement de substituer au juge dans l'appréciation des contenus qui lui sont renseignés comme illicites. Il est piquant de constater qu'en prétendant manifestement lui épargner un rôle de censeur, le législateur européen n'a pas réussi à éviter de l'ériger en juge ». E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 273-295, p. 287.

administrative ou judiciaire de mettre un terme à l'activité illicite ou d'en prévenir la réalisation dans la mesure où les Etats membres en décident ainsi⁷⁶⁷. Aucune condition particulière à l'endroit des PISEL n'est requise à cet effet.

Reste à savoir comment combiner l'article 15 et les derniers paragraphes de chacun des articles 12, 13 et 14. À la lecture du texte de la Directive, il semble bien que l'article 15 vienne limiter les pouvoirs du juge de la responsabilité (pécuniaire) comme de l'éventuel juge de l'injonction. La portée de cette dernière devrait donc être calibrée de façon à éviter d'imposer aux PISEL une obligation générale de surveillance. Et si par obligation générale de surveillance il faut comprendre l'obligation d'effectuer un contrôle spontané des contenus transmis en ligne, alors le juge ne devrait pas pouvoir enjoindre aux PISEL de prévenir, par des mesures de filtrage notamment, tous les types d'agissements illicites ou tous les types d'agissements contrefaisants sur son système ou réseau⁷⁶⁸.

166. Les interprétations nationales divergentes du domaine harmonisé -

Contrairement aux vœux des rédacteurs de la Directive, le domaine harmonisé, si peu étendu soit-il, n'a pas été interprété de manière uniforme au niveau national⁷⁶⁹ et ce, dans un sens pas toujours favorable aux PISEL⁷⁷⁰. Il

⁷⁶⁷ Article 12 §3, article 13 §2, article 14 §3.

⁷⁶⁸ C'est cependant la solution contraire qui a été retenue dans l'affaire belge SCRL Société belge des auteurs (SABAM) c/ SA Scarlet, Tribunal de première instance de Bruxelles, 29 juin 2007, www.juriscom.net: Interprétant ensemble les considérants 40 et 45 de la Directive, le tribunal juge que « les solutions identifiées par l'expert sont des "instruments techniques" qui se limitent à bloquer ou à filtrer certaines informations qui sont transmises sur le réseau de Scarlet ; qu'elles ne sont pas constitutives d'une obligation générale de surveiller le réseau ». Pour un commentaire de ce jugement voir par exemple O. Sasserah, *L'ordre de cessation à l'encontre d'un ISP, un nouvel angle d'attaque dans le combat des ayants droit contre le peer to peer*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (30)2007, 13-15; T. Verbiest et M. de Bellefroid, *Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet: retour sur l'affaire Sabam c/ Tiscali*, Légipresse (246)2007, 156-160. La CA de Bruxelles a cependant saisi la CJUE à propos de cette affaire, CA Bruxelles, 9e ch., 28 janvier 2010, *Scarlet Extended c/ Société Belge des Auteurs Compositeurs et Editeurs (SABAM)*, www.juriscom.net.

⁷⁶⁹ Ces divergences se retrouvent également au sein d'une même juridiction. Voir le titre 2e de cette 2e partie à propos du droit français.

suffit pour s'en rendre compte d'observer la manière dont les plateformes de vente aux enchères en ligne, et principalement eBay, ont été traitées par les juges nationaux⁷⁷¹. Fournisseur d'hébergement bénéficiant du régime spécial de responsabilité découlant de la transposition de l'article 14 de la Directive en Belgique⁷⁷², eBay a pu être en France condamnée au paiement de dommages-intérêts substantiels pour manquement à son devoir de prévenir la commission d'agissements illicites sur son système⁷⁷³. Les juges allemands sont semble-t-il plus nuancés dans la mesure où seule une injonction peut être prononcée à l'encontre de la plateforme afin de l'obliger à prévenir la répétition d'agissements illicites dont elle a connaissance ou la commission d'agissements illicites similaires⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ P. Van Eecke et B. Ooms, *ISP liability and the e-commerce directive: a growing trend toward greater responsibility for ISPs*, *Journal of Internet Law* (11)2007, 3-9.

⁷⁷¹ A. S. Y. Cheung et K. K. H. Pun, *Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers*, *European Intellectual Property Review* (31)2009, 559-567; M. Schaffner et A. Abello, *LVMH c/ eBay - une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2008, 75-86. Une question préjudicielle a cependant été posée par la High Court of Justice à la CJUE à propos du régime de responsabilité applicable aux administrateurs de plateformes de commerce en ligne. High Court of Justice, 22 mai 2009, L'Oréal SA, Lancôme Parfums et Beauté et Cie, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Limited c/ eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Limited. La position de la Commission européenne est la suivante : « La Commission estime ainsi que seule une partie des activités des gestionnaires de sites d'enchères électroniques tombe clairement dans le champ d'application de l'article 14 de la directive 2000/31/CE entraînant l'absence de responsabilité: il s'agit de la pure activité de stockage d'information provenant de tiers. Les activités économiques accompagnant ce stockage d'information ne sont pas concernées par l'exemption de responsabilité. » (Réponse à une question écrite posée le 4 juin 2008 par Mme Fourtou), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2008-2038+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR.

⁷⁷² T. com. Bruxelles, 7e ch., 31 juillet 2008, n° A/07/06032, Lancôme Parfums et Beauté & Cie c/ eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay Belgium, Comm. Com. Electr. 2009, étude 4, A. Regniault et F. Guthfreund-Roland.

⁷⁷³ T. com., Paris, 1e ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AB AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1e ch., B, 30 juin 2008, Christian Dior Couture c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1e ch., B, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net.

⁷⁷⁴ BGH, Urt. v. 11 mars 2004, Montres Rolex SA v. Ricardo.de AG, I ZR 304/01 ; BGH, Urt. v. 27 mars 2007, VI ZR 101/06 ; BGH, Urt. v. 19 avril 2007, Rolex SA v. eBay GmbH, I ZR 35/04 ; BGH, Urt. v. 12 juillet 2007, Jugendgefährdende Medien bei Ebay, I ZR 18/04.

2. Le domaine coordonné

167. L'harmonisation partielle - Comme l'explique l'un des porte-parole autorisés de la Commission « [l]a directive détermine uniquement les cas où un prestataire peut bénéficier d'une dérogation ou d'une limitation de responsabilité. Cela ne signifie pas qu'il sera nécessairement responsable dans le cas où il ne remplit pas les conditions pour en bénéficier. Dans ce cas, les régimes nationaux de responsabilité s'appliqueront pour déterminer la responsabilité du prestataire »⁷⁷⁵. Et M. Crabit de continuer « [c]ette approche s'explique, d'une part, par le fait que la jurisprudence qui a émergé ces cinq dernières années démontre qu'une forte insécurité juridique pesait sur la possibilité pour un intermédiaire purement passif de ne pas être considéré comme responsable. Les problèmes ne découlaient pas d'une éventuelle non-application des régimes nationaux de responsabilité qui aurait pu créer une sorte d'immunité pour ces nouvelles activités d'intermédiaires. D'autre part, la forme négative permet de n'intervenir au niveau communautaire que dans la stricte mesure nécessaire à l'objectif du Marché intérieur. En effet, il ne s'agissait pas d'harmoniser en tant que tels les régimes de responsabilité civile et pénale mais d'ajuster ceux-ci uniquement dans la mesure nécessaire à la suppression de l'insécurité juridique pesant sur les intermédiaires »⁷⁷⁶. L'exposé a le mérite d'être clair : le raisonnement *a contrario* ne peut donc servir à interpréter les articles 12 et suivant. Dès lors, il est tout à fait possible qu'un État membre décide d'exonérer les PISEL de tout type de responsabilité, à l'exemple de ce qui a été entrepris par le législateur américain au moyen du CDA⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833 p. 812.

⁷⁷⁶ E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833 p. 812.

⁷⁷⁷ Voir la solution qui a été adoptée en Italie à propos de la responsabilité de l'hébergeur et les discussions doctrinales suscitées par l'absence de clarté du texte (D.Lgs. n° 70/2003, art. 16 : « 1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a. non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per

168. Au-delà ou en deçà de l'harmonisation minimale et de l'harmonisation totale - En effet, et il faut bien comprendre la philosophie de la Directive qui se distingue à la fois d'une mesure d'harmonisation totale et d'une mesure d'harmonisation minimale, du moins au sens où on les entend traditionnellement. Pour ce qui est de l'harmonisation totale, hors du domaine harmonisé les États membres sont compétents pour réglementer les relations internes et internationales en vertu des règles de droit international privé, à condition de respecter les libertés fondamentales⁷⁷⁸. En cas d'harmonisation minimale, les États membres ont la possibilité d'adopter une

quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione. b. non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. [...] »). Pour une interprétation favorable au fournisseur d'hébergement en ce que le législateur italien serait allé plus loin que le législateur européen sur la voie de la déresponsabilisation L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, Responsabilità civile e previdenza 2005, 188 - 209 : « Il meccanismo funzionale risultante dal combinato disposto degli artt. 16 e 17 sembra quindi potersi così ricostruire: a) l'host provider non è custode del contenuto dei siti ospitati e, come tale, non può mai rispondere, ove non ne sia a conoscenza (art. 17, comm 1 ma anche art. 16 lett: a); b) nel caso in cui l'host provider abbia conoscenza, ad opera di un soggetto non qualificato, dovrà informare di ciò le autorità competenti; c) saranno queste ultime, nei casi in cui l'illiceità sia manifesta, ad effettuare al provider la comunicazione di cui alla lett. b) dell'art. 16, dalla quale deriva l'obbligo di immediata rimozione per il prestatore. Come è evidente, il legislatore del recepimento ha voluto evitare, non è dato sapere quanto consapevolmente, che fosse il provider il soggetto incaricato di valutare il carattere illecito dei contenuti nel momento in cui ha delimitato la nozione di conoscenza a quella conseguente alla comunicazione delle autorità competenti, ed ha affidato tale attività ad un soggetto che viene ritenuto, per sua specifica competenza tecnica, più idoneo a svolgerla ». Pour une interprétation un peu moins favorable au fournisseur d'hébergement et proche de la position du Conseil Constitutionnel français voir A. Maietta, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, 2009, in G. Cassano and I. P. Cimino, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, Padova, 511-528.

⁷⁷⁸ Voir l'explicitation de cette notion au sein de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JOUE n° L 149 du 11.06.2005 p. 22-39, considérant 15 : « Étant donné que la présente directive vise à procéder à une harmonisation totale, seules les informations exigées en vertu de la législation communautaire sont considérées comme étant substantielles aux fins de son article 7, paragraphe 5. Si les États membres ont introduit des prescriptions en matière d'information au-delà ou en sus de ce qui est spécifié par la législation communautaire, en vertu des clauses minimales, le non-respect de ces prescriptions ne sera pas considéré comme une omission trompeuse au sens de la présente directive » et l'interprétation qui en a été faite par la CJUE dans les affaires jointes C-261/07 [2009] VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et C-299/07 Galatea BVBA c/ Galatea BVBA.

disposition de transposition plus protectrice (habituellement de l'intérêt du consommateur), applicable aux relations internes et aux relations internationales en vertu des règles de droit international privé, à condition de respecter les libertés fondamentales. De plus, en dehors du domaine harmonisé les États membres restent compétents pour réglementer les relations internes et internationales en vertu des règles de droit international privé, à condition toujours de respecter les libertés fondamentales⁷⁷⁹. Ici, il s'agit plutôt de combiner un domaine harmonisé, le plus souvent de manière totale⁷⁸⁰, défini de manière limitative⁷⁸¹ et un domaine coordonné, catégorie ouverte⁷⁸² soumise au principe du pays d'origine⁷⁸³. Autrement dit, tout ce

⁷⁷⁹ Comparer avec la solution de la CJUE dans l'affaire C-376/98 [2000] Rec I-8419, §§101-103, dans laquelle la Cour reconnaît que la directive soumise à son contrôle est contraire au principe de libre circulation des marchandises en ce que son article 5 permet aux États membres d'établir des règles plus strictes pour ce qui est de la publicité ou le sponsor des produits de tabacs en conformité avec les exigences de la santé publique. Voir cependant l'affaire C-322/01, DocMorris [2001] Rec. I-488.

⁷⁸⁰ Voir les propos de M. Crabit à ce sujet : « La directive ne constitue pas de manière générale une directive d'harmonisation minimale. Seuls certains articles donnent explicitement la possibilité aux États membres de prévoir des règles plus strictes. Il s'agit des articles 5, 6, 10 dont le libellé précise que les États membres doivent prévoir que les prestataires respectent "au moins" un certain nombre d'exigences d'information. Cela signifie qu'ils peuvent aller au-delà de ce minimum prévu dans ces articles pour imposer aux prestataires établis sur le territoire, et uniquement à ceux-là en raison de l'article 3, des exigences supplémentaires ». E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833, p. 788.

⁷⁸¹ Voir la première phrase du Considérant 10 : « Conformément au principe de proportionnalité, les mesures prévues par la présente directive se limitent strictement au minimum requis pour atteindre l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur ».

⁷⁸² Pour une critique de l'étendue du domaine coordonné voir notamment O. Cachard, *Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé*, Revue de Droit des Affaires Internationales (2)2004, 161-179 et notamment p. 164-165 : « Toutes les règles nationales, qu'elles soient de droit commun ou de droit spécial, entrent donc dans le domaine coordonné pourvu qu'elles soient applicables aux opérateurs et aux opérations du commerce électronique. Or nous savons bien que la loi lorsqu'elle est générale, abstraite et impersonnelle s'applique à toutes sortes de situations, y compris aux opérations de commerce électronique. La formule de l'article 2-h embrasse donc tout le droit national des États ».

⁷⁸³ Voir le considérant 22 : « Le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général. Pour cela, il est nécessaire de garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté. Pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services. En outre, afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre

qui n'est pas harmonisé est coordonné, si bien que les États membres, s'ils sont compétents, ne peuvent réglementer que les activités des fournisseurs de service de la société de l'information établis sur leur territoire. L'on cherche donc en réalité à appliquer de manière systématique⁷⁸⁴ la loi de l'État d'origine où le PISEL est établi⁷⁸⁵.

Il est vrai que le §4 de l'article 1^{er} de la Directive sur le commerce électronique dispose expressément que « *la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ». Mais il ne s'agit pas d'en déduire que le droit international privé sorte indemne de l'adoption de la clause de marché intérieur à l'article 3 de la Directive sur le commerce électronique. S'il est tout à fait possible que cette dernière ne change pas grand-chose pour ce qui est de la matière contractuelle⁷⁸⁶, il en est autrement de la matière délictuelle. En effet, si la clause de marché intérieur n'établit pas de règle additionnelle de droit international privé, c'est qu'elle répond à une logique différente, tout en étant encore une règle de conflit, ce entendu au sens large. Autrement dit, en bien ou en mal, « *l'article 3 se distingue de celle des règles de conflit de lois employées traditionnellement en DIP de trois manières : par son champ d'application [...], par*

dans lequel le prestataire est établi ». Voir également l'article 3§1 : « *Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné* ». Les États membres ne peuvent déroger à la libre circulation des services de la société de l'information (et donc appliquer leur droit à un service établi en dehors de leurs frontières) que s'ils respectent les conditions du §4 de l'article 3.

⁷⁸⁴ À suivre la logique des rédacteurs de la Directive, afin que le PISEL ne soit soumis qu'à une seule loi, autrement dit à la loi du pays dans lequel il est établi, la loi du pays d'origine devrait trouver à s'appliquer même dans les cas où elle transpose le domaine harmonisé. Pourtant, le principe du pays d'origine ne devrait s'appliquer qu'au domaine coordonné. En effet, traditionnellement l'application du test des libertés fondamentales, substitué ici par le principe du pays d'origine, est exclue au sein du domaine harmonisé. Il faut alors recourir au droit international privé traditionnel.

⁷⁸⁵ Pour une étude détaillée de la notion d'établissement voir notamment J. Hörnle, *Country of origin regulation in cross-border media: one step beyond the freedom to provide services*, *International and Comparative Law Quarterly* (54)2005, 89-126.

⁷⁸⁶ Voir les dérogations à l'article 3 au sein de l'annexe de la Directive. Voir également P. Remy-Corlais, *Contrats à distance et conflits de lois*, *European Consumer Law Journal* (1-2)2004, 11-56.

sa fonction [...], par ses caractéristiques instrumentales [...] »⁷⁸⁷. Et au final, « l'article 3 [affecte] l'application des règles de DIP »⁷⁸⁸.

Même si de nombreux auteurs ont tenté de réconcilier la méthode conflictuelle matérielle du droit européen et la méthode bilatérale traditionnelle du droit international privé à la faveur le plus souvent de la seconde⁷⁸⁹, il n'est pas sûr, en pratique, que cette dernière soit totalement préservée. En témoigne tout d'abord le texte du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)⁷⁹⁰ qui en son article 27⁷⁹¹ réserve le jeu de règles secondaires spéciales incompatibles avec la méthode traditionnelle du droit international privé, et surtout les transpositions

⁷⁸⁷ E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833, p. 798-799.

⁷⁸⁸ E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833, p. 800. Il s'agit donc là d'une règle de conflit de lois matérielle.

⁷⁸⁹ Voir par exemple M. Fallon et J. Meeuse, *Le commerce électronique, la Directive 2000/31/CE et le droit international privé*, Revue Critique de Droit International Privé 2002, 435-490; M. Hellner, *The country of origin principle in the e-commerce directive : a conflict with conflict of laws ?*, 2004, in A. Fucks, H. Muir-Watt and E. Pataut, *Les systèmes de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 205-224. Pour une approche plus générale de la relation droit international privé/droit européen voir notamment H. Duintjer-Tebbens, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, Revue Critique de Droit International Privé 1994, 451; M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré – L'expérience de la Communauté européenne*, Recueil des cours (253)1995, 72; A. Fucks, H. Muir-Watt et E. Pataut (sous la dir.), 2004, *Les systèmes de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris; L. Radicati di Brozolo, *L'Influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, Revue Critique de Droit International Privé 1993, 401; G. P. Romano (sous la dir.), 2005, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde – Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris.

⁷⁹⁰ JOUE n° L 199 du 31.7.2007, p. 40-49.

⁷⁹¹ « Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles ». La rédaction de l'article 23 de la dernière mouture de la proposition de Règlement Rome II était cependant plus explicite, COM(2006) 0083 final, Art. 23 : « Le présent règlement n'affecte pas les instruments communautaires qui, dans des matières particulières, et dans le domaine coordonné par lesdits instruments, assujettissent la fourniture de services ou de biens au respect des dispositions nationales applicables sur le territoire de l'État membre où le prestataire est établi et qui, dans le domaine coordonné, ne permettent de restreindre la libre circulation des services ou des biens provenant d'un autre État membre que, le cas échéant, sous certaines conditions ».

nationales⁷⁹² qui semblent bien avoir accepté les implications du principe d'origine pourtant très critiqué.

Comme le remarque M. Crabit, étendre le domaine d'irresponsabilité des PISEL à partir des prescriptions de la Directive, n'a pas pour effet de créer un obstacle à la libre circulation des services de la société de l'information⁷⁹³, d'autant que, par le jeu de la concurrence normative qui doit s'établir entre les États membres en raison de l'application du principe du pays d'origine et de la mobilité des acteurs, l'on devrait tendre vers une situation de convergence⁷⁹⁴. Dès lors les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL, bornées d'une certaine manière par les conditions d'exonération des articles 12 et suivant font bien partie du domaine coordonné. D'où la formulation de l'article 2 de la Directive sur le commerce électronique qui y inclut les exigences concernant « *l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire* »⁷⁹⁵. De même, voilà justifiée la formulation négative des articles 12 et suivant.

⁷⁹² Voir par exemple les textes adoptés au Royaume-Uni (Electronic Regulation 2002), en Allemagne (Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, 14/12/2001, BGBI I 2001 I, 3721), Autriche (152. E-Commerce-Gesetz, Bundesgesetzblatt 2001 vom 21/12/2001, Teil I S. 1977. Pt 6, §20(1)), au Luxembourg (Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Memorial, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A -N°96 du 8 septembre 2000, p.2176, Article 2(4)), en France (Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Article 17).

⁷⁹³ Il n'est pas certain cependant que l'on élimine ainsi tout risque de distorsion de concurrence, étant donnée l'équivocité des critères d'exonération de responsabilité retenue par les rédacteurs de la Directive.

⁷⁹⁴ Ce qui n'est pourtant pas le cas au sein du domaine harmonisé. Voir *supra* §166.

⁷⁹⁵ E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833.

Conclusion

169. De l'étude des dispositions de la Directive, il ressort donc que l'ambition du législateur européen a été de s'assurer de l'exonération des PISEL au rôle purement technique dans un certain nombre d'hypothèses jugées essentielles au bon fonctionnement du marché intérieur. Si l'on peut en déduire le rejet d'un système de responsabilité civile objective, et une préférence donnée à un système de responsabilité subjective, la marge de manœuvre laissée aux États membres est telle qu'il leur est possible de choisir entre une gamme large de solutions allant d'un principe d'irresponsabilité à un principe de responsabilité pour faute (caractérisée une fois qu'il est établi que les PISEL ont connaissance de l'activité illicite) qui ne peut néanmoins pas avoir pour conséquence d'obliger les PISEL à entreprendre un contrôle systématique des contenus présents sur leurs systèmes.

Le rejet d'un système de responsabilité civile objective ne se vérifie cependant que lorsque le remède demandé par la victime consiste en l'octroi de dommages-intérêts dans la mesure où les États membres ont la possibilité de faire en sorte qu'une juridiction ou une autorité administrative puisse exiger des prestataires intermédiaires qu'ils mettent fin à une violation ou qu'ils en préviennent la réalisation.

Dès lors quand bien même le législateur européen serait attiré par la souplesse et l'adaptabilité de la régulation privée qu'il ne faudrait pas entraver par l'imposition d'un régime de responsabilité trop coûteux à l'endroit des PISEL, il octroie une place de choix aux autorités publiques susceptibles de prendre l'initiative de la régulation des contenus illicites ou de corriger en aval les actions des régulateurs privés. Autrement dit, le principe de la subordination de la régulation privée à la régulation publique est acquis, bien qu'elle ne soit pas à strictement parler impérative. Cela est d'autant plus vrai que l'étude d'autres textes de droit européen dérivé témoigne de

l'existence d'instruments utiles à la juridicisation matérielle⁷⁹⁶ du processus de régulation. Pour autant aux vues de certaines dispositions de la Directive relatives notamment aux codes de conduite et à l'articulation des conditions d'exonération de la responsabilité civile pécuniaire et de la faculté d'enjoindre les PISEL, il est difficile de répartir avec exactitude les pouvoirs de régulation entre acteurs publics et acteurs privés, et par là même de faire ressortir le caractère dominant de la stratégie de corégulation poursuivie par le législateur européen.

⁷⁹⁶ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris , p. 14 et 19. Par juridicisation matérielle il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique matérielle.

CHAPITRE 2EME. LA JURIDICISATION MATERIELLE DU PROCESSUS DE COREGULATION

170. L'autorégulation fait officiellement partie des moyens de régulation alternatifs dont la disponibilité doit être examinée par les instances européennes au moment de légiférer, à moins que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne l'interdise. En vertu de l'Accord Interinstitutionnel de 2003⁷⁹⁷ qui a été voulu comme un texte de compromis entre le Parlement européen, la Commission et le Conseil, il faut entendre par autorégulation « *la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels)* »⁷⁹⁸. Lorsqu'une stratégie de ce type est privilégiée, le rôle attribué à la Commission est alors celui d'observer les pratiques des acteurs privés aux fins de déterminer si elles sont bien en conformité avec les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'autorégulation est en effet comprise comme une stratégie de régulation purement privée fondée sur l'initiative volontaire.

Même si Internet a souvent été présenté comme le terreau d'élection de l'autorégulation, il semble que la stratégie de corégulation ait les faveurs des autorités supranationales dans ce domaine. Plus précisément, la deuxième acception généralement attribuée au terme de corégulation, plus ambitieuse et à la fois plus vague que la notion d'autorégulation régulée ou que celle de corégulation⁷⁹⁹ telle que définie par l'Accord Institutionnel de 2003, semble

⁷⁹⁷ Parlement européen, Conseil, Commission, Accord Interinstitutionnel « Mieux légiférer », 2003.

⁷⁹⁸ §22.

⁷⁹⁹ La notion de corégulation telle que définie par l'Accord Interinstitutionnel de 2003 semble encore reposer sur un principe de hiérarchie soumettant les acteurs privés aux autorités

l'avoir emporté, ce que confirme la création récente du Réseau Européen de Corégulation de l'Internet ⁸⁰⁰ : « Dans son second sens, la corégulation a une dimension plus vaste et mène à un véritable partenariat entre toutes les personnes intéressées. Cette approche se fonde sur la croyance du partage des responsabilités entre acteurs publics et acteurs privés quant aux enjeux soulevés par Internet. Les

publiques. Voir Parlement européen, Conseil, Commission, Accord Interinstitutionnel « Mieux légiférer », 2003/C 321/01 §18 : « On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations gouvernementales ou les associations) ». Pour une analyse de l'évolution du concept de corégulation utilisé par les instances européennes, voir notamment E. Svilpaite, *Self- and co-regulation instruments in the EU legal framework: limits and conditions of use*, NewGov Project Paper 04/D69, 2007, www.eu-newgov.org. Pour une critique de la conception hiérarchique de la corégulation prônée par la Commission et soutenue par le Parlement européen et le Conseil, voir E. Svilpaite, *Legal evaluation of the selected new modes of governance: the conceptualization of self- and co-regulation in the European Union legal framework*, NewGov Project Paper 04/D41, 2007, www.eu-newgov.org.

⁸⁰⁰ En 2003 le commissaire européen responsable de la société de l'information Erkki Liikanen annonce la création d'un Réseau Européen de Corégulation de l'Internet à l'initiative du Forum des droits sur l'internet en partenariat avec des organisations appartenant à six États membres, www.internet-coregulation.org. La notion de corégulation est définie de la manière suivante :

« A new path has to be elaborated, adapted to the specificities of the network. **It must be based on a new scheme of cooperation between the public and the private actors, more balanced, more flexible, more open.**

*This smooth procedure, associating all parties in the elaboration of the rules of the network is called **coregulation**.*

The word "coregulation" was born in France in 1998 and it is often quoted in international texts. Nevertheless, it can describe two ways of understanding the regulation philosophy generated by the internet :

In the first meaning, coregulation stands for "regulated self-regulation" : in this form of governance, the business entities or the civil society is associated with the public authorities in order for these latter to control or frame the self-regulatory tools. It generally leads to code of conducts elaborated by a group of actors, then validated and guaranteed by the public authorities.

In the second meaning, coregulation has a wider prospective and leads to a real "multi-stakeholder partnership".

This approach is based on the belief of shared responsibilities between the public and private actors on internet issues. The parties have to manage their interdependencies and articulate their specific tools of regulation. It leads to open and balanced discussions between the business sector, the public authority and the civil society in order to elaborate common solutions. These solutions are combining regulatory tools and preferences at the disposal of each actor (laws and decrees, codes of conducts, technical tools, self-awareness...)

This pattern of governance involves a matter of principle : all parties concerned in the development and the uses of the Internet have a legitimate right to contribute to the definition of the rules governing them. It is also built on a matter of efficiency : many problems quite simply cannot be solved without the active contribution of all parties.

The EICN believes that this meaning of coregulation is the governance pattern best adapted to the internet ».

parties doivent organiser leurs interdépendances et articuler leurs instruments de régulation spécifiques. Elle conduit à des discussions ouvertes et équilibrées entre le secteur privé, les autorités publiques et la société civile dans le but d'élaborer des solutions communes. Ces solutions associent les préférences aux instruments de régulation à la disposition de chaque acteur (lois et décrets, codes de conduites, instruments techniques, mécanismes favorisant la prise de conscience des utilisateurs). Ce modèle de gouvernance part du principe que toutes les parties concernées par le développement et les utilisations de l'Internet ont un droit légitime à contribuer à la définition des règles par les gouvernants. Il est aussi construit selon un principe d'efficience : beaucoup de problèmes assez simples ne peuvent être résolus sans la contribution active de toutes les parties »⁸⁰¹.

Il convient pourtant d'être prudent et ne pas vanter les avantages de ce paradigme participatif avant de s'assurer qu'il sert bien l'intérêt général qu'est censée traduire la régulation publique⁸⁰².

Si les rédacteurs de la Directive ont bien eu l'intention de faire oeuvrer ensemble acteurs privés et acteurs publics au sein du processus de régulation, la portée de la privatisation de ce dernier reste ambiguë aux vues non seulement de l'évocation du rôle susceptible d'être joué par les codes de

⁸⁰¹ Traduction de l'auteur.

⁸⁰² Voir pour ce qui est de l'autorégulation régulée les recommandations du Livre blanc sur la gouvernance européenne, COM(2001) 428 final, p. 25 : « La corégulation signifie qu'un cadre d'objectifs globaux, de droits fondamentaux, de mécanismes d'application et de recours, ainsi que de conditions de contrôle de l'exécution est prévu par la législation.

Elle ne doit être employée que quand elle représente véritablement une valeur ajoutée et qu'elle sert l'intérêt général. Elle n'est adaptée qu'aux cas où des droits fondamentaux ou des choix politiques importants ne sont pas en jeu. Elle ne doit pas être utilisée dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans tous les États membres. Il faut également que les organisations participantes soient représentatives, responsables et capables de suivre des procédures ouvertes pour la formulation et l'application des règles convenues. Il s'agit là d'un facteur clé pour déterminer quelle valeur ajoutée la corégulation apporte dans un cas donné.

La coopération qui en résulte doit en outre être compatible avec le droit européen de la concurrence, et le dispositif adopté doit être suffisamment clair pour que les intéressés connaissent les règles applicables et les droits qu'ils possèdent. Si la corégulation ne donne pas les résultats souhaités ou si certains acteurs ne se soumettent pas aux règles convenues, les autorités publiques ont toujours la faculté d'intervenir en arrêtant les règles spécifiques appliquées uniformément dans tous les États membres. Il faut également que les organisations participantes soient représentatives, responsables et capables de suivre des procédures ouvertes pour la requise ».

conduite, mais surtout, de la compétence de principe attribuée aux autorités publiques qui ne semble pas priver les PISEL de leurs prérogatives de régulateurs privés (I). Pour autant, la subordination de la régulation privée à la régulation publique est susceptible d'être obtenue au moyen de deux modalités particulières de l'interaction des acteurs privés et des acteurs publics, modalités participant sans aucun doute de la juridicisation matérielle⁸⁰³ du processus de corégulation (II).

I. La privatisation ambiguë du processus de régulation

171. À considérer l'attention portée aux codes de conduite, expression par excellence de l'autorégulation, on pourrait penser que la stratégie de régulation adoptée par le législateur supranational est celle de la régulation privée (A). Une lecture attentive du texte de la Directive nous fait cependant fortement douter de la réalité de ce choix (B).

A. Le rôle équivoque accordé aux codes de conduite

172. **L'article 16 de la Directive** - En son article 16 la Directive dispose que les autorités nationales et européennes (la Commission) encouragent « a) *l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15; b) la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire;*

⁸⁰³ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19. Par juridicisation matérielle il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique matérielle.

c) l'accessibilité par voie électronique des codes de conduite dans les langues communautaires ; d) la communication aux États membres et à la Commission, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique ; e) l'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et de la dignité humaine ». Dès lors, les codes de conduite⁸⁰⁴, produits par les prestataires de la société de l'information, acteurs privés, ont bien un rôle à jouer pour ce qui est de la régulation des contenus illicites. Cela a même été réitéré plusieurs fois, avant et après l'adoption de la Directive, pour ce qui est de la protection des intérêts des mineurs⁸⁰⁵.

M. Crabit explique qu'il s'agit ainsi de donner une place à la coutume au sein de l'édifice juridique européen : « *Les trois dispositions ... (article 16*

⁸⁰⁴ Pour une définition voir par exemple celle donnée par M. de Locht et Mme Labaro : « À titre de définition générique, on peut qualifier les codes de conduite d'instruments de régulation élaborés volontairement par ceux qui prennent part à une activité, ayant pour objectif d'organiser, de manière souple et évolutive, une fonction, par voie de règles communes, uniformes et non obligatoires ». P. de Locht et C. Labaro, *Les codes de conduite dans le commerce électronique : voyage dans les interstices du droit*, 2001, in E. Montero, *Le commerce européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 297-326, p. 299. Pour une étude des différentes manifestations contractuelles de l'autorégulation voir F. Cafaggi, *Self-regulation in European contract law*, *European Journal of Legal Studies* (1)2006, 1-52.

⁸⁰⁵ Voir notamment Livre vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information COM(96) 483 final ; Recommandation 98/560/CE du Conseil, du 24 septembre 1998, concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine, JOUE n° L 270 du 07.10.1998, p. 48-55 ; Rapport d'évaluation de la Commission, du 27 février 2001, concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine COM(2001) 106 final ; Deuxième rapport d'évaluation de la Commission, du 12 décembre 2003, concernant l'application de la recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine COM(2003) 776 final ; Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne, JOUE n° L 378 du 27.12.2006, p. 72-77 ; Décision n° 1351/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 instituant un programme communautaire pluriannuel visant à protéger les enfants lors de l'utilisation de l'internet et d'autres technologies de communication Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JOUE n° L 348 du 24.12.2008, p. 118 - 127.

paragraphe 1(d), 17 paragraphe 3, 19 paragraphe 5) font explicitement référence à la possibilité de l'existence de coutumes relatives au commerce électronique. Il s'agit d'une disposition originale en droit communautaire, qui reconnaît que l'une des sources du droit du commerce électronique pourrait être coutumière. En effet, face aux mutations profondes engendrées par la société de l'information, l'hypothèse coutumière mérite d'être prise au sérieux et pourrait ainsi avoir des répercussions importantes sur l'organisation des ordres juridiques, y compris communautaire (la relation entre le droit communautaire et la coutume méritant d'ailleurs d'être davantage analysée) »⁸⁰⁶. Pour autant, il faut faire attention à bien distinguer le domaine de la coutume de celui de la norme juridique ainsi que leur éventuelle interaction de sorte que la régulation coutumière ne vienne pas ruiner la régulation étatique⁸⁰⁷.

173. Le code de conduite, duplicata de la régulation publique - À ce titre, l'instrument du code de conduite a d'abord été perçu au niveau européen comme un moyen d'éduquer les internautes quant à leurs devoirs, mais surtout quant à leurs droits grâce à la duplication des normes établies par l'autorité publique. C'est ce qui ressort de la seconde version des principes produits par le forum eConfidence⁸⁰⁸ en vertu desquels : « *Les codes doivent ajouter de la valeur pour les consommateurs et leurs souscripteurs en*

⁸⁰⁶ E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833, p. 774.

⁸⁰⁷ Ce qui ne veut pas dire que des mécanismes d'incorporation de la coutume ne soient pas nécessaires. Ils sont d'ailleurs inévitables.

⁸⁰⁸ Le projet eConfidence a été décrit de la manière suivante : « *The Commission [...] assembled on 3 May 2000 a 'wider' group of business and consumer stakeholders with an interest in and experience of this work. A smaller 'core' group of those stakeholders was invited by the Commission to clarify the issues and, where there was consensus, provide a concrete basis for discussion, in the form of draft principles and guidelines, which, along with different options, will be submitted for discussion to the wider group. The work of the core group is therefore only preparatory. The wider group will be asked to endorse the areas of consensus and address open questions. Should we be satisfied that sufficient consensus has been reached on all the issues, the Commission will then consider adding its own endorsement, possibly in the form of a recommendation (a non-binding instrument), to which the principles and guidelines would be attached* ». Voir <http://econfidence.jrc.it>. Les succès de cette entreprise furent mitigés. Voir à ce titre Commission Staff Working Paper, Consumer Confidence in E-Commerce: Lessons Learned from the E-confidence Initiative, SEC(2004) 1390.

complétant les obligations légales. En atteignant ce résultat et en particulier lorsqu'ils répondent à des problèmes spécifiques de l'industrie, les codes peuvent répéter, se référer ou fournir des indications relatives aux obligations légales afin de permettre à leurs souscripteurs de s'y conformer, à condition que les codes ne les représentent pas de manière erronée ou ne prétendent pas donner des interprétations faisant autorité et incluent des démentis appropriés à cet effet »⁸⁰⁹.

174. Le code de conduite, instrument de régulation privée à part entière - Mais, à la lecture du considérant 40 de la Directive, il semblerait, cette fois, que le législateur européen ait été désireux de faire du code de conduite un instrument de régulation privée à part entière puisque si « la présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible », « il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les États membres »⁸¹⁰. La stratégie de régulation implicitement adoptée serait donc une stratégie de régulation à dominante privée. Bien plus, la qualité de la régulation privée (plus exactement sa légitimité) serait garantie non pas tant par la responsabilité délictuelle du (ou des) régulateur(s) privé(s), mais par la participation significative *ex ante* de toutes les personnes intéressées au processus de régulation. En effet, la collaboration des associations ou organisations représentant les consommateurs à l'élaboration et à l'application des codes de conduite ayant des incidences sur leurs intérêts doit être encouragée en vertu du paragraphe 2 de l'article 16. Mais que dire alors des articles 12 et suivant de la Directive qui témoignent plutôt d'une méfiance à l'égard des initiatives privées ? Faut-il en conclure qu'il s'agit là de règles plus supplétives

⁸⁰⁹ Traduction de l'auteur.

⁸¹⁰ Mots soulignés par l'auteur.

qu'impératives ? Il est fort douteux qu'il en soit ainsi dans la mesure où le législateur européen s'intéresse d'abord aux règles juridiques impératives.

Aucune réglementation précise de la procédure de participation n'est envisagée au niveau européen, de même qu'aucune obligation ne grève les États membres en ce sens. La voie de l'homologation choisie par la Directive 1995/46/CE relative à la protection des données personnelles n'a pas été retenue par les rédacteurs de la Directive. D'où les résultats décevants obtenus en pratique⁸¹¹. Comme le démontrent MM. Price et Verhulst, le code de conduite dans le domaine du commerce électronique s'assimile le plus souvent à une intention de principe sans force obligatoire. Dès lors, « *un degré de conformité a besoin d'être assuré. Les participants de l'industrie et les utilisateurs individuels ont besoin d'indications relatives au contenu des codes, et un arbitre impartial a besoin d'un mécanisme approprié de sanction. Ces deux variables sont souvent absentes au sein des initiatives en cours* »⁸¹². Ainsi s'explique sans doute la recommandation du Parlement et du Conseil pour ce qui est de la protection des mineurs sur Internet, qui admet enfin que l'autorégulation ne peut constituer la stratégie de régulation dominante⁸¹³.

⁸¹¹ Voir notamment l'étude très complète des codes de conduite au niveau européen réalisée par M. E. Price et S. G. Verhulst, *Self-regulation and the Internet*, 2005, Kluwer Law International, The Hague. Pour une critique du processus d'autorégulation voir également J. Dickie, *Producers and consumers in EU e-commerce law*, 2005, Hart Publishing, Oxford ; J. Holmes et B. Morgan, *The promise and peril of spontaneous order: the role of government in shaping e-commerce*, 2003, in H. Snijders and S. Weatherill, *E-commerce law - National transposition and transnational topics and perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 93-102; J. Rothchild, *Co-Regulating the Internet*, 2000, in T. Wilhelmsson, S. Tuominen and H. Tuomola, *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer Law International, The Hague, 179-203.

⁸¹² Traduction de l'auteur. M. E. Price et S. G. Verhulst, *Self-regulation and the Internet*, 2005, Kluwer Law International, The Hague, p. 154.

⁸¹³ « *De manière générale, l'autorégulation du secteur audiovisuel se révèle un moyen efficace supplémentaire mais non suffisant pour protéger les mineurs contre les messages à contenu préjudiciable. Le développement d'un espace européen de l'audiovisuel fondé sur la liberté d'expression et le respect des droits des citoyens devrait reposer sur un dialogue continu entre législateurs nationaux et européens, autorités régulatrices, industrie, associations, citoyens et acteurs de la société civile* ». Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne. La voie de l'autorégulation n'a cependant pas été abandonnée comme en

Certes, des initiatives intéressantes ont vu le jour aux fins de compléter la régulation privée entreprise au moyen des codes de conduite, comme le recours à des mécanismes de labellisation censés améliorer l'information des consommateurs relative au respect des prescriptions contenues au sein des codes de conduites⁸¹⁴. Elles n'ont eu néanmoins que très peu de répercussions en pratique.

En outre, alors qu'on attendait beaucoup de la proposition de Directive sur les pratiques commerciales déloyales, les espérances nourries ont été déçues au moment de son adoption finale. Beaucoup espéraient en effet que la Directive 2005/29/CE offre un cadre contraignant à l'adoption de ces instruments trop souvent qualifiés de droit mou⁸¹⁵, ce qui n'a pas été le cas.

Le flou entourant les composantes de la stratégie de régulation privée au moyen des codes de conduite dû en partie à l'absence de cadre légal laisse à penser que la stratégie de régulation sous-jacente aux régimes de responsabilité subjective partiels établis par la Directive est en réalité plus complexe.

témoigne l'adoption le 10 février 2009 de principes visant à promouvoir une utilisation plus sûre des réseaux sociaux par les mineurs, http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/self_reg/social_netwk/index_en.htm. La Commission reconnaît cependant qu'une initiative de ce type ne peut porter ses fruits que si ces principes sont acceptés par une grande majorité d'acteurs privés et qu'il existe des moyens effectifs permettant de garantir leur respect. Voir également Décision n° 1351/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 instituant un programme communautaire pluriannuel visant à protéger les enfants lors de l'utilisation de l'internet et d'autres technologies de communication Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

⁸¹⁴ Voir à ce titre le système Qualab de label de qualités encouragé par la Commission et dont le but à terme est « *assist users in identifying providers that adhere to widely recognised codes of conduct together with self-regulatory initiatives to back-up the reliability of self-labelling and services to audit the accuracy of self-rating labels* », système un temps présenté sur le site de la Direction société de l'information. Pour une liste des projets de labellisations financés par la Commission voir http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/projects/completed/filtering_content_labelling/index_en.htm.

⁸¹⁵ Voir notamment G. Howells, *Codes of conduct*, 2006, in G. Howells, H.-W. Micklitz and T. Wilhelmsson, *European fair trading law -- The unfair commercial practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 195-215.

B. La difficile allocation des pouvoirs de régulation en creux des régimes de responsabilité établis par la Directive

175. La difficile allocation des pouvoirs de régulation en creux des régimes de responsabilité établis par la Directive tient sans aucun doute à la partialité du dispositif législatif (1). Les craintes des PISEL d'être systématiquement condamnés à l'issue de procédures judiciaires n'ont pas aidé à clarifier les enjeux (2).

1. La théorie incomplète

176. **Les prérogatives de régulation des fournisseurs d'hébergement** - À lire le texte de la Directive, il est clair que la régulation privée n'a pas laissé insensible le législateur européen. La question est cependant de savoir si elle est destinée à ne jouer qu'un rôle subsidiaire, ou si, au contraire, elle est appelée à jouer un rôle de premier plan.

Or, il est difficile de dégager de l'ensemble des dispositions de la Directive les lignes directrices d'une stratégie de régulation bien définie et notamment, la charge exacte attribuée aux PISEL. Si le fournisseur d'accès Internet ne semble pas officiellement impliqué au sein du processus de régulation, il en est autrement du fournisseur d'hébergement. Mais tout dépend de l'interprétation qui est faite de l'élément moral censé déclencher la naissance de l'obligation de faire cesser l'activité illicite sur la tête du fournisseur de service.

Si la connaissance de l'activité ou de l'information illicite est présumée de la seule réception de la plainte de la victime alors le PISEL est soumis à une obligation de fixation de la norme d'accessibilité des contenus et cette obligation est une obligation de résultat. Selon la difficulté de la tâche, il

pourra cependant être incité à donner suite de manière systématique aux requêtes des titulaires de droits. Or ces requêtes peuvent évidemment être infondées, même à supposer que le législateur national fixe les mentions de la notification au moyen de laquelle les titulaires de droits doivent s'adresser au PISEL. De plus, quid de la responsabilité du PISEL en cas de réaction erronée ? À la différence du DMCA le texte européen est muet sur cette question, bien qu'il rappelle que « *la présente directive doi[ve] constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et **fiables** permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible* »⁸¹⁶.

S'il faut en plus de la notification de la victime s'assurer des capacités techniques du prestataire intermédiaire avant de le rendre responsable du dommage causé alors l'obligation de résultat se transforme en obligation de moyen. Mais là encore le processus de régulation se privatise.

Par contre, si en sus de la notification il est nécessaire que le caractère illicite du contenu soit manifeste, le prestataire intermédiaire ne se voit déléguer que l'activité de sanction. En conséquence, le domaine de la régulation privée se réduit et l'on est contraint de se retourner vers les autorités traditionnelles pour ce qui est du problème posé par les contenus simplement illicites.

Les solutions jurisprudentielles développées en France avant l'adoption de la Directive ne sont donc pas nécessairement contraires au texte de la Directive, bien que le principe même de l'adoption du texte européen ait pu provoquer le doute dans les esprits. L'interprétation de la notion de faute par les juridictions d'appel avait en effet pour corollaire l'imposition sur la tête des PISEL d'une obligation de fixation de la norme des contenus transmis et d'une obligation de sanction. Quant à l'allocation de l'obligation de contrôle, des doutes persistaient même si PISEL et victimes semblaient être concernés.

⁸¹⁶ Considérant 40 (mots soulignés par l'auteur).

Les obligations de fixation de la norme et de contrôle, lorsqu'elles étaient découvertes, n'étaient cependant que des obligations de moyen.

177. Les prérogatives de régulation des autorités publiques - La promotion d'une stratégie de régulation à dominante publique n'est pas à exclure étant donnée la mention fréquente faite aux autorités publiques au sein du texte de la Directive. Tout d'abord, comme on l'a déjà évoqué précédemment, le paragraphe 2 de l'article 15 autorise les États membres à obliger les prestataires intermédiaires à informer promptement les autorités compétentes de la présence d'activités alléguées illicites qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou de la présence d'informations alléguées illicites que ces derniers fourniraient; et à obliger les fournisseurs d'hébergement en particulier, à communiquer à la demande des autorités compétentes les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services.

À ce propos, l'on évoquera également la création de hot lines nationales, ce sous l'égide de l'association Inhope (The International Association of Internet Onlines) constituée en 1999⁸¹⁷ et grâce aux subventions de la Commission Européenne dans le cadre de son programme Un Internet Plus Sûr⁸¹⁸. La création de ces hot lines nationales s'est faite le plus souvent à l'initiative des associations de fournisseurs de service en ligne elles-mêmes, à l'exemple de la hot line française⁸¹⁹. Leur domaine d'intervention est étendu,

⁸¹⁷ Il s'agit d'une association de droit hollandais. Elle regroupe aujourd'hui une trentaine de membres répartis dans plus de 23 pays.

⁸¹⁸ http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/index_en.htm. Le développement de l'activité des hotlines et en particulier leur coopération au niveau international fait encore partie du plan d'action prévu dans le cadre du programme Un Internet plus sûr 2009-2013. Voir Décision n° 1351/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 instituant un programme communautaire pluriannuel visant à protéger les enfants lors de l'utilisation de l'internet et d'autres technologies de communication.

⁸¹⁹ En France, l'Association des Fournisseurs d'Accès et de Services Internet (AFA) est à l'origine de la création de la hot line française. L'AFA a été constituée en 1997 à l'initiative des principaux fournisseurs d'accès Internet de l'époque pour répondre à deux objectifs principaux : mettre en place une structure représentative de l'industrie, élaborer une déontologie propre à la profession.

bien qu'il puisse varier d'un État membre à l'autre. Les contenus visés sont les contenus illégaux en général et plus particulièrement les contenus illégaux sanctionnés pénalement à l'instar de la pornographie infantine ou de l'incitation à la haine raciale. La mission des hot lines est d'abord d'informer les autorités judiciaires du pays concerné, même si elles prennent parfois l'initiative de contacter directement le fournisseur d'hébergement. MM. Tambini, Leonardi et Marsden remarquent à ce propos que la répartition des rôles entre les différents acteurs publics et privés n'est pas toujours très claire⁸²⁰.

Chacun des articles relatifs aux conditions d'exonération de la responsabilité des PISEL (art. 12, 13, et 14) prévoit en outre la possibilité pour les États membres d'instaurer un mécanisme d'injonction temporaire (par une procédure de référé par exemple) ou permanente (sous la forme d'une action en cessation) susceptible d'être utilisé à l'encontre des prestataires intermédiaires, qu'ils soient fournisseurs d'accès, fournisseurs de cache ou fournisseurs d'hébergement. Il s'agit cependant d'une simple faculté offerte aux États membres, qui, dans le domaine de la propriété intellectuelle se

⁸²⁰ « Whilst this system appears to have worked well in the half-decade it has now been running, there does appear to be some danger of confusion about the exact break-down of roles. Hotlines do make a judgment call about whether content is illegal, and ISPs may not, when they have the 'authority' of a hotline decision, invest sufficient time in the review procedure. Where responsibilities and procedures are not clearly laid out in the statutes of the hotline and code of the ISP, then there is clearly room for buck-passing between the two. Also, where it appears that ISPs are not engaging the resources necessary to make those judgment calls, it would seem obvious to suggest that ISP associations faced with notice to take down could engage the adjudication mechanisms at the national level rather than develop their own procedure ». D. Tambini, D. Leonardi et C. Marsden, *Codifying cyberspace - Communications self-regulation in the age of internet convergence*, 2008, Routledge, London and New-York, p. 123. Voir également le site de l'association Inhope, <http://www.inhope.org> : « Les services d'assistance en ligne ont un rôle primordial à jouer dans la construction d'un Internet plus sûr. Par l'intermédiaire de ces services, n'importe qui peut signaler un contenu en ligne qu'il suspecte être illégal. Le service d'assistance conduira les investigations nécessaires pour déterminer si le contenu est illégal, et si oui, pour en déterminer l'origine. Si le contenu est illégal, le service d'assistance en ligne en informera les autorités judiciaires de son pays. Dans certains cas, il en informera également le prestataire qui héberge ce contenu, afin que ce dernier soit supprimé ». Le point de contact français semble transmettre systématiquement aux autorités de police et aux fournisseur de contenus les contenus potentiellement illégaux signalés par les internautes. <http://www.pointdecontact.net/faq.html#signalement>.

transforme en véritable obligation conformément aux articles 9 et 11 de la Directive 2004/48/CE sur le respect des droits de propriété intellectuelle⁸²¹, articles faisant écho aux dispositions de l'article 8.3 de la Directive 2001/29/CE sur la société de l'information⁸²².

Au moyen de l'injonction, l'autorité administrative ou judiciaire est susceptible d'ordonner la cessation de l'activité illicite voire même sa prévention⁸²³. Elle est donc à même de jouer le rôle de régulateur (public) des contenus transmis en ligne, avant ou après que le dommage se produise. Le domaine de la compétence des autorités publiques n'est cependant pas défini en fonction de celui de la compétence des régulateurs privés.

Comme on l'a déjà évoqué, le coût et le calibrage⁸²⁴ de l'injonction sont essentiels si l'on ne veut pas ruiner la stratégie de régulation publique⁸²⁵. Afin de s'assurer que le processus de régulation n'est pas entièrement privatisé, il faut alors tenter de répondre aux deux questions suivantes : 1) la menace du prononcé de l'injonction a-t-elle pour effet d'obliger *ex ante* les PISEL à s'ériger en régulateurs privés ? et 2) les mesures réclamées au moyen de

⁸²¹ JOUE n° L 157 du 30.4.2004, p. 45-86. Voir l'article 9 relatif aux mesures provisoires et conservatoires (« 1. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du requérant : [...] une ordonnance de référé peut également être rendue, dans les mêmes conditions, à l'encontre d'un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle ») et l'article 11 relatif aux injonctions (« Les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE. »).

⁸²² JOUE n° L 167 du 22.6.2001, p. 10-19. « Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ».

⁸²³ Le dispositif du LA permet seulement la cessation et non pas la prévention de l'activité illicite.

⁸²⁴ Ces deux choses sont d'ailleurs liées.

⁸²⁵ Voir le débat qui s'est ouvert en Belgique suite au prononcé du jugement Tribunal de première instance de Bruxelles, 29 juin 2007, SCRL Société belge des auteurs (SABAM) c/ SA Scarlet www.juriscom.net et notamment O. Sasserah, *L'ordre de cessation à l'encontre d'un ISP, un nouvel angle d'attaque dans le combat des ayants droit contre le peer to peer*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (30)2007, 13-15; T. Verbiest et M. de Bellefroid, *Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet: retour sur l'affaire Sabam c/ Tiscali*, Légipresse (246)2007, 156-160.

l'injonction n'ont-elles pas pour effet d'obliger dans le futur les PISEL à réguler en collaboration éventuellement avec les titulaires de droits ?

Aussi, sans vouloir nous répéter, l'imposition du recours aux procédés de filtrage avant ou après que le contenu soit téléchargé en mode ascendant est doublement problématique : tout d'abord parce qu'elle risque, suivant la manière dont elle est formulée, de forcer les PISEL à participer activement au contrôle des contenus mis en ligne contrairement à ce que semble prescrire l'article 15 de la Directive⁸²⁶, et surtout parce qu'elle est susceptible d'aboutir à la privatisation de l'entier processus de régulation, autrement dit à la privatisation du processus normatif.

2. Les incompréhensions de la pratique

178. La justice privée des PISEL - Les résultats des projets Liberty⁸²⁷ et Multatuli⁸²⁸ nous renseignent quant aux us et coutumes des fournisseurs d'hébergement établis au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Quant au premier, trois chercheurs du centre Oxford Centre for Socio-Legal Studies envoyèrent une plainte manifestement mal fondée⁸²⁹ à deux PISEL, l'un établi au Royaume-Uni, l'autre aux États-Unis. Le PISEL américain ne donna pas suite aux réclamations et demanda au contraire que l'auteur de la notification certifie qu'il agissait de bonne foi. Pour ce qui est du PISEL anglais, alors même que le texte de la transposition anglaise est très proche des dispositions

⁸²⁶ Ce qui selon nous n'est pas le grief le plus sérieux.

⁸²⁷ C. Ahlert, C. Marsden et C. Yung, *How 'liberty' disappeared from cyberspace: the mystery shopper tests Internet content self-regulation*, 2004, <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk>.

⁸²⁸ S. Nas, *The multatuli project ISP notice & take down*, 2004, <http://www.bof.nl>.

⁸²⁹ La notification envoyée aux PISEL visait un texte de John Stuart Mill, *On liberty*, datant de 1869 et donc tombé dans le domaine public.

de la Directive, il ne se fit pas prier et élimina le contenu en cause dans un délai de vingt-quatre heures.

Une expérience similaire⁸³⁰ fut ensuite entreprise par une équipe de chercheurs néerlandais à l'encontre d'un nombre plus important de PISEL. Parmi les dix PISEL soumis à l'analyse des scientifiques l'on compte notamment Demon, Planet Internet, XS4ALL, iFast, Ladot/Active 24, Yourhosting, UPC/Chello, Freeler mais aussi Tiscali et Wanadoo présents sur le territoire français. La réaction des PISEL fut généralement la même : après la première ou parfois la seconde notification, ils éliminèrent la page en cause sans s'intéresser au contenu allégué contrefaisant. Seuls trois PISEL n'entreprirent aucune mesure de censure. De l'analyse des réponses des différents PISEL il ressort que seul un PISEL s'était intéressé à la substance du contenu litigieux. Ceci dit ce même PISEL n'offrait à ses utilisateurs aucune information relative à la procédure de plainte en cas de transmission d'un contenu illicite ou dommageable. Si dans la plupart des cas, l'éditeur du contenu fût informé de la plainte émise à son encontre, dans trois cas l'information fut transmise tardivement condamnant toute tentative de réponse aux allégations du demandeur. Conclusion : « *il suffit simplement d'un compte Hotmail pour abattre un site web et la liberté d'expression n'a aucune chance devant la justice privée du fournisseur de service internet de style cowboy* »⁸³¹.

179. Le rôle équivoque de la procédure de notification et de retrait - À s'intéresser à la pratique de la Directive, il semble donc que le dispositif mis en place par le législateur européen soit bien en deçà de celui élaboré par le législateur fédéral américain en matière de « copyright ». D'ailleurs, aux vues de ces résultats particulièrement décevants, les chercheurs à l'origine de ces

⁸³⁰ La notification visait cette fois un texte de Multatuli (Eduard Douwes Dekker), datant de 1871 et donc lui aussi tombé dans le domaine public. Sur la page web diffusant le contenu en cause il était fait mention du fait que l'œuvre de l'auteur appartenait bien au domaine public.

⁸³¹ Traduit par l'auteur. S. Nas, *The multatuli project ISP notice & take down*, 2004, <http://www.bof.nl>.

deux projets insistèrent sur l'importance d'instaurer une procédure de « notice-and-take-down » afin d'encadrer le processus décisionnel du PISEL et éviter une réaction systématique en cas de plainte mal fondée.

Néanmoins, comme le démontre l'étude du DMCA, il n'est pas sûr que l'instauration d'une procédure de notification et de retrait garantisse à elle seule la qualité du processus de régulation privée des contenus transmis en ligne. En effet, même si le PISEL est obligé de réagir en cas de conformité⁸³² aux dispositions législatives de la notification du titulaire de droits, il n'est pas certain que le fournisseur de contenus soit entendu et entendu à temps, et que par là même le PISEL n'abuse pas de ses pouvoirs. En outre, la Directive ne peut être réduite à une simple copie incomplète du DMCA.

De ce qui précède, de la théorie certainement plus que de la pratique, il semble donc que les autorités publiques aient un rôle d'initiative important en matière de régulation des contenus transmis en ligne, ce en dépit de l'encouragement à l'adoption de codes de conduite⁸³³. D'ailleurs, on voit mal comment de tels instruments dénués de force obligatoire permettraient à eux seuls d'assurer la qualité de la régulation privée. Cela est d'autant plus vrai qu'il existe en droit européen dérivé⁸³⁴ des instruments permettant de rendre effectif le rôle des autorités publiques.

⁸³² Purement formelle.

⁸³³ Voir le considérant 49 : « Les États membres et la Commission doivent encourager l'élaboration de codes de conduits. Cela ne porte pas atteinte au caractère volontaire de ces codes et à la possibilité pour les parties intéressées, de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes ».

⁸³⁴ D'inspiration consumériste le plus souvent. Pour une comparaison des approches américaine et européenne relatives à la protection des consommateurs au sein du cyberspace, voir J. K. Winn et M. Webber, *The impact of EU unfair contract terms law on U.S. business-to-consumer internet merchants*, *Business Lawyer* (62)2007, 209-228, qui insistent sur l'originalité du dispositif européen.

II. Les modalités de l'interaction des acteurs publics et des acteurs privés au sein du processus de corégulation

180. Deux types d'action permettent de subordonner la régulation privée à la régulation publique : l'action en cessation des agissements illicites contraires au droit européen de la consommation (A) et l'action visant à éliminer les clauses abusives (B).

A. L'ordre de faire cesser ou de prévenir les agissements illicites

181. **La Directive 1998/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs** - Aucune précision n'est apportée par les rédacteurs de la Directive quant aux conditions de mise en œuvre des mécanismes d'injonction, alors pourtant que les caractéristiques de l'Internet nécessitent de rénover les instruments de contrôle et de sanction classiques propres à la régulation publique. Cela s'explique il est vrai sans doute par le caractère procédural de la matière réservée traditionnellement aux États membres⁸³⁵. Pourtant, on remarquera que la timidité du législateur européen dans ce domaine n'a pas toujours été de mise, comme en témoigne l'adoption de la Directive 1998/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs⁸³⁶.

Or ce texte pourrait justement venir compléter utilement les paragraphes 2 des articles 12, 13, et 3 de l'article 14. Son objectif est en effet de rapprocher les régimes nationaux des actions intentées par des organismes autres que le consommateur en cas de violation de dispositions de droit européen

⁸³⁵ C 33/76, Rewe-Zentralfinanw e G and Rewe-Zentral AG c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland [1976] Rec. 1989.

⁸³⁶ JOUE n° L 166 du 11.06.1998, p. 51-55. La directive 98/27/CE a été modifiée à plusieurs reprises. Une nouvelle codification a donc été opérée par la Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOUE n° L 110 du 01-05-2009, p. 30-33.

contenues au sein de directives précédemment adoptées⁸³⁷ et à venir, mais aussi et surtout de promouvoir la mobilité de ces actions transfrontières. À cet effet, la Directive de 1998 impose trois types d'obligations aux États membres : créer une action en cessation, désigner des entités qualifiées pour mettre en œuvre cette action, et enfin reconnaître la recevabilité des actions intentées par les entités qualifiées par chacun des États membres.

L'action ainsi instaurée se distingue d'une action en représentation conjointe des consommateurs ou d'une « class action » dans la mesure où il ne s'agit pas de défendre plusieurs intérêts individuels additionnés (bien que certains aient pu réclamer une harmonisation de ce type⁸³⁸) mais l'intérêt collectif des consommateurs⁸³⁹, voire même l'intérêt général lorsqu'une autorité publique est l'agent de la sanction. Chacun des États doit donc désigner un certain nombre d'entités qualifiées à agir en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs sans qu'il soit obligé de désigner des organismes privés⁸⁴⁰. En effet, « *C'est à dessein qu'un mot très vague, entité, a été employé, de façon à laisser la plus grande liberté aux États membres* »⁸⁴¹. Par ailleurs, chacun des États doit admettre la recevabilité de l'action d'entités dont l'action est recevable au sein du pays dans lequel elles ont été

⁸³⁷ Comme celles de 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE n° L 95 du 21.4.1993, p. 29-34, et de 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOUE n° L 144 du 4.6.1997, p. 19-27.

⁸³⁸ C. Kessedjian, *L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale 1997, 281-300.

⁸³⁹ Les conditions de mise en œuvre de ces différents types d'actions divergent puisque pour l'action collective aucun mandat de consommateurs ayant subi un préjudice personnel n'est requis à la différence de l'action en représentation conjointe à la française. De même le représentant du groupe ne doit pas avoir lui-même subi de préjudice personnel comme c'est pourtant le cas pour les « class actions » à l'américaine.

⁸⁴⁰ Article 3. Les États membres peuvent choisir entre des organismes publics indépendants ou des organismes privés dont le but est de protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Le cumul de ces deux types d'agents est toutefois possible.

⁸⁴¹ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 2006, Dalloz, Paris, p. 647.

constituées⁸⁴², concrètement celles qui figurent sur la liste publiée au journal officiel des Communautés européennes⁸⁴³. L'on applique ainsi, à la matière procédurale, le principe de la reconnaissance mutuelle, principe dont l'effectivité est atténuée par le fait que le texte européen autorise les États membres à imposer une tentative préalable de conciliation⁸⁴⁴. De manière générale, la Directive 1998/27/CE est une directive d'harmonisation minimale : les États membres peuvent donc opter pour des mesures plus protectrices de l'intérêt des consommateurs (article 7). L'objectif est ici simplement de donner une impulsion à la circulation des actions transfrontières et éviter que des organismes nationaux titulaires d'un droit d'action dans leurs États de constitution ne se voient déclarer irrecevables lorsqu'ils agissent dans un autre État membre.

Pour en venir aux dispositions qui nous intéressent plus particulièrement, les entités qualifiées au sens de ce texte peuvent demander de « faire cesser ou d'interdire toute infraction avec toute la diligence requise et le cas

⁸⁴² Article 4.1. Cette avancée n'a pas été reconnue sans difficulté. « Il est déjà très difficile de reconnaître à des associations françaises le droit de défendre l'intérêt collectif en France, car ces actions risquent d'empiéter sur l'intérêt général. On comprend qu'il soit très difficile de l'admettre de la part d'associations étrangères ; il s'agirait pratiquement d'une atteinte à la souveraineté, puisqu'un organisme étranger défendrait une parcelle d'intérêt général en France ». E. Jeuland, *L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation*, Droit et Patrimoine 2002, 80-85, p. 80

⁸⁴³ L'article 4.3 la directive 1998/27/CE dispose que « la Commission établit une liste des entités qualifiées visées au paragraphe 2, en précisant le but. Cette liste est publiée au Journal Officiel des Communautés européennes ; toute modification de cette liste fait l'objet d'une publication immédiate, une liste actualisée étant publiée tous les six mois ». Rien n'est dit sur la possibilité de recours à l'encontre de la décision établissant la liste prise par chaque autorité nationale. Voir Communication de la Commission relative à l'article 4, paragraphe 3, de la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, concernant les entités qualifiées pour intenter une action au titre de l'article 2 de ladite directive (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE n° C 63 du 8.3.2008, p. 5-43.

⁸⁴⁴ Cette conciliation peut être organisée directement avec la partie responsable de la violation ou par l'intermédiaire d'une entité qualifiée du pays où réside cette partie (article 5). Une disposition de ce type se retrouve en droit anglais (cf *Entreprise Act* de 2002 section 214 où elle est obligatoire) et en droit allemand (où elle est facultative). Elle a pourtant été critiquée. Voir notamment J. Franck et M. Goyens, *La proposition de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs: quelques impressions préliminaires*, *Revue Européenne de Droit de la Consommation* (11)1996, 95-108, p. 104.

échéant dans le cadre d'une procédure d'urgence » ; éventuellement « la publication de la décision, en tout ou partie et/ou la publication d'une déclaration rectificative, [...] en vue d'éliminer les effets persistants de l'infraction » ; et dans la mesure où une telle possibilité est ouverte en droit interne, faire condamner le défendeur à verser au trésor public ou à tout bénéficiaire désigné ou prévu par la législation nationale, en cas de non-exécution de la décision, une somme déterminée par jour de retard. La sanction principale est donc la cessation de l'infraction communautaire⁸⁴⁵. Aucune condition relative au destinataire de l'action n'est mentionnée.

Certes, ce dispositif n'est pas sans défauts puisqu'encore aujourd'hui son effectivité dépend du bon vouloir des États membres⁸⁴⁶. Au final, très peu d'actions transfrontières ont été mises en œuvre⁸⁴⁷. De plus, la stratégie poursuivie par les instances européennes n'a pas toujours été uniforme

⁸⁴⁵ Les dommages-intérêts ont été volontairement exclus, ce qui n'empêche pas certains droits nationaux d'étendre la gamme des remèdes disponibles aux entités qualifiées. Voir le cas de la France. La proposition de directive allait pourtant plus loin.

⁸⁴⁶ Le rapport de la Commission a été publié sur Internet, Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers' interest, COM(2008) 756 final. Voir notamment pour une description des expériences anglaises et allemandes, P. Rott, The protection of consumers' Interests after the implementation of the EC injunctions Directive into German and English law, *Journal of Consumer Policy* (24)2001, 399-439. Voir également H. Schulte-Nölke (sous la dir.), 2008, *EU consumer law compendium*, http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm, p. 609-645 ; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial collective enforcement of consumer law in the US and in the European Community*, *EUI LAW WP 22/2007*, 2007, <http://www.ssrn.com>; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial enforcement in consumer protection: the way forward*, *EUI Law WP n°2008/29*, 2008, www.cadmus.iue.it; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment*, *European Review of Private Law* (3)2008, 391-425; J. Stuyck, E. Terryn, V. Colaert, T. Van Dyck, N. Peretz, N. Hoekx et P. Tereskiewicz, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings - Final Report*, 2007, http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm. Voir enfin www.globalclassactions.stanford.edu, base de données organisée par les Universités de Stanford et d'Oxford.

⁸⁴⁷ Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers' interest, COM(2008) 756 final; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial enforcement in consumer protection: the way forward*, *EUI Law WP n°2008/29*, 2008, www.cadmus.iue.it, p. 7.

comme en témoigne l'adoption du Règlement 2006/2004⁸⁴⁸ relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, qui délaisse la voie judiciaire au profit de la voie administrative. Les initiatives récentes semblent cependant s'intéresser aux attraits des actions collectives⁸⁴⁹.

182. L'utilisation de l'action en cessation de l'illicite à l'encontre des PISEL - L'instrument ainsi créé au bénéfice des consommateurs afin de lutter contre les violations au droit européen, pourrait être utilisé à l'encontre des PISEL, d'autant que l'annexe de la Directive 1998/27/CE a été enrichie de la Directive sur le commerce électronique, mais aussi de la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, ainsi que de la Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Cet instrument, bien que partiel dans la mesure où il ne protège que les intérêts économiques des consommateurs⁸⁵⁰, permettrait ainsi d'instaurer une procédure de dialogue

⁸⁴⁸ Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (« Règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs ») JOUE n° L 364 du 9.12.2004, p. 1-11.

⁸⁴⁹ Voir Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, EU Consumer Policy Strategy 2007-2013, Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them, p. 11 : « *The Injunctions Directive has established a common procedure to allow consumer bodies to stop unlawful practices that harm the collective interest of consumers anywhere in the EU. The Commission will report on the Injunctions Directive in 2007 and launch a public consultation concerning its impact. The Commission will complete a study of the situation. It will also consider action on collective redress mechanisms for consumers both for infringements of consumer protection rules and for breaches of EU anti-trust rules in line with its 2005 Green Paper on private damages actions* ». Dans son livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM(2008) 794 final, la Commission reconnaît que dans la majorité des cas les mécanismes judiciaires de recours collectif présentent une valeur ajoutée par rapport aux actions judiciaires individuelles et aux modes alternatifs de règlement des litiges, quand bien même leur efficacité pourrait être améliorée. Elle propose donc quatre solutions possibles dont l'une consisterait à instaurer une procédure judiciaire de recours collectif dans tous les États membres.

⁸⁵⁰ Plusieurs États membres ont cependant étendu la liste des intérêts protégés. Voir H. Schulte-Nölke (sous la dir.), 2008, *EU consumer law compendium*, http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm; J. Stuyck, E. Terryn, V. Colaert,

entre l'autorité judiciaire et les acteurs privés en cas d'incompétence des PISEL en matière de fixation de la norme d'accessibilité des contenus, ce dans le but de promouvoir un processus de corégulation. Évidemment, il faudrait s'assurer que la possibilité d'enjoindre aux PISEL de faire cesser les activités illicites n'ait pas pour effet de les obliger à s'ériger de manière systématique en régulateurs privés.

183. En matière de propriété intellectuelle - En matière de propriété intellectuelle, comme on l'a déjà mentionné, les États membres ont l'obligation de veiller à ce que les titulaires de droits soient à même de réclamer à l'autorité judiciaire le prononcé d'une injonction à l'encontre d'un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à leurs droits. C'est donc faire bénéficier les titulaires de droits d'une action en cessation. De plus, en droit d'auteur au moins, les organismes de gestion collective ont pour mission notamment de faire respecter les droits de leurs membres. Ils sont donc susceptibles de réclamer eux-mêmes la mise en œuvre de l'action en cessation⁸⁵¹. Ici aussi, avant d'aller plus loin il faut pourtant évaluer les effets *ex ante* et *ex post* d'un tel remède.

Même si la décentralisation et par là même la privatisation de l'activité de contrôle à la charge des victimes est inévitable, elle requiert pour son efficacité de repenser la procédure judiciaire⁸⁵². Ainsi le recours à l'action en cessation ébauchée par la Directive 98/27/CE ne peut en aucun cas suffire à fonder une

T. Van Dyck, N. Peretz, N. Hoekx et P. Tereszkiwicz, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings - Final Report*, 2007, http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm.

⁸⁵¹ Voir l'article 4 de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Voir également la définition de la gestion collective contenue dans la Recommandation de la Commission du 18 mai 2005 relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne, JOUE n° L 276 du 21.10.2005, p. 54-57 : « "la gestion du droit d'auteur et des droits voisins pour la prestation de services licites de musique en ligne à l'échelle communautaire" signifie la fourniture des services suivants : l'octroi de licences aux utilisateurs commerciaux, l'audit et le suivi des droits, le respect du droit d'auteur et des droits voisins, la collecte des droits et de leur distribution aux titulaires de droit ».

⁸⁵² Ce qui explique pourquoi le principe du pays d'origine est critiquable dans la mesure où il rend plus difficile l'activité de contrôle exercée par les consommateurs.

stratégie de corégulation satisfaisante. Il faut d'une manière générale s'interroger sur les moyens d'accélérer le temps de la justice, de même que sur l'utilité des actions collectives. À ce propos, il faut réfléchir à l'opportunité de recourir à un système de sélection centralisé et en amont⁸⁵³ des groupes ayant intérêt à agir à l'initiative de l'autorité publique, plutôt qu'à un système de sélection décentralisé et en aval⁸⁵⁴ reposant sur les candidatures spontanées⁸⁵⁵ de ces groupes.

La possibilité de subordonner aux exigences de l'ordre public la sphère de la régulation privée entreprise au moyen du contrat par le recours à un examen préventif du contenu des clauses contractuelles est une autre piste à explorer.

B. L'ordre d'éliminer les clauses abusives

184. La directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs - La directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs est un texte incontournable si l'on s'intéresse de près ou de loin au droit de la consommation de source européenne. Il s'agit là d'une réponse tardive mais bien réelle au débat des années 70 relatif à la réglementation des contrats d'adhésion⁸⁵⁶.

⁸⁵³ Avant que le dommage ne se produise.

⁸⁵⁴ Après que le dommage se soit produit.

⁸⁵⁵ F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Administrative and judicial enforcement in consumer protection: the way forward*, EUI Law WP n°2008/29, 2008, www.cadmus.iue.it, p. 16 et s.; F. Cafaggi et H.-W. Micklitz, *Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment*, *European Review of Private Law* (3)2008, 391-425, p. 406 et s.

⁸⁵⁶ La Commission a cependant présenté le 8 octobre 2008 une proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Le futur texte vient refondre la directive 1999/44/CE dite « vente et garanties », la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, vente à distance et la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile et surtout la directive 93/13/CEE relative aux clauses abusives dans

Le corps de la directive est composé de 11 articles. Il s'agit de réglementer les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs afin d'éviter l'inclusion par les premiers de clauses abusives défavorables aux seconds⁸⁵⁷ lorsqu'aucune négociation préalable n'a été entreprise⁸⁵⁸. En vertu de l'article 3§1 du texte de droit dérivé « [u]ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat »⁸⁵⁹. Cette définition générale est ensuite accompagnée d'une liste indicative dont le contenu doit cependant se retrouver intégralement au sein de la mesure de transposition nationale⁸⁶⁰. La notion de bonne foi étant étrangère à certains systèmes juridiques européens à l'exemple de celui du Royaume-Uni, ce sont surtout les dispositions de droit substantiel qui ont attiré les regards au moment de son adoption.

les contrats. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM/2008/614 final, chapitre V. Pour un commentaire, voir par exemple C. Castets-Renard, *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, Dalloz 2009, p. 1158 et s; G. Paisant, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. - Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?*, La Semaine Juridique ed. E. (9)2009, I 118; S. Whittaker, *Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'"harmonisation complète"*, Dalloz 2009, 1152 et s.

⁸⁵⁷ Le consommateur ne peut être qu'une personne physique. Affaires Jointes C-541/99 et C-542/99, *Cape Snc c/ Idealservice SRL et Idealservice MN RE SAS c/ OMAI*, [2001] Rec. I-9049.

⁸⁵⁸ Plusieurs États membres ont cependant refusé de distinguer entre les contrats types et les contrats négociés de grès à grès à l'exemple de la France. Voir l'article 8 de la directive qui en fait une mesure d'harmonisation minimale. Pour une étude comparée de la transposition de cette directive voir H. Schulte-Nölke (sous la dir.), 2008, *EU consumer law compendium*, http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm, p. 341-437.

⁸⁵⁹ La proposition de directive relative aux droits des consommateurs parle de déséquilibre sensible.

⁸⁶⁰ C-236/95, *Commission c/ Grèce* [1996] Rec. I-4459 ; C-478-99, *Commission c/ Royaume de Suède* [2002] Rec. I-4147. La proposition de directive relative aux droits des consommateurs innove en ce qu'elle contient en annexe deux listes de clauses abusives : une liste « noire » de cinq clauses réputées abusives en toutes circonstances et une liste « grise » de douze clauses simplement présumées abusives, c'est-à-dire qui autorise le professionnel à rapporter la preuve du contraire.

Pour autant, l'apport procédural collatéral de la directive n'est pas négligeable. De manière générale, en vertu du paragraphe 1 de l'article 7⁸⁶¹, « [l]es États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ». Il s'agit là d'une reformulation du principe traditionnel de l'autonomie procédurale des États membres qui doivent cependant se conformer lors de l'exercice de leurs compétences en la matière aux principes d'effectivité et de proportionnalité⁸⁶².

En vertu du paragraphe 2 de l'article 7, les personnes ou organisations « ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs » doivent pouvoir « saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses ». Et, lorsque l'action de ces personnes ou groupes traverse les frontières nationales l'on doit alors s'en référer aux dispositions de la directive 98/27/CE. La diversification des agents de la sanction est ainsi encouragée.

Enfin en vertu cette fois du troisième paragraphe de l'article 7, « [d]ans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires ». Autrement dit, l'on cherche à établir un mécanisme de contrôle préventif du contenu des contrats d'adhésion. Dès lors, la conclusion du contrat liant le professionnel

⁸⁶¹ La formulation de l'article 38 de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs est très proche de celle de l'article 7.

⁸⁶² C-14/83, Von Colson and Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen [1984] Rec. 1891 ; C-222-86, Johnston c/ Chief Constable of the RUC [1986] Rec. 1651 ; C-222/86, UNECTEF c/ Heylens [1987] Rec. 4097 ; C-327/02, Panayotova c/ Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie [2004] Rec. I-11055.

au consommateur n'est pas une condition nécessaire de la recevabilité de l'action du consommateur ou de l'organisme privé ou public chargé de la défense de l'intérêt des consommateurs, puisqu'il suffit de la part du professionnel de recommander l'adoption de clauses jugées abusives pour que son comportement soit justiciable. Dans l'affaire *Commission v. République Italienne*⁸⁶³, la Cour de justice a confirmé cette interprétation en affirmant que, « *la directive doit être interprétée en ce sens qu'[elle] requiert la mise en place de procédures pouvant également être dirigées contre des comportements se bornant à recommander l'utilisation de clauses contractuelles à caractère abusif* » ; ce qui va à l'encontre de ce que la Cour de cassation française a pu décider dans une affaire précédente⁸⁶⁴.

185. L'utilisation de l'action en élimination des clauses abusives à l'encontre des PISEL - L'on pourrait donc utiliser le contrôle préventif des clauses abusives aux fins de superviser l'activité de régulation entreprise par les PISEL, qu'elle prenne la forme d'une clause contractuelle traditionnelle ou d'une clause d'un code de conduite adopté unilatéralement⁸⁶⁵. À ce titre, la directive 2005/29/CE⁸⁶⁶ en son article 6 consacre le caractère obligatoire de l'engagement contenu au sein du code de conduite dès lors qu'il est ferme et

⁸⁶³ C-372/99, [2002] Rec. I-819. Voir également le §27 de la décision rendue dans les affaires jointes *Océano Grupo Editorial SA contre Roció Murciano Quintero* (C-240/98) et *Salvat Editores SA contre José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) et *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), [2000] Rec. I-4991.

⁸⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, JCP 1999, II, 10205, note Paisant, D. 2000, somm. 48, obs. Paisant.

⁸⁶⁵ Ce dispositif a d'ailleurs déjà été utilisé plusieurs fois avec succès aux fins d'éliminer des clauses abusives contenues dans des contrats électroniques, qu'il repose principalement sur l'institution judiciaire comme c'est le cas en France ou sur l'intervention d'une agence spécialisée comme c'est le cas au Royaume-Uni. J. K. Winn et M. Webber, *The impact of EU unfair contract terms law on U.S. business-to-consumer internet merchants*, *Business Lawyer* (62)2007, 209-228.

⁸⁶⁶ L'article 2 définit le code de conduite de la manière suivante : « *un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité* ».

vérifiable et que le professionnel indique dans le cadre d'une pratique commerciale qu'il est lié par ce code.

Ceci dit, il faudrait alors ajuster le concept de la bonne foi, pensé d'abord dans le cadre de contrats d'échanges, afin d'appréhender l'inexécution comme la mauvaise exécution des prérogatives de régulation déléguées aux PISEL, et notamment l'abus de compétence que pourrait commettre le PISEL qui tenterait de réguler des comportements réservés à l'autorité publique. Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties devrait alors s'apprécier au regard des compétences attribuées aux PISEL et des voies de recours offertes aux consommateurs. En outre, il faudrait peut-être élargir le champ d'application de cet instrument, taillé sur mesure pour les contrats de consommation, pour que d'autres catégories de victimes puissent en bénéficier telles les titulaires de droits de propriété intellectuelle.

Conclusion

186. Si l'influence américaine du DMCA est manifeste, la Directive ne peut, à elle seule, être comparée au dispositif complexe du législateur américain. En effet, il s'agit d'abord de diminuer les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur, sans avoir la prétention d'élaborer des régimes de responsabilité exhaustifs. Le recours au principe du pays d'origine est alors censé permettre de gommer les divergences nationales pour ce qui est du domaine coordonné et non plus harmonisé.

Il n'est pas sûr cependant que cette méthode des petits pas fonctionne parfaitement. A ce propos, l'imprécision de la définition du fait générateur a pu provoquer l'émergence d'interprétations différentes d'un État membre à

l'autre. Certains ont d'ailleurs pu réclamer la modification du texte de la Directive⁸⁶⁷.

Bien plus, la portée de la délégation des prérogatives de régulation en faveur des PISEL reste équivoque, de sorte que le rôle d'impulsion de la régulation des contenus illicites attribué aux autorités publiques est susceptible de rester lettre morte, d'autant plus qu'il n'est qu'une faculté offerte aux Etats membres.

Il reste que la Directive interprétée ensemble avec les directives 1998/27/CE, 2004/48/CE, 2001/29/CE et 1993/13/CEE offre cette fois les bases d'une coopération possible entre autorités publiques et acteurs privés aux fins de garantir la conformité des normes privées. L'action en cessation de l'illicite promue par la Directive 98/27/CE permet en effet de servir la subordination de la régulation privée à la régulation publique, de même que l'action en élimination des clauses abusives consacrée par la Directive 93/13/CEE. Bien entendu, il ne s'agit là que de pistes et l'on ne peut éviter de s'engager plus en profondeur dans une réflexion sur les moyens de juridiciser le processus de régulation responsive au sens où l'entendent MM. Ayres et J. Braithwaite, quitte à ralentir la marche de sa privatisation.

⁸⁶⁷ P. Van Eecke et B. Ooms, *ISP liability and the e-commerce directive: a growing trend toward greater responsibility for ISPs*, *Journal of Internet Law* (11)2007, 3-9.

Tableaux de synthèse de la Directive 2000/31/CE

I. La menace de l'octroi d'une injonction n'oblige pas *ex ante* et *ex post* les PISEL à réguler

Type de contenus	Tout type de contenu illicite		
	ST	FC	FH
Obligation de régulation			
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	non		oui si la connaissance est présumée de la seule réception de la plainte de la victime (+ éventuellement de ses capacités techniques)
obligation de contrôle	non mais possibilité pour les Etats membres d'imposer une obligation spéciale d'information		
obligation de sanction	oui sur ordre de l'autorité judiciaire	oui - de manière spontanée en cas de connaissance effective de la présence d'un contenu illicite - sur ordre de l'autorité judiciaire	oui - de manière spontanée en cas de connaissance effective ou présumée de la présence d'un contenu illicite - sur ordre de l'autorité judiciaire

ST = simple transporteur
 FC = fournisseur de cache
 FH = fournisseur d'hébergement

Remarque : il s'agit d'un modèle d'harmonisation partielle

II. La menace de l'octroi d'une injonction oblige *ex ante* et/ou *ex post* les PISEL à réguler

Type de contenus	Tout type de contenu illicite		
	ST	FC	FH
Obligation de régulation	oui si injonction calibrée de manière trop générale et les PISEL peuvent être tentés de donner suite de manière systématique aux requêtes des titulaires de droit		
obligation de fixation de la norme d'accessibilité			oui si la connaissance est présumée de la seule réception de la plainte de la victime (+ éventuellement de ses capacités techniques)
obligation de contrôle	oui si injonction calibrée de manière trop générale et possibilité pour les Etats membres d'imposer une obligation spéciale d'information		
obligation de sanction	oui de manière spontanée si injonction calibrée de manière trop large		
	oui sur ordre de l'autorité judiciaire	oui - de manière spontanée en cas de connaissance effective de la présence d'un contenu illicite - sur ordre de l'autorité judiciaire	oui - de manière spontanée en cas de connaissance effective ou présumée de la présence d'un contenu illicite - sur ordre de l'autorité judiciaire

ST = simple transporteur
 FC = fournisseur de cache
 FH = fournisseur d'hébergement

Remarque : il s'agit d'un modèle d'harmonisation partielle

TITRE 2EME. LA SUBORDINATION DE LA REGULATION PRIVEE A LA REGULATION PUBLIQUE AU SEIN D'UNE STRATEGIE DE REGULATION PUBLIQUE

187. L'étude du dispositif national est donc nécessaire si l'on désire tirer des conclusions plus précises quant à la nature de la stratégie de régulation promue par les différents régimes de responsabilité des prestataires intermédiaires esquissés par la Directive. Ainsi, en se penchant sur la loi de transposition française et en tentant de rendre compte des régimes de responsabilité des PISEL à la lumière de la nouvelle fonction de la responsabilité civile délictuelle que nous cherchons à faire reconnaître, il est possible de faire apparaître les spécificités de la stratégie de régulation adoptée par le législateur français : il s'agit là d'une stratégie de régulation à dominante publique utilisant l'action en cessation comme un moyen de subordonner en amont la sphère de la régulation privée à celle de la régulation publique. Une fois n'est pas coutume, le domaine de la compétence des autorités publiques et celui de la compétence des régulateurs privés sont clairement délimités de sorte que dans un certain nombre d'hypothèses les autorités publiques sont seules compétentes pour prendre l'initiative de la régulation des contenus illicites.

Ceci dit, il ne suffit pas d'étudier les dispositions législatives transposant la Directive pour épuiser la question de la responsabilité des PISEL. Plus exactement, la transposition de la Directive en droit français a eu des effets collatéraux non négligeables en ce que les dispositions de droit commun, et en particulier les articles 1382 et 1383 du Code civil, ont servi à atténuer les effets du resserrement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile de certains PISEL. Ces articles sont aujourd'hui le siège de la responsabilité des PISEL dont les activités n'ont pas été règlementées expressément par les

législateurs supranational et nationaux. Autrement dit ces articles sont aujourd'hui le siège de la responsabilité des PISEL dont le rôle au sein du processus de communication en ligne ne peut être considéré comme purement technique à l'instar des fournisseurs de service de référencement commercial ou des fournisseurs de service de courtage en ligne.

Si la lettre du texte de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) témoigne bien de la prévalence d'une stratégie de régulation publique en raison du rôle attribué à l'injonction servant à communiquer aux PISEL passifs la nature des intérêts à protéger avant qu'ils n'agissent (Chapitre 1^{er}), l'application des articles 1382 et 1383 aux PISEL actifs n'aboutit pas toujours à préserver le domaine de la compétence exclusive des autorités publiques en raison du refus par les juges d'adopter une approche conséquentialiste lors de l'interprétation du devoir de diminuer les risques d'agissements illicites (Chapitre 2^{ème}). Cela est d'autant plus problématique que la distinction PISEL passifs/PISEL actifs n'est pas clairement établie.

CHAPITRE 1ER. LE RECOURS A L'INJONCTION COMME MOYEN DE COMMUNIQUER AUX REGULATEURS PRIVES LES INTERETS A PROTEGER AVANT LEUR ACTION : L'EXEMPLE DE LA LOI POUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE

188. Il est coutume de présenter l'évolution du droit de la responsabilité civile français comme un processus d'extension du domaine de la responsabilité objective, tel que le caractère blâmable du comportement du défendeur n'est plus aujourd'hui une condition systématiquement requise. De ce fait, les régimes spéciaux de responsabilité des PISEL instaurés par la LCEN ont souvent été mal compris et même parfois décrits comme un retour en arrière condamnable, puisqu'ils témoignent d'un effort de subjectivisation, subjectivisation similaire a-t-on ajouté à celle observée aux États-Unis et donc en réalité doublement condamnable.

S'il est vrai qu'en faisant de la connaissance du caractère illicite ou dommageable du contenu transmis une condition de la mise en œuvre de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement l'on réintroduit une dose de subjectif, l'on ne peut cependant se prononcer sur l'opportunité d'un tel choix législatif sans considérer dans son ensemble la stratégie de régulation adoptée. Or si l'on accepte de se prendre au jeu de cet exercice, on s'aperçoit que la subjectivisation du fait personnel lorsqu'est requise la condamnation du défendeur au paiement de dommages-intérêts est le résultat d'une démarche originale visant à privatiser les activités de contrôle et de sanction sans affecter la prérogative de fixation de la norme d'accessibilité des contenus. Dès lors, la subjectivisation de la responsabilité civile des PISEL a pour conséquence l'autonomisation du régime de la responsabilité en fonction de la nature du remède demandé (I). Bien plus, cette autonomisation,

lorsqu'elle est usée à bon escient, rend possible la subordination en amont de la sphère de la régulation privée à celle de la régulation publique. Elle participe ainsi de la juridicisation matérielle⁸⁶⁸ du processus de corégulation qui s'inscrit cette fois clairement dans le cadre d'une stratégie de régulation à dominante publique (II).

I. La subjectivisation de la responsabilité civile pécuniaire

189. La subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle s'est opérée en deux temps au niveau national. La première tentative de transposition de la Directive a étendu le champ de l'immunité des PISEL par rapport aux exigences de la Directive (A), tandis que la seconde a fait marche arrière sans pour autant en revenir aux solutions jurisprudentielles antérieures (B).

A. Variations sur le thème de l'(ir)responsabilité du PISEL après la première intervention législative⁸⁶⁹

190. La transposition de la Directive ne s'est pas faite sans mal, en dépit de l'intervention précoce du législateur (1). La censure du Conseil Constitutionnel a contraint le législateur à se remettre au travail sans grands succès cependant puisque son deuxième texte significatif est resté à l'état de projet (2).

⁸⁶⁸ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19. Par juridicisation matérielle il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique matérielle.

⁸⁶⁹ Pour un compte rendu de la jurisprudence antérieure à la première intervention législative, voir *supra* §159.

1. La loi du 1^{er} août 2000

191. Les activités réglementées - La première tentative de transposition de la Directive 2000/31/CE du législateur français fut certainement un échec non seulement du fait de la qualité douteuse du texte parlementaire, mais également du fait de l'intervention remarquée du Conseil Constitutionnel⁸⁷⁰, qui eut pour conséquence de vider une partie du dispositif législatif de son utilité, voire de le dénaturer. Pourtant, la loi du 1^{er} août 2000⁸⁷¹ qui venait modifier celle du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication était le résultat de quatre années d'un travail laborieux auquel participèrent plusieurs ministres de la culture. Ce travail avait pour ambition de permettre à la France de transposer dans les plus brefs délais la Directive 2000/31/CE⁸⁷².

Les rédacteurs de la loi du 1^{er} août 2000 n'adoptèrent pas la classification tripartite de la Directive sur le commerce électronique. Seuls deux types d'activité étaient visés : la fourniture d'accès Internet à l'article 43-7 et le stockage direct et permanent dans le but de mettre à la disposition du public des signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature à l'article 43-8. Il

⁸⁷⁰ Cons. Const., 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC, JORF n° 177 du 2.08.2000, p. 11922.

⁸⁷¹ Loi n° 2000-719, 1^{er} août 2000, modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF n° 177 du 2.08.2000, p. 11903. Pour un commentaire voir notamment B. Ader, *La responsabilité des acteurs de l'internet après la loi du 1er août 2000*, *Légipresse* (176)2000, 113-118; L. Costes, *Responsabilité des fournisseurs d'hébergement: un nouveau rebondissement*, *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux* (128)2000, 1 s. ; J.-E. Schoettl, *La nouvelle modification de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication: dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel*, *Petites Affiches* (151)2000, 12 s. Pour une vive critique de la qualité de l'intervention législative en droit de l'information voir notamment N. Mallet-Poujol, *Regard perplexe sur les récents travaux législatifs en droit de l'information*, *Légipresse* (177)2000, 137-141 qui qualifie la loi du 1^{er} août 2000 de texte inutile, dangereux et fragile.

⁸⁷² Pour un rappel de l'évolution législative en la matière voir C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2008, Dalloz, Paris, n° 111.00 et s.

fallait comprendre la fourniture d'accès Internet et la fourniture d'hébergement⁸⁷³.

192. L'extension du champ de l'immunité des fournisseurs d'hébergement - La rédaction d'origine de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, tel qu'introduit par la loi du 1^{er} août 2000 avant sa censure par le Conseil Constitutionnel, était la suivante :

« Les personnes physiques ou morales qui assurent à titre gratuit ou onéreux le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :

- *si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;*
- *ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite, ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées ».*

L'hébergeur voyait donc sa responsabilité engagée dans deux cas et deux cas seulement. Il s'agissait en effet d'une liste limitative constituée de deux hypothèses alternatives. En s'aidant du texte de l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique, l'on pouvait considérer que le PISEL était présumé avoir connaissance de l'activité illicite ayant cours sur son système, lorsqu'il était saisi par une autorité judiciaire ou lorsqu'il en était informé par un tiers.

Ceci dit, les deux hypothèses n'étaient pas parfaitement superposables et si l'avertissement de l'autorité judiciaire devait provoquer la réaction du PISEL aux fins d'empêcher l'accès au contenu, l'information du tiers devait simplement inciter le PISEL à procéder aux diligences appropriées, sans que l'élimination du contenu ou l'obstruction de son accès fussent des diligences systématiquement requises. Même le texte était imprécis en ce qu'il était

⁸⁷³ La définition de l'activité d'hébergement était cependant plus restrictive que celle adoptée au sein de la LCEN comme nous allons le voir par la suite.

silencieux sur les modalités d'avertissement du PISEL, par l'autorité judiciaire ou par un tiers, le fait que l'élimination ou l'obstruction de l'accès ne fût pas systématiquement requise lorsqu'un tiers avait informé le PISEL était, sans doute, une bonne chose du point de vue de la liberté d'expression.

Cependant, les certitudes en ce domaine sont difficilement acquises, et là encore le flou persistait quant au contenu exact de l'obligation du PISEL. C'était en fin de compte aux juges qu'il appartenait de décider si le PISEL ne devait réagir qu'en cas de contenu manifestement illicite ou s'il devait se conformer au fameux principe de précaution qui veut qu'en cas d'ignorance il soit plus opportun de réagir que de laisser faire, quitte à se tromper et à réduire l'accès à l'information⁸⁷⁴. Mais si l'on avait réellement voulu favoriser l'application de ce principe de précaution, il aurait alors fallu en tirer toutes les conséquences en cas de réaction erronée du PISEL et l'exonérer dans un certain nombre d'hypothèses, ce qui n'avait pas été fait. L'incertitude déjà remarquée au niveau européen quant à la nature de la stratégie de régulation sous-jacente n'avait donc pas été résolue par le législateur national.

Censuré par le Conseil Constitutionnel au motif qu'il violait le principe de la légalité des délits et des peines⁸⁷⁵, l'article 43-8 perdit sa seconde

⁸⁷⁴ Voir les propos de P.-Y. Gautier qui interprète la responsabilité des PISEL à la lumière de ce principe, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 2007, PUF, Paris, n° 766.

⁸⁷⁵ « *Considérant qu'il est loisible au législateur, dans le cadre de la conciliation qu'il lui appartient d'opérer entre la liberté de communication d'une part, la protection de la liberté d'autrui et la sauvegarde de l'ordre public d'autre part, d'instaurer, lorsque sont stockés des contenus illicites, un régime spécifique de responsabilité pénale des "hébergeurs" distinct de celui applicable aux auteurs et aux éditeurs de messages ; que c'est toutefois à la condition de respecter le principe de la légalité des délits et des peines et les dispositions de l'article 34 de la Constitution aux termes desquelles : "La loi fixe les règles concernant : la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables" ;*

Considérant qu'en l'espèce, au troisième alinéa du nouvel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, le législateur a subordonné la mise en œuvre de la responsabilité pénale des "hébergeurs", d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé "est illicite ou lui cause un préjudice", d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux "diligences appropriées" ; qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution » . Considérants 60 et 61 de la décision n° 2000-4333 (mots soulignés par l'auteur).

branche⁸⁷⁶. Désormais, l'hébergeur ne pouvait voir sa responsabilité engagée que s'il ne réagissait pas promptement à un ordre de l'autorité judiciaire en ce sens. L'article 43-8 tel qu'il résultait de la loi du 1^{er} août 2000 était donc, involontairement, plus ambitieux que l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique en ce qu'il allait au-delà des conditions d'exonération de ce texte en élargissant le domaine d'irresponsabilité du fournisseur d'hébergement.

Si critiquable qu'elle fut⁸⁷⁷, cette solution n'était pas constitutive d'une violation du droit européen dérivé susceptible d'être sanctionnée au moyen d'un recours en manquement, sur le fondement de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce pour les raisons que nous avons énoncées au chapitre précédent.

Toujours est-il, que du point de vue de la stratégie de régulation en cause, elle avait au moins le mérite d'être claire : la régulation des contenus

⁸⁷⁶ Suite à la censure du Conseil constitutionnel le nouvel article 43-8 de la loi de 1986 prenait la forme suivante : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :*

- *si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu* ».

⁸⁷⁷ Pour une interprétation plus restrictive de la portée de la décision du Conseil constitutionnel qui n'excluait pas le jeu des articles 1382 et s. du Code civil en cas de mise en cause d'un fournisseur d'hébergement du fait notamment de la valeur constitutionnelle de ces articles voir G. Viney, *Chronique*, JCP éd. G 2000, I, n°280, n° 8 : « *en ce qui concerne la responsabilité pénale, on peut penser que cette interprétation (irresponsabilité) s'impose cependant, en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, qui est aujourd'hui explicité par l'article 111-4 du Code pénal. En revanche, pour la responsabilité civile, ce principe n'existe pas. Or le texte, tel qu'il est aujourd'hui rédigé, paraît en contradiction absolue avec l'affirmation toute récente par le Conseil constitutionnel selon laquelle le principe de responsabilité pour faute édicté par l'article 1382 du Code civil est une "exigence constitutionnelle". Comment admettre en effet que cette éminente juridiction qui a, le 9 novembre 1999, professé si solennellement son attachement au principe de la responsabilité pour faute ait pu, le 2 août 2000, vouloir dispenser de toute responsabilité civile les fournisseurs d'hébergement sur Internet, même s'ils ont commis des fautes qui ont gravement nui à des tiers, tant que l'autorité judiciaire (laquelle, d'ailleurs et dans quelle condition ?) n'a pas "saisi" (?) l'auteur de la faute ? D'ailleurs, la motivation de la décision du Conseil constitutionnel, étant uniquement fondée sur le principe de la "légalité des délits et des peines", n'est pas pertinente pour justifier une telle restriction du droit commun et de la responsabilité civile. C'est pourquoi on peut espérer que la jurisprudence, en dépit de la rédaction maladroite de l'actuel article 43-8, trouvera le moyen de laisser les fournisseurs d'hébergement exposés à répondre de leurs fautes dommageables sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil* ».

illicites était d'abord de la compétence des autorités publiques. Les fournisseurs d'hébergement ne devaient intervenir qu'au stade de la sanction des activités illicites.

Cette stratégie de régulation publique devait d'ailleurs être facilitée par l'imposition d'une obligation de rétention de données personnelles : en vertu de l'article 43-9 introduit par la loi du 1^{er} août 2000, les fournisseurs d'accès et d'hébergement étaient tenus de « *détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires* », données que les autorités judiciaires pouvaient leur réclamer⁸⁷⁸.

Il est vrai néanmoins que l'effectivité du dispositif était somme toute aléatoire puisqu'aucune sanction n'était prévue en cas d'inexécution de cette obligation⁸⁷⁹.

193. Les fournisseurs d'accès oubliés - Les fournisseurs d'accès n'étaient pas mentionnés. L'article 43-7 leur imposait seulement, « *d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens* ». Fallait-il en déduire que l'on dut revenir aux principes du droit commun de la responsabilité lorsque serait en cause un fournisseur d'accès, le régime spécial de responsabilité instauré par l'article 43-8 en faveur du fournisseur d'hébergement n'étant pas applicable ? Une interprétation de ce

⁸⁷⁸ On peut s'interroger sur l'utilité de ce texte au regard notamment de l'article 145 du NCPC. Voir à ce titre l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 1^{er} février 2002 SA SPPI c/ T-online France, www.legalis.net, qui ordonne à un fournisseur d'accès sur le fondement de l'article 145 NCPC de communiquer au demandeur les éléments d'identification de l'utilisateur qui avait usé du numéro de sa carte bancaire sur Internet : « *Qu'elle [la société demanderesse] fait valoir qu'il est extrêmement difficile de déterminer s'il s'agit d'un tiers qui a utilisé le numéro de carte volée, ou s'il s'agit du titulaire lui-même ; Qu'elle dispose, par conséquent, d'un intérêt légitime au sens de l'article 145 du NCPC, à obtenir de la société T-online, tiers fournisseur d'accès, les éléments permettant d'identifier l'utilisateur de la carte bancaire en question, et s'étant connecté aux dates et sous les adresses indiquées, éléments de preuve indispensables pour lui permettre d'intenter une action au fond contre celui-ci* ».

⁸⁷⁹ B. Ader, *La responsabilité des acteurs de l'internet après la loi du 1er août 2000*, Légipresse (176)2000, 113-118, p. 114.

type était nécessairement sujette à critique aux vues de la Directive, qui pour l'activité de simple transport venait tout juste de consacrer un principe d'irresponsabilité.

194. La pratique - Alors même que le dispositif de l'article 43-8 semblait particulièrement favorable aux fournisseurs d'hébergement, de sorte qu'on aurait pu penser qu'ils allaient désormais attendre le prononcé d'un jugement, ces PISEL furent particulièrement coopératifs, n'hésitant pas à éliminer de leur propre initiative les contenus allégués illicites, le plus souvent après avoir été informés de ce fait par un tiers⁸⁸⁰. Pourtant, certains juges étaient sans doute prêts à appliquer à la lettre l'article 43-8 sans en modifier la portée aux fins de réduire *contra legem* le domaine de l'irresponsabilité du PISEL. À ce propos, est particulièrement intéressant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 novembre 2006⁸⁸¹ qui examine le comportement du fournisseur à l'aune tant de la loi du 1^{er} août 2000 que de la LCEN du 21 juin 2004 : « *Qu'en effet, sous le régime fixé par la loi du 1^{er} août 2000 et en particulier son article 43-8, la responsabilité de l'hébergeur ne pouvait être recherchée que si, ayant été saisi par une autorité judiciaire, il n'avait pas agi promptement pour empêcher l'accès au contenu litigieux du service incriminé ; qu'en l'espèce, il est établi qu'aucune autorité judiciaire n'avait été saisie* ». Une

⁸⁸⁰ Voir par exemple TGI Paris, réf., 15 janvier 2002, M. et Mme Dubois c/ T-online France, www.legalis.net; TGI Paris, réf., 15 janvier 2002, Robert Joubi c/ SA Multimania, www.legalis.net.

⁸⁸¹ CA Paris, 11e ch., CA Paris, 11e ch., 8 novembre 2006, Comité de défense de la cause arménienne c/ S. Aydin et a., www.juriscom.net, qui confirme la décision de première instance TGI Paris, 17^e ch., 15 nov. 2004, Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin S., France Télécom, Juris-Data n°2004-258504, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 32, note L. Grynbaum, RLDI 2005/1, n° 37 comm. L. Costes, www.juriscom.net. Voir également TGI Paris, réf., 6 février 2001, SA Ciriél et MJM c/SA Free, Comm. Com. Electr. 2001, comm. 50, note Ch. Le Stanc, Légipresse 2001, n° 181, III, p. 88, note B. Ader, Lettre Lamy droit médias et comm. 2001, n° 12, p. 11, Rev. Lamy Droit Aff. 2001, n° 37, n° 2345, obs. L. Costes, www.juriscom.net: « *Attendu qu'aux termes de l'article 43.8 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par l'article 1 de loi du 1^{er} août 2000, les personnes qui assurent le stockage direct et permanent, pour mise à disposition du public, de messages accessibles par les services de communication en ligne « ne sont pénalement ou civilement responsables du contenu de ces services que si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu* ».

interprétation de ce type n'a cependant pas toujours été de mise, notamment en première instance⁸⁸².

2. Le projet de loi sur la société de l'information

195. L'annonce de la LCEN - Les échecs de la loi du 1^{er} août 2000 expliquent qu'assez rapidement de nouvelles propositions en matière de responsabilité des intermédiaires techniques aient été élaborées. Le projet de loi sur la société de l'information adopté en Conseil des ministres le 13 juin 2001⁸⁸³ tenta de reformuler le régime de responsabilité des hébergeurs en ajoutant au fait générateur de la responsabilité civile le cas où « *ayant connaissance du caractère manifestement illicite, ils n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible* ».

Aucune précision n'était apportée quant à la nature de l'autorité judiciaire impliquée, au moyen de sa saisine, ou à la période pendant laquelle les hébergeurs étaient tenus de retirer le matériel ou d'en rendre l'accès impossible.

Toujours est-il que le fournisseur d'accès et le fournisseur de cache se virent enfin « considérer », puisque l'article 13 du projet de loi introduisait à leurs effets deux nouveaux articles au sein du Code des postes et des

⁸⁸² Voir le jugement du TGI Paris, 3^e ch., 16 février 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 119, note L. Grynbaum, qui tout en reconnaissant que le fournisseur d'hébergement n'était pas en l'espèce responsable sur le fondement de l'article 43-8 affirma que : « *La société Tiscali Média se prévaut dès lors exactement des dispositions de l'article 43-8 de la loi du 1er août 2000 dont il résulte que sa responsabilité civile ne peut être engagée au titre de la contrefaçon résultant de la mise à disposition illicite des deux œuvres en cause sur un site qu'elle héberge, que si, dès le moment où elle a eu la connaissance effective de son caractère illicite, ou de faits et circonstances menant en évidence à ce caractère illicite, elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible* ».

⁸⁸³ Projet de loi AN n° 3143, 14 juin 2001. Voir les articles 11 à 13. Pour un commentaire, voir P. de Candé, *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet ou ISP: l'apport du projet de loi sur la société de l'information*, Dalloz (24)2001, 1934-1938.

télécommunications. Le premier était exonéré de toute responsabilité en cas de contenu fourni par un tiers⁸⁸⁴, et le second se devait de réagir en cas de connaissance effective, soit du retrait du contenu ou de l'obstruction de son accès à partir du site principal, soit de l'ordre de l'autorité judiciaire de procéder à ce retrait ou à cette obstruction⁸⁸⁵.

Si l'on observe le dispositif dans son ensemble, en dépit de l'extension du domaine de responsabilité du fournisseur d'hébergeur aux cas de contenus manifestement illicites, la stratégie de régulation adoptée reste, à s'en tenir à la lettre du texte, une stratégie de régulation publique : l'autorité judiciaire plus que l'intermédiaire technique dispose du rôle clef. En effet, l'obligation de faire cesser l'activité illicite à la charge du fournisseur d'hébergement ne devait naître qu'en présence d'un contenu manifestement illicite. En théorie, ce dernier n'avait donc pas à apprécier le caractère illicite du contenu litigieux.

À la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale le projet de loi sur la société de l'information devint pourtant caduc. L'on a donc vu émerger un nouveau projet de loi approuvé par le Conseil des ministres le 15 janvier 2003⁸⁸⁶ qui connut, lui, un sort plus heureux que le précédent puisqu'il allait devenir un an plus tard la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN).

⁸⁸⁴ « Art. L. 32-3-1.- La responsabilité civile d'un opérateur de télécommunications, et notamment d'un prestataire technique exerçant l'activité mentionnée à l'article 43-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, ne peut être engagée à raison des contenus qu'il se borne à transmettre ».

⁸⁸⁵ « Art. L. 32-3-2.- La responsabilité civile d'un opérateur de télécommunications ne peut être engagée à raison du stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'il transmet, effectué dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de ces contenus, à condition que cet opérateur agisse promptement pour retirer les contenus qu'il a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'il a effectivement connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible ».

⁸⁸⁶ Projet de loi AN n° 528, 15 janvier 2003.

Malgré de très nombreuses similitudes⁸⁸⁷ entre le projet de loi sur la société de l'information et le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, il n'était pas certain au départ que le second reposât sur une stratégie de régulation identique faisant de l'acteur public l'élément central de la chaîne de régulation, tout en privatisant un certain nombre de prérogatives comme celles du contrôle et de la sanction. L'intervention du Conseil constitutionnel allait changer la donne. Dès lors, l'on observe bien une tendance à la subjectivisation de la responsabilité civile, tendance limitée cependant aux hypothèses de responsabilité pécuniaire.

B. La responsabilité des PISEL après la seconde intervention législative (loi du 21 juin 2004)

196. Si le domaine des régimes de responsabilité établis par la LCEN est identique à celui de la Directive (1), leurs effets témoignent d'un parti pris du législateur national (2).

1. Domaine

197. **Des régimes de responsabilité horizontaux quant aux types de contenus visés** - Le domaine d'application des articles 6 et 9 de la LCEN est relatif à tout type de contenu, quelle que soit la nature de l'intérêt violé. Si le vocabulaire varie d'un article à l'autre puisque l'article 6 réglemente la responsabilité du fait des activités ou informations stockées à la demande d'un destinataire et l'article 9 la responsabilité du fait de contenus transmis

⁸⁸⁷ T. Verbiest, *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: analyse critique*, Communication Commerce Electronique 2003, 9-19, p. 9 : « De manière générale, à part quelques exceptions notables [...], le texte [le projet de loi du 15 janvier 2003] est très similaire au précédent projet de la loi sur la société de l'information ».

sur un réseau, les régimes spéciaux de responsabilité des intermédiaires techniques sont conçus de manière horizontale⁸⁸⁸. À ce titre et à ce titre seulement, ils constituent une sorte de « droit commun » de la responsabilité des PISEL.

198. Les activités réglementées - Quant aux personnes concernées par ces régimes spéciaux, il faut distinguer trois types d'activités.

198-1. Le fournisseur d'hébergement - L'on commencera par évoquer le fournisseur d'hébergement qui est de manière assez originale le premier, à suivre les dispositions de la loi, à bénéficier d'un régime de faveur. Ce sont les paragraphes I.2 et I.3 de l'article 6 qui règlent son sort⁸⁸⁹. Il faut entendre par fournisseur d'hébergement toute personne physique ou morale qui « assure[], même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de message de toute nature fournis par des destinataires de ces services »⁸⁹⁰. Par communication au public en ligne l'on doit comprendre en vertu de l'article 1^{er}, IV, al. 4 de la LCEN « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre

⁸⁸⁸ Applicables quelle que soit la nature des intérêts violés.

⁸⁸⁹ « 2. Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

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

3. Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible. L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa ».

⁸⁹⁰ Cette définition a souvent été reprise telle qu'elle par les juges. Voir notamment TGI Paris, réf., 25 mars 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 118, note L. Grynbaum.

l'émetteur et le récepteur ». L'activité d'hébergement se caractérise donc par le stockage du matériel, sans que son caractère direct ou permanent soit une condition de sa qualification⁸⁹¹. Néanmoins il ne faut que le destinataire du service ait agi sous l'autorité ou le contrôle du fournisseur de service toujours en vertu de l'article 6.I.3.

À interpréter les articles 6 et 9 de la LCEN ensemble, il convient cependant d'exclure la qualification d'hébergeur lorsque l'activité en cause correspond à la définition du nouvel article L. 32-3-4 du Code des postes et des télécommunications.

L'insertion d'une catégorie peu contraignante permettant d'appréhender une grande variété de comportements⁸⁹² ne doit pas avoir pour conséquence d'exonérer l'éditeur des contenus qui offrirait également un service d'hébergement. Là encore, comme c'était le cas pour le DMCA, l'on ne peut se contenter de caractériser l'activité dominante du PISEL. Il est nécessaire au contraire d'apprécier la diversité de ses activités, même lorsqu'elles ne sont que subsidiaires ou accessoires. Tout le problème est cependant de savoir à partir de quel moment l'hébergeur se transforme en éditeur⁸⁹³. À ce propos,

⁸⁹¹ Le caractère direct et permanent du stockage expressément prévu par la loi du 1^{er} août 2000 a donc été gommé. Les premières tentatives de définition de l'activité d'hébergement avaient pourtant fait du caractère durable du stockage un élément essentiel de la définition de l'activité d'hébergement. Voir notamment TI Puteaux, 28 septembre 1999, Comm. Com. Electr. 2000, comm. 26, note A. Lepage. Voir également TGI Paris, 17^e ch., 11 février 2003, Ministère public et Association Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de haute Silésie et autre c/ Timothy K. et Yahoo Inc., www.foruminternet.org pour une application de l'article 43-8 de la loi du 1^{er} août 2000.

⁸⁹² Cette catégorie devrait cependant être d'interprétation stricte, ce qui ne va pas sans difficultés.

⁸⁹³ La LCEN ne s'intéresse aux « éditeurs de services de communication au public en ligne » seulement dans le cadre de l'obligation d'identification préalablement mentionnée. L'on fera remarquer que la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet consacre le statut d'éditeur en ligne ayant la charge d'un service de presse en ligne défini de la manière suivante : « *On entend par service de presse en ligne tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale* ».

les tribunaux n'ont pas toujours adopté des définitions conformes à la lettre du texte de la LCEN⁸⁹⁴, de même qu'ils n'ont pas toujours respecté le caractère spécial du régime de responsabilité du fournisseur d'hébergement⁸⁹⁵. Tantôt les critères de l'architecture technique utilisée par le PISEL lui permettant d'agencer les contenus transmis par ses utilisateurs et l'exploitation commerciale de son service au moyen notamment de la commercialisation d'espaces publicitaires⁸⁹⁶ servent à justifier la qualification d'éditeur, tantôt ils ne sont pas considérés comme pertinents puisque seuls le choix du contenu ou encore sa provenance sont considérés comme déterminants.

Dans l'affaire Tiscali⁸⁹⁷ comme dans l'affaire Méridien⁸⁹⁸, selon les dires de la Cour d'appel de Paris, un fournisseur d'hébergement qui exploitait

(Article 27 complétant l'article 1er de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse). Ce même article complétant cette fois l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle établit un régime de responsabilité pénale spécial en faveur des directeurs ou codirecteurs de publication lorsque le message illicite est adressé par un internaute et qu'il est mis à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles.

⁸⁹⁴ Notamment quant à la catégorie des fournisseurs d'hébergement qui se trouve dans la LCEN comme de celle des éditeurs qui en est absente. En outre ils utilisent tantôt l'expression « éditeur de contenus » tantôt celle d'« éditeur de services de communication en ligne », ce qui ne recouvre pas la même réalité.

⁸⁹⁵ Si le fournisseur de service n'est pas un fournisseur d'hébergement alors on doit en revenir au droit commun. Or certains juges commencent par vérifier si le fournisseur de service peut être considéré comme un éditeur et concluent que si cela n'est pas le cas le fournisseur de service est un fournisseur d'hébergement.

⁸⁹⁶ Cette solution est désormais condamnée par la CJUE au sein de son arrêt du 23 mars 2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH §116.

⁸⁹⁷ CA Paris, 4e ch., A, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, www.legalis.net. B. Tabaka explique cette solution par l'application en l'espèce de la loi du 1er août 2000 en vertu de laquelle la définition de l'activité d'hébergement était essentiellement technique et de ce fait relativement restrictive. La réitération de cette solution un an plus tard laisse à penser que cette explication ne suffit plus. Voir B. Tabaka, *Commerce électronique: les plates-formes sont-elles des hébergeurs?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (33)2007, 10-15. On remarquera cependant que dans l'affaire Méridien la Cour avait relevé que la défenderesse, opératrice d'une plateforme de vente de noms de domaine, était pleinement informée de l'existence des marques de la demanderesse.

⁸⁹⁸ CA Paris, 4e ch., A, 7 mars 2007, Hôtels Méridien c/ Sedo, Stéphane H., www.legalis.net. La Cour de cassation a confirmé la solution de la Cour d'appel en rejetant l'appel de la société Sedo, Cass. com. 21 octobre 2008, Sedo GmbH c/ Hôtels Méridien, Stéphane H, n° 07/14979,

commerciallement son site Internet⁸⁹⁹ devait être considéré comme l'éditeur des contenus hébergés. Une solution de ce type est cependant critiquable dans la mesure où la loi ne distingue pas entre les fournisseurs d'hébergement œuvrant à titre gratuit et les autres.

La diffusion d'actualités ou de nouvelles au moyen du standard RSS⁹⁰⁰ permettant la mise à jour automatique d'informations dont la nature change fréquemment a également permis à certains juges de se prononcer sur le contenu de la qualification d'éditeur⁹⁰¹. La décision de s'abonner au flux RSS litigieux, celle d'agencer les différentes sources provenant notamment du responsable du flux litigieux et le choix d'exploiter commerciallement son site par l'insertion d'annonces publicitaires ont pu suffire à la qualification d'éditeur. La jurisprudence n'est cependant pas unanime comme en témoigne le jugement récent du Tribunal de grande instance de Nanterre du 25 juin 2009 pour qui : « *seul le choix des contenus des fichiers mis en ligne constitue un choix éditorial de sorte que le fait de structurer les flux RSS mis à la disposition du public selon un classement choisi par le créateur du site ne donne pas à ce dernier la qualité d'éditeur tant qu'il ne détermine pas les contenus de ceux-ci* »⁹⁰².

Inédit. Voir également TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Lambert c/ Sté Myspace, www.legalis.net qui mentionne le critère de l'architecture technique et celui de l'exploitation commerciale du site.

⁸⁹⁹ Dans un cas en offrant des espaces publicitaires payants sur les pages personnelles de ses utilisateurs qu'il créait (le critère de l'architecture technique est donc également présent) et dans l'autre, en éditant un site Internet consacré aux noms de domaine qu'il proposait à la vente de même qu'en insérant des liens hypertextes à usage publicitaire sur les sites web correspondant à ces noms de domaine (technique des sites parking).

⁹⁰⁰ Plus simplement un « flux RSS » est un fichier contenant les titres des derniers articles mis en ligne par un site web ainsi que les liens vers ceux-ci. Ce fichier est généré périodiquement pour que le sommaire soit toujours à jour.

⁹⁰¹ TGI Nanterre, réf., 28 février 2008, Olivier D. c/ SARL AADSOFT COM et Olivier D. c/ Eric D., www.legalis.net, RLDI 2008/36, n° 1215 comm. J.-B. Auroux ; TGI Paris, réf., 15 décembre 2008, Claire L. dit K. c/ Mehdi K., www.legalis.net. Ces activités auraient peut-être pu être appréhendées au titre de la fourniture d'instruments de localisation de l'information.

⁹⁰² TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 juin 2009, Olivier D. c/ Wikio, www.legalis.net.

De même, l'appréhension des sites « digg-like »⁹⁰³ a été l'occasion d'écarter l'application des dispositions de la LCEN alors même que le degré d'implication du fournisseur de service est moindre dans la mesure où il n'émet aucune décision quant au choix de la source du contenu⁹⁰⁴.

Dans l'affaire Youtube⁹⁰⁵ en revanche l'éditeur fut défini restrictivement par référence au texte de la LCEN qui pourtant ne contient aucune définition de ce type : l'éditeur serait donc la personne qui détermine les contenus devant être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge. En l'espèce, le caractère commercial de l'activité du prestataire comme la sophistication de l'architecture qu'il proposait aux internautes afin d'organiser leurs contenus ne put suffire à le qualifier d'éditeur.

Ainsi, la cohérence de la jurisprudence n'est pas toujours de mise et l'émergence du web 2.0⁹⁰⁶ a ravivé le débat relatif au contenu exact de la

⁹⁰³ Un « Digg like » est un site web communautaire offrant aux internautes la possibilité d'insérer des liens vers des pages du web, liens qui sont parfois accompagnés d'extraits d'articles. Il permet ensuite aux internautes de voter pour choisir leurs liens préférés et donc d'établir un classement afin de mettre en priorité les liens les plus populaires.

⁹⁰⁴ TGI Paris, réf., 26 mars 2008, Olivier M. c/ Bloobox Net, www.legalis.net infirmé par CA Paris, 14^e ch., B, 21 novembre 2008, www.legalis.net.

⁹⁰⁵ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 14 novembre 2008, Jean-Yves L. et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net. Voir également CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, Lucent Technologies c/ Escota, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 13 juillet 2007, Christian C., Nord Ouest Production c/ Dailymotion, UGC Images, www.legalis.net confirmé sur ce point (et sur ce point seulement) par CA Paris, 4^e ch., A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord-Ouest production et autres, www.legalis.net ; T. com. Paris, 20 février 2008, Flach Film et autres c/ Google France, Google Inc www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 15 avril 2008, Jean Yves Lafesse et autres c/ Dailymotion et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 15 avril 2008, Omar et Fred et autres c/ Dailymotion et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 3 juin 2008, Lafesse et autres c/ OVH et autres, www.legalis.net confirmé par CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 décembre 2009, Lafesse c/ OVH et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 10 avril 2009, SARL Zadig Productions c/ SA Dailymotion, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 13 mai 2009, Temps Noir et autres c/ Youtube et autres www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c/ Google et autres www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 10 juillet 2009, Bayard Presse c/ YouTube LLC, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 22 septembre 2009, n° 09/06246, ADAMI et a. c/ Sté YouTube, www.juriscom.net.

⁹⁰⁶ « L'expression Web 2.0 a été proposée pour désigner ce qui est perçu comme un renouveau du World Wide Web. L'évolution ainsi qualifiée concerne aussi bien les technologies employées que les

catégorie de fournisseur d'hébergement au sens de la LCEN⁹⁰⁷. Les capacités techniques des PISEL leur permettant de réguler les comportements de leurs utilisateurs au moyen de l'architecture de leurs systèmes ont incité les juges à leur refuser le régime spécial de responsabilité du fournisseur d'hébergement, ce en usant de stratégies différentes : soit ils écartent tout simplement la qualification d'hébergeur au profit de celle d'éditeur de contenus, soit ils acceptent qu'une partie des services fournis par le prestataire soit traitée comme des services d'hébergement, mais recourent aux articles 1382 et 1383

usages. En particulier, on qualifie de Web 2.0 les interfaces permettant aux internautes d'interagir à la fois avec le contenu des pages mais aussi entre eux, faisant du Web 2.0 le web communautaire et interactif. Expression lancée par Tim O'Reilly en 2004, "Web 2.0" s'est imposé à partir de 2007 », http://fr.wikipedia.org/wiki/Web_2.0.

⁹⁰⁷ Une nouvelle vague de jurisprudence a vu le jour dans la foulée. Voir parmi les commentaires récents suscités par cette nouvelle vague de jurisprudence : E. Barbry et O. Proust, *Le web 2.0 passe la barre des prétoires*, Gazette du Palais (291)2007, p. 10 et s; C. Caron, *Contrefaçon et sites communautaires: état des lieux jurisprudentiel*, Communication Commerce Electronique (12)2007, comm. 143; L. Costes, "Hébergeurs, prestataires Internet... entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle?" Revue Lamy Droit de l'Immatériel (47)2009, 77-80; E. Derieux, *Internet et responsabilité*, Petites Affiches (139)2008, 7 et s; L. Grynbaum, *Jeu vidéo commercialisé avant la date de sortie: responsabilité de l'éditeur du site d'annonces*, Communication Commerce Electronique (12)2006, comm. 159; B. Jacob, *Responsabilité des sites de partage: le jeu des chaises musicales*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (40)2009, 22-24; G. Jahan, *Le partage vidéos en ligne sur You tube: un exemple de la problématique des responsabilités sur le web 2.0*, Gazette du Palais (109)2007, 28 et s; A.-S. Lampe, *La protection d'oeuvres illicitement partagées sur les sites communautaires du Web 2.0*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (32)2007, 77-83; A. Lepage, *Wikipedia sur la scène judiciaire*, Communication Commerce Electronique (12)2007, comm. 155; C. Manara, *Les enseignements de Wikipédia (...côté judiciaire)*, Dalloz 2007, 3000 et s; B. May, *Responsabilité des acteurs du web 2.0: l'histoire sans fin*, La Semaine Juridique ed. E (17)2008, 1540; S. Proust, *Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (30)2007, 29-34; O. Roux et J.-P. Gasnier, *Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes Internet*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (48)2009, 83-94; A. Saint Martin, *Proposition d'une "responsabilité raisonnable" pour le Web 2.0* Revue Lamy Droit de l'Immatériel (32)2007, 32-39; P. Sirinelli, *La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (49)2009, 78-83; B. Tabaka, *Commerce électronique: les plates-formes sont-elles des hébergeurs?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (33)2007, 10-15; G. Tessonnière, *Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et aux autres intermédiaires de contenus?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (35)2008, 21-25; L. Thoumyre, *L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0. - (commentaire de TGI Paris, réf., 29 oct. 2007, M.B., P.T., F.D. c/ Wikimedia Foundation Inc.)*, Communication Commerce Electronique (2)2008, Etude 5; L. Thoumyre, *Responsabilité 2.0 ou l'éternel recommencement*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (33)2007, 16-18. Voir également P. Sirinelli (président), *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet*, 2008, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html.

du Code civil pour encadrer leurs activités commerciales sans pour autant en faire des éditeurs de contenus⁹⁰⁸. Même si aucune modification de la LCEN n'est envisagée⁹⁰⁹, la tendance jurisprudentielle récente est donc à l'intensification des devoirs des PISEL⁹¹⁰.

À titre d'exemple, l'on notera que la qualification d'hébergeur a pu bénéficier à des plateformes de ventes aux enchères comme Yahoo!⁹¹¹ ou eBay⁹¹², à des plateformes de « streaming »⁹¹³, à des gestionnaires de forum de discussion qui ne procèdent pas toujours directement au stockage des contenus sans pour autant jouer le rôle d'éditeur⁹¹⁴, comme à des moteurs de

⁹⁰⁸ Voir chapitre suivant.

⁹⁰⁹ Voir le Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 janvier 2008, www.juriscom.net.

⁹¹⁰ Voir par exemple le Plan de développement de l'économie numérique, France numérique 2012, du secrétaire d'État E. Besson, octobre 2008, www.droit-technologie.org:80/upload/actuality/doc/1166-1.pdf.

⁹¹¹ Voir TGI Paris 17^e ch., 11 février 2003, Ministère public et Association Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de haute Silésie et autres c/ Timothy K. et Yahoo Inc., www.foruminternet.org.

⁹¹² TGI Paris, 3^e ch., 26 octobre 2004, SA Poiray France, Mme N. H. c/ SARL CJSF, SARL Comptoir de Joaillerie de service de fabrication, SARL Orphelie, SA Ibazar, SA Ebay France, www.juriscom.net ; CA Paris, 9 novembre 2007, eBay c/ S.A.R.L. DWC, www.juriscom.net ; T. com. Brest, réf., 6 août 2008, Quai Ouest Musiques c/ eBay Europe, eBay International AG, www.legalis.net ; TI Saint-Jean-de-Maurienne, 6 août 2003, Bruno Axelrad c/ eBay France S.A., Juris-Data n° 2003-241976, Comm. Com. Electr. 2004, comm. 91, note Ph. Stoffel-Munck ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 13 mai 2009, L'Oréal et autres c/ eBay France et autres www.legalis.net (pour une partie seulement des activités d'eBay). Comparer avec T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Christian Dior Coutures c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; TGI Troyes, 4 juin 2008, Hermès International c/ Madame Cindy F, eBay France et eBay International, www.juriscom.net ; TGI Paris, 17^e ch., 11 février 2003, M. Timothy K. et Yahoo Inc. c/ Amicale des dép. d'Ausch. et des camps de H. Silésie et MRAP, www.juriscom.net. Le Forum des droits de l'Internet a d'ailleurs recommandé que les plateformes de mise en relation soient soumises au régime de responsabilité de l'hébergeur. Recommandation du Forum des droits de l'Internet « Commerce électronique entre particuliers » publiée le 8 novembre 2005, p. 13, www.foruminternet.org.

⁹¹³ Le « streaming » consiste en la lecture en ligne d'un contenu vidéo ou audio. Voir la jurisprudence citée *supra* à la suite de l'affaire Youtube. *Contra* : TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Lambert c/ Myspace, www.legalis.net.

⁹¹⁴ Voir TGI Lyon, 14^e ch., 21 juillet 2005, Groupe Mace c/Gilbert D., RLDI 2006/14, n° 420 comm. L. Costes : « *Que si dès l'entrée en vigueur de cet article 43-8, il a été considéré que le régime*

recherche de vidéos en ligne⁹¹⁵. De manière encore plus remarquable, la qualification d'hébergeur a été accordée à la société Google au titre de son activité gratuite de moteur de recherche comme au titre de son service Adwords⁹¹⁶ et ce, contre la position du courant jurisprudentiel majoritaire⁹¹⁷.

de responsabilité ainsi défini concernait uniquement les fournisseurs d'hébergement, la question de l'applicabilité de ce régime aux organisateurs de forum de discussion s'est ensuite rapidement posée ; Que désormais le responsable d'un forum non modéré ou modéré a posteriori doit être considéré comme un hébergeur au sens de la loi puisqu'il assure le stockage direct des messages diffusés sans porter de regard préalable sur ces derniers ; Que le recours aux travaux parlementaires de la loi du 21 juin 2004 tend à démontrer que les promoteurs de ladite loi ont manifesté leur intention de rendre applicable aux organisateurs de forums de discussion l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 ; que selon les débats parlementaires, il convient en effet de se référer davantage à la définition communautaire du prestataire d'hébergement, telle que définie à l'article 14 de la directive européenne du 8 juin 2000, laquelle ne limite pas l'activité d'hébergement à la prestation purement technique mais identifie plus précisément l'ensemble des "fonctions d'intermédiation" qui ne relèvent pas du simple transfert d'information » ; CA Versailles, 14 ch., 12 décembre 2007, SARL Les Arnaques.com et association Les Arnaques.com c/ SARL Editions régionales de France, www.juriscom.net.

Voir également le Dossier du Forum des droits sur l'Internet, « Responsabilité liée à l'exploitation de forums de discussion », 18 juillet 2002, et la Recommandation du Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le Web ? », 8 juillet 2003, et le Dossier « Je blogue tranquille », 31 octobre 2005, www.foruminternet.org. Le forum des droits sur l'Internet recommande d'étendre aux gestionnaires de forums de discussion et aux animateurs de blogs le régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement « dans les cas où ces personnes ne procèdent pas à une exploitation éditoriale des contenus des messages postés ou n'initient pas de discussion sur des sujets particulièrement sensibles ». Cela ne semble pas être la position de la jurisprudence. Voir à ce propos TGI Paris, 17^e ch., 13 février 2008, SARL Netprod Corporation et Didier R. c/ Youri R. et Julien M., www.lexisnexis.fr.

⁹¹⁵ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 3 juin 2008, Lafesse et autres c/ OVH et autres, www.legalis.net confirmé par CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 décembre 2009, Lafesse c/ OVH et autres, www.legalis.net

⁹¹⁶ Pour ce qui est du service Adwords, TGI Strasbourg, 1^{re} ch. civile, 20 juillet 2007, Atrya c/ Google France et autres, www.legalis.net, RLDI 2007/30, n° 996 comm. E. Tardieu-Guigues (« De part la généralité de leurs termes, l'application de ce régime ne dépendant ni de la nature des signaux stockés (écrits, images, sons ou messages de toute nature...), ni de la fonction (commerciale, publicitaire, informative...) des données concernées, la société Google France apparaît fondée à se prévaloir de ces dispositions légales tant pour son activité de moteur de recherche que pour celle de prestataire de services publicitaires dans le cadre de son service AdWords. »). Pour un commentaire critique voir N. Martin, *Des conditions de la contrefaçon à celles de la faute en passant par la qualification d'hébergeur, le TGI de Strasbourg relance le débat sur les liens commerciaux*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (31)2007, 15-19. Voir également T. com. de Lille, réf., Société Espace Unicis c/ SA Meetic, SARL Google France, 1^{er} juin 2006, www.gazettedunet.fr. Pour ce qui est de l'activité gratuite de moteur de recherche autre que celle de régie publicitaire TGI Paris, réf., 31 juillet 2000, Bertrand Delanoé c/ Alta Vista et a., Juris-Data n° 2000-134032, www.juriscom.net.

⁹¹⁷ Cette solution pourrait cependant devenir majoritaire dans le sillage de l'arrêt de la CJUE du 23 mars 2010 rendu dans le cadre des affaires C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google

Il semble qu'il faille néanmoins exclure, aux vues de la lettre du texte de loi, le fournisseur de stockage de correspondance privée, ce que ne fait pas la Directive 2000/31/CE dans son article 14.

198-2. Le simple transporteur - Après le fournisseur d'hébergement, c'est au simple transporteur de voir son activité réglementée à l'article 9¹⁸. Celle-ci consiste en la « *transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques* », sans que le PISEL n'initie la transmission, ou ne participe à la sélection du destinataire ou du contenu du matériel transmis. Cette catégorie est plus large que celle des fournisseurs d'accès qui en vertu de l'article 6.I.1 ont pour activité « *d'offrir un accès à des services de communication au public* »¹⁹.

Certains juges ont pu adopter une acception extensive de la notion d'offre d'accès, à l'exemple de la Cour d'appel de Paris qui a pu considérer que la Banque BNP Paribas devait être comptée au titre des prestataires techniques de l'article 43-7 de loi du 30 septembre 1988 introduit par la loi du 1^{er} août 2000²⁰. Cette interprétation extensive critiquée par un certain nombre d'auteurs²¹ ne devrait cependant pas être remise en cause par l'adoption de la LCEN puisque la définition de l'activité de fourniture d'accès de l'article 43-7 est identique à celle de l'article 6 de la LCEN.

France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH. Mais voir chapitre suivant.

¹⁸ Article L. 32-3-3 : « *Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission* ».

¹⁹ Voir par exemple TGI Paris, réf., 25 mars 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 118, note L. Grynbaum.

²⁰ CA Paris, 14e ch., 4 février 2005, BNP Paribas, RLDI 2005/3, n° 100 comm. L. Costes., Comm. Com. Electr. 2005, comm. 71, note L. Grynbaum.

²¹ Voir par exemple Comm. Com. Electr. 2005, comm. 71, note L. Grynbaum.

198-3. Le fournisseur de cache - Vient enfin le fournisseur de service cache dont l'activité définie au même article 9⁹²², consiste en le stockage automatique intermédiaire et temporaire des contenus transmis dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, sans que le prestataire ne les transforme, n'altère leurs conditions d'accès, ou ne modifie les règles usuelles de rafraîchissement, ainsi que les mesures techniques usuelles et licites d'obtention des données. L'ajout de cette disposition a cependant été critiqué pour son caractère superflu puisque, même si le PISEL utilise la technique du « caching », il est soit un fournisseur d'accès soit un fournisseur d'hébergement⁹²³. L'on observera que cette disposition est le résultat d'une approche volontairement empirique qui nécessite de distinguer chacune des activités du PISEL, quand bien même ce dernier exercerait principalement ou habituellement une activité de fourniture d'accès ou d'hébergement.

⁹²² « Toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants :

1° Elle a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ;

2° Elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible ».

⁹²³ L. Grynbaum, LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet, Communication Commerce Electronique (9)2004, 36 s. : « [L]activité de stockage définie par la directive en son article 13 présente une certaine redondance avec l'activité de fournisseur d'accès. En d'autres termes, l'activité de simple stockage intermédiaire ou temporaire ne représente qu'une modalité technique car le prestataire est soit un fournisseur d'accès qui pour les besoins de son activité utilise la technique de stockage temporaire, soit un fournisseur d'hébergement ou hébergeur qui stocke les données pendant la durée souhaitée par son client ». Voir également les propos de Ch. Feral-Schuhl : « En réalité, cet article ne présente pas d'utilité particulière ; il a eu pour but essentiel d'éviter que la Commission ne condamne la France pour manquement dans la transposition de la directive en transposant expressément l'article 13 ». C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2008, Dalloz, Paris, n° 112-13.

2. Effets

199. Les effets des régimes spéciaux de responsabilité établis par la LCEN varient en fonction de la nature du remède demandé : soit la victime réclame le versement de dommages-intérêts (b), soit elle requiert le prononcé d'une injonction (a).

a. La responsabilité pécuniaire

200. La responsabilité pécuniaire des trois types de PISEL considérés par la LCEN a été construite aux vues du principe d'interdiction d'imposer à ces derniers une obligation générale de contrôle (i). Ce qui n'a pas empêché le législateur national de les soumettre à une obligation spéciale de contrôle comme l'autorise la Directive, afin de lutter contre la diffusion de certains types de contenus (ii).

i. L'exonération de toute obligation générale de contrôle

201. **Absence de conditions d'éligibilité** - Si du point de vue de son domaine, le texte législatif français ne fait pas preuve de beaucoup d'originalité et reprend tant bien que mal les définitions de la Directive, il tente pourtant de répondre aux incertitudes du texte européen.

L'on commencera par remarquer en comparaison avec le DMCA, que le texte français ne subordonne pas le bénéfice de ces régimes au respect d'un certain nombre de conditions d'éligibilité. En ce sens, la violation des dispositions du paragraphe I.1 de l'article 6 qui impose aux fournisseurs d'accès d'informer « *leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et [de] leur propose[r]*

au moins un de ces moyens », voire la violation des dispositions du paragraphe II de ce même article qui impose aux fournisseurs d'accès et d'hébergement⁹²⁴ de détenir et conserver « les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires »⁹²⁵, n'a pas à première vue pour conséquence un retour aux principes du droit commun de la responsabilité, autrement dit aux articles 1382 et suivants du Code civil, ce aux fins de déterminer les conditions de la responsabilité des PISEL du fait de la transmission de contenus illicites. D'ailleurs, la force obligatoire même de l'obligation d'information des abonnés du fournisseur d'accès Internet est incertaine⁹²⁶ alors que l'inexécution de l'obligation de rétention est sanctionnée pénalement⁹²⁷.

202. L'obligation de rétention des données de nature à permettre l'identification du fournisseur de contenus - Ceci étant dit, il existe bien un rapport entre l'obligation de rétention et les conditions de la responsabilité du

⁹²⁴ Les moteurs de recherche ne semblent pas être soumis à cette obligation. Voir notamment TGI Paris, réf., 27 février 2006, A. Afflelou et Sté Afflelou c/ Google et Free, www.legalis.net, où le juge estima qu'aucune demande d'identification d'auteurs de contenus illicites référencés par le service Google Images ne pouvait être dirigée à l'encontre de la société Google France, cette dernière ne pouvant être considérée comme un fournisseur d'hébergement au sens de la loi du 21 juin 2004.

⁹²⁵ Il faut ajouter également l'obligation pour les fournisseurs d'hébergement de fournir aux éditeurs de services de communication en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues au 6.III.

⁹²⁶ C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2008, Dalloz, Paris, n° 113-23. L'auteur insiste sur le caractère purement volontaire de la démarche ainsi suggérée au fournisseur d'accès en faisant remarquer que « les pouvoirs publics et les FAI ont conclu un accord le 16 novembre 2005 visant à proposer une solution de contrôle parental gratuit. AOL, Wanadoo, Club Internet, Alice et Numéricâble ont ainsi inclus dans leur kit de connexion un tel système, au premier semestre 2006 ». Voir également M. Vivant (sous la dir.), 2010, *Droit de l'informatique et des réseaux*, LamyLine, <http://www.lamylinereflex.fr>; n° 2731 : « Information, proposition (mais limitée puisqu'il suffit de proposer un des moyens possibles) : l'obligation n'est pas sévère. Il ne semble pas qu'elle soit spécifiquement sanctionnée. Et s'il faut alors juger que c'est le droit commun qui doit jouer, il reste à imaginer comment. À titre d'exemple, la mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil suppose qu'une personne puisse faire valoir un dommage propre qu'elle aurait ressenti et donc, sans constat d'un tel dommage individualisé, ce texte ne saurait jouer ». D'autres obligations dépourvues de sanctions sont prévues par la LCEN, à l'exemple de celle qui impose de faire figurer dans la publicité pour le téléchargement de fichiers la mention facilement identifiable et lisible suivant laquelle « le piratage nuit à la création artistique ».

⁹²⁷ Article 6. VI.1.

fait de la transmission d'un contenu illicite sur le réseau ou système du PISEL, puisque la violation de l'obligation de rétention est susceptible de rendre le PISEL responsable de l'entier dommage subi par la victime du fait de la transmission du contenu en cause. Les décisions de première instance et d'appel rendues dans le cadre de l'affaire Dargaud Lombard, Lucky comics c/ Tiscali Média⁹²⁸, même si elles l'ont été sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000, illustrent clairement l'existence d'un lien de « solidarité »⁹²⁹ entre les paragraphes I et II de l'article 6, de sorte que soit la victime se voit offrir les données nécessaires à l'identification du fournisseur de contenus⁹³⁰, soit le PISEL, fournisseur d'accès ou d'hébergement, risque de se voir reconnaître responsable du dommage causé à la victime du fait de la transmission du contenu dommageable⁹³¹.

⁹²⁸ Il faut donc en conclure que le fournisseur de service est à la fois hébergeur et éditeur et que les régimes de responsabilité de chacun de ces acteurs sont cumulatifs et non alternatifs.

⁹²⁹ Il est difficile d'arguer cependant qu'il existe un lien de causalité entre le dommage subi par la victime du fait de la transmission d'un contenu illicite et l'inexécution de l'obligation de rétention. Au mieux, le maintien du contenu illicite sur le réseau Internet pourrait être facilité par l'inexécution de l'obligation de rétention.

⁹³⁰ Aux dires de la Cour d'appel de Paris la loi du 1^{er} août 2000 ne faisait pas « obligation de traiter les données qu'elle doit conserver et communiquer ni de procéder à l'identification de l'auteur du message litigieux et, d'autre part, qu'une telle recherche relève de toute évidence d'une mesure d'instruction que le juge des référés ne [pouvait] ordonner que sur un autre fondement que ceux sur lesquels il a été saisi dans le cadre d'une première instance ». La LCEN reprenant mot pour mot le texte de l'article 43-7 introduit par la loi du 1^{er} août 2000 cette interprétation ne devrait pas être remise en cause.

⁹³¹ TGI Paris, 3^e ch., 16 février 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 119, note L. Grynbaum : « En manquant ainsi à l'obligation légale que lui imposait l'article 43-9 ci-avant cité, la société Tiscali Média a commis une négligence au sens de l'article 1383 du Code civil et engagé dès lors sa responsabilité délictuelle envers les sociétés demanderesse. Cette faute a directement conduit à priver les demanderesse de la possibilité d'agir en réparation des actes de contrefaçon dont elles ont été victimes à l'encontre de leur auteur. Les sociétés Dargaud Lombard et Lucky Comics soutiennent exactement que le préjudice en résultant pour elles correspond au montant des dommages-intérêts auquel elles auraient pu prétendre si l'auteur du site contrefaisant avait pu être identifié » ; CA Paris, 4^e ch., A, arrêt 7 juin 2006, www.legalis.net : « Considérant qu'il résulte de ces éléments que le tribunal a justement retenu que, en manquant à l'obligation légale mise à sa charge par les dispositions précitées, la société Tiscali Média a commis une négligence, au sens de l'article 1383 du Code civil, et, dès lors, engagé sa responsabilité délictuelle puisqu'une telle négligence est constitutive d'une faute qui est en lien direct avec le préjudice subi par les sociétés Dargaud Lombard et Lucky Comics, de sorte que, de ce chef, le jugement déféré sera confirmée ». Voir également CA Paris, 14^e ch., A, 12 décembre 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom n° 07/10036, www.juriscom.net.

202-1. La portée de l'obligation de rétention - La portée de l'obligation de rétention mise à la charge des fournisseurs d'accès et d'hébergement continue cependant de poser problème. S'il semble opportun qu'ils ne puissent se borner à transmettre des données manifestement fantaisistes comme l'illustre encore une fois l'affaire Dargaud Lombard, Lucky comics c/ Tiscali Média⁹³², il n'est pas sûr qu'ils soient contraints de transmettre des données effectivement utiles à l'identification du fournisseur de contenus. En témoigne l'affaire Métrobus⁹³³ : dans sa seconde ordonnance de référé, en date du 2 février 2004, alors même que la victime n'avait pu identifier l'auteur des actes, le juge estima que les divers renseignements communiqués, et notamment les adresses IP des ordinateurs à partir desquels la connexion pour l'ouverture de compte du site litigieux avait été réalisée étaient suffisants. Et le juge ne fit pas cas du fait que le défendeur n'avait pas vérifié l'exactitude des données collectées⁹³⁴.

La conservation par les fournisseurs d'hébergement des adresses IP et des adresses électroniques des utilisateurs de leurs services suffit à répondre aux exigences de l'article 6-II de la LCEN comme le réitère le Tribunal de grande instance de Paris lors d'un recours en référé⁹³⁵ ou lors de l'examen de la demande au fond⁹³⁶.

⁹³² En l'espèce le fournisseur d'hébergement s'était contenté de transmettre les données suivantes : « Nom : Bande, Prénom : Dessinée ou encore Adresse : rue de la BD ». Selon les juges ces données « auraient dû manifestement attirer l'attention de la société appelante ».

⁹³³ TGI Paris, réf., 2 février 2004, Métrobus c/ Ouvaton, www.juriscom.net. Voir également TGI Paris, 6 février 2001, www.juriscom.net ; TGI Paris, réf., 31 mai 2002, Rev. Lamy Droit Aff. 2002, n° 52, n° 3332. Comparer avec TGI Paris, réf., 26 mai 2003, J'Accuse et UEJF c/ Association eDaama.org, M. N.M. et SARL OVH, Rev. Lamy Droit Aff. 2003, n° 62, n° 3900, obs. L. Costes., www.juriscom.net, qui affirma qu'il existait une « sérieuse contestation quant à la portée de l'obligation » de détenir et de conserver les données de connexion.

⁹³⁴ Aucune obligation de vérification des données n'est imposée par la LCEN, même si l'introduction d'une obligation de ce type avait été envisagée pendant un certain temps.

⁹³⁵ TGI, Paris, réf. 7 janvier 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c/ Youtube, www.legalis.net ; TGI Paris, réf. 5 mars 2009, Roland Magdane et autres c/ YouTube, www.legalis.net.

⁹³⁶ TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c/ Google et autres www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, H & K, André R. c/ Google, 9 octobre 2009,

La jurisprudence du Tribunal de grande instance n'a cependant pas toujours été constante comme en témoigne les jugements rendus au fond le 14 novembre 2008⁹³⁷ et en référé le 19 novembre 2008⁹³⁸ qui interprètent ensemble les articles 6.II et 6.III de la LCEN. Il en résulta donc que le défendeur devait « collecter les données de nature à permettre l'identification des internautes éditeurs sur son site, telles qu'expressément et clairement définies par la loi, à savoir, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone »⁹³⁹. Il n'appartenait cependant pas au PISEL de vérifier la véracité des données collectées.

Quant à la Cour d'appel de Paris, elle a pu juger que le fournisseur d'hébergement ne pouvait se contenter de fournir aux intimés l'adresse IP de l'éditeur non professionnel du blog litigieux en les renvoyant au fournisseur d'accès de ce dernier aux fins d'obtenir son identité⁹⁴⁰. La Cour interpréta ensemble l'article 6.III et l'article 6.II de la LCEN afin de donner effet utile aux dispositions du premier article qui impose aux éditeurs non professionnels une obligation d'identification au bénéfice du public. Ceci dit, sa position a cependant évolué puisque dans une ordonnance du 7 janvier 2009⁹⁴¹ elle a récemment autorisé le fournisseur d'hébergement à fournir au demandeur les noms d'utilisateurs, leurs adresses électroniques et les adresses IP des internautes à l'origine de la mise en ligne de vidéos litigieuses. La Cour s'est ainsi contentée des documents proposés par le défendeur, autrement dit des informations que ce dernier était à même de retenir au moment de la mise en

www.legalis.net. Voir également TGI Paris, 3^e ch., 22 septembre 2009, n° 09/06246, ADAMI et a. c/ Sté YouTube, www.juriscom.net.

⁹³⁷ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 14 novembre 2008, Jean-Yves L. et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net.

⁹³⁸ TGI Paris, réf., 19 novembre 2008, J.-Y. Lafesse et a. c/ Sté Dailymotion, www.juriscom.net.

⁹³⁹ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 14 novembre 2008, Jean-Yves L. et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net.

⁹⁴⁰ CA Paris, 14^e ch., A, 12 décembre 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom, n° 07/10036, www.juriscom.net.

⁹⁴¹ CA Paris, ord., 7 janvier 2009, Raphael M., Sté Troye dans l'Aube Prod, Christine E. c/ Sté Youtube Inc., www.juriscom.net. Dans le même sens CA Paris, 4^e ch., A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord-Ouest production et autres, www.legalis.net.

ligne. Les nom, prénoms, adresse et numéro de téléphone de l'éditeur du contenu n'avaient donc pas à être transmis par le fournisseur d'hébergement au titre de l'article 6.II de la LCEN.

Il est vrai que l'on attend encore l'entrée en vigueur du décret d'application de l'article 43-9 dont les dispositions ont été reprises par l'article 6.II de la LCEN⁹⁴². À ce titre, au moment où sont écrites ces remarques, le décret d'application du paragraphe II de l'article 6 de la LCEN manque encore à l'appel⁹⁴³, nonobstant l'adoption du décret 2006-358 du 26 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques⁹⁴⁴. Ce dernier ne vise en effet que l'article L. 34-1 du Code des postes et des télécommunications électroniques⁹⁴⁵. Dans tous les cas, ce décret mérite d'être

⁹⁴² La Cour d'appel de Paris dans son ordonnance du 7 janvier 2009 semble avoir connaissance du projet de décret.

⁹⁴³ Voir cependant le projet de décret portant application de l'article 6 II de la loi du n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, <http://www.iris.sgdg.org/actions/len/ProjetDecretLCEN0107.pdf>. Pour un commentaire critique A.-C. Lorrain et G. Mathias, *Conservation des données de connexion: un projet de décret resserre la toile...ou comment l'ombre de "Big Brother" menace la "confiance dans l'économie numérique"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (28)2007, 39-45.

⁹⁴⁴ JORF n° 73 du 26.03.2006, p. 4609.

⁹⁴⁵ Voir E. Caprioli, *Les technologies de l'information et la lutte anti-terroriste*, Communication Commerce Electronique 2006, comm. 87. Le paragraphe II.bis de l'article 6 de la LCEN introduit par la loi du 23 janvier 2006 fait bien référence à l'article L. 34-1. Mais il s'agit là de dispositions particulières relatives aux actes de terrorisme. « *En application du II de l'article L. 34-1 les opérateurs de communications électroniques conservent pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales : « a) Les informations permettant d'identifier l'utilisateur [...] » pour une durée d'un an à compter du jour de l'enregistrement (Article 1^{er} du Décret 2006-358). Surtout « [e]n application du III de l'article L. 34-1 les opérateurs de communications électroniques sont autorisés à conserver pour les besoins de leurs opérations de facturation et de paiement les données à caractère technique permettant d'identifier l'utilisateur ainsi que celles mentionnées aux b, c et d du I de l'article R. 10-13 » pour une durée strictement nécessaire à cette finalité sans excéder un an (Article 1^{er} du Décret 2006-358). Le domaine d'application de cet article ne recoupe que partiellement celui de l'article 6.II de la LCEN. Les fournisseurs d'hébergement ne semblent pas concernés. Par opérateur de communications électroniques il faut en effet entendre « *notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* ». En outre, « *les personnes qui, au titre d'une activité professionnelle principale ou accessoire, offrent au public une connexion permettant une communication en ligne par l'intermédiaire d'un accès au réseau, y compris à titre gratuit, sont soumises au respect des dispositions applicables aux opérateurs de communications électroniques en vertu du présent article* ». L'on fera remarquer que la CNIL dans une délibération n° 2005-208 du 10 octobre 2005 portant avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, a émis l'opinion selon laquelle il faut exclure de cette définition « *les entreprises ou administrations qui**

remarqué en ce qu'il détermine, au travers du nouvel article R. 213-1 du Code de procédure pénale, les modalités de compensation des PISEL pour les frais engendrés par la communication des informations demandées par l'autorité judiciaire⁹⁴⁶, modalités précisées par l'article A43-9 du Code de procédure pénale⁹⁴⁷. Le projet de décret d'application de l'article 6.II procède d'ailleurs de la même démarche.

202-2. En matière de propriété intellectuelle - L'on ajoutera qu'en matière de propriété intellectuelle, l'article L. 716-7-1 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁴⁸ peut être utilisé aux fins d'ordonner aux défendeurs comme aux personnes qui fournissent des services utilisés dans des activités de contrefaçon de les contraindre à « *produire toutes les données en leur possession, notamment sur les quantités vendues et les prix pratiqués, ainsi que sur les détenteurs antérieurs et les destinataires des marchandises, afin de fournir au juge civil des éléments d'appréciation sur l'étendue des activités contrefaisantes et,*

assurent un accès au réseau à leurs seuls salariés ou agents », ce qui semble bien aller à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 14^e ch., 4 février 2005, BNP Paribas, RLDI 2005/3, n° 100 comm. L. Costes., Comm. Com. Electr. 2005, comm. 71, note L. Grynbaum. Enfin, « [I]a Commission note les incertitudes qui s'attachent néanmoins à une telle définition, susceptible de concerner par exemple les universités proposant un accès au réseau internet aux étudiants, et estime que les catégories de personnes physiques ou morales concernées devraient être précisées ».

⁹⁴⁶ Et non leur rétention.

⁹⁴⁷ Ne figurent en annexe que les tableaux de tarification relatifs aux prestations des opérateurs de téléphonie mobile et fixe.

⁹⁴⁸ Issu de l'article 26 de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, JORF n° 252 du 30.10.2007, p. 17775, qui a transposé en droit interne la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (et en particulier son article 8) :

« Si la demande lui en est faite, la juridiction saisie d'une procédure civile prévue au présent titre peut ordonner, au besoin sous astreinte, afin de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits contrefaisants qui portent atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services utilisés dans des activités de contrefaçon ou encore qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services.

La production de documents ou d'informations peut être ordonnée s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

Les documents ou informations recherchés portent sur :

- a) Les nom et adresse des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des produits ou services, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants ;
- b) Les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues ou commandées, ainsi que sur le prix obtenu pour les produits ou services en cause ».

partant, sur le préjudice subi par le demandeur » et notamment les nom et adresse des acheteurs et vendeurs des produits contrefaisants agissant sur la plateforme de ventes aux enchères de la société eBay, ainsi que les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues et commandées, le prix obtenu... C'est ce qu'a pu juger la Cour d'appel de Reims dans une ordonnance d'incident du 5 mai 2009⁹⁴⁹ rejetant l'argument du PISEL selon lequel la non-publication du décret d'application de l'article 6.II de la LCEN justifiait qu'il n'ait pas à fournir ces données confidentielles.

202-3. Le recours nécessaire à l'autorité judiciaire - En vertu de l'article 6.III.2 « [l]es personnes mentionnées au 2 du I [fournisseurs d'accès et fournisseurs d'hébergement] sont assujetties au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, pour tout ce qui concerne la divulgation de ces éléments d'identification personnelle ou de toute information permettant d'identifier la personne concernée. Ce secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire ». En d'autres termes, la victime du contenu illicite doit s'adresser au juge, et non pas directement au PISEL, afin d'obtenir la communication des données de nature à permettre l'identification du fournisseur du contenu litigieux.

203. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL - S'il n'est pas possible d'engager la responsabilité du PISEL sur le fondement de l'obligation d'identification, l'on doit alors se reporter aux dispositions transposant les articles 12 à 15 de la Directive 2000/31/CE.

L'on fera remarquer avant d'aller plus loin qu'au niveau national, comme d'ailleurs au niveau européen, aucune distinction n'est opérée entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.

203-1. Aucune obligation générale de surveillance - De manière générale, les fournisseurs d'accès et d'hébergement « *ne sont pas soumis* » à une

⁹⁴⁹ CA Reims, 1^{re} ch., section civile, 5 mai 2009, eBay France c/ Hermès International, www.legalis.net. Voir également TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, ord. mise en état, eBay et autres c/ Lancôme Parfums, L'Oréal, www.legalis.net.

obligation générale de surveiller les informations qu'[ils] transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites »⁹⁵⁰. Les termes de l'article 6.I.7 sont très proches de ceux de l'article 15 de la Directive et l'on est donc confronté au même problème d'interprétation, à savoir le contenu exact de la notion de surveillance. Il faut sans aucun doute comprendre le fait d'opérer un contrôle systématique et spontané des contenus transmis sur le réseau du PISEL. Reste à savoir si le PISEL est tout de même incité à se substituer au juge une fois informé de la présence d'un contenu allégué illicite.

203-2. Rejet de l'assimilation au producteur - Une chose est sûre : le fournisseur d'hébergement et le fournisseur d'accès ne peuvent être considérés comme des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle⁹⁵¹. Autrement dit, la commission de l'infraction par voie de communication électronique au public ne peut suffire à engager la responsabilité des PISEL lorsque font défaut le directeur et le codirecteur de la publication⁹⁵². Mais on est loin d'avoir tout dit.

203-3. Le fournisseur d'hébergement - Si l'on rentre dans le détail maintenant, l'article 6.I.2 règle la question des conditions de mise en œuvre de

⁹⁵⁰ Article 6.I.7 de la LCEN.

⁹⁵¹ JORF du 30.07.1982, p. 2431. « *Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.*

À défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal.

Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice.

Pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable ».

⁹⁵² Voir pour une application particulièrement sévère de la responsabilité en cascade au détriment du producteur d'un service de communication audiovisuelle Cass. crim., 8 décembre 1998, Bull. crim., n° 335, p. 973, Gaz. Pal. 1999, 2, som., p. 584, note A. Cousin, JCP éd. G 1999, II, n° 10135, note J.-Y. Lassalle, Légipresse 1999, n° 161, p. 57, Gaz. Pal. 2000, doct., p. 27, note E. Daoud ; CA Toulouse, 31 mai 2000, Juris-Data, n° 130016, JCP éd. G 2001, IV, n° 1516.

la responsabilité du fournisseur d'hébergement du fait de la transmission de contenus illicites. La formulation (négative) du législateur français est calquée sur celle du législateur européen. Ceci dit la méthode d'interprétation utilisée au niveau européen ne peut être la même que celle utilisée au niveau national puisqu'il revient aux États membres de trancher définitivement la question de l'identification des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL. Ainsi, il faut user ici d'une méthode d'interprétation *a contrario* afin de déterminer les cas dans lesquels le fournisseur d'hébergement est responsable⁹⁵³. Pour ce qui est de la responsabilité civile, le fournisseur d'hébergement est responsable du fait des contenus illicites stockés sur son système s'il ne réagit pas promptement pour retirer ou rendre l'accès impossible à ces derniers lorsqu'il a effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère. Pour ce qui est cette fois du standard de responsabilité pénale, l'élément moral est défini de manière plus restrictive : le fournisseur d'hébergement ne peut être responsable pénalement que s'il a effectivement connaissance du caractère illicite des contenus et qu'il reste inactif.

« *La connaissance des faits litigieux* » nous dit le paragraphe I.5 de l'article 6 « *est présumée acquise par [le fournisseur d'hébergement] lorsqu'il [lui] est notifié* » un certain nombre d'éléments (date de notification, nom, prénom, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance du requérant personne physique ou forme, dénomination, siège social, organe représentatif du requérant personne morale ; descriptif des faits litigieux et de leur localisation précise, motifs justifiant le retrait ; copie de la correspondance

⁹⁵³ Ceci dit, il faut bien comprendre la manière dont doivent être combinés les régimes spéciaux de responsabilité des PISEL et les règles de droit commun. Dès lors que le PISEL ne remplit pas les conditions lui permettant de bénéficier de l'exonération de sa responsabilité il faut en revenir aux règles de droit commun applicables en fonction de la nature de l'intérêt violé, à savoir le droit d'auteur, le droit des marques, le droit de la presse, les droits de la personnalité, le droit commun de la responsabilité civile.

adressée à l'auteur ou l'éditeur du contenu ou justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté)⁹⁵⁴.

À cela il faut ajouter la réserve interprétative du Conseil constitutionnel. Ainsi les dispositions de l'article 6.I « 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 »⁹⁵⁵. Et à écouter les propos du secrétaire général du Conseil constitutionnel l'adverbe manifestement devait être interprété de manière restrictive⁹⁵⁶.

Certains auteurs, arguant du principe de précaution, ont néanmoins émis des interrogations quant à l'opportunité d'une telle distinction en affirmant que dans le doute le PISEL se doit de réagir⁹⁵⁷. Pourtant, à partir du moment où l'on décide de s'en référer au principe de précaution, l'on vide de son sens l'adjectif manifeste qui implique qu'aucun pouvoir d'appréciation ne soit attribué au PISEL⁹⁵⁸. Surtout, l'on est confronté à l'épineux problème de la

⁹⁵⁴ Il ne faut pas oublier d'apporter la preuve de l'envoi et de la réception de la notification. Voir à ce propos TGI Paris, réf., 29 octobre 2007, Mme M. B., M. P.T., M. F .D. c/ Wikimedia Foundation Inc., www.juriscom.net. La lourdeur et la lenteur de la procédure de notification qui semble pourtant plus expéditive que la procédure de notification et de retrait américaine ont été dénoncées par la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet, P. Sirinelli (président), *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet*, 2008, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html, p. 66.

⁹⁵⁵ Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, JORF n° 135 du 22.06.2004, p. 11182, Considérant 9.

⁹⁵⁶ L. Thoumyre, *Les hébergeurs en ombres chinoises - Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (5)2005, n°58 : seraient visés « principalement les contenus d'une gravité avérée et dont le caractère illicite ne semble pas discutable. Il s'agit, par exemple, des contenus à caractère pédopornographique, des écrits faisant l'apologie des crimes de guerre ou qui provoquent directement aux actes de terrorisme », alors que les actes de diffamation seraient exclus. Mais quid des contenus contrefaisants ?

⁹⁵⁷ Voir par exemple C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2008, Dalloz, Paris, n° 114-34 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 2007, PUF, Paris, n° 766.

⁹⁵⁸ Voir à ce propos la formulation utilisée par le TGI de Paris dans deux affaires impliquant Dailymotion, TGI Paris, 3e ch., 1re section, 15 avril 2008, Jean Yves Lafesse et autres c/ Dailymotion et autres, www.legalis.net : « 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 ». En l'espèce le PISEL devait être capable d'apprécier les atteintes aux droits patrimoniaux de

responsabilité des PISEL en cas de réaction erronée, problème que la LCEN ne résout pas. Au final, la liberté d'expression que l'on a voulu protéger en refusant l'automatisme de la procédure de notification risquerait de se trouver bien vite bafouée.

À se pencher sur la jurisprudence, les décisions exonérant les fournisseurs d'hébergement de leur responsabilité sont encore nombreuses⁹⁵⁹. Le raisonnement des juges n'est cependant pas toujours satisfaisant comme en témoignent les jugements du Tribunal de grande instance de Paris du 15 avril 2008⁹⁶⁰ et du 14 novembre 2008⁹⁶¹ qui incluent au

l'auteur (en cas de reproduction intégrale ou partielle) comme les atteintes au droit moral de ce dernier.

⁹⁵⁹ TGI Paris, 17^e ch., 15 novembre 2004, Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin S., France Télécom, Juris-Data n°2004-258504, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 32, note L. Grynbaum, RLDI 2005/1, n° 37 comm. L. Costes, www.juriscom.net, (négaționisme du génocide arménien) confirmé par CA Paris, 11^e ch., 8 novembre 2006, Comité de défense de la cause arménienne c/ S. Aydin et a., www.juriscom.net ; TGI Paris, réf., 19 oct. 2006, Mme H. P. c/SARL Google France et Sté Google Inc., Juris-Data n° 06/58312, www.foruminternet.org ; TGI Paris, réf., 29 octobre 2007, Mme M. B., M. P.T., M. F.D. c/ Wikimedia Foundation Inc., www.juriscom.net ; TGI Paris, réf., 9 février 2009, Kimberley P. c/ Myspace et autres, www.legalis.net ; et TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 juin 2009, Olivier D. c/ Wikio, www.legalis.net. (vie privée) ; TGI Paris, réf., 16 juin 2008, Société Paris Promotion c/ Société JFG Networks, SCI R. M. et Monsieur R. P., www.juriscom.net ; TGI Paris, réf., 23 juin 2008, JFG Networks c/ Monsieur F.P., www.juriscom.net ; et TGI Reims, 1^{er} octobre 2008, JFG Networks c/ Madame V.A., www.juriscom.net ; TGI Paris, 17^e ch., 13 octobre 2008, Bachar K. et autre c/ Christophe B. et autres, www.juriscom.net (diffamation) ; TGI Strasbourg, 19 mai 2005, RLDI 2005/10, n° 286 comm. F.-X. Boulin et J. Le Clainche ; et CA Aix en Provence, 13 mars 2006, Sté Lucent Technologies c/ Sté Escota et autre, RLDI 2006/15 n° 452 (jugement rendu sur le fondement de l'article 43-8 de la loi 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 1^{er} août 2000) (marques) ; TGI Paris, réf., 9 janvier 2008, R. M., SARL Troyes dans l'aube prod c/ SARL Google France, Société Google Inc., www.foruminternet.org ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 15 avril 2008, Omar et Fred et autres c/ Dailymotion et autres, www.legalis.net ; CA Paris, 4^e ch., A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord-Ouest production et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 29 avril 2009, Roland Magdane et autres c/ Daily Motion, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 13 mai 2009, Temps Noir et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c/ Google et autres www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 22 septembre 2009, n° 09/06246, ADAMI et a. c/ Sté YouTube, www.juriscom.net ; et TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 3 juin 2008, Lafesse et autres c/ OVH et autres, www.legalis.net confirmé par CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 décembre 2009, Lafesse c/ OVH et autres, www.legalis.net (droit d'auteur) ; T. com. Brest, réf. 6 août 2008, Quai Ouest Musiques c/ eBay Europe, eBay International AG, www.legalis.net (vente illicite).

⁹⁶⁰ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 15 avril 2008, Omar et Fred et autres c/ Dailymotion et autres, www.legalis.net.

titre des contenus manifestement illicites les atteintes au droit de la propriété intellectuelle sans distinction aucune. Les propos des juges semblent pourtant initialement s'inspirer d'une conception étroite de la notion de contenus manifestement illicites. À leurs dires, les fournisseurs d'hébergement ne sont obligés de retirer de leurs propres initiatives⁹⁶² que trois types de contenus manifestement illicites : les contenus en matière de pédophilie, de crime contre l'humanité et d'incitation à la haine raciale. Pour tous les autres cas et notamment les cas de contrefaçon, les fournisseurs d'hébergement ne sont tenus responsables que pour autant qu'ils aient effectivement connaissance du caractère manifestement illicite des vidéos stockées ou de faits faisant apparaître ce caractère. Or, la connaissance devient effective semble-t-il dès lors que les fournisseurs d'hébergement reçoivent une notification des victimes⁹⁶³. Bien plus, le contenu devient manifestement illicite au moment où les fournisseurs d'hébergement sont informés par les victimes de son existence, ce qui est critiquable dans la mesure où ils doivent alors apprécier le bien-fondé de la demande des victimes. La rigueur de cette solution est cependant atténuée par la nécessité pour les victimes de faire parvenir aux PISEL des notifications conformes à l'article 6.I.5⁹⁶⁴. Aussi, si les notifications ne sont pas conformes à l'article 6.I.5, les contenus ne peuvent plus être

⁹⁶¹ TGI Paris, 3e ch., 2e section, 14 novembre 2008, Jean-Yves L. et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net.

⁹⁶² Sans notification préalable des victimes.

⁹⁶³ Pour la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet « la marge d'appréciation relative à la contrefaçon ne paraît pas devoir être la même que celle ayant trait, par exemple, à l'injure ou la diffamation. La présence de sociétés de gestion collective, assistées d'agents assermentés, devrait être de nature à lever bien souvent le doute ». P. Sirinelli (président), *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet*, 2008, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html, p. 66.

⁹⁶⁴ TGI Paris, 3e ch., 1re section, 15 avril 2008, Omar et Fred et autres c/ Dailymotion et autres, www.legalis.net. Voir également TGI Paris, 3e ch., 22 septembre 2009, n° 09/06246, ADAMI et a. c/ Sté YouTube, www.juriscom.net ; TGI Paris, réf., 16 juin 2008, Société Paris Promotion c/ Société JFG Networks, SCI R. M. et Monsieur R. P., www.juriscom.net ; TGI Paris, 17e ch., 13 octobre 2008, Bachar K. et autre c/ Christophe B. et autres, www.juriscom.net ; TGI Paris, réf., 19 octobre 2006, Mme H. P. c/SARL Google France et Sté Google Inc., Juris-Data n° 06/58312, www.foruminternet.org.

considérés manifestement illicites, ce qui est une nouvelle fois critiquable puisque l'information des PISEL au moyen de notifications conformes permet simplement de présumer la connaissance des faits litigieux. Elle n'est donc pas une condition nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement⁹⁶⁵.

Surtout, il faut citer deux arrêts de la Cour d'appel de Paris⁹⁶⁶, dont le plus récent rappelle que « *l'hébergeur, s'il n'est pas responsable du contenu des données qu'il héberge doit, lorsqu'il se voit dénoncer des données dont le contenu est déclaré illicite, non s'en remettre à l'appréciation des juges, mais apprécier si un tel contenu a un caractère manifestement illicite, et dans cette hypothèse, supprimer ou rendre inaccessible de telles données* ». Le caractère manifestement illicite ne semble pas *a priori* lié à la nature de l'intérêt violé, puisque « *les infractions énoncées à l'article 6-I-7 de la LCEN sont celles contre la diffusion desquelles les fournisseurs d'accès et hébergeurs doivent concourir, et non les seules données*

⁹⁶⁵ Voir à ce propos TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 10 juillet 2009, Bayard Presse c/ YouTube LLC, www.legalis.net qui juge que la mise en demeure reçue par Youtube lui avait permis d'avoir une connaissance effective des faits litigieux. L'inaction du PISEL justifiait donc la mise en œuvre de sa responsabilité en l'espèce. La mise en demeure est cependant des plus succincte. Le jugement du TGI reste donc critiquable en ce qu'il se contente de relever que le demandeur avait informé le PISEL de ses droits d'auteur et de ses droits de marque, ainsi que de la présence sur son site « fr.youtube.com » de vidéogrammes contrefaisants dont l'identification était rendue possible par la seule saisie, sur le moteur de recherche du site, des termes Petit Ours Brun et ne présentait en conséquence pour l'hébergeur aucune difficulté de nature technique. L'arrêt de la CA Paris, 4^e ch., A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord-Ouest production et autres, www.legalis.net est donc plus satisfaisant en ce que les juges ont recherché si le PISEL disposait de « *tous les éléments nécessaires à l'identification du contenu incriminé* » en dépit du fait que la mise en demeure était insuffisante au regard des dispositions de l'article 6.I.5 de la LCEN. Voir également TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c/ Google et autres www.legalis.net qui refuse de considérer que l'indication d'un mot-clef soit considérée comme un inventaire valable des vidéos à supprimer ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 29 avril 2009, Roland Magdane et autres c/ Daily Motion, www.legalis.net qui ne se satisfait pas de la mention de la présence de sketches de l'auteur sur le système de PISEL.

⁹⁶⁶ CA Paris, 14^e ch., A, 6 décembre 2006, M. Adbelhadi et Société Dounia c/ Société iEurope et Société Lyocs, n° 06/09805, <http://global.lexisnexis.com/fr> (violation du droit à la vie privée) ; CA Paris, 14^e ch. A, 12 décembre 2007, Google Inc. et Google France c/ Benetton Group et Bencom, n° 07/10036, www.juriscom.net (contrefaçon de marque). Pour un commentaire critique voir L. Thoumyre, *Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (35)2008, Actualités.

définies comme ayant un "caractère illicite" au sens de l'article 6-I.2 de cette loi ». Dès lors, le domaine de l'obligation à la charge des fournisseurs d'hébergement tel qu'interprété par la Cour d'appel de Paris est très large⁹⁶⁷.

Pire, la connaissance de l'existence de contenus manifestement illicites a parfois été présumée de l'architecture du site du défendeur, plus exactement de son modèle économique (« business model »)⁹⁶⁸.

Quant aux effets cette fois de l'obligation à la charge du fournisseur d'hébergement, certains juges ont pu jugé que la réaction du PISEL devait être non seulement prompte mais immédiate au risque de se voir condamner à des dommages-intérêts⁹⁶⁹.

En outre, il semble qu'il faille nuancer la fermeté de l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance. En effet, si ce dernier est informé de la présence d'un contenu manifestement illicite sur son réseau, il doit alors « mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion »⁹⁷⁰, ce qui a pour conséquence de contraindre le PISEL à

⁹⁶⁷ Il est vrai que dans cette affaire l'autre hébergeur des contenus litigieux avait donné suite à la notification du demandeur.

⁹⁶⁸ TGI Paris, 13 juillet 2007, Christian C. Nord Ouest Production c/ Dailymotion, www.juriscom.net (« Attendu qu'il ne peut 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 à chacun de partager ses vidéos amateur avec ses amis ou la communauté des internautes selon l'option choisie, alors qu'ils visaient à démontrer une capacité à offrir à ladite communauté l'accès à tout type de vidéos sans distinction, tout en laissant le soin aux utilisateurs d'abonder le site dans des conditions telles qu'il était évident qu'ils le feraient avec des œuvres protégées par le droit d'auteur ; Qu'ainsi que le relèvent justement les demandeurs, le succès de l'entreprise supposait nécessairement la diffusion d'œuvres connues du public, seules de nature à accroître l'audience et à assurer corrélativement des recettes publicitaires ; »). Sur ce point ce jugement a cependant été réformé par CA Paris, 4^e ch., A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord-Ouest production et autres, www.legalis.net.

⁹⁶⁹ TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, Krim K. c/ Pierre G., Amen, www.legalis.net (« Attendu en l'espèce que le requérant a prévenu la société Amen du contenu illicite du site litigieux par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 7 février 2008, distribuée le 8 février 2008 ; que la société Amen ne saurait tirer argument de l'inertie de la société qui assure sa domiciliation pour justifier avoir attendu jusqu'au 12 février, selon elle, pour faire cesser la diffusion, cessation qui pour pouvoir être qualifiée de prompte aurait dû avoir lieu dès le 8 février ; que l'erreur matérielle commise dans la lettre du 7 février dans le nom de domaine du site (.fr au lieu de .com) n'apparaît pas de nature à avoir pu retarder notablement sa suppression »).

⁹⁷⁰ TGI Paris, 19 octobre 2007, SARL Zadig Production, Jean-Robert V. et Mathieu V. c/ Sté Google Inc. et AFA, www.juriscom.net. Voir également TGI Paris, réf., 19 novembre 2008,

effectuer un contrôle certes limité quant au type de contenus en cause, mais un contrôle tout de même systématique et spontané afin d'empêcher toute transmission future du contenu illicite. Une solution de ce type comme on l'a vu lors de l'étude du DMCA a été condamnée par la jurisprudence américaine.

Enfin, l'article 6.I.4 sanctionne toute personne qui présenterait un contenu ou une activité comme étant illicite afin d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait que cette information est inexacte, par une peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. La bonne foi de l'émetteur de la notification ne peut pourtant pas suffire à garantir le bien-fondé de cette dernière. Aussi en cas de réaction erronée du fournisseur

Jean Yves L. dit Lafesse et autres c/ Dailymotion, www.legalis.net: « En conséquence, et pour autant que les extraits mis en ligne soient issus des sketches appartenant à un des dvd cités plus haut, aucune mise en demeure préalable n'est plus nécessaire de la part des auteurs ou des producteurs pour alerter la société Dailymotion sur le caractère illicite des mises en ligne, la société Dailymotion ayant eu connaissance de tous les sketches et devant mettre en œuvre par tout moyen leur inaccessibilité sur le site à l'adresse www.dailymotion.fr » ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 14 novembre 2008, Jean Yves L. et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net: « Dès lors, et après avoir observé que la communication des supports permet de porter à la connaissance de l'hébergeur toutes les œuvres qui y sont gravées et que ce dernier dispose des moyens nécessaires à assurer le retrait des vidéos litigieuses et à rendre impossible de nouvelles mises en ligne, il y a lieu d'enjoindre, en tant que de besoin, à la société Youtube de faire cesser par tout moyen toute rediffusion des œuvres contenues dans les supports en cause tels que visés au tableau ci-avant et repris au dispositif du présent jugement, ce, dans le délai de 15 jours à compter de la signification de la présente décision, et passé ce délai, sous astreinte de 150 € par infraction constatée » ; TGI Paris, réf, 5 mars 2009, Roland Magdane et autres c/ YouTube, www.legalis.net : « L'argumentation selon laquelle chaque remise en ligne constitue un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification doit être écartée dans la mesure où, si les diffusions successives sont imputables à des utilisateurs différents leur contenu et les droits de propriété intellectuels afférents, sont identiques » ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 10 avril 2009, SARL Zadig Productions c/ SA Dailymotion, www.legalis.net : « Or attendu que la société Dailymotion ayant été régulièrement informée du caractère illicite des contenus en cause par la première notification – valablement effectuée dès lors qu'elle a permis le retrait des contenus litigieux –, il lui appartenait de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion, ce qu'elle ne démontre pas avoir fait, ses considérations d'ordre général sur ses efforts pour la mise en œuvre de solutions à même de rendre l'accès impossible à des contenus contrefaisants signalés étant sans portée dans le cadre du présent litige, de tels efforts ayant d'ailleurs manifestement échoué en l'espèce » ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, H & K, André R. c/ Google, 9 octobre 2009, www.legalis.net : « Attendu que, faute pour elle de justifier avoir accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible la remise en ligne de la photographie de Monsieur Patrick B. déjà signalée comme illicite, la société Aufeminin.com, ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004 ». La formulation du TGI de Paris dans l'affaire ADAMI est cependant un peu plus restrictive, TGI Paris, 3^e ch., 22 septembre 2009, n° 09/06246, ADAMI et a. c/ Sté YouTube, www.juriscom.net.

d'hébergement, et ce logiquement puisque, du moins en théorie, il ne doit intervenir qu'en cas de contenus manifestement illicites, il devrait être sanctionné. Le jugement du 25 avril 2008 rendu par le Tribunal de grande instance d'Évry⁹⁷¹ qui condamne la société Microsoft au paiement de dommages-intérêts, au motif que la société avait supprimé le forum qu'un client de la compagnie animait à l'aide de propos outrageants sans avertir préalablement ce dernier, pourrait laisser à penser que les juges s'orientent dans cette voie. Les juges n'analysent cependant pas le comportement du fournisseur d'hébergement aux vues de la clause résolutoire prévue en cas de manquement du cocontractant à l'une de ses obligations définies par les conditions d'utilisation du service⁹⁷². Ils sanctionnent simplement l'abus de résiliation unilatérale commis par le fournisseur d'hébergement en ce qu'il n'a pas fait bénéficier son client d'un préavis d'une durée raisonnable lui permettant éventuellement de sauvegarder les données qu'il entendait conserver. Ils ne cherchent donc pas à vérifier la conformité substantielle de la régulation privée par rapport aux exigences de l'ordre public.

L'hétérogénéité des solutions jurisprudentielles en matière de responsabilité des fournisseurs d'hébergement aurait pu pousser le législateur à réviser la LCEN. Un projet de ce type n'est pourtant pas à l'ordre du jour⁹⁷³, à moins que l'on ait simplement écarté tout recours au droit dur. Le droit mou, en revanche, semble avoir plus d'attrait comme en témoigne le récent plan Besson⁹⁷⁴ qui vise à favoriser la rédaction d'une charte d'engagement des

⁹⁷¹ TGI, Évry, 3e ch., 25 avril 2008, V. de A c/ Microsoft France, www.legalis.net.

⁹⁷² Les copies d'écran communiquées par un informateur anonyme rendant compte des messages électroniques qui auraient été postés sur le forum en cause ne pouvaient suffire à démontrer la nature des propos relatés sur ce forum.

⁹⁷³ Voir le Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 janvier 2008, www.juriscom.net. Pour un avis contraire voir P. Sirinelli (président), *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet*, 2008, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html.

⁹⁷⁴ Plan de développement de l'économie numérique, France numérique 2012, du secrétaire d'État E. Besson, octobre 2008, www.droit-technologie.org:80/upload/actuality/doc/1166-

acteurs du web 2.0 afin de pousser ces derniers à respecter le droit d'auteur et à mettre en œuvre les principes techniques de protection des contenus⁹⁷⁵.

203-4. Le simple transporteur - Quant au simple transporteur, il faut en revenir à l'article L. 32-3-3 du Code des postes et communications électroniques. La formulation adoptée par le législateur français est ici positive. Sans avoir même recours au raisonnement *a contrario*, il est donc possible d'affirmer qu'à partir du moment où l'activité du fournisseur de service correspond à la description de l'article L.32-3-3, il ne peut pas être rendu responsable civilement ou pénalement du fait de la transmission de contenus illicites⁹⁷⁶. Cette irresponsabilité de principe, on vient de le voir, peut cependant être contournée en fondant la demande sur la violation de l'obligation d'identification du fournisseur de contenus.

203-5. Le fournisseur de cache - Pour ce qui est enfin du fournisseur de stockage automatique, intermédiaire et temporaire dans le seul but de rendre plus efficace la transmission des contenus, ce qui correspond à l'activité de « caching », la formulation utilisée par le législateur français est là encore positive. Dès lors, le PISEL ne peut être rendu responsable civilement ou pénalement du fait de la transmission de contenus illicites que si, ayant effectivement connaissance du retrait de ces contenus ou de l'obstruction de leur accès ou de l'ordre émis par une autorité judiciaire en ce sens, il n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus stockés ou pour en rendre l'accès impossible.

1.pdf, Action n° 36. Voir de manière plus générale, les Lignes directrices pour les fournisseurs de services Internet émises par le Conseil de l'Europe le 3.10.2008 visant à promouvoir le respect de la vie privée, la sécurité et la liberté d'expression des internautes, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1349489&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE>.

⁹⁷⁵ Dans le prolongement des accords de l'Élysée et en lien avec les travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA).

⁹⁷⁶ Voir par exemple TGI Paris, 3e ch., 1re section, 5 février 2008, SNE, Dargaud, Dupuis, Lucky Comics et a. c/ Iliad et Free, www.juriscor.net, à propos de son service d'accès aux forums USENET.

203-6. Le fournisseur de logiciel - Avant de passer à l'étude de l'obligation spéciale de contrôle, l'on fera remarquer que la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)⁹⁷⁷ vient réglementer la responsabilité pénale du fournisseur de logiciels destinés de manière manifeste à faciliter la commission d'actes de contrefaçon. Ici la connaissance effective du comportement illicite est requise puisque l'édition, la mise à disposition ou la communication au public du logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés doit être entreprise sciemment⁹⁷⁸. Cependant

⁹⁷⁷ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF n° 178 du 3.08.2006, p. 11529.

⁹⁷⁸ Article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende le fait : 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ; 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1° ». Il semble que ce soit ici plus la certitude d'une utilisation massive illicite que l'utilisation individuelle illicite effective qui sous-tende le raisonnement du législateur. Voir notamment TGI Paris, 31e ch., 21 juin 2006, Société Pathé Renn Production et autres c/ Société 9 télécom Réseau et autres, www.legalis.net rendu cependant avant l'entrée en vigueur de la loi DADVSI. En l'espèce les sociétés productrices du film les Choristes avait constaté que moins d'un mois après la sortie du film dans les salles le film avait été offert au téléchargement sur Internet par le biais de sites P2P, alors même que la sortie autorisée du film en cassette VHS ou DVD ne devait se faire que cinq mois plus tard. Elles assignèrent donc les annonceurs de ces sites P2P pour complicité de contrefaçon sur le fondement de l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle au motif que les bandeaux publicitaires apparaissaient sur les sites P2P en même temps qu'était proposé le téléchargement du film en cause. Le tribunal commença par caractériser l'acte principal (téléchargement ou mise à disposition) qu'il qualifia de contrefaçon, même si aucun téléchargement effectif du film en cause n'avait été établi. : « Compte tenu de la popularité combinée des sites de "peer to peer" et du film "Les choristes", le fait que ces procès verbaux ne constatent pas le téléchargement effectif de ce film par des internautes ne saurait faire obstacle à la certitude que ce film a été téléchargé de nombreuses fois ».

Cependant c'était la responsabilité pénale et non civile qui était alléguée et de ce fait il fallait démontrer l'existence d'un élément intentionnel conformément à l'article 121-7 du Code pénal. La loi Sapin ne pouvait être appliquée. Les juges prononcèrent donc la relaxe puisqu'« aucun élément probant ne démontre leur intention de commettre l'infraction qui leur est reprochée ». Ils notèrent à ce titre que les contrats liant les annonceurs à leurs régies publicitaires interdisaient d'annoncer sur des sites P2P, que certains prévenus à dire d'experts ne pouvaient techniquement avoir une connaissance précise des sites sur lesquels leurs bannières avaient été utilisées tandis que d'autres avaient entrepris des actions positives pour mettre fin aux comportements de leurs agences média. Toujours est-il que les juges ne furent pas insensibles aux chiffres relatifs à la quantité d'échanges de fichiers illicites, chiffres qu'ils citèrent abondamment. Ils firent d'ailleurs remarquer que : « En l'espèce les annonceurs cités devant le tribunal de céans font un usage massif, voir exclusif en ce qui concerne Voyages-sncf.com, de

aucune précision n'est apportée sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile de ce dernier⁹⁷⁹. L'on est contraint d'en revenir encore une fois aux dispositions des articles 1382 et suivant. Dès lors, quand bien même les rédacteurs du nouvel article L. 335-2-1 se seraient inspirés de la jurisprudence américaine rendue on le rappellera en matière civile, rien n'empêche *a priori* que la connaissance présumée de l'activité principale illicite soit suffisante à caractériser la faute civile du PISEL⁹⁸⁰. Ceci dit, il s'agit là encore d'une hypothèse de responsabilité subjective.

ii. L'imposition d'une obligation spéciale de contrôle

204. Les contenus visés - S'il est vrai que les PISEL ne doivent être soumis à aucune obligation générale de surveillance, l'intérêt général vient limiter la portée de ce principe en imposant à ces derniers de contrôler trois types de contenus transmis : l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie enfantine⁹⁸¹. Les fournisseurs d'accès et d'hébergement concourent ainsi à la lutte contre la

la publicité sur internet. Leur expérience et leur importance économique impliquent qu'il serait surprenant qu'ils ignorassent tout de leur présence sur des sites de téléchargement illégal. Il est tout aussi difficilement crédible de considérer que les agences médias reconnues dans leur domaine aient pu outrepasser les termes des contrats les liants à des clients si importants sans obtenir leur accord. Il est enfin plausible de supposer que ces annonceurs aient toléré leur présence sur ces sites qui attirent plusieurs millions d'internautes chaque jour et qui constituent des supports publicitaires particulièrement attractifs ». Jugement confirmé par CA Paris, 13^e ch., A, 25 mars 2009, Api, Films Galatée et autres c/ Neuf Cegetel et autres, www.legalis.net.

⁹⁷⁹ Voir néanmoins l'article L.336-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose : « *Lorsqu'un logiciel est principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toutes mesures nécessaires à la protection de ce droit et conformes à l'état de l'art* ».

⁹⁸⁰ Voir P. Sirinelli (président), *Rapport de la Commission spécialisée sur la distribution des oeuvres sur Internet*, 2005, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html, p. 24-25 ; Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, CSPLA, avis n° 2005-2, adopté le 7 décembre 2005, www.culture.gouv.fr/culture/cspla/travaux.html.

⁹⁸¹ Art. 6.I.7 de la LCEN.

diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse et à l'article 227-23 du Code pénal.

205. Les mesures exigées - Cette obligation spéciale de contrôle, plus proche d'une obligation d'information qu'autre chose, doit être exécutée en trois temps. Ainsi, pèsent sur les PISEL intéressés par ces dispositions trois types d'obligations de faire. Tout d'abord, ils doivent « *mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données* »⁹⁸². Ensuite ils doivent « *informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites [...] qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services* ». Enfin, ils doivent « *rendre publics les moyens qu' [ils] consacrent à la lutte contre ces activités illicites* ».

En outre, en matière d'activités illicites de jeux d'argent⁹⁸³, les fournisseurs d'accès et d'hébergement se voient imposer une obligation d'information⁹⁸⁴ au bénéfice de leurs abonnés quant aux services de communication en ligne jugés répréhensibles par les autorités publiques compétentes ainsi que des risques qu'il y a à s'engager dans des activités de jeux d'argent illégales.

⁹⁸² Pour Ch. Féral-Schuhl, un lien hypertexte accessible depuis la page d'accueil devrait suffire aux fins de bonne exécution de l'obligation d'information. C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2008, Dalloz, Paris, n° 113-22.

⁹⁸³ Le 5 mars 2009, le ministre Eric Woerth a cependant annoncé la libéralisation prochaine des jeux en ligne dont le poker. Voir le projet de loi du 25 mars 2009 relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, JOAN, 25 mars 2009, doc. n° 1549.

⁹⁸⁴ « *Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression des activités illégales de jeux d'argent, les personnes mentionnées aux 1 et 2 mettent en place, dans des conditions fixées par décret, un dispositif facilement accessible et visible permettant de signaler à leurs abonnés les services de communication au public en ligne tenus pour répréhensibles par les autorités publiques compétentes en la matière. Elles informent également leurs abonnés des risques encourus par eux du fait d'actes de jeux réalisés en violation de la loi* ».

Tout manquement à l'une de ces obligations est sanctionné pénalement d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsqu'est en cause une personne morale, ces peines sont quintuplées.

De manière assez intéressante, l'exécution de ces diverses obligations s'est faite au départ par la souscription d'une charte signée par une petite quinzaine de sociétés⁹⁸⁵ membres de l'Association des Fournisseurs d'Accès (AFA) sous l'égide du ministre délégué à l'Industrie le 14 juin 2004, ce avant même l'entrée en vigueur de la LCEN⁹⁸⁶. Pour l'essentiel, cette charte rappelle (ou plutôt anticipe) les dispositions de la LCEN. Elle trouve néanmoins un intérêt en ce qu'elle précise la nature des dispositifs de signalement et des outils de contrôle⁹⁸⁷.

Comme nous l'avons précédemment mentionné, l'interprétation faite par les juges de la notion de contenus manifestement illicites provenant de la réserve interprétative du Conseil constitutionnel semble faire peser sur les

⁹⁸⁵ Club-Internet T-ONLINE FRANCE, AOL France, TISCALI France, ARICIA, YAHOO ! France, NC NUMERICABLE, UPC France, NOOS, SFR-CEGETEL, MSN France, WANADOO France, NEUF TELECOM, MOBIUS.

⁹⁸⁶ Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques, www.afa-france.com.

⁹⁸⁷ « Les prestataires de services d'hébergement en ligne et les fournisseurs d'accès à Internet s'engagent à : 2.1. Mettre à la disposition des utilisateurs de leurs services un accès facile à un formulaire de signalement d'abus leur permettant de signaler directement au prestataire du service d'hébergement concerné, ou au Point de contact de la profession accessible à l'adresse www.pointdecontact.net, ou aux autorités publiques dûment habilitées, tout contenu en ligne visé par la présente Charte.

2.2. Placer des liens vers ce formulaire de signalement sur tous les espaces communautaires, objets de leurs services d'hébergement - tels que forums de discussions, "chats", salons -, sur les pages d'accueil de leurs services, et le cas échéant, sur les pages de listes de réponses des moteurs de recherche intégrés à leurs portails, de manière à ce que ces usagers puissent effectuer ce signalement d'un seul " clic".

2.3. Les membres de l'AFA signataires de la Charte s'engagent également à rendre facilement accessibles depuis leurs portails, des informations, telles que celles disponibles sur la page <http://www.pointdecontact.net/protectiondelenfance.html>, destinées à aider les parents à protéger leurs enfants sur Internet.

2.4. Les prestataires d'hébergement s'engagent, en outre, à transmettre à l'AFA les coordonnées du contact chargé de recevoir les signalements concernant des contenus potentiellement visés par la charte qu'ils pourraient héberger sur leurs serveurs.

2.5. Les fournisseurs d'accès à Internet fixe, dont les offres s'adressent au grand public, s'engagent à proposer à leurs abonnés, à l'échéance de l'automne 2004, en plus du logiciel gratuit ICRA, une solution de contrôle parental, payante ou gratuite, notamment par le biais de partenariats avec des éditeurs de logiciels ».

fournisseurs d'hébergement une obligation de contrôle spontané et systématique au domaine limité et qui les contraint à retirer de leurs propres initiatives les contenus en matière de pédophilie, de crime contre l'humanité et d'incitation à la haine raciale⁹⁸⁸. Il n'est cependant pas certain que ces contenus soient toujours manifestement illicites comme l'illustre l'affaire Comité de défense de la cause arménienne⁹⁸⁹.

b. Le référé de la loi pour la confiance dans l'économie numérique

206. Les PISEL concernés - En vertu de l'article 6.I.8 de la LCEN « [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 ». Ainsi, même dans les cas où le PISEL ne peut être responsable pécuniairement du dommage causé ou de la violation de l'intérêt général, il est toujours possible au juge, en référé ou sur requête, d'imposer au PISEL une obligation de prévenir ou de faire cesser le trouble causé⁹⁹⁰. C'en est ainsi pour le fournisseur d'hébergement⁹⁹¹

⁹⁸⁸ Voir *supra* §203-3.

⁹⁸⁹ TGI Paris, 17^e ch., 15 novembre 2004, Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin S., France Télécom, Juris-Data n°2004-258504, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 32, note L. Grynbaum, RLDI 2005/1, n° 37 comm. L. Costes, www.juriscom.net, confirmé par CA Paris, 11^e ch., 8 novembre 2006, Comité de défense de la cause arménienne c/ S. Aydin et a., www.juriscom.net

⁹⁹⁰ En interprétant ensemble les articles 809 du NCPC et 6 de la LCEN, la Cour de cassation a pu juger que le prestataire intermédiaire n'était pas le seul destinataire possible de l'injonction. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, Yves G. et Didier D. c/ synd. confédération maritime, Juris-Data n° 2007-037912: « le juge judiciaire peut prescrire en référé 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, peu important à cet égard que les auteurs du texte litigieux ne soient pas les titulaires ou les exploitants du site mis en cause ».

⁹⁹¹ TGI Paris, réf., 2 novembre 2005, MU c/ Computer Aided Technologies, Bell Med, www.legalis.net (allocation d'une provision de 30 000 euros et octroi d'une injonction sous astreinte de 1500 euros par jour de retard) ; TGI Paris, réf., 19 octobre 2006, Mme H. P. c/SARL Google France et Sté Google Inc. , n° 06/58312, www.foruminternet.org (octroi d'une

mais aussi pour le fournisseur d'accès⁹⁹², sans que cela soit expressément énoncé pour le fournisseur de cache et de manière générale pour le simple transporteur.

207. Le principe de subsidiarité du recours aux fournisseurs d'accès - Il est vrai cependant que le législateur a voulu s'adresser en priorité aux fournisseurs d'hébergement en instaurant un principe de subsidiarité qui s'explique par le fait que le contenu illicite n'est définitivement éradiqué qu'une fois qu'il est mis un terme au stockage du matériel⁹⁹³. Les conditions

injonction sans astreinte : « *Attendu qu'en l'espèce, la demanderesse n'a pas notifié à l'hébergeur les faits litigieux dans les formes et conditions prévues par l'article 6-1-5 de la loi du 21 juin 2004 ; que le contenu du blog ne justifiait pas son retrait imminent, d'autant que la défenderesse fait à juste titre observer qu'H P a elle-même remis volontairement en ligne une partie de ce contenu qui avait été supprimée par son auteur ; Attendu que la page accessible sur le réseau internet à l'adresse <http://h.p.blogspot.com> est intitulée "H P BIOGRAPHIE Biographie cachée de H P (ou la tragédie d'une petite fille)" ; qu'elle contient divers éléments portant atteinte à la vie privée de la demanderesse [...] qu'il convient en conséquence d'ordonner le retrait des propos en cause, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une astreinte, d'autant que l'hébergeur s'engage à exécuter la mesure prise* ») ; T. com. Créteil, réf., 23 mai 2008, Credirec c/ JFG Networks www.legalis.net.

⁹⁹² TGI Paris, réf., 25 mars 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 118, note L. Grynbaum ; TGI Paris, réf., 20 avril 2005, UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a., www.juriscom.net (il ne s'agit dans ce cas que de rendre opposable aux fournisseurs d'accès le jugement rendu à l'encontre des hébergeurs) ; TGI Paris, réf., 13 juin 2005, L'Union des étudiants juifs de France et autres c/ Sté OLM, LLC et autres, n° 05/553871, www.juriscom.net, RLDI 2005/7, n° 203 comm. L. Costes (« *Qu'il appartient en réalité à chacun des fournisseurs d'accès et pour ce qui concerne le GIP Renater en tenant compte des caractéristiques de son réseau, de mettre en œuvre tous les moyens dont il peut disposer en l'état actuel de sa structure et de la technologie, seul ou s'il l'estime opportun syndiqué avec d'autres, pour remplir cette obligation [injonction], sauf à démontrer pour chacun d'eux l'impossibilité technique d'y parvenir, et avec pour limite le respect de l'anonymat des internautes ayant eu l'occasion de consulter le site* ») et CA Paris, 24 novembre 2006, Sté Tiscali Accès et autres c/ Associations UEJF, MRAP, SOS Racisme et autres, Juris-Data n° 05/15722, www.juriscom.net. (« *le législateur [...], en dépit des difficultés techniques du filtrage, du coût et de la complexité de sa mise en œuvre et de son efficacité contestable, n'a pas exclu le recours à ce procédé [enjoindre aux fournisseurs d'accès] et [...] en utilisant la formule "toute mesures propres à prévenir ou faire cesser un dommage" sans autre précision, a laissé au juge la possibilité d'empêcher ou, pour le moins, de limiter la consultation du contenu mis en ligne dans le cas où, comme en l'espèce, il n'est pas possible d'agir contre les hébergeurs étrangers ; Qu'une telle mesure, pour imparfaite qu'elle soit, a le mérite de réduire, autant que faire se peut en l'état actuel de la technique, l'accès des internautes à un site illicite et trouve sa place dans la politique menée par l'association des Fournisseurs d'accès et de service Internet (AFA), selon la Charte AFA du 14 juin 2004, pour lutter contre les contenus odieux tels que ceux faisant l'apologie des crimes contre l'Humanité ou incitant à la haine raciale* »). Voir de manière générale P. Stoffel-Munck, *Le rôle des fournisseurs d'accès dans la régulation du réseau n'est pas complètement subsidiaire*, Communication Commerce Electronique (9)2005, comm. 140.

⁹⁹³ Voir le rapport du 11 juin 2003 de M.M. P. Hérisson et Bruno Sido n° 345 pour la Commission des affaires économiques, du Sénat sur le projet de loi pour la confiance dans

de la mise en œuvre de ce principe restent relativement floues, comme en témoigne l'affaire « AAARGH »⁹⁹⁴.

Dans cette affaire, où étaient en cause des contenus racistes et antisémites, il était reproché aux demandeurs de ne pas avoir épuisé les voies de recours à l'encontre des fournisseurs de contenus et d'hébergement avant de se retourner à l'encontre des fournisseurs d'accès. Les demandeurs s'étaient en effet « contentés » de requérir une première injonction à l'encontre des fournisseurs d'hébergement sans poursuivre les fournisseurs de contenus ni réclamer l'*exequatur* de l'ordonnance de référé à l'encontre des fournisseurs d'hébergement. Il suffit aux juges d'appel de remarquer que l'ordonnance avait bien été signifiée au parquet étranger, qu'elle avait été par ailleurs portée à la connaissance de chacun des fournisseurs d'hébergement, et que ces derniers n'avaient pas déféré aux injonctions qui leur avaient été faites de se présenter à l'audience de renvoi⁹⁹⁵. Et ces mêmes juges de continuer : « *Considérant que c'est précisément pour permettre à l'autorité judiciaire d'intervenir dans les délais les plus rapides afin de faire cesser le dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne, nonobstant l'inertie des hébergeurs domiciliés à l'étranger ou leur refus d'admettre les mesures de contrainte prononcées contre eux, que le législateur a prévu, à l'article 6.I.8 de la loi précitée, que lesdites mesures peuvent être imposées "à toute personne mentionnée au 2 (les fournisseurs d'hébergement) ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1^{er} (les*

l'économie numérique, session 2002-2003, www.senat.fr. Voir également TGI Paris, réf., 20 avril 2005, UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a., juriscom.net.

⁹⁹⁴ TGI Paris, réf., 13 juin 2005, L'Union des étudiants juifs de France et autres c/ Sté OLM, LLC et autres, n° 05/553871, www.juriscom.net, RLDI 2005/7, n° 203 comm. L. Costes . En effet, « *si le "référé LCEN" fait en principe des hébergeurs les premières cibles du juge, force est de reconnaître qu'en matière d'hébergements extraterritoriaux, les FAI seront finalement toujours les seuls à endosser le poids d'une responsabilité qui incombe, est-il besoin de le préciser, à l'éditeur lui-même* ». O. Masset, *Affaire ARRRGH: première et singulière application du "référé LCEN"*, 2005, www.juriscom.net.

⁹⁹⁵ Les demandeurs sont cependant invités dans le futur à tenir informés les FAI quant à l'état d'avancement des procédures engagées à l'encontre des hébergeurs « *de nature à permettre l'allègement, voire la suppression des dispositifs mis en place* ».

fournisseurs d'accès)"; Considérant que les conditions d'application de ce principe de subsidiarité se trouvent remplies en l'espèce dès lors qu'il est démontré que les associations ont accompli les diligences nécessaires pour mettre en cause, par priorité, les sociétés prestataires d'hébergement et que toute possibilité d'agir efficacement à l'encontre de celles-ci s'avère objectivement vaine et en tout cas incompatible avec les exigences d'une procédure conçue pour la prise rapide de mesures dictées par l'intérêt général ; qu'il ne saurait être fait grief aux associations intimées de n'avoir pas tenté d'obtenir l'exequatur de la décision et la liquidation de l'astreinte vu les difficultés encourues pour aboutir à un résultat positif ; qu'enfin, il ne peut leur être reproché de n'avoir pas déposé plainte avec constitution de partie civile contre l'auteur dont l'identité serait connue alors que la mise en œuvre des dispositions particulières prévues par la loi du 21 juin 2004 n'est pas soumise à cette condition ». Dès lors, le fournisseur d'accès est bien un acteur à part entière de la régulation des contenus sur Internet, au moins lorsque sont en cause des relations internationales⁹⁹⁶. Cette solution a été confirmée par la Cour d'appel de Paris⁹⁹⁷ comme par la Cour de cassation⁹⁹⁸.

L'on pourra remarquer que lors de la transposition de la directive 2001/29/CE puis de la directive 2004/48/CE aucune distinction n'a été opérée en fonction de la nature de l'activité du PISEL lorsqu'il s'est agi de

⁹⁹⁶ M. Masset rappelle justement qu' «[e]n 2001 déjà, à l'occasion des auditions d'experts menées par le Juge Gomez dans l'affaire Front 14, M. Kaplan, vice-président de l'Internet Society, et M. Meindi, professeur de droit constitutionnel, avaient insisté sur la nécessité d'appeler tous les FAI nationaux dans de telles procédures au risque, selon M. Meindi "d'y avoir une rupture d'égalité devant les charges publiques entre les divers fournisseurs d'accès si certains se voyaient imposer des dépenses au titre des mesures de régulation, les FAI assignées et pas les autres" ». O. Masset, *Affaire ARRRGH: première et singulière application du "référé LCEN"*, 2005, www.juriscom.net.

⁹⁹⁷ CA Paris, 24 novembre 2006, Sté Tiscali Accès et autres c/ Associations UEJF, MRAP, SOS Racisme et autres, *Juris-Data* n° 05/15722, www.juriscom.net.

⁹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 178, n° 07-12244 : « L'article 6-I.8 prévoit que l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête à toute personne mentionnée au 2 (les prestataires d'hébergement) ou à défaut à toute personne mentionnée au 1 (les fournisseurs d'accès), toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ; que la prescription de ces mesures n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement, que c'est à bon droit que la cour d'appel qui n'a méconnu ni le principe de proportionnalité, ni le caractère provisoire des mesures précitées a statué comme elle l'a fait ».

reconnaître à la victime la possibilité de saisir en référé la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre des intermédiaires dont le prétendu contrefacteur utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon⁹⁹⁹.

208. La portée de l'injonction - Enfin, l'on notera que suivant la nature des mesures ordonnées par le juge sur le fondement de l'article 6.I.8, il est susceptible d'imposer au PISEL une obligation de contrôle de portée plus ou moins limitée, puisqu'il est à même d'enjoindre au PISEL de prévenir des atteintes futures. C'est ce qu'illustre l'affaire Kenzo et autres v. DMIS, dans laquelle le tribunal ordonna aux hébergeurs de mettre en place « *un système de surveillance ciblée temporaire (pour une durée de 6 mois) permettant de retirer toute annonce proposant la vente hors du réseau de distribution sélective des demanderesses de parfums et produits cosmétiques* »¹⁰⁰⁰.

En conclusion, l'on observe donc un processus de subjectivisation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, du moins lorsque le remède réclamé est celui des dommages-intérêts. Par contre lorsqu'il s'agit d'enjoindre au PISEL de mettre fin à la transmission du contenu illicite et éventuellement de prévenir leur transmission future, l'approche devient objective. L'on est donc loin d'un régime d'irresponsabilité du PISEL, qu'il soit fournisseur d'hébergement ou fournisseur d'accès. Mais comment expliquer cette subjectivisation qui a-t-on dit, s'inscrit à contre-courant de l'évolution jurisprudentielle en matière de responsabilité civile ?

La réponse ne va certainement pas de soi et les doutes sont évidemment permis. Cependant, avant que de faire du dispositif de la LCEN un concentré

⁹⁹⁹ Voir l'article L.332-1 du Code de la propriété intellectuelle dans sa version antérieure à la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, JORF n° 135 du 13.06.2009 p. 9666, et l'article L336-2 modifié par cette même loi.

¹⁰⁰⁰ T. com. Paris, réf., 26 juillet 2007, Kenzo et autres c/ DMIS (I) et T. com. Paris, réf., 31 octobre 2007, Kenzo et autres c/ DMIS (II), www.legalis.net.

de contradictions dérivant pour la plupart de la Directive, l'on peut penser que ce dispositif traduit au contraire une volonté de juridiciser le processus de régulation, qui tout en visant à impliquer les acteurs privés aux fins d'accroître son efficacité, refuse d'en faire des substituts de l'autorité publique, de crainte qu'ils abusent de leur pouvoir normatif.

II. La juridicisation matérielle du processus de régulation publique

209. La stratégie de régulation promue par les régimes de responsabilité des PISEL consiste à déléguer aux acteurs privés les seules activités de contrôle et de sanction. La privatisation du processus de régulation est donc partielle telle que la compétence de principe des autorités publiques aux fins d'impulser le processus de régulation est exclusive de celle des PISEL (A). Aussi les modalités de l'interaction des acteurs publics et des acteurs privés permettent la subordination en amont de la sphère de la régulation privée à la régulation publique grâce notamment à la généralisation de l'action en cessation de l'illicite (B).

A. La privatisation partielle du processus de régulation

210. La corégulation comme manifestation d'une stratégie de régulation à dominante publique a mis du temps à s'imposer (2). D'ailleurs, l'implication de concert des acteurs publics et des acteurs privés n'a pas toujours été perçue comme un moyen de modifier les schémas traditionnels du droit (1).

1. La corégulation comme forum de discussion utile à l'élaboration de la Loi

211. Les échecs des tentatives d'élaboration de stratégies de régulation publique reposant sur la création d'institutions *ad hoc* (a) ont officiellement contraint les autorités publiques à se contenter de promouvoir le dialogue entre les personnes prenantes au processus de régulation (b).

a. De la création d'une autorité de régulation *ad hoc*

212. Les propositions visant à la création d'une agence de régulation spécialisée - L'amendement Fillon de 1996 constitue sans doute l'une des tentatives les plus abouties de mettre sur pied une institution originale censée intervenir activement dans le processus de régulation des contenus en ligne. Le nouvel article 43-2 inséré dans la loi du 30 septembre 1986 octroyait au Comité supérieur de la télématique (CST)¹⁰⁰¹, subordonné au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la mission « *d'élaborer des recommandations propres à assurer le respect, par les services de communication audiovisuelle mentionnés au 1° de l'article 43, des règles déontologiques adaptées à la nature des services proposés* ». De plus et ce sont les deux alinéas suivants qui nous

¹⁰⁰¹ Le CST a été créé par le Décret n° 93-274 du 25 février 1993 portant création du Conseil supérieur de la télématique et du comité de la télématique anonyme, JORF n° 52 du 3.06.1993 p. 3317. En vertu de l'article 1^{er} du décret : « *Le Conseil supérieur de la télématique est chargé de formuler des recommandations de nature déontologique, visant notamment à la protection de la jeunesse, applicables aux services offerts par les accès télématiques anonymes écrits ou vocaux et à leurs conditions d'accès ; ces recommandations prennent en particulier la forme de propositions concernant les contrats types souscrits par les opérateurs entre eux ou avec les fournisseurs de services et, le cas échéant, avec les fournisseurs de moyens télématiques.*

Le Conseil supérieur de la télématique peut être saisi pour avis par les opérateurs de ces projets de contrats types ainsi que de leurs projets de modification. Il peut être saisi par chacun de ses membres de propositions de modification de ces mêmes contrats. Les avis rendus par le Conseil supérieur de la télématique à cette occasion sont publics.

Le Conseil supérieur de la télématique peut être consulté par le ministre chargé des communications électroniques sur toutes questions ayant trait aux conditions générales de développement de la télématique ».

intéressent plus particulièrement le CST devait comporter « *en son sein une instance chargée d'émettre, à la demande de tout utilisateur, de tout opérateur, de tout fournisseur de services, ou de toute organisation professionnelle ou association d'usagers, un avis sur le respect des recommandations susvisées par un service mentionné au 1° de l'article 43 pour lequel il était saisi. Cet avis [devait être] notifié aux intéressés. Lorsque le comité estimait que le service ne respect[ait] pas ces recommandations, son avis [devait être] publié au Journal officiel de la République française. Le Comité [pouvait] également être saisi par les mêmes personnes de toute réclamation concernant un service. Lorsqu'il [avait] connaissance, à la suite de réclamations ou de demandes d'avis, de faits de nature à motiver des poursuites pénales, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, sur proposition du comité, [était] tenu d'en informer sans délai le procureur de la République* ». Bien que subordonné au CSA, le CST avait été pensé comme un organe multipartite composé pour moitié des représentants des fournisseurs d'accès aux services, des éditeurs de services et des éditeurs de presse, et pour l'autre moitié des représentants des utilisateurs et des personnalités qualifiées nommées par les ministres chargés des télécommunications et de la communication parmi lesquelles le CSA devait désigner le président du comité. Les dispositions du nouvel article 43-2 furent cependant censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 en raison de la violation de l'article 34 de la Constitution due au manque de précisions relatives aux prérogatives du CST¹⁰⁰².

¹⁰⁰² JORF n° 174 du 27.07.1996, p. 11400. « *Considérant que la loi a confié au Comité supérieur de la télématique le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, auprès duquel il est placé, des recommandations propres à assurer le respect par certains services de communication de règles déontologiques, sans fixer à la détermination de ces recommandations, au regard desquelles des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales pourront être émis, d'autres limites que celles, de caractère très général, résultant de l'article 1er de la loi susvisée du 30 septembre 1986 ; qu'ainsi le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ; que dès lors doivent être regardées comme contraires à la Constitution les dispositions du 1er alinéa de l'article 43-2 inséré dans la loi susvisée du 30 septembre 1986 ; que les dispositions des autres alinéas dudit article et celles de l'article 43-3 en sont en tout état de cause inséparables ; que les articles 43-2 et 43-3 introduits par l'article 15 dans la loi susvisée du 30 septembre 1986 doivent par suite être déclarés contraires à la Constitution* ».

L'on fera remarquer que même si l'amendement Fillon n'a pas eu le succès escompté, une partie des contenus en ligne sont néanmoins soumis au contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel : les émissions de radio et de télévision entrant dans la catégorie des services de communication audiovisuelle¹⁰⁰³.

L'amendement Fillon avait été proposé avant la réception par le ministre des conclusions de la mission interministérielle présidée par Mme Falque-

¹⁰⁰³ Autrement dit, le CSA détient des compétences sur les émissions de télévision ou de radio diffusées par Internet, mais pas sur les sites Internet eux-mêmes. En particulier, depuis la promulgation de la loi du 9 juillet 2004, les stations de radio et les chaînes de télévision qui se créent pour être diffusées sur Internet ou sur ADSL, notamment, font l'objet, selon leurs budgets, d'une convention signée avec le CSA ou d'une déclaration auprès du CSA, selon une procédure définie. Les services de radio et de télévision dont le budget annuel est respectivement supérieur à 75 000 euros et 150 000 euros doivent signer une convention avec le CSA. Ceux dont le budget est respectivement inférieur à ces deux montants font l'objet d'une simple déclaration auprès du Conseil. Dès lors qu'il est compétent, le CSA exerce un contrôle sur le contenu des services transmis afin de veiller à la sauvegarde de principes fondamentaux comme, par exemple, le respect, par les médias audiovisuels, de la dignité de la personne humaine et de l'ordre public. Il a également pour objectif d'assurer le respect, par les diffuseurs, de leurs obligations en matière de programmes. Ces obligations portent essentiellement sur six domaines : pluralisme et honnêteté de l'information ; régime de diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles ; contribution des chaînes de télévision au développement de la production cinématographique et audiovisuelle ; protection de l'enfance et de l'adolescence ; publicité, parrainage et téléachat ; défense et illustration de la langue française. Les règles relatives à ces obligations peuvent avoir un caractère quantitatif ou qualitatif. Depuis 1996, le contrôle porte également sur le respect de l'obligation faite aux radios privées de diffuser un minimum de chansons francophones. L'incompétence du CSA en matière de services de communication en ligne, ce que sont les applications du Web 2.0, explique le rôle clef des PISEL. Sur les aléas de la distinction service de communication audiovisuelle et service de communication en ligne à la base de la compétence du CSA voir notamment M. Moritz, *Le public et la définition de la communication audiovisuelle - Réflexions autour de l'arrêt de la CJCE, Mediakabel BV contre Commissariaat voor de Media du 2 juin 2005*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (9)2005, Actualités; C. Pouillet et P. Reynaud, *Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle: une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (8)2005, Perspectives; B. Tabaka, *Eclaircissement autour des définitions des communications électroniques*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (17)2006, 56-60. Voir également au sujet des modifications engendrées par l'adoption de la directive 2007/65/CE modifiant la directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOUE n° L 332 du 18.12.2007 p. 27- 45, E. Derieux, *Directive "services de médias audiovisuels"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (35)2008, Perspectives; E. Derieux, *Directive TFS07: perspectives de réformes de la directive "Télévision sans frontière". - De la directive "Télévision sans frontière" à la directive "Services de médias audiovisuels"*, Communication Commerce Electronique (6)2007, Etude 14.

Pierrotin. Il anticipait cependant certaines de ses propositions. Si les auteurs du rapport de la mission interministérielle s'étaient bien opposés à une régulation administrative *ex ante* pour s'en remettre à une régulation *ex post* par le juge de droit privé, le dispositif institutionnel proposé était en réalité plus complexe. En effet, en sus du système judiciaire il fallait compter avec le Comité des services en ligne qui devait, non seulement conseiller le gouvernement et formuler des recommandations ou avis en matière déontologique notamment, mais également et surtout recevoir les plaintes des usagers. Sur demande de ces derniers ou du gouvernement, il pouvait mener des enquêtes très rapides sur des sites jugés litigieux, ses conclusions étant de nature à être versées au débat en cas de procédure pénale. Un rôle de médiation lui était également octroyé. Sa composition devait être multipartite.

En dépit de l'échec de l'amendement Fillon, cette approche institutionnelle fut soutenue à plusieurs reprises par la suite, tout en perdant au fil du temps de sa consistance. À ce propos, il avait notamment été suggéré par les rédacteurs du projet de Charte nationale de l'Internet¹⁰⁰⁴ de créer « un Conseil de l'Internet », organisme d'autorégulation composé de représentants des différentes catégories d'acteurs (fournisseurs de contenus des secteurs marchands et non marchands, fournisseurs d'infrastructures, fournisseurs d'accès et fournisseurs d'hébergement) et présidé par une personnalité indépendante élue par ses soins. En outre, son conseil d'administration se voyait doté d'un comité constitué de représentants de la société civile et de personnalités qualifiées. Les missions assignées au Conseil de l'Internet étaient diverses et variées : information des acteurs et des utilisateurs ; délivrance d'avis sur le caractère illicite d'un contenu en cas de réclamation ou

¹⁰⁰⁴ Projet de Charte nationale de l'Internet du 5 mars 1997 remis au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'espace par M. Antoine Beaussant, Président du Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE), et élaboré en concertation avec les professionnels du secteur, conformément à la mission qui lui avait été confiée le 28 octobre 2004.

sur auto saisine ; pouvoir d'adresser des recommandations au responsable d'un site au contenu manifestement illicite afin que ce dernier modifie ou supprime le contenu en cause ; émission d'un avis (confidentiel) recommandant aux prestataires techniques de bloquer l'accès au site si la recommandation précédente restait lettre morte. Ces avis et recommandations devaient servir « de référent » à l'autorité judiciaire sans pour autant lier le juge. Le Conseil était également investi d'une mission de conciliation entre les acteurs de l'Internet qui devaient s'efforcer de régler leurs différends à l'amiable. Il avait ainsi été conçu comme l'« organisme indépendant et unique d'autorégulation et de médiation », organisme privé dont les acteurs de la Charte souhaitaient que l'État contribue au financement de son fonctionnement dans la mesure où sa mission revêtait un intérêt public. Bien que résultant d'un long processus de concertation, le projet de charte ne recueillit pas l'assentiment escompté des PISEL y participant. Il fut par conséquent abandonné.

MM. les sénateurs Joyandet, Hérisson et Türk proposaient eux l'instauration d'un dispositif dual reposant, entre autres, sur la création d'une hotline et d'une Agence de régulation de l'Internet¹⁰⁰⁵. Cette Agence avait été voulue multipartite. Elle devait regrouper par conséquent des représentants des différentes catégories de professionnels (fournisseurs d'infrastructure, d'accès ou d'hébergement), mais aussi des représentants des fournisseurs de contenus, privés ou publics, des associations d'utilisateurs, et des représentants de la puissance publique par l'intermédiaire de ses services publics utilisateurs et pourvoyeurs d'informations sur le réseau. L'on avait pensé ajouter à cela des personnalités qualifiées. En outre, la régulation devait s'opérer en deux temps. Tout d'abord, une hotline était censée recueillir les plaintes des utilisateurs, transmettre au parquet les réclamations relatives à la

¹⁰⁰⁵ Rapport d'information n° 436 du 25 septembre 1997 fait au nom de la mission commune d'information (1) sur l'entrée dans la société de l'information, par MM. Alain Joyandet, Pierre Hérisson et Alex Türk, Sénateurs.

commission d'infraction pénales, et émettre des recommandations relatives à la localisation et à l'identification des sites ou services en infraction. Ensuite, l'agence avait pour rôle « [e]n relation directe avec les responsables de la hot line sans pour autant être chargée de sa gestion ou exercer sur elle une tutelle, [de] procéd[er] à un recensement et à une évaluation des dysfonctionnements constatés pour élaborer ses recommandations. Cette structure [devait constituer] par ailleurs un lieu de concertation et de conciliation entre les acteurs de l'Internet. [...]. Structure de droit privé, elle pourrait bénéficier, au moins dans un premier temps, de financements publics témoignant d'un engagement de la puissance publique ».

Quant à M. le député Martin-Lalande, il avait suggéré « de créer une structure de droit privé, qui pourrait par exemple s'inspirer du modèle du Bureau de vérification de la publicité (BVP¹⁰⁰⁶). Cet organisme recevrait les plaintes des internautes et jouerait un rôle de médiation et d'information pour faire cesser la diffusion de contenus manifestement illicites »¹⁰⁰⁷.

Enfin, le Manifeste rédigé sous l'égide de M. le professeur Vivant en juillet 1997 avait pour ambition de définir les principes fondateurs de l'autorégulation en France et recommandait la mise en place d'un organisme d'autorégulation souple, consultatif et pluraliste.

¹⁰⁰⁶ Le BVP, association inter-professionnelle, est l'organisme d'Autodiscipline de la publicité en France. Il a pour but de « mener une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine dans l'intérêt des professionnels de la publicité, des consommateurs et du public ». Concrètement il agit donc au moyen de l'élaboration de codes de bonnes pratiques, de l'émission d'avis relatif à la bonne ou mauvaise application des règles de déontologie, de la médiation entre professionnels et consommateurs. Outre demander la modification du projet de campagne publicitaire ou émettre un avis défavorable avant toute diffusion, le BVP peut, une fois la diffusion de la publicité, s'autosaisir afin, selon la gravité du manquement aux règles de déontologie, de se prononcer sur la nécessité de modifier la campagne publicitaire ou de cesser sa diffusion. Les avis du BVP ne sont cependant pas obligatoires. En matière de publicité via Internet le BVP a émis une recommandation en avril 2005, qui a pour ambition de créer « un environnement électronique dans lequel les consommateurs pourront avoir pleinement confiance et apprécier les nouvelles possibilités qu'Internet met à leur disposition ». Voir www.bvp.org.

¹⁰⁰⁷ P. Martin-Lalande, L'Internet : un vrai défi pour la France, rapport au premier ministre, 1997, www.ladocumentatinfrancaise.fr.

b. À la corégulation comme méthode

213. La création du Forum des droits sur l'Internet - C'est dans le sillage des différentes propositions mentionnées ci-dessus que se situe la création en mai 2001 d'une institution atypique dénommée Forum des droits sur l'Internet (FDI), institution à la composition multipartite qui prend la forme d'une association sans but lucratif régie par la loi de 1901¹⁰⁰⁸. Ses origines remontent au rapport du Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques en date de 1998¹⁰⁰⁹ dont l'idée fut expertisée, à la demande du premier ministre, par M. le député Paul dans son rapport de juillet 2000, « Du droit et des libertés sur Internet », et où il en confirma la pertinence et utilisa pour la première fois le terme de « Forum ».

S'il n'a pas été jugé opportun d'encadrer avec précisions les missions du FDI afin de permettre une adaptation plus aisée de ses capacités d'action face à l'évolution des technologies, il est important de souligner que cet organisme n'a pas été conçu comme un moyen de dupliquer voire de remplacer l'autorité judiciaire.

Pour autant, il était indiqué en 1998 qu'en matière de régulation des contenus illicites « [l']organisme de corégulation dont il est envisagé la création doit aider à la détermination de ces diligences normales, exigibles de chacun des acteurs professionnels ou personnes privées ». À lire cette fois le rapport ultérieur de M. Paul on comprend mieux la nature de cette aide. « [L']organisme de corégulation ne doit pas avoir pour mission de se prononcer sur le caractère licite d'un site ni d'exonérer les intermédiaires techniques de leur responsabilité. La démarche de corégulation proposée se distingue en cela des démarches britannique et australienne ainsi que de l'initiative qui avait abouti à la censure de « l'amendement Fillon » par le Conseil constitutionnel en 1996 ». Pourtant le FDI était susceptible d'adopter

¹⁰⁰⁸ Voir les statuts de l'association disponibles sur le site www.foruminternet.org.

¹⁰⁰⁹ www.ladocumentationfrancaise.fr.

une démarche préventive en favorisant le développement d'un certain nombre d'initiatives entreprises par d'autres acteurs, comme l'ouverture d'une ligne d'appel d'urgence ou la délivrance de labels, au moyen notamment d'une meilleure information du public ou d'une participation directe aux travaux.

En conséquence, en dépit des insuffisances du système judiciaire évoquées par le rédacteur du rapport lui-même¹⁰¹⁰, le FDI n'a pas été pensé comme l'organe de régulation des contenus mis en ligne sur Internet¹⁰¹¹. Ce qui ne signifie pas que les recommandations du FDI n'influencent pas le juge au moment d'apprécier le comportement du prestataire intermédiaire¹⁰¹².

Aux dires de M. Paul, la corégulation, expression utilisée pour décrire l'activité du FDI, ne constitue en aucune manière une nouvelle source de l'énoncé juridique¹⁰¹³ : il s'agit plutôt d'une méthode de discussion et de

¹⁰¹⁰ « [I]l ne faut pas attendre de la jurisprudence qu'elle pose l'ensemble des règles. Le juge ne régule pas des comportements mais donne une réponse pragmatique, veille au respect de la loi et participe à son interprétation dans un contexte incertain et nouveau. La construction jurisprudentielle s'avère progressive et lente puisqu'elle nécessite l'attente des décisions des juridictions supérieures pour acquérir sa valeur. Les principes directeurs du procès interdisent au juge de s'autosaisir et limitent sa compétence aux prétentions des parties. Par ailleurs en vertu de l'article 5 du Code civil, il ne doit pas se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ».

¹⁰¹¹ L'on fera remarquer qu'à lire l'article 3 des statuts du FDI on y trouve la mention selon laquelle l'association a notamment pour objet de proposer un service de médiation pour les différends liés à l'Internet. Il s'agit donc d'un moyen de réintroduire de la normativité en mettant en relation directe l'auteur principal du dommage et la victime. À ce propos, le FDI et la Cour d'appel de Paris ont récemment signé un protocole d'accord en matière de règlement des litiges liés à l'Internet dans le but de promouvoir la médiation en ligne. D'autres juridictions pilotes doivent également être impliquées.

¹⁰¹² Voir par exemple TGI Paris, 12 juillet 2006, GIFAM et autres c/ Google France, www.legalis.net.

¹⁰¹³ Elle a cependant suscité la critique de certains auteurs condamnant la prédominance des intérêts privés. « Sa naissance [du Forum des droits de l'Internet] a ainsi pu marquer l'avènement d'une gouvernance appliquée à l'Internet (Internet Governance), au sens d' "un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, qui ne sont pas tous étatiques, ni même publics" et cherchent à atteindre "des buts propres discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains". Reste que, même au prix de cette mise en œuvre de la régulation, on pouvait continuer à douter de la pertinence de cette mise en œuvre de la régulation, fut-elle coopérative avec des représentants des pouvoirs publics. Circonstanciellement, la participation active de ces derniers a pu être regardée comme minime, tandis que les grandes sociétés du secteur informatique apparaissaient surreprésentées. Plus profondément, l'articulation de la visée première de développement du marché et de valeurs extra-économiques la dépassant, à savoir la considération des intérêts d'un public large d'utilisateurs non initiés, dans une sphère devenue de vocation universelle, restait à construire ». J.

concertation entre acteurs publics et acteurs privés du réseau¹⁰¹⁴. En effet, il est écrit : « *C'est cet échange [échange permanent et fourni entre les acteurs de l'internet et les autorités de la régulation publique, de manière à soulever les questions importantes, à les instruire plus rapidement en tenant mieux compte de la dimension technique ainsi que de la réalité et de l'évolution des usages] et cette coopération [coopération entre les instances de la régulation publique, qui interviennent chacune dans leur domaine de compétence, et les différentes formes d'autorégulation des acteurs économiques et sociaux, qui contribuent à définir les usages et à offrir aux utilisateurs les espaces de liberté et de confiance qu'ils demandent] que nous désignerons comme la corégulation. La corégulation n'est donc pas à proprement parler une nouvelle forme de régulation* ».

Ainsi, la doctrine de la corégulation en tant que méthode n'a pas été élaborée aux fins de répondre directement à la question du mode de régulation adéquat des contenus mis en ligne.

La création d'un conseil national du numérique, regroupant plusieurs structures de nature consultative dont le FDI ne devrait pas avoir pour conséquence de modifier la donne, bien que parmi ses attributions figure la concertation avec l'ensemble des acteurs du numérique conduisant, notamment, à l'élaboration de chartes d'engagements et de bonne conduite¹⁰¹⁵.

Rochfeld, Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet, 2006, in M.-A. Frison-Roche, Les engagements dans les règles de régulation, Dalloz, Paris, 209-220, p. 213-214.

¹⁰¹⁴ « *Si les institutions démocratiques veulent remplir leur rôle sans se trouver court-circuitées par la réalité, elles doivent être capables de traiter les questions posées avec la rapidité et la pertinence nécessaires. Elles doivent le faire en écoutant davantage, en collaborant mieux avec l'ensemble des acteurs et des parties prenantes aux débats. Elles doivent savoir se focaliser sur les sujets dont les enjeux sont essentiels et où leur intervention est décisive, et laisser différentes formes – pas uniquement marchandes – d'autorégulation s'exercer là où elles suffisent à répondre aux attentes sociales. Il s'agit donc, non pas de définir une nouvelle source de droit, une nouvelle forme de régulation, mais de trouver une méthode adaptée aux temps nouveaux* ».

¹⁰¹⁵ Voir le plan de développement de l'économie numérique France numérique 2012 présenté au premier ministre par E. Besson secrétaire d'État chargé de la prospective, de l'évaluation

2. La corégulation comme expression d'une stratégie de régulation publique

214. La stratégie de régulation promue par la LCEN - C'est l'approche de la régulation *a posteriori*¹⁰¹⁶ par le juge telle que développée par le rapport de la mission interministérielle présidée par Mme Falque-Pierrotin¹⁰¹⁷ qui finalement semble l'avoir emporté¹⁰¹⁸ : « *Le système qui doit être mis en place pour les services en ligne s'inspire de l'approche de la presse : "tout est autorisé sauf ce qui est interdit". C'est donc l'application du droit commun et la sanction a posteriori par le juge. Une telle approche nécessite une justice plus rapide et plus avertie des questions spécifiques d'Internet qu'elle ne l'est aujourd'hui* ». En réalité tout dépend de la stratégie de régulation qui se dessine en creux des dispositions de la LCEN transposant la Directive.

C'est dans l'interprétation de l'élément moral dont la caractérisation est nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité du fournisseur d'hébergement que réside la clef du dispositif de régulation mis en place par le législateur français. Avant la décision du Conseil Constitutionnel, on aurait pu croire qu'il s'agissait là de déléguer l'intégralité de l'activité normative aux hébergeurs, puisque la notification conforme de la victime permettait de présumer la connaissance des faits litigieux, que le contenu soit simplement

des politiques publiques et du développement de l'économie numérique, octobre 2008, www.francenumerique2012.fr, action n° 145.

¹⁰¹⁶ Le terme est trompeur puisque le juge est capable d'intervenir en amont de la réalisation du dommage au moyen notamment de l'injonction.

¹⁰¹⁷ Qui devait cependant être complétée par l'instauration d'un Conseil des services en ligne ainsi que l'autodiscipline des acteurs de l'Internet.

¹⁰¹⁸ Internet : enjeux juridiques : rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par Mme Falque-Pierrotin, 1996, www.ladocumentationfrancaise.fr. Le rapport refuse cependant l'instauration de cyberjuges. « *Outre les difficultés juridiques que cela poserait, il semble plus utile de disséminer la formation dans tout l'appareil judiciaire, conformément au caractère décentralisé du réseau, tout en créant un lieu de centralisation de l'expérience acquise. En revanche, la création de forces d'enquête spécialisées (cybergendarmes) apparaît souhaitable pour garantir une intervention rapide et efficace contre toute forme de délinquance sur le réseau* ». Il en appelle néanmoins à l'adaptation nécessaire des règles de procédure pénale.

illicite ou manifestement illicite, sans que la notification fasse nécessairement naître une obligation de faire cesser l'activité illicite à l'endroit des fournisseurs de service¹⁰¹⁹. Dit autrement, il revenait à ces derniers de juger du caractère illicite des contenus stockés sur leurs systèmes et par là même de décider de leurs retraits. En voulant protéger la liberté d'expression mise à mal par l'automatisme de la procédure américaine de « notice-and-take-down » on investissait donc les fournisseurs d'hébergement, acteurs privés, de la prérogative de fixation de la norme d'accessibilité des contenus, ce que le législateur américain avait justement voulu éviter.

De l'étude de l'article 6 de la LCEN à la lumière de la décision du Conseil Constitutionnel, il semble désormais que la répartition des prérogatives de régulation soit établie en fonction de la complexité du problème de droit posé.

214-1. La régulation des contenus illicites - Pour ce qui est des contenus illicites en général, les acteurs publics disposent du pouvoir normatif tandis que les activités de contrôle et de sanction sont privatisées. La première est de la « compétence » des victimes, tandis que la seconde est de la « compétence » des PISEL, qui quelle que soit la nature de leurs activités, peuvent se voir enjoindre de mettre un terme à l'atteinte aux droits des tiers. Dans certains cas cependant les PISEL peuvent être contraints de participer à l'activité de contrôle, mais ce de manière limitée, dans la mesure où le juge aura préalablement identifié le contenu des droits de la victime et la nature des violations à faire disparaître dans le but de prévenir la réalisation de dommages futurs.

Cette répartition des prérogatives de régulation est affinée pour trois types de contenus, si bien que les PISEL participent également à l'activité de contrôle pour ce qui est de la lutte contre l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie infantile.

¹⁰¹⁹ L'automatisme de la procédure américaine de « notice-and-take-down » avait d'ailleurs été critiquée par le Forum des droits de l'Internet.

À cet effet, ils se voient imposer une obligation de communication aux autorités publiques des contenus allégués illicites signalés par leurs utilisateurs et une obligation de faciliter ce signalement au moyen de l'instauration de dispositifs aisément accessibles et visibles. Ceci dit, les internautes chargés d'informer les PISEL restent les acteurs clefs de l'activité de contrôle : il ne s'agit pas ici d'imposer aux PISEL une obligation à exécution spontanée et continue contrairement à une certaine interprétation jurisprudentielle¹⁰²⁰.

214-2. La régulation des contenus manifestement illicites – Lorsque les contenus sont manifestement illicites, le fournisseur d'hébergement se doit de devancer l'autorité publique et les victimes en retirant les contenus de leurs propres initiatives. Ce n'est donc pas à proprement parler au fournisseur d'hébergement de décider de la norme d'accessibilité du contenu bien qu'il doive en assurer le contrôle : l'acteur privé ne fait que se conformer à l'énoncé normatif de l'autorité publique, dont l'actuation s'impose à lui de par l'évidence des faits, sans qu'il ne puisse, du moins en théorie, disposer d'une marge d'appréciation aucune. Le caractère non automatique de la procédure de notification prend alors tout son sens puisque justement le fournisseur d'hébergement ne doit réagir qu'en cas de contenus manifestement illicites¹⁰²¹. En outre, l'on comprend mieux les dangers de s'en référer au principe de

¹⁰²⁰ Voir *supra* §203-3.

¹⁰²¹ La Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet propose cependant de rendre la procédure de notification automatique en matière de propriété intellectuelle, car « *il existe des personnes à la compétence incontestée pour affirmer le caractère illicite de l'œuvre hébergée ; il existe un délit de "dénonciation abusive" pour sanctionner les démarches infondées* ». L'exemple américain permet néanmoins de douter de la compétence incontestée de ces personnes pour toutes les questions relatives à la propriété intellectuelle. Ceci dit, la qualité de la régulation privée pourrait être améliorée par l'extension des « *hypothèses de responsabilité pour dénonciation abusive à toute notification apparaissant a posteriori infondée* ». Reste à savoir si l'action des fournisseurs de contenus à l'encontre des titulaires de droit de propriété intellectuelle, auteurs de la notification, est illusoire en pratique et, de manière plus générale, si la protection du droit de propriété doit primer sur la protection de la liberté d'expression. P. Sirinelli (président), *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet*, 2008, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html, p. 66-67.

précaution dont l'application en pratique aurait pour conséquence d'allouer à nouveau la prérogative de fixation de la norme aux hébergeurs.

Volontairement ou non, le législateur français a donc pris clairement parti quant à la nature de la stratégie de régulation qui doit prévaloir en matière de contenus illicites transmis via Internet. Il ne s'agit pas de mettre en place un système d'autorégulation, qui avait pourtant été évoqué dès 1996 au travers de la promotion de l'autodiscipline de tous les acteurs de l'Internet¹⁰²², mais plutôt un processus de corégulation qui repose encore en grande partie sur l'autorité judiciaire. Il est important d'insister sur l'identité du régulateur, à savoir le juge de droit privé, et non une autorité administrative indépendante, ni un comité subordonné à une autorité de ce type, ni une organisation de droit privé financée par les deniers publics regroupant les représentants des différents acteurs de l'Internet, encore moins un organisme interprofessionnel.

Certes, ce processus de corégulation n'est effectif que dans la mesure où le prononcé (ou la menace du prononcé) d'une injonction à l'encontre des PISEL n'a pas pour effet de les obliger à se substituer au juge, comme on l'a déjà souligné lors de l'étude du LA et de la Directive.

215. Le recours aux dispositifs de filtrage - Imposer par le biais de l'injonction l'instauration de mesures de filtrage aboutissant au retrait automatique préventif ou curatif des matériaux allégués illicites sans avoir préalablement défini avec soin le contenu des droits à protéger et la nature des atteintes à éliminer a cependant pour conséquence de contraindre les PISEL, éventuellement en collaboration avec les titulaires de droit, à s'ériger

¹⁰²² Voir par exemple Internet : enjeux juridiques : rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par I. Falque-Poirrotin, 1996, www.ladocumentationfrancaise.fr, mais aussi P. Martin-Lalande, L'Internet : un vrai défi pour la France, rapport au premier ministre, 1997, www.ladocumentationfrancaise.fr, Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 juillet 1998, Jean-François Thery et Isabelle Falque-Pierrotin, Conseil d'État. Section du rapport et des études, www.ladocumentationfrancaise.fr.

en régulateurs privés¹⁰²³. Si les informations relatives au contenu des droits à protéger et à la nature des atteintes à éliminer ne doivent pas nécessairement provenir des titulaires de droit, les PISEL deviennent alors débiteurs d'une obligation générale de contrôle à exécution spontanée et continue. Dans le cas contraire, l'activité de contrôle est entre les mains des titulaires de droit, les PISEL leur offrant simplement les moyens de rendre ce contrôle effectif grâce à l'instauration de dispositifs techniques adaptés¹⁰²⁴. Ainsi les PISEL deviennent les exécutants des ayants droit détenteurs du pouvoir normatif, sauf à ce que le filtre utilisé témoigne d'un parti pris du prestataire intermédiaire. Dans les deux cas, on aboutit à une privatisation complète du processus de régulation. La privatisation du processus de régulation est d'autant plus problématique que le filtrage est opéré de manière préventive sans aucune transparence¹⁰²⁵.

Les propositions récentes faites en matière de lutte contre le téléchargement illicite témoignent pourtant de la volonté des autorités publiques d'accroître la participation des prestataires intermédiaires au sein du processus de régulation et ce par le recours à des mécanismes de filtrage¹⁰²⁶. Les fournisseurs d'accès à Internet, signataires de l'accord pour le

¹⁰²³ Voir le débat qui s'est ouvert en Belgique suite au prononcé du jugement Tribunal de première instance de Bruxelles, 29 juin 2007, www.juriscom.net et notamment O. Sasserah, *L'ordre de cessation à l'encontre d'un ISP, un nouvel angle d'attaque dans le combat des ayants droit contre le peer to peer*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (30)2007, 13-15; T. Verbiest et M. de Bellefroid, *Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet: retour sur l'affaire Sabam c/ Tiscali*, *Légipresse* (246)2007, 156-160

¹⁰²⁴ Reste posée la question de savoir si les ayants droit peuvent imposer aux PISEL le recours à une certaine technologie de filtrage et notamment le recours à un système de reconnaissance d'empreintes numériques. Voir à ce propos TGI Créteil, 1^{re} civ., ord. mise en état, 1^{er} juillet 2009, INA c/ YouTube, www.legalis.net.

¹⁰²⁵ Voir pourtant le Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 27 mai 2009, n° 292, www.assemblee-nationale.fr « *Lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant des dispositions de l'article 227-23 du Code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées au 1 les adresses internet des services de communication au public en ligne entrant dans les prévisions de cet article, et auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai* ».

¹⁰²⁶ Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux, Rapport au ministre de la Culture et de la Communication, mission confiée à Denis

développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux, s'engagent ainsi à « collaborer avec les ayants droit sur les modalités d'expérimentation des technologies de filtrage des réseaux disponibles mais qui méritent des approfondissements préalables, et à les déployer si les résultats s'avèrent probants et la généralisation techniquement et financièrement réaliste », tandis que les plates-formes d'hébergement et de partage de contenus s'engagent à « généraliser à court terme les techniques efficaces de reconnaissance de contenus et de filtrage en déterminant notamment avec eux les technologies d'empreinte recevables, en parallèle aux catalogues de sources d'empreinte que les ayants droit doivent aider à constituer »¹⁰²⁷.

Les PISEL ne se voient-ils pas ainsi imposer une obligation de contrôle spontané et systématique des contenus transmis sur leurs systèmes au sens de l'article 15 de la Directive¹⁰²⁸ ? Tout dépend de l'interprétation que l'on fait de l'interdit européen. Soit il s'agit d'éviter que les PISEL décident des contenus à éliminer : dans ce cas, il faut alors déterminer le rôle exact attribué aux ayants droit et notamment déterminer s'ils doivent communiquer aux PISEL

Olivennes, novembre 2007 ; Accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux, novembre 2007, www.culture.gouv.fr ; Projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet autrement dénommé Projet de Loi Olivennes. Comparer avec Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de J. Attali, 23 janvier 2008, www.clubic.com.

¹⁰²⁷ Cependant les plateformes web 2.0 ont jusqu'à présent refusé de signer l'accord. Elles ont néanmoins formé une association dans le but d'améliorer le dialogue avec les pouvoirs publics. Voir le site de l'Association des Services Internet Communautaires, www.lasic.fr. Pour autant certaines plateformes n'ont pas hésité à mettre en place des mesures de filtrage de leur propre initiative. Voir TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 14 novembre 2008, Jean Yves L. et autres c/ Youtube et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c/ Google et autres www.legalis.net ; CA Paris, 4^e ch., A, 6 mai 2009, Dailymotion c/ Nord-Ouest production et autres, www.legalis.net.

¹⁰²⁸ La Commission européenne a récemment rendu un avis sur le projet de loi HADOPI. Elle demande au gouvernement de nombreux éclaircissements quant à l'application de certaines de ses dispositions principales et notamment quant à son articulation avec la Directive. L'un des problèmes soulevés est celui de l'application du texte dans l'espace dans la mesure où le texte semble s'appliquer aux fournisseurs d'accès ou aux clients installés dans d'autres États membres. Surtout, il ne faudrait pas que le dispositif mis en place aboutisse « à imposer [...], en droit ou en fait, ne serait-ce qu'indirectement une obligation générale de surveillance » aux PISEL. Voir L. Costes, *Créations Immatérielles, Actualités, Eclairages*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (44)2008, 5.

la liste des intérêts à protéger, puisque les technologies mises en œuvre doivent l'être en collaboration avec les ayants droit. Les modalités de cette collaboration ne sont pourtant pas clairement définies. Soit il s'agit d'éviter que les PISEL patrouillent sur Internet à la recherche d'activités contrefaisantes¹⁰²⁹. Dans ce cas, les dispositions de l'article 15 sont effectivement contournées par le recours à l'automatisation de la détection des activités contrefaisantes.

216. La création d'une Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet – Certes, la généralisation des mesures de filtrage a été contrebalancée par la mise en place d'une autorité publique spécialisée, placée sous le contrôle du juge, chargée de garantir les droits et libertés individuelles des internautes lors de la mise en œuvre d'un mécanisme d'avertissement (et non plus de sanction) destiné à être utilisé en cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur les réseaux numériques.

La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet¹⁰³⁰ consacre en effet le recours à une autorité

¹⁰²⁹ L'approche du législateur américain en matière de « copyright » et celle des juges en matière de « trademark » consistent à éviter que les PISEL n'exercent l'activité normative et l'activité de contrôle. Le DMCA ne fait cependant pas obstacle à l'utilisation de mesures techniques de filtrage sous certaines conditions. Voir *supra* §111-1.

¹⁰³⁰ Pour un commentaire des différentes moutures du projet voir V. L. Benabou, *Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009)*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (52)2009, 63-74; H. Bitan, *Premières observations sur le projet de loi "Création et internet"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (40)2008, 51-54; H. Bitan, *Réflexions sur la loi "Création et Internet" et sur le projet de loi "Hadopi 2"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 121-126; P. Boiron et E. Mirat, *La loi HADOPI: beaucoup de bruit pour rien?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 117-120; I. Boubekour, *De la "loi HADOPI" à la "loi HADOPI 2" - Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 107-113; M. Coulaud, *L'adoption au Sénat du projet de loi "Création et Internet": la confirmation d'une méthode de régulation consensuelle en propriété littéraire et artistique*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (46)2009, 85-93; A. Gautron, *La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 63-73; A. Gitton, *La géniale justification d'une prise en otage de l'abonné à un service de communication en ligne: "si ce n'est toi, c'est donc ton fils!" ou un effondrement des cours de la loi au juge*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (41)2008, 63-73; F. Macrez et J. Gossa, *Surveillance et sécurisation: ce que l'Hadopi*

administrative indépendante afin de lutter contre les atteintes au droit d'auteur consistant en l'échange illicite de fichiers protégés. La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) avait initialement¹⁰³¹ pour mission d'émettre des recommandations puis des sanctions à l'encontre des internautes dont l'accès Internet était utilisé à des fins illicites, et ce, grâce à l'aide des fournisseurs d'accès auxquels les internautes sont abonnés. L'aide des fournisseurs d'accès se faisait donc sentir à trois moments différents : au moment de la mise en œuvre des mesures de filtrage en collaboration avec les ayants droit afin de pouvoir détecter plus facilement les contrefacteurs, au moment de l'identification des contrefacteurs allégués sur demande de la Haute Autorité saisie par les ayants droit, au moment de la mise en œuvre de la sanction prononcée par la Haute Autorité consistant en la suspension de l'abonnement des internautes ne sécurisant pas leur accès Internet.

Restait à savoir si les droits et libertés individuelles des internautes étaient effectivement garantis, ce qui ne faisait pas l'unanimité¹⁰³². En effet, la

rate - A propos de la "petite loi" "Création et Internet", Revue Lamy Droit de l'Immatériel (50)2009, 79-91; M. Trézéguet, *Présentation de la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 90-96.

¹⁰³¹ Avant la décision du Conseil Constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, JORF n° 135 du 13.06.2009, p. 9675.

¹⁰³² Voir Rapport à monsieur le ministre de la Culture et de la Communication, Le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, Jean Cédras, avril 2007 ; les Lignes directrices pour les fournisseurs de services Internet émises par le Conseil de l'Europe le 3.10.2008 visant à promouvoir le respect de la vie privée, la sécurité et la liberté d'expression des internautes <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1349489&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE> ; l'amendement 138 du paquet télécom adopté par le Parlement européen le 10 avril 2008 engageant « la Commission et les États membres à reconnaître qu'Internet est une vaste plate-forme pour l'expression culturelle [...] et, par conséquent, à éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, telles que l'interruption de l'accès à Internet », mais finalement retiré et remplacé par l'amendement selon lequel « aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentales des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires, notamment conformément à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant la liberté d'expression et d'information, sauf lorsque la sécurité publique est menacée, auquel cas la décision peut intervenir ultérieurement » dont le contenu a été quelque peu émoussé lors de l'adoption de la directive 2009/140/CE du 25

procédure voulait que lorsqu'elle était saisie, la Haute Autorité et plus exactement sa commission de protection des droits, envoie aux internautes, par l'intermédiaire de leurs fournisseurs d'accès, une recommandation leur enjoignant de respecter l'obligation de veiller à ce que leurs accès ne soient pas utilisés illicitement et les avertissant des sanctions encourues en cas de renouvellement du manquement, autrement dit de la suspension de leurs accès¹⁰³³. Or ces recommandations envoyées aux abonnés des fournisseurs d'accès allégués coupables de violations au droit d'auteur n'étaient pas sujettes à recours. Seule la sanction était susceptible d'être attaquée en justice. Un abonné victime d'une erreur matérielle¹⁰³⁴ ne pouvait donc pas être entendu avant de se voir imposer la suspension de son abonnement Internet, ce qui est contraire aux principes d'un procès équitable et d'une procédure contradictoire.

Se posait également un problème de proportionnalité de la sanction prononcée par rapport aux actes commis et plus généralement de légitimité de la substitution de l'autorité administrative indépendante au juge pour ce qui est de l'appréciation des violations au droit d'auteur, sanctionnées pénalement¹⁰³⁵.

novembre 2009 « paquet télécoms », JOUE n° L 337 du 18/12/2009, p. 37-69 (art. 1er); la note adressée par l'ASIC à l'Élysée et Matignon, au cabinet d'Éric Besson, aux ministères de l'Industrie ou encore de la Justice. Les positions de la CNIL et de la Commission semblent aussi très critiques.

¹⁰³³ La riposte graduée de la Haute Autorité devait fonctionner de la manière suivante : la première violation de la loi déclenchait l'envoi d'un courrier électronique d'avertissement. Un deuxième manquement aboutissait à l'envoi d'un courrier recommandé. Au troisième, l'abonnement à Internet était suspendu pour trois à douze mois. La personne sanctionnée ne pouvait pas souscrire un nouvel abonnement durant cette durée, et devait continuer à payer son fournisseur d'accès.

¹⁰³⁴ Ce qui ne devrait pas être un cas d'école. H. Bitan, *Premières observations sur le projet de loi "Création et internet"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (40)2008, 51-54

¹⁰³⁵ À proprement parler la Haute Autorité ne sanctionnait pas des atteintes au droit d'auteur mais les défauts de sécurisation des accès Internet.

La décision du Conseil Constitutionnel n° 2009-580 DC en date du 10 juin 2009 tient compte en partie des questions soulevées ci-dessus¹⁰³⁶. Elle ôte à la Haute Autorité son pouvoir de sanction qui ne peut appartenir qu'au juge en raison du caractère fondamental du « droit » à la libre expression qui inclut la liberté d'accéder aux services internet¹⁰³⁷. La présomption de culpabilité grevant le titulaire de l'accès à Internet est par là même déclarée inconstitutionnelle¹⁰³⁸. La seconde loi HADOPI¹⁰³⁹ faisant appel au juge pénal pour prononcer la sanction à l'encontre de l'internaute contrefacteur ou de l'internaute ayant commis une négligence caractérisée continue de nourrir un certain nombre d'interrogations du point de vue notamment de la proportionnalité de la sanction et de l'efficacité de la procédure pénale choisie.

Quant à la stratégie de régulation adoptée, tout n'est pourtant pas condamnable. La création de l'HADOPI concrétise en effet la promotion d'une stratégie de corégulation à dominante publique reposant sur le rôle clef d'une agence spécialisée de droit public, qui ne centralise cependant pas toutes les activités de régulation, et du juge. Plus précisément, le pouvoir normatif est partagé entre la Haute Autorité une fois saisie par les ayants droit et le juge qui a le dernier mot. Pour autant, il s'agit d'un dispositif partiel qui ne vise qu'à résoudre le problème de l'échange illicite de fichiers

¹⁰³⁶ Pour un commentaire, voir par exemple I. Boubekeur, *De la "loi HADOPI" à la "loi HADOPI 2" - Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 107-113; D. Rousseau, *Hado-pirate la Constitution: le Conseil sanctionne !*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 103-105.

¹⁰³⁷ Considérant 12, 16.

¹⁰³⁸ Considérant 18.

¹⁰³⁹ Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, JORF n° 251 du 29 octobre 2009, p. 18290. Le Conseil constitutionnel a été cette fois plus conciliant. Voir Décision n° 2009-590 du 22 octobre 2009, JORF n° 251 du 29 octobre 2009, p 1892.

protégés par le droit d'auteur¹⁰⁴⁰. Il ne remet donc pas en question l'équilibre établi par la LCEN.

Aussi, lorsqu'il ne s'agit plus de lutter contre le piratage de masse, l'implication des acteurs publics et des acteurs privés au sein du processus de régulation s'obtient par la voie judiciaire au moyen de deux types d'action : l'action en cessation de l'illicite et l'action en élimination des clauses abusives. Les limites du domaine de la stratégie de corégulation institutionnelle (reposant sur la création d'une institution *ad hoc*) rendent leur analyse indispensable.

B. Les modalités de l'interaction des acteurs publics et des acteurs privés au sein du processus de régulation publique

217. La stratégie de régulation promue par la LCEN repose sur le rôle clef attribué à l'action en cessation de l'illicite qui permet au juge judiciaire, le plus souvent en référé, d'enjoindre à un PISEL de faire cesser ou de prévenir la réalisation d'un dommage. Il s'agit d'une stratégie de régulation à dominante publique dans la mesure où l'injonction est utilisée comme un instrument de régulation *ex ante* qui permet de dicter aux PISEL les intérêts à protéger avant qu'ils n'interviennent et non pas tant de corriger *ex post* l'activité de régulation des PISEL (1). Cet instrument est complété par un second utile au contrôle de l'exercice des prérogatives de régulation qu'exercent les PISEL sur le fondement du contrat qui les lie à leurs utilisateurs (2).

¹⁰⁴⁰ D'ailleurs, l'action de l'HADOPI n'a de sens que dans la mesure où il est possible d'identifier l'adresse IP des internautes pratiquant l'échange illicite de fichiers protégés, ce qui risque de ne plus être la règle générale.

1. L'ordre émis par le juge de faire cesser ou de prévenir les agissements illicites

218. La fréquence du recours au référé LCEN - C'est le juge des référés¹⁰⁴¹ qui s'est en pratique avéré être l'interlocuteur privilégié des victimes de la transmission en ligne de contenus allégués illicites. Une étude de 43 décisions judiciaires rendues en matière de responsabilité entre 1998 et 2005 montre que la proportion des procédures de référé est en constante augmentation sur cette période et que les juges n'hésitent pas à recourir à l'injonction éventuellement doublée d'une astreinte plutôt que d'octroyer au demandeur des dommages-intérêts, ce d'ailleurs quel que soit le destinataire de l'injonction¹⁰⁴².

219. L'autonomisation du régime de l'action en cessation de l'illicite - L'originalité du dispositif mis en place par le législateur français repose en effet sur le recours à un mécanisme de régulation de droit privé prenant la forme d'une action en cessation, destinée à guider la réaction des PISEL lorsque des contenus illicites sont transmis au moyen de leurs réseaux ou système¹⁰⁴³. Si les contenus transmis sont manifestement illicites alors le recours à l'action en cessation n'est plus nécessaire puisque la réaction du fournisseur d'hébergement doit être spontanée.

¹⁰⁴¹ Encore dénommé « agent naturel de la police de l'Internet ». H. Croze, Procédures 2004, comm. 185 citant M. Vivant et Ch. Le Stanc.

¹⁰⁴² Analyse statistique des décisions rendues en matière de responsabilité, www.legalis.net: « La répartition des sommes allouées lors d'une décision en matière de responsabilité sort des canons habituels. Bien que les dommages et intérêts arrivent en première position. Les sommes allouées au titre des publications et des astreintes représentent la majorité des sanctions pécuniaires. Cela implique un particularisme des affaires de responsabilité. Les magistrats ont tendance à considérer que seules les sanctions visant à faire cesser le préjudice sont justifiées en la matière et non celles visant à le réparer financièrement. En effet, les astreintes ont pour objectif de faire cesser rapidement le trouble en cause. Quant aux publications judiciaires, elles ont pour but d'atteindre la réputation de la partie déclarée coupable et de rétablir celle de la victime ».

¹⁰⁴³ À titre de rappel, si les contenus transmis sont manifestement illicites alors le recours à l'action en cessation n'est plus nécessaire puisque la réaction du fournisseur d'hébergement doit être spontanée.

L'autonomie du régime de l'action en cessation se manifeste au moins de deux manières¹⁰⁴⁴.

Tout d'abord, l'octroi du remède est indépendant des conditions de mise en œuvre de la responsabilité pécuniaire du défendeur. Le demandeur n'a donc pas à démontrer la connaissance présumée ou effective de l'activité illicite de la part du fournisseur d'hébergement. Et pour ce qui est du fournisseur d'accès l'exonération de sa responsabilité civile ne fait évidemment pas obstacle à l'octroi d'une injonction à son encontre. Autrement dit, « *c'est dire que le juge des référés [...] peut ordonner le retrait de l'information illicite dans un cas où il n'y a pas a priori d'action en réparation au fond possible* »¹⁰⁴⁵ contre le PISEL en cause.

Ensuite, le référé LCEN tel qu'il résulte de l'article 6.I.8 diffère du référé de droit commun¹⁰⁴⁶, en ce que la mesure prononcée par le juge dans le but de prévenir ou faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne est indépendante de toute procédure au

¹⁰⁴⁴ Voir à ce titre le commentaire éclairant de Mme Gorchs, B. Gorchs, *Vers un référé de l'Internet autonome*, Communication Commerce Electronique (12)2007, Etude n°31. Comparer avec la Recommandation du Forum des Droits sur l'Internet du 6 février 2003 sur le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.pdf.

¹⁰⁴⁵ B. Gorchs, *Vers un référé de l'Internet autonome*, Communication Commerce Electronique (12)2007, Etude n°31.

¹⁰⁴⁶ Sauf procédure spéciale, ce sont les dispositions des articles 808 et 809 du nouveau Code de procédure civile qui régissent pour l'essentiel les pouvoirs du juge des référés. En vertu de l'article 808 : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». Et en vertu de l'article 809 : « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ». Voir pour les éditeurs et fournisseurs de logiciels pair-à-pair l'article L.336-1 qui institue ce que certains ont pu appeler le référé DADVSI. Là encore, il s'agit d'une procédure autonome par rapport aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité et par rapport au droit commun du référé : « *Lorsqu'un logiciel est principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'œuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toutes mesures nécessaires à la protection de ce droit et conformes à l'état de l'art. Les mesures ainsi ordonnées ne peuvent avoir pour effet de dénaturer les caractéristiques essentielles ou la destination initiale du logiciel* ». Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

principal, à moins évidemment que les conditions de la mise en oeuvre de la responsabilité du PISEL soient susceptibles d'être remplies. La seule action possible au principal est celle contre l'éditeur du site, dont la mise en oeuvre n'est cependant pas une condition de l'octroi de l'injonction à l'encontre du PISEL. Tout en bénéficiant de la rapidité de la voie du référé, le demandeur n'a pas à respecter les dispositions des articles 808 et 809 du NCPC. Ni l'urgence ni l'existence d'un trouble manifestement illicite ne conditionnent la réponse du juge. Les seules conditions mentionnées par l'article 6.I.8 sont le caractère illicite du contenu et le dommage présent ou futur¹⁰⁴⁷. En conséquence, la mesure octroyée non seulement épuise le litige opposant la victime au prestataire intermédiaire, mais, de fait, revêt un caractère définitif. L'injonction n'a donc pas à être temporaire¹⁰⁴⁸. « [A]u mieux, les mesures prescrites contre les prestataires de services priveront d'utilité toute action dirigée contre l'éditeur, objectif recherché par la loi LCEN lorsque l'éditeur se met hors d'atteinte par le caractère nomade de l'hébergement de son site »¹⁰⁴⁹.

220. Ce qu'implique le recours à l'action en cessation de l'illicite comme instrument de régulation - Un dispositif de ce type qui suppose la privatisation de l'activité de contrôle nécessite cependant pour son effectivité de faciliter la réaction éventuelle des victimes. À ce propos, l'on mentionnera le rôle clef joué par les associations de consommateurs particulièrement

¹⁰⁴⁷ « 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 ».

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 24 novembre 2006, Sté Tiscali Accès et autres c/ Associations UEJF, MRAP, SOS Racisme et autres, Juris-Data n° 05/15722, www.juriscom.net, pourvoi en cassation rejeté Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, Bull. civ., I, n° 178, n° 07-12244 : « Que, cependant, le caractère provisoire de la décision énoncé par l'article 484 du nouveau code de procédure civile ne signifie pas que les mesures ordonnées soient nécessairement limitées dans le temps ; que si une telle limite s'impose lorsque la mesure est prise à titre conservatoire, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence versée par les appelantes, elle ne saurait être admise, sauf à vider la décision de son sens et la priver d'efficacité, lorsque l'interruption de l'accès ordonnée par le président a pour but de faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication en ligne ».

¹⁰⁴⁹ B. Gorchs, *Vers un référé de l'Internet autonome*, Communication Commerce Electronique (12)2007, Etude n°31.

actives au sein du cyberspace¹⁰⁵⁰, comme par les organismes de gestion collective des ayants droit¹⁰⁵¹ dont trois d'entre eux¹⁰⁵² ont été autorisés par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés à procéder au traitement des données personnelles des utilisateurs de logiciels pair-à-pair et en particulier les adresses IP de ces derniers dans le but de détecter les contrefacteurs éventuels¹⁰⁵³.

Ceci dit, toutes les difficultés ne sont pas pour autant résolues, bien au contraire. Le temps du référé, souvent supérieur au temps du réseau, comme

¹⁰⁵⁰ Voir par exemple dans le domaine du commerce électronique, TGI Nanterre, 15^e ch., 2 juillet 2009, UFC Que Choisir et autres c/ Entrepaticuliers.com, www.legalis.net ; Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, UFC Que Choisir c/ Free, www.legalis.net ; TGI Paris, 1^{re} ch., section sociale, 28 octobre 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon.com et autres, www.legalis.net ; TGI Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 11 mars 2008, www.legalis.net ; Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, AOL France c/ UFC Que Choisir, AFA, www.legalis.net ; TGI Bobigny, 7^e ch, 21 mars 2006, UFC Que Choisir c/ Voyages sur mesure et TGI Bobigny, 8^e ch., 26 septembre 2007, UFC Que Choisir c/ Voyages sur mesure www.legalis.net ; TGI Nanterre, 6^e ch., 15 décembre 2006, UFC Que Choisir c/ Sony; Juridiction de Proximité de Dijon, 10 novembre 2005, UFC Que Choisir Cote d'Or c/ Free, www.legalis.net ; T. com. Paris, 1^{re} ch., 5 avril 2005, UFC Que Choisir c/ Tiscali, www.legalis.net ; TGI Nanterre 1^{re} ch., A, 2 juin 2004, UFC Que Choisir c/ AOL Beterlsmann Online France, www.legalis.net ; Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, AOL Beterlsmann c/ UFC Que Choisir et autres, www.legalis.net.

¹⁰⁵¹ Pour la proposition de la création d'une action de groupe au bénéfice des auteurs voir A. Pezard, *Action de groupe et droits d'auteur sur le Net*, Dalloz 2007, 600 et s.

¹⁰⁵² La Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM), La Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique (SDRM) et la Société Civile des Producteurs Phonographiques (SCPP).

¹⁰⁵³ Le 8 et 22 novembre 2007, www.cnil.fr. La CNIL dut en effet changer sa position après un arrêt du Conseil d'État Section du contentieux 23 mai 2007, n° 288149, Sacem et autres c/ Cnil, www.legalis.net, qui avait annulé quatre de ses décisions (n° 2005-235, n° 2005-236, n° 2005-237 et n° 2005-238) rendues le 18 octobre 2005. Cela va dans le sens des propositions émises par la mission Olivennes, *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, novembre 2007, Rapport au ministère de la Culture et de la Communication, Mission confiée à Denis Olivennes, www.culture.gouv.fr. Certaines juridictions françaises ont d'ailleurs refusé de faire de l'adresse IP une donnée à caractère personnel. Voir par exemple CA Paris, 15 mai 2007, Henri S. c/ SCPP, www.legalis.net, et 27 avril 2007, Anthony G. c/ SCPP, www.legalis.net contrairement à ce qu'a récemment estimé la CJUE dans un arrêt du 29 janvier 2008, Affaire C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c/ Telefónica de España SAU, Rec. I-00271. À ce propos, l'on mentionnera que les constats d'agents assermentés, effectués sans une surveillance préalable automatisée des réseaux, ne sont pas des traitements de données à caractère personnel. Aucune autorisation de la CNIL n'est donc nécessaire lorsque l'agent recueille manuellement l'adresse IP d'un internaute en accédant à la liste des œuvres protégées qu'il offre au téléchargement au moyen d'un logiciel pair-à-pair. Cass. crim. 13 janvier 2009, Sacem et autres c/ Cyrille S, www.legalis.net. Voir également CA Paris, 12^e ch., pôle 5, 1^{er} février 2010, Cyrille S. c/ Sacem, Sdrm, www.legalis.net.

le coût de la procédure sont susceptibles de porter un frein non négligeable à l'effectivité de cette action en cessation¹⁰⁵⁴.

En outre, cette voie n'est envisageable que dans la mesure où le juge est capable en cas de transmission effective d'un contenu illicite de répondre de manière satisfaisante à la demande de la victime ou du ministère public, quitte à contraindre le PISEL à mettre en place des dispositifs techniques de son choix, permettant d'augmenter l'efficacité de la sanction¹⁰⁵⁵, à condition cependant qu'il calibre de manière adéquate la portée de la mesure qu'il ordonne¹⁰⁵⁶. En effet, en enjoignant au PISEL de prévenir la réalisation d'activités illicites futures le juge est à même d'imposer au PISEL une obligation de régulation susceptible de saper les fondements de la stratégie de corégulation décrite ci-dessus dans la mesure où le PISEL pourrait être forcé de se substituer au juge. De manière plus générale, la menace du prononcé d'une injonction dont la mise en œuvre serait trop coûteuse pourrait inciter les prestataires intermédiaires à réguler en amont, ce qui une fois de plus contreviendrait à l'esprit du dispositif établi par la LCEN. Or cela risque de se

¹⁰⁵⁴ Voir le projet de loi Olivennes qui prévoyait initialement que la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet était censée disposer toujours sous le contrôle du juge, de la capacité d'exiger des prestataires techniques (hébergeurs, fournisseurs d'accès, etc.) toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication en ligne. Cette disposition a cependant disparu après son passage au Sénat.

¹⁰⁵⁵ Voir la célèbre affaire Yahoo ! et notamment les décisions TGI Paris, réf., 20 novembre 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo ! Inc., www.juriscom.net ; Yahoo ! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisémitisme, 145 F. Supp. 2d 1168, 1180 (N.D. Cal. 2001) ; Yahoo ! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisémitisme, 433 F. 3d 1199 (9th Cir. 2006). L'obligation imposée par le juge est ici technologiquement neutre. Comme le remarque J. Reidenberg « il [le juge] s'est contenté d'exiger de la part de Yahoo de trouver le moyen technologique d'éviter que les utilisateurs aient accès aux contenus illicites lorsqu'ils se trouvaient sur le territoire français. Sans préciser de technologie particulière, le juge français a laissé toutes les nombreuses possibilités de L. Costes, Créations Immatérielles, Actualités, Eclairages, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (44)2008, 5 et d'architecture de réseau au choix de Yahoo ». J. R. Reidenberg, *La Régulation d'Internet par la Technique et la Lex Informatica*, 2005, in M.-A. Frison-Roche, *Les Risques de Régulation*, Dalloz, Paris, 81-91, p. 89

¹⁰⁵⁶ Voir TGI Paris, réf., 13 juin 2005, L'Union des étudiants juifs de France et autres c/ Sté OLM, LLC et autres, n° 05/553871, RLDI 2005/7, n° 203 comm. L. Costes ; CA Paris 24, novembre 2006, Sté Tiscali Accès et autre c/ Associations UEJF, MRAP, SOS Racisme et autres, Juris-Data n° 05/15722, www.juriscom.net; Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, Bull. civ., I, n° 178, n° 07-12244.

produire si des mesures de filtrage systématique sont requises par les juges lors du prononcé de l'injonction.

2. L'ordre émis par le juge d'éliminer les clauses abusives

221. L'encadrement de la relation contractuelle liant le PISEL à ses utilisateurs – L'instauration d'un mécanisme de corégulation à l'initiative du juge judiciaire n'a de sens que dans la mesure où les prestataires intermédiaires se prêtent au jeu de la répartition des compétences de régulation découlant de la LCEN. Ils ne doivent donc pas pouvoir en pratique s'exonérer de leurs responsabilités au moyen du contrat les liant à leurs utilisateurs, ce dont il faut s'assurer.

221-1. La labellisation des PISEL - Ainsi, la juridicisation du processus de corégulation doit prendre d'autres voies, comme en témoigne l'activité du FDI. À titre d'exemple, dans son rapport de 2006¹⁰⁵⁷, il est fait mention de la proposition de créer une marque de confiance des fournisseurs d'accès à l'Internet et de service en ligne en réponse aux missions que lui avait confiées le ministre de l'Intérieur ainsi que le ministre en charge de la Famille au printemps et à l'automne 2005. L'objectif est d'identifier clairement « *les professionnels de l'Internet (fournisseurs d'accès et opérateurs "mobiles", fournisseurs de services en ligne et éditeurs) faisant preuve de la plus grande diligence pour protéger leurs usagers contre les principales nuisances et formes de délinquance auxquelles les utilisateurs de l'Internet peuvent être confrontés* ». Le dispositif proposé repose sur trois piliers : une charte d'engagement décrivant les

¹⁰⁵⁷ Rapport Forum des Droits sur l'Internet 2006, www.ladocumentationfrancaise.fr, p. 65 à 93. Voir également la Recommandation publiée le 26 avril 2006 intitulée Création d'une marque de confiance des fournisseurs d'accès à l'Internet et de services en lignes, www.foruminternet.org.

bonnes pratiques attendues des prestataires de service en matière d'une part, de protection des mineurs, de sécurité informatique, de lutte contre les pourriels et contre la délinquance astucieuse, et d'autre part, de coopération avec les autorités publiques dans le cadre de la recherche et de la poursuite d'infraction ; l'établissement d'un signe distinctif permettant d'identifier les prestataires adhérents à ces bonnes pratiques ; et enfin, l'instauration d'une instance chargée de contrôler le respect de la charte d'engagement par les professionnels bénéficiant du signe distinctif.

Ces bonnes pratiques, dont l'adoption est volontaire, doivent permettre aux PISEL de contribuer à la création d'un environnement sûr et respectueux de chacun. Il s'agit cependant pour l'essentiel de faire peser sur les prestataires de service une obligation d'information au bénéfice de leurs utilisateurs ainsi qu'une obligation de mise à disposition d'outils techniques. En effet sont encouragées « *l'information et la sensibilisation des usagers du réseau* », « *la mise à disposition de leurs utilisateurs et clients d'outils techniques (outils de contrôle parental, modération des espaces interactifs, outils protégeant les usagers contre les messages publicitaires non sollicités ou les logiciels espions, etc.)* » et enfin la communication « *de manière transparente à leurs clients [d]es modalités, dans le cadre prévu par la loi, des relations de coopération avec les autorités judiciaires, de police et de gendarmerie* ».

C'est à la suite de ces travaux que s'est inscrit le projet de décret annoncé le 31 janvier 2007, par Philippe Bas, ministre délégué à la Famille, prévoyant la création d'une Commission nationale de déontologie des services de communication au public en ligne. Ici, l'objectif n'est plus simplement de s'assurer du respect des clauses d'une charte d'engagement adoptée volontairement par les professionnels de l'Internet. En effet, en vertu de l'article 1 du projet de décret, « *La Commission a pour missions de formuler à l'intention des opérateurs déclarés [...] des recommandations tendant à assurer le respect des principes de déontologie, tels que la protection des mineurs ou le respect de*

la dignité de la personne humaine. Elle assure le suivi de ces recommandations ». Reste à savoir ce que l'on entend par déontologie, terme clef qui n'est pourtant pas défini au sein du projet de décret. Étant donné la composition de la commission et le domaine très large de sa compétence, il n'est pas sûr que l'on gagne à se référer à cette dernière plutôt qu'au juge, pour ce qui est de la garantie des droits et libertés fondamentaux¹⁰⁵⁸. C'est ce qui explique peut-être que si le projet a été officiellement relancé en septembre 2007, cette annonce n'ait pas été suivie d'effets¹⁰⁵⁹.

221-2. Le contrôle des clauses abusives relatives aux prérogatives de régulation exercées par les PISEL – Avant que de chercher à labelliser les prestataires de service dans le but de rendre visibles aux internautes les bonnes pratiques de certains d'entre eux en matière de régulation des contenus transmis en ligne, il est plus judicieux de commencer par contrôler le contenu des clauses contractuelles liant les PISEL à leurs utilisateurs afin de garantir que la répartition des prérogatives de régulation voulue par le législateur soit effective. L'importance du contrat en matière de régulation de l'Internet a été soulignée par un certain nombre de rapports officiels. Toujours est-il que son rôle n'est significatif qu'à partir du moment où l'on dispose d'un mécanisme de contrôle efficace de chacune de ses clauses, ce qui est de l'ordre du possible depuis l'adoption de la Directive 1993/13/CEE relative aux clauses abusives et sa transposition en droit interne au sein notamment de l'article L421-6 du Code de la consommation¹⁰⁶⁰. Par clause abusive, il faut entendre les clauses qui, dans les contrats conclus entre professionnels et non-

¹⁰⁵⁸ Les réactions à ce projet ont été dans l'ensemble assez critiques. Voir par exemple *Projet de Commission nationale de déontologie des services de communication au public en ligne*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (24) 2007, Actualités p. 50.

¹⁰⁵⁹ Forum des droits sur l'Internet: rapport d'activité - année 2007, www.ladocumentationfrancaise.fr ; Forum des droits sur l'Internet: rapport d'activité - année 2008, www.ladocumentationfrancaise.fr.

¹⁰⁶⁰ La Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) apporte des changements en matière de lutte contre les clauses abusives. L'article L.132-1 prévoit désormais qu'un décret établira une liste noire de clauses illicites et une liste grise de clauses présumées abusives.

professionnels ou consommateurs, « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹⁰⁶¹.

La multiplication des clauses abusives dans les conditions générales des contrats de vente en ligne a nourri une jurisprudence abondante, dont la sévérité n'a fait qu'accroître au cours de ces dernières années¹⁰⁶².

L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 15 décembre 2005¹⁰⁶³ est particulièrement intéressant en ce qu'il reconnaît le caractère abusif de plus d'une dizaine de clauses contenues dans le contrat de fournisseur d'accès AOL et notamment le caractère abusif de la clause selon laquelle « AOL n'est pas responsable du contenu fourni par d'autres qu'elle-même sur le service AOL ni du fait qu'un contenu non-conforme n'a pas été supprimé ou l'a été avec retard »¹⁰⁶⁴. La même solution a été adoptée par le Tribunal de grande instance de Paris dans un jugement du 28 octobre 2008¹⁰⁶⁵. Autrement dit, la clause qui énonce

¹⁰⁶¹ Article L132-1 du Code de la consommation. Le nouvel article L141-1 du même code introduit par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 3 du 4.01.2008 p. 258, permet au juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause.

¹⁰⁶² Voir par exemple TGI Paris, 1^{re} ch., section sociale, 28 octobre 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon.com et autres, www.legalis.net ; TGI Bordeaux, 11 mars 2008, UFC Que choisir c/ CDDiscount, www.legalis.net (Cette décision a suivi la publication de la Recommandation n° 07-02 de la Commission des Clauses Abusives relative aux contrats de vente mobilière conclus par Internet). TGI Bobigny, 21 mars 2006, Voyages sur mesures c/ UFC que choisir, www.clauses-abusives.fr; TI Cherbourg, 12 juillet 2007, AOL Neuf Cegetel, www.legalis.net ; Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, n° 05-20.637, F-D, SNC AOL France c/ Union Fédérale des consommateurs (UFC) Que Choisir, Juris-Data n° 2007-041313.

¹⁰⁶³ www.finances.gouv.fr/clauses_abusives. Cet arrêt a été cassé (mais très partiellement) par la Cour de cassation, Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, n° 05-20.637, F-D, SNC AOL France c/ Union Fédérale des consommateurs (UFC) Que Choisir, Juris-Data n° 2007-041313, maintenant ainsi l'essentiel de la portée de l'arrêt de la Cour d'appel. Pour un commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation, voir par exemple A. Debet, *Les fournisseurs d'accès à Internet sont tenus d'une obligation de résultat*, Communication Commerce Electronique (1)2008, comm. 7.

¹⁰⁶⁴ Voir également les recommandations de la Commission des clauses abusives en la matière sur le site www.finances.gouv.fr/clauses_abusives et notamment la Recommandation n° 03-0 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet.

¹⁰⁶⁵ TGI Paris, 1^{re} ch., section sociale, 28 octobre 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon.com et autres, www.legalis.net.

un principe général de non-responsabilité sans réserver le cas prévu par la LCEN doit être réputée non écrite.

Dans l'hypothèse où les PISEL entreprennent volontairement de réguler les comportements de leurs utilisateurs sur le fondement de leurs conditions d'utilisation, un contrôle de leurs actes s'avère également nécessaire. Il est vrai qu'en vertu de l'article 6 de la LCEN, aucune obligation de réguler spontanément les contenus simplement illicites ne grève les PISEL. Mais les PISEL peuvent s'arroger cette prérogative, tout en tentant d'ailleurs de s'exonérer de leurs responsabilités en cas d'erreurs commises. De telles clauses devraient être également considérées comme abusives¹⁰⁶⁶.

Les rédacteurs du projet de la Commission nationale de déontologie des services de communication au public en ligne avaient compris l'importance de la relation contractuelle liant les prestataires de service à leurs utilisateurs aux vues de rendre effective la stratégie de régulation adoptée. Ils ont donc octroyé à la Commission la compétence d'émettre des recommandations pouvant « *prendre la forme de propositions de clauses déontologiques à insérer dans les contrats souscrits par les opérateurs dans le cadre de la fourniture de services de communication au public en ligne* ». Cette commission avait en outre pour mission de « *donner, sur demande des professionnels fournissant des services de communication au public en ligne, des avis sur des projets de contrat ou de modifications de contrats en tant que ces projets soulèvent des questions d'ordre déontologique* ». Aussi intéressantes que puissent être ces propositions¹⁰⁶⁷, l'on comprend cependant mal pourquoi un travail de réflexion plus approfondi n'a pas été entrepris, sur la base notamment de l'expérience acquise en matière de réglementation des clauses abusives.

¹⁰⁶⁶ Voir à ce propos TGI Paris, 1^{re} ch., section sociale, 28 octobre 2008, UFC Que Choisir c/ Amazon.com et autres, www.legalis.net qui refuse cependant de considérer que la clause par laquelle le PISEL s'arroge un pouvoir discrétionnaire de retirer ou de modifier tout contenu est abusive.

¹⁰⁶⁷ Du point de vue seulement du rôle attribué au contrat en matière de régulation.

Conclusion

222. En conclusion, la stratégie de régulation adoptée par le législateur français est bien distincte de celle que l'on trouve en creux du DMCA, sans qu'elle n'ait été dictée à la lettre par le législateur européen qui n'a pas su, ou pas voulu, trancher clairement la question de la nature de la stratégie de la régulation à adopter au niveau supranational.

Il s'agit donc d'une stratégie de régulation à dominante publique qui tente d'impliquer les prestataires intermédiaires au sein du processus de régulation. Cette implication se fait notamment au moyen du recours à une action en cessation visant à ordonner aux PISEL destinataires de retirer les contenus illicites ou de rendre leur accès impossible, contenus que le juge aura pris soin d'identifier au préalable. En revanche, lorsque ces contenus ne sont plus simplement illicites mais manifestement illicites, le recours à l'action en cessation perd de son utilité dans la mesure où les fournisseurs d'hébergement doivent prendre l'initiative de leurs retraits.

Légitime en ce que cette stratégie repose d'abord sur l'institution judiciaire, elle perd en conformité lorsque les PISEL refusent ou modifient la charge des prérogatives de régulation qui leur incombent dans le cadre de la relation contractuelle qui les lie à leurs utilisateurs. Le recours à des instruments de régulation empruntés au droit des contrats est alors une autre manière d'accroître la qualité du processus de corégulation.

Surtout l'effectivité et par là même l'efficacité de la stratégie de régulation promue par la LCEN pose problème. La nécessité de se lancer dans une réflexion d'ordre institutionnel à la hauteur de l'enjeu que représente la régulation des contenus illicites et qui soit susceptible de répondre de manière adéquate à la diversité des intérêts en cause se fait pressante. La stratégie de régulation promue par la LCEN reposant essentiellement sur des remèdes de droit privé, il est vital d'élargir la gamme des acteurs susceptibles d'avoir un

intérêt à agir en cas de dysfonctionnement du processus de régulation. Cela est d'autant plus important que l'approche est ici horizontale et non plus verticale, de sorte que sont en cause non seulement les intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle mais aussi les intérêts plus diffus des consommateurs. Enfin, la rapidité et l'accessibilité de la voie judiciaire doivent être améliorées afin de tenir compte de la dimension temporelle propre au cyberspace.

Ceci étant dit, l'articulation des dispositions de la LCEN et des articles 1382 et 1383 du Code civil ne permet pas toujours de préserver la cohérence de la stratégie de régulation promue par la LCEN.

Tableaux de synthèse du modèle de la loi pour la confiance dans l'économie numérique

I. I. La menace de l'octroi d'une injonction n'oblige pas les PISEL à réguler en amont et l'ordre émis n'oblige pas les PISEL à réguler dans le futur

Type de contenus	tout type de contenus		
	FC	FA	FH
Obligation de régulation fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle			
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	non		
obligation de contrôle	obligation spéciale de contrôle sur ordre de l'autorité judiciaire pour prévenir les atteintes aux droits de demandeur ?		obligation de contrôle des contenus manifestement illicites ?
		- obligation d'information aux autorités compétentes - obligation de mettre en place des dispositifs de signalement facilement accessibles et visibles - obligation d'information de leurs utilisateurs quant à la mise en place de ces dispositifs	
		obligation spéciale de contrôle sur ordre de l'autorité judiciaire pour prévenir les atteintes aux droits du demandeur	
obligation de sanction	- obligation d'éliminer de manière spontanée les contenus illicites en cas de connaissance effective - obligation d'éliminer les contenus illicites sur ordre de l'autorité judiciaire?	obligation d'éliminer les contenus illicites sur ordre de l'autorité judiciaire	- obligation d'éliminer de manière spontanée les contenus manifestement illicites en cas de connaissance effective ou présumée - obligation d'éliminer les contenus illicites sur ordre de l'autorité judiciaire

1. La corégulation est obligatoire
2. La stratégie de régulation préserve les intérêts des victimes, des PISEL et du public

II. La menace de l'octroi d'une injonction oblige les PISEL à réguler en amont et/ou l'ordre émis oblige les PISEL à réguler dans le futur

Type de contenus	tout type de contenus		
Obligation de régulation fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle	FC	FA	FH
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	oui si injonction mal calibrée	oui si injonction mal calibrée	
obligation générale de contrôle (quelle que soit la nature du contenu)	oui si injonction mal calibrée		
obligation spéciale de contrôle en fonction de la nature du contenu	obligation spéciale de contrôle sur ordre de l'autorité judiciaire pour prévenir les atteintes aux droits de demandeur ?	- obligation d'information aux autorités compétentes - obligation de mettre en place des dispositifs de signalement facilement accessibles et visibles - obligation d'information de leurs utilisateurs quant à la mise en place de ces dispositifs	
		obligation spéciale de contrôle sur ordre de l'autorité judiciaire pour prévenir les atteintes aux droits du demandeur	
obligation de sanction	- obligation d'éliminer de manière spontanée les contenus illicites en cas de connaissance effective - obligation d'éliminer les contenus illicites sur ordre de l'autorité judiciaire? - obligation d'éliminer de manière spontanée les contenus illicites si injonction mal calibrée?	- obligation d'éliminer les contenus illicites sur ordre de l'autorité judiciaire - obligation d'éliminer les contenus illicites si injonction mal calibrée	- obligation d'éliminer de manière spontanée les contenus manifestement illicites en cas de connaissance effective ou présumée - obligation d'éliminer les contenus illicites sur ordre de l'autorité judiciaire - obligation d'éliminer de manière spontanée les contenus illicites si injonction mal calibrée

FC = fournisseur de cache

FA = fournisseur d'accès

FH = fournisseur d'hébergement

1. La régulation privée est obligatoire
2. La stratégie de régulation préserve les intérêts des victimes

CHAPITRE 2EME. LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE COMME MOYEN DE CONTRAINDRE LES REGULATEURS PRIVES A DIMINUER LES RISQUES D'AGISSEMENTS ILLICITES : L'EXEMPLE DES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL

223. La LCEN, comme d'ailleurs la Directive, n'épuise pas la diversité des activités que peuvent exercer les PISEL au sein du cyberspace. Le déploiement de deux types d'activité en particulier a permis aux juges de se prononcer sur les conséquences de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil aux prestataires intermédiaires.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les moteurs de recherche et plus largement les fournisseurs d'instruments de localisation de l'information n'ont été visés expressément ni par le législateur européen, ni par le législateur national. L'approche des petits pas semble avoir été privilégiée de sorte que le choix de politique législative a été remis à plus tard¹⁰⁶⁸.

Les juges ont donc eu recours aux règles de droit commun aux fins d'appréhender l'activité de référencement commercial encore dénommé référencement par liens sponsorisés¹⁰⁶⁹. Le référencement commercial vise à

¹⁰⁶⁸ Cette interprétation a cependant été condamnée par la CJUE dans son arrêt du 23 mars 2010 rendu à propos des affaires C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH. Le doute était cependant permis comme en témoigne les trois questions préjudicielles posées par la Cour de cassation à la CJUE le point de savoir si les prestataires de service de référencement payant pouvaient être assimilés à des fournisseurs d'hébergement au sens de l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique. Cass. com., 20 mai 2008, n° 06-20230, 05-14331, 06-15136 www.legalis.net.

¹⁰⁶⁹ D'autres services offerts par les fournisseurs d'instrument de localisation de l'information commencent à nourrir un nouveau contentieux. Voir par exemple à propos du service « Google suggest » CA Paris, Pôle 1, 9 décembre 2009, Google, Inc. c/ Direct Energie, www.legalis.net qui réforme l'ordonnance du T. com. Paris, réf., 9 mai 2009, Direct Energie c/ Google, Inc., www.legalis.net.

optimiser la visibilité d'un site Internet ou d'une page web, de façon à garantir son positionnement dans les premières pages de résultats d'un moteur de recherche indépendamment de sa qualité.

Par règles de droit commun, il faut comprendre tant les règles de la responsabilité civile délictuelle que les règles propres à la matière de la propriété intellectuelle et plus particulièrement les règles propres à la matière du droit des marques¹⁰⁷⁰, bien que le recours à ces dernières semble désormais être condamné par la CJUE¹⁰⁷¹. Que l'on considère les applications qui ont été faites des articles 1382 et 1383 du Code civil comme des articles du Code de la propriété intellectuelle relatifs à la contrefaçon, le plus souvent à la contrefaçon de marques (articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle), l'on observe une tendance à la subjectivisation de la responsabilité, alors même qu'en matière de propriété intellectuelle au moins, le mécanisme de mise en cause de la responsabilité des utilisateurs non autorisés de marques protégées se rapproche d'un mécanisme de responsabilité objective. Plus exactement, la faute des articles 1382 et 1383 du Code civil innerve, plus ou moins explicitement, le raisonnement des juges même lorsqu'ils se situent sur le terrain de la contrefaçon de marques.

Les articles 1382 et 1383 du Code civil n'ont pas servi seulement à colmater les trous laissés par la LCEN. Plus précisément, ils ont servi aux juges tantôt à restreindre le champ d'application de l'article 6 de la LCEN et en particulier la catégorie des fournisseurs d'hébergement, tantôt de façon plus surprenante à

¹⁰⁷⁰ Pour ce qui est du droit d'auteur la tendance est moins marquée de sorte que l'on privilégiera tout au long de ce chapitre l'étude des solutions adoptées en matière de droit des marques. La récente condamnation de Google au titre de son service « Google images » pourrait cependant marquer un tournant. Voir TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 9 octobre 2009, H & K, André R. c/ Google, www.legalis.net. Voir également TGI Paris, 3^e ch., 22 septembre 2009, n° 09/06246, ADAMI et a. c/ Sté YouTube, www.juriscom.net; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 18 décembre 2009, Editions du Seuil et autres c/ Google Inc et France, www.legalis.net.

¹⁰⁷¹ CJUE C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH. Néanmoins l'arrêt de la CJUE pourrait bien ne pas avoir pour conséquence de remettre en cause le fond des solutions adoptées par les juges français.

étoffer le régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement si bien que l'application de l'article 6 de la LCEN n'a pas toujours exclu celle des articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est le cas en particulier pour ce qui est de l'activité des fournisseurs de service de courtage en ligne¹⁰⁷². Cette activité correspond aux « opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties »¹⁰⁷³, ce qui est à distinguer du « fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs »¹⁰⁷⁴, véritable vente aux enchères publique au sens strict du terme régie par le Code de commerce.

Alors qu'on aurait pu penser que l'article 6 de la LCEN allait influencer l'interprétation des juges lorsqu'ils auraient à connaître des autres activités des prestataires intermédiaires, à première vue cette intuition ne semble pas confirmée sur le long terme. Les devoirs imposés aux PISEL sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil paraissent plus contraignants que ceux qui découlent de l'article 6 de la LCEN. Cela s'explique par le rôle actif des prestataires intermédiaires en cause.

En intensifiant les obligations des PISEL actifs qui ne peuvent être réduits à de simples intermédiaires techniques, les juges ont cherché à les inciter à diminuer les risques d'agissements illicites sur leurs systèmes. Pour autant, ils ne se sont pas toujours contentés de contraindre les PISEL à faciliter le contrôle des contenus illicites entrepris par les victimes, ce en adaptant leurs architectures aux besoins d'une meilleure détection des actes déviants.

¹⁰⁷² Les fournisseurs de service de courtage en ligne peuvent offrir d'autres modalités de vente à leurs utilisateurs comme la vente directe à un prix fixé par le vendeur à l'exemple d'eBay.

¹⁰⁷³ Article L.321-3 du Code de commerce.

¹⁰⁷⁴ Article L.321-3 du Code de commerce.

Dès lors même si la subjectivisation du fait personnel (I) contribue à la juridicisation matérielle¹⁰⁷⁵ du processus de régulation (II), cette dernière reste problématique dans la mesure où la responsabilisation des PISEL est susceptible d'aboutir dans certains cas à la privatisation complète du processus de régulation.

I. La subjectivisation de la responsabilité civile du fait personnel

224. La subjectivisation de la responsabilité civile des prestataires intermédiaires dont les activités ne sont pas visées par la LCEN s'est traduite par une place de choix accordée à la faute. Même si les articles 1382 et 1383 du Code civil n'ont pas toujours servi de fondement à la responsabilité civile délictuelle de ces PISEL (B), ils ont influencé la manière dont les articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle ont été interprétés (A). En ce sens les solutions adoptées par les juges français ne seront pas nécessairement bouleversées par la position récente de la CJUE.

A. Les PISEL, contrefacteurs de marque

225. Alors qu'en principe la contrefaçon de marque est caractérisée au terme d'un raisonnement objectif indifférent au comportement fautif de son auteur (1), les juges ont tenté de faire ressortir le caractère blâmable des actes du fournisseur de service de référencement commercial comme du

¹⁰⁷⁵ Dans la lignée de Weber, G. Teubner oppose la rationalité matérielle du droit, reposant sur des prescriptions substantielles édictées dans le but de poursuivre des objectifs sociaux-économiques de régulation déterminés en amont, à la rationalité réflexive du droit fondée sur l'édition de normes d'organisation, de procédure et de compétence. G. Teubner, *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris, p. 14 et 19. Par juridicisation matérielle il faut donc comprendre le recours au droit comme un moyen de réguler le comportement des individus grâce à la mise en œuvre d'une rationalité juridique matérielle.

fournisseur de service de courtage en ligne avant que de les sanctionner sur le fondement des articles L.713-2 ou L.713-3 (2).

1. Aperçu du droit des marques

226. Ce qu'est une marque - Aux termes de l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ». Bien que la loi distingue les marques de fabrique, de commerce et de service, celles-ci obéissent au même régime juridique¹⁰⁷⁶. Il s'agit là d'une distinction moins juridique qu'économique. Selon la conception contemporaine du droit français, la marque est avant tout un outil de concurrence au service des industriels et des commerçants qui cherchent à s'approprier une clientèle. L'approche consumériste faisant de la marque un outil à la disposition du consommateur lui permettant de connaître l'origine du produit ou du service offert et par conséquent la qualité de ce dernier tend cependant à s'accroître sous l'influence du droit européen¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ L'application du critère du caractère distinctif des marques de service tout comme du principe de spécialité reste plus délicate que pour ce qui est des autres types de marques. A. Lévi, P. Garbit, J. Azéma et V. Jean-Luc, *Droit commercial*, 2008, Lamy, Paris, n° 2119; M.-A. Pérot-Morel, *Les marques de service*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1972, p. 282 et 613.

¹⁰⁷⁷ Depuis l'adoption de la directive n° 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOUE n° L 40 du 11.02.1989, p. 1-7, la CJUE a entrepris de guider les juges nationaux dans l'interprétation des concepts clefs du droit des marques. Voir A. Lévi, P. Garbit, J. Azéma et V. Jean-Luc, *Droit commercial*, 2008, Lamy, Paris, n° 2207. « *La fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance* ». CJUE C-299/99, Philips, Electronics c/ Remington Consumer Products [2002] Rec. I-5475 ; CJUE C-218/01, Henkel [2004] Rec. I-1735 ; CJUE C-48/05, Adam Opel [2007] Rec. I-1017. Voir pour une application en droit interne Cass. com., 5 novembre 2002, n° 00-16-149, PIBD 2003, III, p. 71.

Aussi, les conditions de validité de la marque visent désormais à protéger tant l'intérêt des concurrents que celui des consommateurs¹⁰⁷⁸. L'article L. 711-3 c) du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *Ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe : [...] c) de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service* »¹⁰⁷⁹. Sont donc prohibées et de ce fait nulles les marques dites déceptives, trompeuses ou frauduleuses. De plus, l'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle requiert que le signe de nature à constituer une marque présente un caractère distinctif. Le choix de la marque doit donc être arbitraire eu égard aux produits ou services auxquels elle est liée, sans que son recours soit a priori nécessaire aux fins de désigner ces produits ou services. Autrement dit, ce signe ne peut se révéler indispensable aux concurrents aux fins de désigner leurs propres produits ou services. Traditionnellement liée en droit interne au principe de prohibition des marques génériques ou descriptives, l'exigence du caractère distinctif devrait s'autonomiser par rapport à ce dernier sous l'influence du droit européen¹⁰⁸⁰. Enfin, le signe distinctif doit être disponible¹⁰⁸¹ : aucun droit privatif antérieur au dépôt ne doit affecter ce dernier aux fins de désigner des produits ou services identiques ou similaires.

227. Les prérogatives du titulaire de la marque - En vertu de l'article L.713-1 du Code de la propriété intellectuelle, « [l]'*enregistrement de la marque*

¹⁰⁷⁸ En sus de l'intérêt général. L'article L. 711-3 a) et b) du Code de la propriété intellectuelle refuse le statut de marque aux signes contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs, comme à ceux qui sont exclus par l'article 6 ter de la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 ainsi que par l'article 23 de l'annexe 1 de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

¹⁰⁷⁹ Cette liste n'est en rien limitative.

¹⁰⁸⁰ Voir notamment TPICE T-34/00, Eurocool Logistik GmbH c/ OHMI [2002] Rec II-683 ; TPICE T-140/00, Zapf Creation AG c/ OHMI [2001] Rec. II-2927 ; TPICE T-345/99 Harbinger Corporation c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur [2000] Rec. II-3525. Pour ce qui est de la doctrine voir par exemple J.-C. Galloux, *Le caractère autonome de l'exigence de distinctivité en droit communautaire des marques*, note sous TPICE, 26 oct. 2000, aff. T-345/99, Dalloz 2000, p. 1941 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, 2006, LGDJ, Paris.

¹⁰⁸¹ Article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle.

confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés »¹⁰⁸². Comme en droit américain, c'est le dépôt et non pas l'usage de la marque qui fait naître le droit de se prévaloir des dispositions de la matière qui nous intéresse ici. Mais, si le titulaire de la marque dispose d'un droit de propriété sur sa marque au sens où cette dernière fait partie de l'actif incorporel de son patrimoine, ses prérogatives sont limitées comme en témoignent les articles L. 713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle transposant l'article 5.1 de la directive 89/104/CEE.

227-1. Les actes que le titulaire de la marque est en droit d'interdire - En conséquence, le titulaire de la marque ne peut interdire l'usage par un tiers d'un signe identique à sa marque que si quatre conditions sont réunies : l'usage doit être fait sans le consentement du titulaire de la marque ; l'usage que le titulaire de la marque veut empêcher doit avoir lieu dans la vie des affaires ; pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée ; l'usage doit enfin porter atteinte, ou être susceptible de porter atteinte, à la fonction essentielle de la marque qui est celle de garantir aux consommateurs l'identité d'origine des produits ou des services, en évitant tout risque de confusion dans l'esprit du public.

Plus précisément et sans que cette liste ne soit exhaustive, sont interdits la reproduction à l'identique ou par imitation d'une marque, l'apposition d'une marque sur des produits ou services identiques ou similaires à ceux du titulaire, la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée, la substitution d'un produit de la marque par un produit d'une autre marque, la commercialisation de produits présentés sous une marque

¹⁰⁸² Les marques non enregistrées mais de renommée sont protégées en vertu de l'article L.713-5. Les actes de dénigrement sont donc sanctionnés sur ce fondement bien que l'appréhension des actes de parasitisme ait traditionnellement été réalisée au moyen de la théorie de la concurrence déloyale ou parasitaire. L'interprétation de l'article L. 713-5 n'est d'ailleurs pas si aisée. Voir A. Lévi, P. Garbit, J. Azéma et V. Jean-Luc, *Droit commercial*, 2008, Lamy, Paris, n° 2134.

contrefaite, l'importation de produits présentés sous une marque contrefaite, et plus généralement tout usage non autorisé de la marque¹⁰⁸³.

227-2. Les conditions objectives de mise en œuvre de la responsabilité civile du contrefacteur - Hormis les cas où sont en cause des actes de reproduction à l'identique, la responsabilité des auteurs de ces actes ne pourra être engagée que s'il est établi un risque de confusion dans l'esprit du public, ce qui est désormais la situation la plus courante¹⁰⁸⁴. Ceci est vrai, sauf à ce que les produits ou services désignés soient simplement similaires : dans ce cas, en dépit de la reproduction à l'identique de la marque, les juges doivent aussi apprécier la confusion susceptible de se créer dans l'esprit du public quant à l'origine des produits ou services. Il s'agit là en réalité d'une application du principe de spécialité qui veut que la marque soit protégée pour les produits ou services désignés au sein de l'acte de dépôt tel qu'il est enregistré.

Que l'on soit en présence d'actes de reproduction à l'identique ou d'actes d'imitation, l'approche adoptée aux fins de déterminer si une contrefaçon a été commise est objective. La détermination du risque de confusion ne nécessite pas d'établir le comportement fautif de l'auteur des actes d'imitation ni *a fortiori* sa mauvaise foi. En effet, les juges du fond s'intéressent ici au risque de confusion susceptible d'affecter un acheteur d'attention moyenne qui n'aurait pas simultanément les deux marques sous les yeux, ou

¹⁰⁸³ Les articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle énumèrent les actes interdits sans l'autorisation du propriétaire de la marque. L'article L.716-1 sanctionne ces actes de contrefaçon par la mise en cause de la responsabilité civile de l'auteur de ces actes. De plus, les articles L.716-9 et L.716-10 érigent en délits pénaux plusieurs atteintes aux droits du propriétaire de la marque.

¹⁰⁸⁴ Sous l'influence du droit européen, la contrefaçon *stricto sensu* (par reproduction à l'identique) a vu son domaine se réduire de manière significative. Voir par exemple CJUE C-291/00, LTJ Diffusion c/ Sadas Vertbaudet, [2003] Rec. I-2799, Rev. Lamy Droit Aff. 2003, n°61, n° 3829, PIBD 2003, III, p. 441 et la réaction consécutive de la chambre commerciale de la Cour de cassation Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-20.923, Bull. civ. IV, n° 185 ; Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-18.046, Bull. civ. IV, n° 180 ; Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-18.147, Bull. civ. IV, n° 181 ; Cass. com., 26 novembre 2003, n° 01-11.593, Bull. civ. IV, n° 182.

successivement mais dans un temps rapproché, les deux marques à l'oreille¹⁰⁸⁵.

Il est vrai cependant que l'interprétation extensive de l'interdiction d'utiliser la marque sans l'autorisation de son propriétaire a contraint les juges à ne sanctionner l'utilisateur junior que lorsque ses actes apparaissaient anormaux, voire même fautifs¹⁰⁸⁶, comme lorsque le défendeur utilisait la marque authentique au sein d'annonces publicitaires¹⁰⁸⁷.

2. Au sein du cyberspace¹⁰⁸⁸

228. Que les juges qualifient le fournisseur de service de référencement commercial (a) ou le fournisseur de service de courtage en ligne (b) de contrefacteur, ils tentent presque toujours de caractériser la faute du prestataire intermédiaire ou plus exactement de faire ressortir le caractère blâmable de son comportement.

¹⁰⁸⁵ CA Paris, 25 mai 1978, Ann. propr. ind. 1980, p. 68 ; CA Paris, 31 mai 1978, Ann. propr. ind. 1980, p. 91 ; CA Paris, 10 juillet 1986, RD propr. ind. 1986, n° 5, p. 164. L'appréciation du risque de confusion doit se faire de manière globale en tenant compte de la similitude des marques et de celle des produits ou services qu'elles désignent respectivement. CJUE C-39/97, Canon Kabushiki Kaisha c/ Pathé Communications Corporation [1998] Rec. I-5507, Rev. Lamy Droit Aff. 1998, n° 11, n° 675, PIBD 1999, III, p. 28 ; CJUE C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Maye & Co GmbH c/ Klijsen Handel BV [1999] Rec. I-3819, Rev. Lamy Droit Aff. 1999, n° 20, n° 1248 ; TPICE T-388/00, Institut für Lernsysteme [2002] Rec. II-4301 ; TPICE, 23 oct. 2002, aff. T-6/01, Matratzen Concord ; TPICE T-104/01, Claudia Oberhauser [2002] Rec. II-4359 ; CA Paris, 4e ch., A, 22 novembre 2000, n° 98/15461 ; CA Paris, 4e ch., A, 28 novembre 2001, n° 01/05639 ; Cass. com., 12 mai 2004, n° 02-21.307 ; Cass. com., 16 novembre 2004, n° 02-13.246, Ann. prop. ind. 2005, p. 42.

¹⁰⁸⁶ A. Lévi, P. Garbit, J. Azéma et V. Jean-Luc, *Droit commercial*, 2008, Lamy, Paris, n° 2234.

¹⁰⁸⁷ Voir par exemple CA Paris, 22 septembre 1982, PIBD 1982, III, p. 268 ; CA Paris, 4e ch., A, 5 novembre 2003, n° 02/08654 ; Cass. com., 25 avril 1983, n° 82-11.050, Bull. civ. IV, n° 123, JCP éd. E 1983, II, n° 14125, note A. Chavanne et rectific. JCP éd. E 1984, II, n° 14139, D. 1984, jur., p. 449, note X. Daverat ; Cass. com., 17 décembre 1991, n° 89-20.900, RD propr. intell. 1993, n° 46, p. 40 ; Cass. com., 13 janvier 1998, n° 95-14.346. Ces solutions ont été confirmées par la CJUE. Voir notamment CJUE C-63/97, BMW c/ Ronald Korel Deerick [1999] Rec. I-905.

¹⁰⁸⁸ Pour une étude des effets de l'Internet sur l'institution du droit des marques voir E. Tardieu-Guignes, *Questionnement sur le droit des marques: Internet est-il le révélateur de ses limites?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (10)2005, Perspectives.

a. Le fournisseur de service de référencement commercial¹⁰⁸⁹

229. La subjectivisation de la responsabilité civile - L'expansion du cyberspace a amplifié le mouvement de subjectivisation de la responsabilité civile pour contrefaçon de marque puisque, pour ce qui est de l'activité des fournisseurs d'instruments de localisation de l'information, la sanction des

¹⁰⁸⁹ Parmi les articles de doctrine très nombreux en la matière voir notamment G. Cordier, *Les liens sponsorisés devant la CJCE: point d'étape (et de réflexion) sur la notion d'hébergement*, *Communication Commerce Electronique* (12)2009, étude 27; B. Fay, *Utilisation de mots-clés protégés par le droit des marques. - Commentaire de la décision de la cour d'appel de Versailles, 2 novembre 2006*, *Propriété industrielle* (4)2007, Etude 11; C. Féral-Schuhl, *Fournisseurs de liens commerciaux, une jurisprudence encore indécise...* *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (36)2008, Perspectives; I. Gavanon et J. Huet, *Conflits entre liens commerciaux et marques: leçons à tirer de la saga judiciaire Google*, *Dalloz* 2008, p. 1529; F. Glaize, *Liens publicitaires: suggérer, est-ce contrefaire?*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (36)2008, Perspectives; F. Glaize et A. Nappey, *Usage de marque pour la création de liens publicitaires: monopole et libre concurrence*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (12)2006, Actualités; L. Grynbaum, *Pour un code de bonne conduite applicable aux liens commerciaux*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (23)2007, Perspectives; L. Grynbaum, *Régime de responsabilité des moteurs de recherche: pas d'obligation de conservation des données d'identification mais un devoir de retrait de référencement des images illicites associées à une marque*, *Communication Commerce Electronique* (9)2006, comm. 127; L. Grynbaum, *Responsabilité du moteur de recherche pour lien sponsorisé: une obligation de mise en place d'un dispositif de contrôle a priori*, *Communication Commerce Electronique* (10)2006, comm. 144; C. Hugon, *La responsabilité des moteurs de recherche: bug sur Google*, *Dalloz* 2005, p. 1037; B. Joslove et O. Haas, *Contrôle a priori: variations sur la responsabilité du fait des liens commerciaux*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (21)2006, Actualités; B. Joslove et A. Krylov, *Liaisons dangereuses: la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et des moteurs de recherche dans l'Union européenne*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (6)2005, Perspectives; M. Malaurie-Vignal, *Liens hypertextes, marques et action en contrefaçon*, *Contrats Concurrence Consommation* (7)2008, comm. 187; F. Sardain, *La contrefaçon du fait des liens hypertextes*, *Communication Commerce Electronique* (6)2005, Etude 21; A. Singh, *Contrefaçon de marque résultant du choix de mots clés commandant l'affichage de liens promotionnels sur internet*, *La Semaine Juridique ed. E.* (14)2007, 1440; P. Stoffel-Munck, *Les liens sponsorisés comme source de responsabilité: quand chercher "Vuitton" amène sur le site "Faux Vuitton"*, *Communication Commerce Electronique* (7)2005, comm. 117; E. Tardieu-Guignes, *L'utilisation de la marque d'un tiers dans des mots clés sur un moteur de recherche ne porte pas atteinte au droit de marque (sous certaines conditions)*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (34)2008, Actualités; E. Tardieu-Guignes, *L'utilisation des marques par les moteurs de recherche comme mots de références est-elle toujours une contrefaçon?*, *Propriété industrielle* (10)2005, Etude 21; E. Tardieu-Guignes, *Les liens commerciaux: la Saga...*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (40)2008, Actualités; E. Tardieu-Guignes, *Liens commerciaux, contrefaçon ou non? A la recherche d'une solution convaincante...* *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (36)2008, Actualités; E. Tardieu-Guignes, *Liens commerciaux: condamnation de Google en dehors du droit des marques*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (25)2007, Actualités; E. Tardieu-Guignes, *Une interprétation extensive des articles L. 713-2 et L.713_3 du Code de la propriété intellectuelle dans le cadre de la vie des affaires*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (19)2006, Actualités.

actes de reproduction n'est prononcée qu'après avoir caractérisé le comportement fautif de l'auteur de ces actes. Cette caractérisation est plus ou moins implicite selon les cas.

Certes, la première réaction des juridictions du fond en cas de conflit entre un nom de domaine et un droit de propriété industrielle a été de condamner au moyen d'un raisonnement purement objectif ceux qui reproduisaient sur un site Internet la marque d'autrui¹⁰⁹⁰. La jurisprudence plus récente est néanmoins plus nuancée et tient compte du respect du principe de spécialité avant que de condamner le défendeur¹⁰⁹¹.

Quant à l'activité qui nous intéresse plus particulièrement, autrement dit celle des fournisseurs d'instruments de localisation de l'information, même si la tendance majoritaire consiste à leur refuser le bénéfice du régime spécial de responsabilité des fournisseurs d'hébergement, au moins pour ce qui est de leurs activités de référencement commercial¹⁰⁹², les progrès de la

¹⁰⁹⁰ TGI Bordeaux, réf., 22 juillet 1996, Apeso et Atlantel c/ Icare et Rêve, LPA 1997 n° 102, p. 13 ; TGI Draguignan, 21 août 1997, Commune de Saint Tropez c/ Eurovirtuel, Quadra Communication, Nova Développement, www.legalis.net ; TGI Draguignan, réf., 8 avril 1998, Pacanet, www.legalis.net (« *La possibilité pour une personne d'utiliser une appellation sur le réseau INTERNET dès lors qu'il n'y a pas d'autres utilisateurs n'annihile pas les dispositions nationales et internationales destinées à protéger les droits d'auteurs, les brevets et les marques. Celui qui prétend la mettre en oeuvre doit donc s'assurer qu'il n'existe pas de droits antérieurs protégés. L'utilisation de la marque PACANET sur le réseau INTERNET sans l'autorisation de M. T qui l'avait déposée en qualité de marque caractérise en conséquence une contrefaçon. [...] La mauvaise foi n'est pas un élément constitutif de la contrefaçon. La bonne foi est donc vainement invoquée. De surcroît, M.M [Défendeur] n'est pas en mesure de la caractériser car il n'a pas pris la précaution élémentaire de consulter l'Institut National de la Propriété Intellectuelle avant de solliciter la création du domaine PACANET. L'action entreprise pour contrefaçon devant le tribunal de grande instance de Draguignan sous le n° de rôle 98/1433 est dans ces conditions sérieuse* »).

¹⁰⁹¹ TGI Paris, 23 mars 1999, Cah. D. aff. 2000, AJ, p. 131 ; Cass. com., 13 décembre 2005, n° 04-10.143, Bull. civ. IV, n° 254, D. 2006, p. 63, obs. C. Manara, Rev. Lamy Droit Aff. 2006, n° 2, n° 62, obs. J. Azéma.

¹⁰⁹² TGI Paris, 3e section, 12 juillet 2006, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net ; CA Paris, 4e ch., B, 1^{er} février 2008, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net ; CA Paris, 4e ch., A, 28 juin 2006, Google France c/ Louis Vuitton Malletier, www.legalis.net ; T. com. Paris, 24 novembre 2006, One Tel c/ Google France et OLFO, www.gazettedunet.fr ; TGI Nice, 3^e ch., 7 février 2006, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.legalis.net ; CA Aix en Provence, 2^e ch., 6 décembre 2007, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.juriscom.net ; TGI Paris, 14 mars 2008, Citadines c/ Google Inc. et Google France, www.juriscom.net ; TGI Nanterre, 1^{re} ch., 2 mars 2006, Hôtels Méridien c/ Google France, www.legalis.net et CA Versailles, 12^e ch., section 1, 24 mai 2007, Google France c/ Hôtels

subjectivisation se sont fait sentir. En effet, lorsque les juges se fondent sur les articles L.713-2 et 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, ils apprécient le caractère blâmable du comportement du défendeur, au regard notamment de sa connaissance de l'existence d'agissements illicites ou de ses capacités techniques, et ce même si sont en cause des actes de reproduction à l'identique dont la sanction ne nécessite pas de démontrer le risque de confusion au sein du public. Aussi ces mêmes juges auraient sans doute adopté une solution identique au final s'ils s'étaient fondés sur les règles de droit commun de la responsabilité civile. De plus, même s'ils excluent parfois un peu trop rapidement la qualification de fournisseur d'hébergement en remarquant que les défendeurs offrent un service contre rémunération, ils caractérisent plus ou moins explicitement la connaissance ou le contrôle des données stockées comme le requiert la CJUE depuis le 23 mars 2010.

230. Les applications jurisprudentielles - Les affaires qui ont fait le plus de bruit en France sont sans aucun doute celles impliquant le moteur de

Méridien, www.legalis.net ; TGI Nanterre, 2^e ch., 14 décembre 2004, CNRRH, Pierre Alexis T. c/ Google France et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 24 juin 2005, Amen c/ Espace 2001 et Google France, www.legalis.net ; TGI Nanterre, 2^e ch., 13 octobre 2003, Société Viaticum, Société Luteciel c/ Société Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 8 décembre 2005, Kertel c/ Google, Cartephone, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 27 avril 2006, AUTO IES c/ Google et autres, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 9 mars 2006, Promovacances, Karavel c/ Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, 1^{re} section, 31 octobre 2006, Iliad c/ Google, Helios Service, www.legalis.net ; T. com. Paris, 15^e ch., 23 octobre 2008, Cobrason c/ Google, Home Ciné Solutions, www.legalis.net. Le TGI de Paris a récemment identifié une triple activité commerciale : une activité de régisseur publicitaire, une activité de conseil en publicité et une activité de support publicitaire TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 7 janvier 2009, Voyageurs du Monde, Terres d'Aventure c/ Google et autres, www.legalis.net. Comparer avec TGI Strasbourg, 1^{re} ch. civ., 20 juillet 2007, Atrya c/ Google France et autres, RLDI 2007/30, n° 996, comm. E. Tardieu-Guigues, www.legalis.net ; T. com. Lille, réf., Société Espace Unicis c/ SA Meetic, SARL Google France, 1^{er} juin 2006, www.gazettedunet.fr. Pour ce qui est de l'activité simple de moteur de recherche autre que celle de régie publicitaire, le fournisseur d'instruments de localisation de l'information a pu être assimilé à un hébergeur TGI Paris, réf., 31 juillet 2000, Bertrand Delanoé c/ Alta Vista et a. , Juris-Data n° 2000-134032 ; Comm. Com. Electr. p. 25, note A. Lepage ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 3 juin 2008, Lafesse et autres c/ OVH et autres, www.legalis.net confirmé par CA Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 décembre 2009, Lafesse c/ OVH et autres, www.legalis.net. Mais cela n'a pas été toujours le cas. Voir TGI Paris, réf., 27 février 2006, A. Afflelou et Sté Afflelou c/ Google et Free, www.legalis.net.

recherche Google et son programme de référencement commercial dénommé « Adwords » consistant en la sélection de sites dont les liens hypertextes apparaissent sur les pages du moteur de recherche après l'insertion d'un mot-clé par un internaute, ce en contrepartie du règlement d'une somme déterminée par les exploitants de ces sites.

À strictement parler, l'utilisation de la marque d'autrui dont Google est l'auteur ne vise pas à désigner des produits ou services identiques ou similaires à ceux du propriétaire de la marque¹⁰⁹³. Une application stricte du principe de spécialité devrait donc permettre d'exclure la qualification de contrefaçon¹⁰⁹⁴.

Pour autant, ce n'est pas la voie qui a été choisie par de nombreuses juridictions à l'exemple de la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 23

¹⁰⁹³ Bien que la position de M. l'Avocat général Maduro soit en ce sens, la CJUE adopte une position légèrement différente dans son arrêt du 23 mars 2010 rendu à propos des affaires CJUE C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH : c'est parce que le fournisseur de référencement payant n'utilise pas les marques en cause au sein de ses propres communications commerciales qu'il ne peut être considéré comme utilisant les signes protégés dans la vie des affaires.

¹⁰⁹⁴ Dans ce sens voir A. Mendoza-Caminade, *Les risques numériques à l'épreuve du droit: l'exemple du lien hypertexte*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (39)2008, Perspectives; E. Tardieu-Guignes, *Liens commerciaux, contrefaçon ou non? A la recherche d'une solution convaincante...* Revue Lamy Droit de l'Immatériel (36)2008, Actualités. En jurisprudence voir TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 7 janvier 2009, Voyageurs du Monde, Terres d'Aventure c/ Google et autres, www.legalis.net (« En associant comme résultat à une requête à partir du nom commun d'un produit ou un service une marque visant dans leur enregistrement ce produit ou ce service, la société Google ne fait pas un usage illicite de celle-ci car lorsque l'outil suggère le nom d'une marque, Google ne sait pas a priori si l'annonceur va choisir cette marque et dans l'hypothèse d'un choix si son client est autorisé à l'utiliser, par exemple en tant que distributeur de produits authentiques ou licenciés. »); TGI Strasbourg, 1^{re} ch. civ., 20 juillet 2007, Atrya c/ Google France et autres, RLDI 2007/30, n° 996, comm. E. Tardieu-Guignes, www.legalis.net; TGI Paris, 3^e section, 12 juillet 2006, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 27 avril 2006, AUTO IES c/ Google et autres, www.legalis.net; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 8 décembre 2005, Kertel c/ Google, Cartephone, www.legalis.net; T. com. Paris, 24 novembre 2006, One Tel c/ Google France et OLFO, www.gazettedunet.fr (*in fine*). Voir également TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 9 mars 2006, Promovacances, Karavel c/ Google France, www.legalis.net (qui accepte le bien-fondé de la demande fondée sur le grief de contrefaçon seulement pour la seule classe 38); TGI Paris, 1^{re} section, 31 octobre 2006, Iliad c/ Google, Helios Service, www.legalis.net (qui refuse de caractériser l'usage à titre de marque sur le fondement des articles L.713-2 et 3 mais sanctionne Google sur celui de l'article L.713-5).

mars 2006¹⁰⁹⁵. Il est vrai cependant que les juges s'assurent que les produits ou services des annonceurs sont identiques ou similaires avant que d'affirmer qu'il s'agit d'un usage en tant que marque.

230-1. Le devoir de faire cesser les utilisations manifestement illicites de mots-clés dont le PISEL a connaissance - Ceci étant dit, même si le principe de spécialité est souvent malmené, le raisonnement des juges quoique fondé sur l'article L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle n'échappe pas entièrement à une approche subjective comme en témoigne l'arrêt précédemment cité¹⁰⁹⁶. En effet, après avoir caractérisé l'élément matériel de la contrefaçon de marque par imitation, les juges du deuxième degré s'intéressent au comportement du moteur de recherche qualifié de prestataire

¹⁰⁹⁵ CA Versailles, 23 mars 2006, Société Google France c/ S.A.R.L. CNRRH, www.gazettedunet.fr. (« si [le mot-clé] ne désigne pas en tant que tel les produits ou services commercialisés par ces exploitants, son utilisation n'en constitue pas moins un usage contrefaisant de la marque [...] dès lors qu'elle conduit nécessairement à promouvoir des services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement de cette marque »). Voir également TGI Nanterre, 2^e ch., 14 décembre 2004, CNRRH, Pierre Alexis T. c/ Google France et autres, www.legalis.net ; CA Paris, 4^e ch., A, 28 juin 2006, Google France c/ Louis Vuitton Malletier, www.legalis.net ; CA Aix en Provence, 2^e ch., 6 décembre 2007, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.juriscom.net ; TGI Paris, 14 mars 2008, Citadines c/ Google Inc. et Google France, www.juriscom.net ; CA Paris, 4^e ch., B, 1^{er} février 2008, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net; CA Versailles, 12^e ch., 1, 2 novembre 2006, Overture c/ Acor, www.legalis.net ; TGI Nanterre, 1^{re} ch., 2 mars 2006, Hôtels Méridien c/ Google France, www.legalis.net ; TGI Nanterre, 2^e ch., 13 octobre 2003, Société Viaticum, Société Luteciel c/ Société Google France, www.legalis.net.

¹⁰⁹⁶ Comparer avec TGI Paris, 14 mars 2008, Citadines c/ Google Inc. et Google France, www.juriscom.net (« qu'il est également indifférent de soutenir que "tout est mis en œuvre pour dissuader les souscripteurs d'utiliser frauduleusement les marques d'autrui" ou que des mesures de blocage ont été instaurées dans la mesure où il est reproché à Google de reproduire, en réponse à une sollicitation d'un annonceur, un signe déposé à titre de marque ») ; T. com. Paris, 15^e ch., 23 octobre 2008, Cobrason c/ Google, Home Ciné Solutions, www.legalis.net (« Qu'en proposant le mot clé "Cobrason" dans le programme Adwords et en faisant ensuite apparaître sur la page de recherche sous l'intitulé "liens commerciaux" un site de concurrent ayant sélectionné ce mot clé, les sociétés Google engendrent un risque de confusion pour le consommateur d'attention moyenne entre le site du lien commercial et le site ayant pour nom de domaine ce mot clé ») ; TGI Lyon, 13 mars 2008, Rentabiliweb Europe c/Monsieur NB, Moniseur HP, Clic-Event.com, Le Net Créatif, Google France, www.juriscom.net (« Attendu que la juxtaposition sur une même page écran de la marque Rentabiliweb et, sous l'intitulé "liens commerciaux", du site tel4money.com proposant les mêmes services constitue une contrefaçon par reproduction telle que prévue par l'article L.713-2 du code de la propriété intellectuelle, que cette contrefaçon apparaît sur une page écran de la société Google France [...] qu'ainsi [les demandeurs] sont fondés à agir en contrefaçon à l'encontre de la société Google France [...] ») qui semblent plus sévères.

de référencement publicitaire et non pas de simple intermédiaire technique. Pèse sur ce dernier un devoir de moyens en vertu duquel le prestataire se doit d'interdire les utilisations de mots-clés manifestement illicites¹⁰⁹⁷. Les juges font valoir que la prévention des utilisations manifestement illicites de mots-clés est « *parfaitement compatible avec les possibilités d'information dont dispose une société spécialisée dans la communication internet* ». Ils relèvent de plus que le demandeur avait informé par courrier le défendeur de l'utilisation non autorisée de sa marque par ses concurrents sans que ce dernier ait réagi. C'est donc surtout la connaissance de l'existence des agissements manifestement illicites suivie de l'inaction du PISEL qui explique sa responsabilité. Au final, même si la qualification d'intermédiaire technique est exclue, la solution retenue par les juges se rapproche des dispositions de l'article 6 de la LCEN.

230-2. Le devoir de prévenir les agissements illicites - Bien que la faute du prestataire intermédiaire soit toujours au centre de l'analyse des juges, ces derniers s'écartent progressivement de la lettre de l'article 6 de la LCEN¹⁰⁹⁸, comme en témoigne l'arrêt du 28 juin 2008 de la Cour d'appel de Paris rendu dans l'affaire Google c/ Louis Vuitton Malletier¹⁰⁹⁹. Ici, après avoir refusé la

¹⁰⁹⁷ « *Mais considérant que, si la société appelante ne peut être tenue à une obligation de surveillance générale concernant la sélection de mots-clés effectuée par les exploitants des sites référencés, elle doit être en mesure d'interdire l'utilisation de mots-clés manifestement illicites ; considérant qu'à cette fin, elle ne peut se contenter de simples mises en garde à l'attention de ses clients, et il lui incombe de mettre en œuvre les moyens lui permettant de vérifier que les mots-clés réservés par les annonceurs ne constituent pas la reproduction ou l'imitation françaises en vigueur ; considérant qu'au demeurant, une telle vérification préalable s'avère parfaitement compatible avec les possibilités d'information dont dispose une société spécialisée dans la communication internet* ». Voir également TGI Nanterre, 2^e ch., 14 décembre 2004, CNRRH, Pierre Alexis T. c/ Google France et autres, www.legalis.net.

¹⁰⁹⁸ Sauf à considérer que les capacités techniques des PISEL témoignent du contrôle exercé sur l'activité des destinataires de leurs services.

¹⁰⁹⁹ CA Paris, 4^e ch., A, 28 juin 2006, Google France c/ Louis Vuitton Malletier, www.legalis.net. Voir également TGI Paris, 12 décembre 2007, Syndicat Français de la Literie c/ Google France, www.juriscom.net (« *Le tribunal estime que le blocage par la société Google de l'utilisation de la marque à titre de mot-clé est insuffisant puisque la marque continue à être disponible dans le cadre de la "requête large". Or, la société Google dispose des moyens techniques permettant de bloquer non seulement la marque à titre de mot-clé comme elle le fait déjà, mais également l'association de cette marque avec des liens commerciaux apparaissant avec des mots-clés choisis en requête large* ») ; CA Aix en Provence, 2^e ch., 6 décembre 2007, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.juriscom.net (Bien qu'en appel les juges sanctionnent le moteur de recherche sur le

qualification de prestataire de stockage d'informations au sens de l'article 6, alinéa 2, de la loi du 21 juin 2004, la Cour caractérise le comportement fautif du moteur de recherche en les termes suivants : « *Mais considérant que les principes de loyauté et de libre concurrence, attachés à l'exercice de toutes activités commerciales, imposent à une entreprise intervenante sur le marché de s'assurer que son activité ne génère pas des actes illicites au préjudice de tout autre opérateur économique ; qu'il appartient donc aux sociétés Google France et Google Inc. de mettre en œuvre, préalablement à la mise sur le marché de leurs offres publicitaires, les moyens techniques pertinents pour éviter les dérives constatées, d'autant que la conception et le contenu de l'outil de suggestion étaient fortement incitatifs pour la réalisation d'actes de contrefaçon ; que contrairement aux allégations des sociétés intimées, il est établi qu'elles étaient à même de concevoir et de développer des moyens*

fondement de la contrefaçon de marque ils affirment : « *attendu que [les sociétés défenderesses] [...] ont à partir des données à la constitution desquelles elles ont joué un rôle actif, diffusé des messages publicitaires sous forme de liens commerciaux au profit d'annonceurs qui les rémunèrent pour la diffusion, ce qui constitue une activité de régie publicitaire à l'occasion de laquelle elles peuvent engager leur responsabilité sur le fondement du droit commun ; que notamment elles doivent répondre du choix qu'elles agrément, de mots-clés (choix effectué par les annonceurs avec le concours des sociétés Google) et vérifier que la mise en ligne des liens commerciaux sponsorisés ne portent pas atteinte aux droits des tiers, sans pouvoir invoquer une soi-disant "impossibilité matérielle, juridique et économique" pour opérer une vérification "a priori" ; qu'un empêchement de cette triple nature, à le supposer établi, ne peut exonérer un opérateur économique de toute responsabilité, mais doit le conduire à renoncer à cette activité ou bien, s'il persiste à la poursuivre, à en assumer les conséquences* ») ; TGI Nanterre, 2e ch., 17 janvier 2005, Accor c/ Overture Services Inc., JCP éd. E 2005, p. 921-923, note A. Singh, www.foruminternet.org et CA Versailles, 12e ch., 1, 2 novembre 2006, Overture c/ Acor, www.legalis.net (« *Considérant que les sociétés Overture et Overture Services en donnant aux annonceurs la possibilité d'encherir sur des mots clés qui constituent la reproduction des marques Thalassa, Ticket Restaurant, Ibis (pour Overture), Etap, Etap Hôtel, Suitehotel, Mercure (pour Overture Services) de la société Accor, en commercialisant, moyennant rémunération et sans autorisation du groupe Accor, ces mots clés pour leur permettre de créer des liens sponsorisés donnant accès non pas à des services authentiques mais à des services identiques à ceux couverts par les marques Accor et ce, sur le territoire français, se sont rendues coupables de contrefaçon de ces marques ; que les sociétés Overture ne peuvent valablement prétendre avoir joué un rôle purement passif ou n'être intervenues que comme un technicien (Overture Services) dès lors qu'elles suggèrent ces mots clés aux annonceurs, les invitent à porter des enchères sur ces mots, tirent un profit commercial lors de chaque utilisation de ces mots clés, ont la possibilité de mettre fin à cet usage et se targuent de procéder à une vérification éditoriale standard* ») ; TGI Nanterre, 1re ch., 2 mars 2006, Hôtels Méridien c/ Google France, www.legalis.net et CA Versailles, 12e ch., section 1, 24 mai 2007, Google France c/ Hôtels Méridien, www.legalis.net ; TGI Paris, 24 juin 2005, Amen c/ Espace 2001 et Google France, www.legalis.net ; TGI Nanterre, 2e ch., 13 octobre 2003, Société Viaticum, Société Luteciel c/ Société Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, 1re section, 31 octobre 2006, Iliad c/ Google, Helios Service, www.legalis.net.

techniques de nature à éviter les actes illicites qui leur sont imputés... ». Pèse donc sur le fournisseur de service de référencement commercial un devoir de s'assurer que son activité ne génère pas des actes illicites commis par ses clients au détriment d'autres opérateurs économiques. Il semble que le fournisseur de service doive faire plus que ne pas inciter ses clients à entreprendre des activités illicites et notamment qu'il doive empêcher de sa propre initiative l'apparition d'agissements illicites commis par ses clients grâce à la conception d'une architecture adaptée. Cette solution est justifiée par le fait qu'il dispose des moyens techniques la rendant possible. Elle devrait prévaloir même dans les cas où l'activité de ses clients n'est pas manifestement illicite, puisqu'aucune précision n'est apportée quant au domaine de ce devoir. Il s'agit néanmoins d'un devoir de moyens.

Il est vrai que la condamnation de Google sur le fondement cette fois de la publicité trompeuse procède encore d'un raisonnement objectif : les juges se contentent de caractériser la confusion engendrée par la pratique des liens commerciaux¹¹⁰⁰. En effet, pour ce qui est des atteintes à la réglementation publicitaire, les progrès de la subjectivisation sont plus lents. Deux tendances continuent de s'opposer : l'une plutôt objective¹¹⁰¹, l'autre plutôt

¹¹⁰⁰ Sur le fondement des articles L.115-33 (« *Les propriétaires de marques de commerce, de fabrique ou de service peuvent s'opposer à ce que des textes publicitaires concernant nommément leur marque soient diffusés lorsque l'utilisation de cette marque vise à tromper le consommateur ou qu'elle est faite de mauvaise foi* ») et L.121-1 du Code de la consommation.

¹¹⁰¹ CA Paris, 4e ch., B, 1^{er} février 2008, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net ; TGI de Paris, 14 mars 2008, Citadines c/ Google Inc. et Google France, www.juriscom.net ; TGI Paris, 3e ch., 2e section, 4 février 2005, Louis Vuitton Malletier c/ Google Inc. et Google France, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 117, note Ph. Stoffel-Munck, www.legalis.net ; T. com. Paris, 15e ch., 23 octobre 2008, Cobrason c/ Google, Home Ciné Solutions, www.legalis.net. Comparer avec TGI Nice, 3e ch., 7 février 2006, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.legalis.net et CA Aix en Provence, 2e ch., 6 décembre 2007, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.juriscom.net (« *que la publicité mensongère ne peut être invoquée dès lors que les liens commerciaux sponsorisés qui s'affichent sur l'écran sous un emplacement réservé à cet effet, ne peuvent être considérés par un internaute « pratiquant » (d'attention moyenne) comme ayant une relation commerciale nécessaire avec le ou les site(s) recherché(s) figurant sous la colonne "résultat" ; que les références des sites affichés comme liens commerciaux sont différentes de celles des sites figurant sous la colonne résultat* ».) ; TGI Nanterre, 2e ch., 17 janvier 2005, Accor c/ Overture Services Inc., JCP éd. E 2005, p. 921-923, note A.

subjective¹¹⁰². Dans un cas, la présentation des annonces publicitaires regroupées sous la rubrique « liens commerciaux » suffit à condamner le moteur de recherche puisqu'elle est susceptible de laisser croire aux internautes que les sites Internet affichés entretiennent des rapports commerciaux avec la ou les sociétés concernées par les liens, et cela même si cette pratique est utilisée depuis plusieurs années déjà. Dans l'autre, la faute voire l'intention frauduleuse doit être établie.

Singh, www.foruminternet.org et CA Versailles, 12e ch., 1, 2 novembre 2006, Overture c/ Acor, www.legalis.net (« Mais considérant que les constats d'huissier démontrent que les liens sponsorisés indiquent clairement les annonceurs et conduisent à des sites web présentant les activités de ces annonceurs avec leur nom commercial ou leur marque en caractères très visibles ainsi que le plus souvent leurs coordonnées ; que les offres pour les hôtels ne dépendant pas du groupe Accor étant toujours accompagnées du nom de ces hôtels [...], il n'existe aucun risque d'erreur pour l'internaute moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé quant à l'identité du prestataire des services recherchés »).

¹¹⁰² TGI Nanterre, 2e ch., 17 janvier 2005, Accor c/ Overture Services Inc., JCP éd. E 2005, p. 921-923, note A. Singh, www.foruminternet.org (« À la différence de la contrefaçon qui existe indépendamment de la bonne ou mauvaise foi, la publicité trompeuse nécessite l'intention frauduleuse ou à tout le moins que soit caractérisée une faute. A défaut, les faits reprochés aux sociétés Overture Services Inc et Overture ne sont pas constitutifs de publicité trompeuse, d'autant plus que les liens sponsorisés identifient clairement l'annonceur et conduisent à un site web qui se distingue bien du titulaire des marques ») ; TGI Nanterre, 2e ch., 13 octobre 2003, Société Viaticum, Société Luteciel c/ Société Google France, www.legalis.net (« Il n'a pas lieu non plus de retenir la publicité trompeuse au sens de l'article L 121-1 du code de la consommation parce que la société Google France a pu se méprendre sur l'étendue des droits conférés aux sociétés Viaticum et Luteciel par leurs marques enregistrées et il n'est pas établi qu'elle ait voulu induire le consommateur en erreur sur l'identité du prestataire des services proposés dans les liens commerciaux »).

b. Le fournisseur de service de courtage en ligne¹¹⁰³

231. Le devoir de prévenir les agissements illicites - Inapte à bénéficier du régime spécial de responsabilité des hébergeurs au motif qu'il déploie également une activité commerciale de courtage en ligne¹¹⁰⁴, le prestataire eBay a vu sa responsabilité engagée pour contrefaçon de marques¹¹⁰⁵.

Le Tribunal de grande instance de Troyes¹¹⁰⁶ a en effet jugé récemment qu'un devoir général de précaution grève eBay, devoir de moyens en vertu duquel le prestataire est contraint dans la mesure de ses moyens de veiller à ce que son site ne soit pas utilisé à des fins illicites. Plus précisément, les juges identifient un certain nombre de mesures que l'éditeur de service de courtage

¹¹⁰³ Parmi les articles de doctrine en la matière voir notamment N. Dreyfus, *Vers une responsabilisation des acteurs de l'internet: la Cour de cassation se prononce*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (44)2008, 9-11; F. Mas, *L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (12)2006, 59-75; A. Regniault, *La responsabilité de l'opérateur d'un site de vente aux enchères "en ligne": d'autres juridictions sont saisies en Europe. (à propos de la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 31 juillet 2008)*, Communication Commerce Electronique (2)2009, étude 4; A. Saint Martin, *eBay responsable de son site... Première application d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (39)2008, 44-50; O. Sasserah, *Réflexions sur le statut d'"hébergeur" selon la directive "Commerce électronique"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (43)2008, 33-35; M. Schaffner et A. Abello, *Une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (41)2008, 75-86; E. Sordet et A. Cousin, *Industrie du luxe versus eBay: le doux parfum d'une leçon américaine*, Communication Commerce Electronique (9)2009, étude 19; E. Sordet et G. Salord, *La responsabilité des plates-formes d'e-commerce: l'exemple d'eBay*, La Semaine Juridique ed. E (43)2009, 1991; G. Tessonnière, *Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et aux autres intermédiaires de contenus?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (35)2008, 21-25; X. Vuitton, *Ebay condamné pour vente de produits contrefaits*, La Semaine Juridique ed. E. (41)2008, II 10168.

¹¹⁰⁴ Le TGI de Troyes applique en réalité un cumul de qualification. Le PISEL est à la fois hébergeur et fournisseur de service de courtage en ligne.

¹¹⁰⁵ *A fortiori* lorsque seuls les actes d'eBay sont en cause et non plus ceux de ses utilisateurs la responsabilité du PISEL peut être engagée sur le fondement de la contrefaçon de marque. C'est le cas lorsqu'il réserve sur les moteurs de recherche des mots-clés correspondant à des signes protégés afin de déclencher l'affichage de liens sponsorisés renvoyant à ses sites. Voir TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 18 septembre 2009, Kenzo et autres c/ eBay, www.legali.net.

¹¹⁰⁶ TGI Troyes, 4 juin 2008, Hermès International c/ Madame Cindy F, eBay France et eBay International, www.legalis.net.

en ligne¹¹⁰⁷ doit mettre en œuvre, ce qu'il n'avait pas été réalisé en pratique : « solliciter, par tous moyens, des vendeurs qu'ils précisent dans leur annonce les moyens d'identification de l'objet vendu (référence du produit, numéro de série, numéro de type, certificat d'authenticité, etc.) et d'afficher en caractères suffisamment lisibles les références ainsi apportées, l'absence de connaissance de celles-ci ou le défaut de réponse ». En outre, « prendre toutes les mesures de nature à avertir le vendeur et l'acheteur qui acceptent les conditions générales d'utilisation du site des conséquences civiles et pénales d'éventuels actes de contrefaçon, des contrôles de l'authenticité des objets vendus par les titulaires de droits et de la possibilité d'une transmission des données personnelles à ces derniers, de telle manière que cette information se distingue de façon apparente des conditions d'utilisation ». Ainsi, bien que le Tribunal sanctionne eBay sur le fondement de l'article L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle, il caractérise explicitement la faute commise par eBay.

Dans plusieurs affaires, les articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle ont été supplantés par les articles 1382 et 1383 du Code civil, sans qu'il faille en conclure une plus grande mansuétude des juges. Il apparaît en effet que la nature des obligations mises à la charge des PISEL ne varie pas énormément d'un fondement à l'autre.

B. Les PISEL, mauvais pères de famille

232. La mise en œuvre de la responsabilité des PISEL sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil conduit souvent les juges à apprécier *in concreto* les normes de comportement imposées aux prestataires intermédiaires selon une méthode plus inductive que déductive, sans qu'ils

¹¹⁰⁷ Qu'il ne faut pas confondre avec les éditeurs de contenus. Aux dires du TGI ces derniers « restent soumis, aux termes de la LCEN et du décalque opéré par la loi du 29 juillet 1881, à une responsabilité de plein droit ».

n'en concluent pourtant à l'exonération de ces derniers, bien au contraire (2). La dualité de la méthode d'appréciation traditionnelle de la faute (*in abstracto* et *in concreto*) perd donc de son intérêt (1).

1. Aperçu des règles de droit commun de la responsabilité civile délictuelle¹¹⁰⁸

233. Le regain de la faute - En dépit des transformations importantes subies par l'institution de la responsabilité civile, la doctrine¹¹⁰⁹ continue de distinguer les trois faits générateurs suivants : le fait personnel, le fait d'autrui, et le fait de la chose. Si depuis les années 1960 le fait de la chose et le fait d'autrui se sont autonomisés (quant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité), le débat relatif au fondement de la responsabilité civile n'a pas été définitivement tranché.

¹¹⁰⁸ Pour une bibliographie indicative des ouvrages généraux en la matière voir A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 2007, Montchrestien 11e éd., Paris; P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2009, Litec, Paris; Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil*, 2008, Armand-Colin, 8e éd., Paris; J. Carbonnier, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, 2000, PUF, 22e éd., Paris; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *La responsabilité civile délictuelle*, 2000, PUG, 2e éd., Grenoble; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations - T2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2007, PUF, Paris; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, t. II, Le fait juridique*, 2009, Armand Colin, 2e éd., Paris ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle - L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, 2005, Dalloz, Paris; P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2010, Dalloz action, Paris; P. Le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2002, Dalloz action, 4e éd., Paris; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 2009, Defrénois, Paris; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations, t. II*, 1962, Sirey, Paris; H. Mazeaud, L. et J. et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 1998, Montchrestien, 9e éd., Paris; S. Porchy-Simon, *Droit civil, Les obligations*, 2010, Dalloz, 2e éd., Paris; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I., Les sources de la responsabilité civile, préf. Ripert G.*, 1951, ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 2006, PUF, Paris; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil -- Les obligations*, 2009, Dalloz, Paris; G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2001, LGDJ, 2e éd., Paris.

¹¹⁰⁹ Voir par exemple G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris.

Ainsi, la faute n'a jamais été complètement éclipsée par la théorie du risque,¹¹¹⁰ et ce, alors même que se multipliaient les régimes spéciaux de responsabilité fortement objectivisés et que la collectivisation des risques grâce au mécanisme de l'assurance devenait presque systématique¹¹¹¹. Bien plus, il semble aujourd'hui que la faute connaisse un certain regain comme l'explique Mme Viney¹¹¹². Parmi ces nouveaux territoires où la faute se déploie l'on trouve le milieu sportif, terreau privilégié de la responsabilité du fait d'autrui¹¹¹³ tout comme le cyberspace, ce sous l'impulsion du législateur comme en témoigne l'adoption de la LCEN¹¹¹⁴. Dès lors, lorsque la LCEN ne

¹¹¹⁰ R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I., Les sources de la responsabilité civile, préf. Ripert G.*, 1951, n° 274 et s., p. 349 et s. Certains auteurs ont même prôné la disparition totale du fondement de la faute. Voir M.-T. Calais, *La libéralisation du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute*, Dalloz 1998, n°14, Dernière actualité, contesté par C. Radé, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile*, Dalloz 1999, chron. p. 313 et s. et 324 et s.

¹¹¹¹ Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs affirmé que le principe de responsabilité pour faute dérivait d'un élément du bloc de constitutionnalité sans qu'il reconnaisse cependant expressément son caractère constitutionnel à part entière. Il s'est appuyé pour ce faire sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme. Cons. Const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JORF n° 265 du 16.11.1999, p. 16962, LPA 1999, n° 239, p. 6, note J.-E. Schoettl. Voir pour un commentaire, G. Drago, *La Constitution "en réserves", Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur une loi relative au pacte civil de solidarité*, Droit de la Famille 1999, Hors-série, 46 et s; N. Molfessis, *Pacte civil de solidarité - La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel*, La Semaine Juridique ed. N (6)2000, I, 270 et s; G. Viney, *Responsabilité civile - Etude*, Semaine Juridique ed. G 2000, I, 280. Des aménagements de ce principe sont cependant possibles. Cons. Const. N° 2005-522 DC, 22 juillet 2005, JORF n° 169 du 26.07.2005, p. 12225, LPA 2005, n° 154, p. 14, note J.-E. Schoettl.

¹¹¹² G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 56-1. Voir également F. Arhab, *Les nouveaux territoires de la faute*, Responsabilité civile et assurance juin 2003, chron. n°16; Y. Flour, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance*, Droits 1987, p. 29 et s; P. Le Tourneau, *La verneur de la faute dans la responsabilité civile*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1988, p. 505 et s.

¹¹¹³ Voir notamment Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, n° 02-13.653, Bull. civ. II, n° 356, Rapp. C. cass. 2003, p. 452, Resp. civ. et assur. 2004, chron. 1 J.-C. Saint-Pau, JCP éd. G 2004, II, p. 237, n° 10017, note J. Mouly, D. 2004, jur., p. 300, note G. Bouché, Dr. & patr. 2004, p. 85, obs. F. Chabas, RTD civ. 2004, p. 106, n° 6, obs. P. Jourdain; Cass. 2e civ., 13 mai 2004, n° 03-10.222, Bull. civ. II, n° 232, Resp. civ. et assur. 2004, chron. n° 15 Ch. Radé, RLDC 2004/7, n° 263; Cass. 2e civ., 21 octobre 2004, n° 03-17.910 et 03-18.942, Bull. civ. II, n° 477, RLDC 2004/11, n° 445; Cass. 2e civ., 13 janvier 2005, n° 03-18.617, Bull. civ. II, n° 10; J. Mouly, *Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives*, La Semaine Juridique ed. G (18)2005, I 134; D. Voinot, *La faute en matière sportive*, Revue Lamy Droit Civil (15)2005, n°609.

¹¹¹⁴ À moins que ces nouveaux cas de responsabilité pour faute ne soient que des hypothèses particulières de responsabilité pour autrui.

trouve pas à s'appliquer, c'est « logiquement » que l'on en revient aux articles 1382 et 1383 du Code civil qui constituent le droit commun de la matière.

234. La définition de la faute - La responsabilité du fait personnel est régie par les articles 1382 et 1383 du Code civil qui posent un principe de portée générale¹¹¹⁵. Afin de pouvoir engager la responsabilité civile du défendeur, le demandeur se doit donc d'établir un dommage relié par un lien de causalité à la faute du défendeur. La caractérisation de la condition de la détermination du fait générateur, la faute de l'auteur du dommage, n'est pas chose aisée. Aucune définition de ce concept n'est donnée au sein du code. Son contenu a donc pu varier au gré de l'évolution jurisprudentielle et sous l'influence des différentes positions doctrinales.

Traditionnellement la faute était composée d'un élément matériel, un comportement illicite, et d'un élément moral qui voulait que celui dont émanait le comportement illicite soit doté de discernement¹¹¹⁶. L'exigence de l'imputabilité morale du comportement est cependant abonnée aujourd'hui : le législateur¹¹¹⁷ comme la Cour de cassation¹¹¹⁸ ont depuis un certain temps déjà consacré le principe selon lequel les personnes privées de discernement peuvent être responsables des dommages causés.

C'est donc le caractère illicite¹¹¹⁹ du comportement qui constitue désormais le seul critère de la faute. Autrement dit, le demandeur doit établir

¹¹¹⁵ Les rédacteurs du Code civil avaient en effet abandonné tout système de délits civils spéciaux.

¹¹¹⁶ Cette présentation a été critiquée en doctrine. Voir P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, 1982, thèse Paris II.

¹¹¹⁷ Article 489-2 du Code civil introduit par la loi par Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JORF du 4.01.68 p. 114, devenu à partir du 1^{er} janvier 2009 l'article 414-3.

¹¹¹⁸ Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16.612, 80-14.994, 80-93.031, 80-93.481 et 82-92.934, Bull. civ. ass. plén., n° 1 à 5, D. 1984, jur., p. 525, concl. J. Cabannes, note F. Chabas, JCP éd. G 1984, II, n° 20255, note N. Dejean de la Bâtie, JCP éd. G 1984, II, n° 20256, note P. Jourdain, JCP éd. G 1984, II, n° 20291, rapp. Fédou, RTD civ. 1984, p. 508, obs. J. Huet, Defrénois 1984, art. 33368, n° 82, p. 1015, note J.-L. Aubert, Gaz. Pal. 1984, 2, pan., p. 264, note F. Chabas.

¹¹¹⁹ La notion d'illicéité a été critiquée par la doctrine en ce qu'elle est inutile, illusoire voire trompeuse. Elle est inutile en ce qu'elle ne permet pas de déterminer dans quels cas il y a effectivement faute. Elle est illusoire dans la mesure où il n'est pas possible de déterminer

que les actes du défendeur sont contraires à une norme de comportement dont la précision varie en fonction de sa source.

234-1. Violation d'une norme légale - Cette norme peut être de source légale (loi, décret, arrêté...). Le travail du juge est alors grandement facilité dès lors que cette norme est impérative, du moins en principe puisqu'il n'a pas à apprécier le caractère blâmable ou plus exactement anormal¹¹²⁰ du comportement du défendeur, travail entrepris en amont par le législateur ou l'autorité réglementaire. Il ne faut cependant pas en conclure qu'aucune faute ne peut être caractérisée dès lors que le comportement est conforme à la norme légale. Si la violation des dispositions d'un texte est constitutive d'une faute, son respect n'exclut pas nécessairement qu'une faute ait été commise. En outre, la violation d'une disposition d'un texte peut être justifiée par la survenance d'une cause étrangère. Enfin, de manière plus générale il peut arriver que la description du comportement illicite par l'autorité publique perde de sa légitimité aux vues de la complexité des faits et notamment aux vues de la complexité de l'environnement technique dans lequel évolue les acteurs privés. Le juge retrouve donc son pouvoir d'appréciation, comme en témoignent les décisions rendues en matière de contrefaçon de marques commises par les moteurs de recherche dans l'exercice de leurs activités de régie publicitaire.

234-2. Violation d'une norme extra-légale - Cette norme peut être également de source extra-légale et provenir ainsi de la coutume, des usages,

toutes les hypothèses où une faute doit être caractérisée. Elle est trompeuse en ce qu'elle laisse à penser que la faute ne peut provenir que de la violation d'une règle de source légale. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 2009, Defrénois, Paris; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations, t. II*, 1962, Sirey, Paris; H. Mazeaud, et L. et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I*, 1965, Monchrestien, 6 éd., Paris.

¹¹²⁰ Classiquement la responsabilité civile n'a pas pour fonction de punir l'auteur du dommage. C'est d'ailleurs ainsi que l'on explique la possible mise en œuvre de la responsabilité des personnes privées de discernement. Il reste cependant que le caractère blâmable du comportement de l'auteur du dommage est consubstantiel du caractère illicite dans la mesure où ce dernier est doué de discernement.

des règles déontologiques, des règles de l'art, des normes techniques... Ici le juge voit sa marge de manœuvre augmenter puisqu'il lui revient de décider si l'usage ou la norme technique doit être retenu en tant que modèle au vu duquel le comportement du défendeur doit être apprécié.

234-3. Violation d'un devoir général de conduite - Cette norme peut enfin être l'expression particulière d'un devoir général de conduite¹¹²¹, devoir emprunt de valeurs différentes selon les cas telles que la morale (bonne foi, loyauté, honnêteté) ou l'utilité sociale (sécurité, efficacité)¹¹²² et qui s'impose à tout un chacun. Le comportement fautif peut alors¹¹²³ être le résultat d'une commission ou d'une omission. L'abstention peut donc elle aussi être le révélateur d'un comportement anormal dans les cas par exemple où l'information de la victime était nécessaire¹¹²⁴ ou lorsqu'était requise la surveillance, la vérification ou la prise d'un certain nombre de précautions afin que le dommage puisse être évité¹¹²⁵.

Dès lors qu'est en cause une « norme fondamentale de comportement »¹¹²⁶ ou une « norme générale de civilité »¹¹²⁷, le travail d'appréciation du juge est essentiel. Il use en priorité d'une méthode d'appréciation *in abstracto* au moyen de laquelle il compare le comportement du défendeur avec celui qu'aurait eu un individu moyen (le bon père de

¹¹²¹ Il ne s'agit pas seulement de protéger au moyen de ce devoir les intérêts légitimes d'autrui à la manière allemande. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris, n° 473.

¹¹²² Voir pour un exposé de ces valeurs G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris, n° 474 et s.

¹¹²³ Ici aussi.

¹¹²⁴ Voir par exemple Cass. 3^e civ., 18 janvier 2006, Bull. civ., III, n° 15 ; Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-11.222, Lamyline, D. 2005, p. 1475, obs. Lienhard A ; Cass. 2^e civ., 11 juillet 2002, n° 99-17.778, Resp. civ. et assur. 2002, comm. 319.

¹¹²⁵ Voir par exemple Cass. 2^e civ., 6 janvier 2000, n° 97-21.456, Resp. civ. et assur. 2000, comm. 71 ; Cass. 2^e civ., 10 juin 1998, n° 96-19.343, Resp. civ. et assur. 1998, comm. 292 ; Civ., 2^e 4 mars 1966, Bull. civ., II, n° 309, p. 221 ; Cass. 2^e civ., 7 mai 1969, Bull. civ., II, n° 141, p. 102 ; 2^e civ., 9 novembre 1971, D. 1972, p. 75 ; Cass. 2^e civ., 7 novembre 1977, Bull. civ., II, n° 213.

¹¹²⁶ M. Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, 1973, LGDJ, Paris, n° 31 et s.

¹¹²⁷ J. Darbellay, *Théorie générale de l'illicéité*, 1955, Editions Universitaires, Fribourg, n° 69 et s.

famille) placé dans les mêmes circonstances. Il dispose en outre d'une méthode d'appréciation *in concreto*. Le juge prend ainsi en considération les circonstances concrètes, personnelles, liées à l'auteur du dommage et qui ont concouru à la réalisation du dommage. En plus des circonstances extérieures à l'auteur du dommage, il s'agit donc de s'intéresser aux circonstances propres à l'auteur du dommage, et le plus souvent de caractériser son état psychologique.

La frontière entre circonstances externes et circonstances internes¹¹²⁸ n'est pas toujours facile à dessiner, de sorte qu'il n'est pas rare que lors de la mise en œuvre d'une méthode d'appréciation *in abstracto* les juges prennent en compte certaines circonstances propres à l'auteur du dommage et « particularisent » ainsi le devoir. Les juges considèrent notamment les inaptitudes physiques¹¹²⁹ et surtout les facteurs de supériorité de l'auteur du dommage comme le fait qu'il soit un professionnel¹¹³⁰.

Il a pu être observé néanmoins que « *la tendance à l'abstraction influence le droit de la responsabilité en général : aujourd'hui, la faute est moins considérée "in concreto" qu'"in abstracto", et l'on prête au justiciable des qualités d'intelligence et de prévision ou même des qualités de cœur, que le "bon père de famille" de jadis n'avait généralement pas (et que l'on a peut-être davantage aujourd'hui dans l'ensemble de la société)* »¹¹³¹.

Le choix de la méthode d'appréciation est d'une grande importance puisqu'il détermine non seulement l'ampleur de la tâche probatoire attribuée

¹¹²⁸ Distinction introduite par H. et L. Mazeaud, H. Mazeaud, et L. et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 1965, Monchrestien, 6 éd., Paris, n° 431 à 438.

¹¹²⁹ Voir la jurisprudence citée par N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, 1965, LGDJ, Paris, n° 54.

¹¹³⁰ Cass. 3e civ., 28 janvier 2003, n° 01-13.875, Lamyline. Voir également P. Conte, *Responsabilité du fait personnel*, Répertoire civil, Dalloz, Paris, n° 43 et 49.

¹¹³¹ M. Truchet, *Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis 40 ans*, Gazette du Palais (187)2002, 2 et s.

aux parties mais surtout le rôle du juge¹¹³². Il faut ici distinguer l'appréciation de l'attitude du défendeur logiquement concrète, et qui a lieu quelle que soit la source de la norme de comportement de référence, de la détermination du devoir de conduite en principe abstraite¹¹³³. En conséquence, le caractère intentionnel de la faute est apprécié *in concreto*¹¹³⁴ tandis que le contenu du devoir est arrêté *in abstracto*. La prédominance d'une approche *in abstracto* lors de l'appréciation du devoir permet en effet au juge de s'extraire de la particularité des faits et de s'interroger sur les conséquences de sa décision et plus particulièrement sur les modalités de l'organisation des rapports privés en résultant. L'identification des mesures à prendre aux fins de se conformer au devoir devrait donc être plus déductive qu'inductive.

2. Au sein du cyberspace

235. Contrairement à toute attente, le choix des articles 1382 et 1383 du Code civil comme fondement de la responsabilité civile du fournisseur de service de référencement commercial (a) ou du fournisseur de service de courtage en ligne (b) aboutit le plus souvent à la condamnation des prestataires intermédiaires, soit parce qu'ils savaient que les agissements étaient illicites, soit parce qu'ils étaient capables techniquement d'y mettre un terme ou de les prévenir. En dépit de la formulation abstraite du devoir général de vérifier que ses services ne sont pas utilisés à des fins illicites, les

¹¹³² P. Jourdain, *Fasc. 120-10: Droit à réparation. - Responsabilité fondée sur la faute. - Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes*, 2006, in *Jurisclasseur Code civil*, LexisNexis, Paris, §96.

¹¹³³ P. Jourdain, *Fasc. 120-10: Droit à réparation. - Responsabilité fondée sur la faute. - Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes*, 2006, in *Jurisclasseur Code civil*, LexisNexis, Paris, §97.

¹¹³⁴ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil -- Les obligations*, 2009, Dalloz, Paris, n° 727. Les deux méthodes d'appréciation sont ici utilisées conjointement. La qualification de faute est donc soumise au contrôle de la Cour de cassation.

juges induisent tantôt du savoir tantôt des pouvoirs techniques du PISEL deux modalités particulières de mise en œuvre de ce devoir général dont l'inobservation est systématiquement sanctionnée. Aussi, ils ne s'interrogent pas toujours sur les conséquences de la répartition des pouvoirs de régulation que ces modalités impliquent.

a. Le fournisseur de service de référencement commercial

236. Le devoir de faire cesser les agissements illicites dont le PISEL a connaissance - Même si les juges rejettent le grief de contrefaçon au motif le plus souvent que le fournisseur de service de référencement commercial n'utilise pas la marque en relation avec des produits ou services identiques ou similaires à ceux du propriétaire de la marque, ils n'hésitent pas à caractériser sa faute sur le fondement de l'article 1382 lorsque les circonstances le requièrent¹¹³⁵. La mise en œuvre du triptyque savoir/pouvoir/inertie¹¹³⁶

¹¹³⁵ TGI Nanterre, 2e ch., 17 janvier 2005, Accor c/ Overture Services Inc., JCP éd. E 2005, p. 921-923, note A. Singh, www.foruminternet.org ; TGI Paris, 3e section, 12 juillet 2006, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, 3e ch., 2e section, 8 décembre 2005, Kertel c/ Google et Cartephone, www.legalis.net. C'est le rôle actif du moteur de recherche en ce qui concerne la suggestion de mots pour l'affichage des annonces comme pour le positionnement des liens commerciaux les uns par rapport aux autres aussi bien que sa rémunération en fonction de la pertinence des mots-clefs sélectionnés qui expliquent cette qualification. Dans tous les cas les annonceurs sont des contrefacteurs, voire des concurrents déloyaux. Voir par exemple CA Paris, 4e ch., B, 19 octobre 2001, SARL Wolke Inks & Printers c/ SA Imaje, www.juriscom.net ; TGI Saint-Etienne, 3e ch., 6 décembre 1999, Sacem et a. c/ Roche et Battle, Comm. Com. électr. 2000, comm. 76 note Ch. Caron ; T. com. Paris, 24 novembre 2006, One Tel c/ Google France et OLFO, www.gazettedunet.fr ; TGI Nanterre, 2e ch., 14 décembre 2004, CNRRH, Pierre Alexis T. c/ Google France et autres, www.legalis.net, et CA Versailles, 23 mars 2006, Société Google France c/ S.A.R.L. CNRRH, www.gazettedunet.fr ; TGI Strasbourg, 1re ch. civ., 20 juillet 2007, Atrya c/ Google France et autres, RLDI 2007/30, n° 996, comm. E. Tardieu-Guigues, www.legalis.net ; TGI Paris, 14 mars 2008, Citadines c/ Google Inc. et Google France, www.juriscom.net ; TGI de Lyon, 13 mars 2008, Rentabiliweb Europe c/Monsieur NB, Moniseur HP, Clic-Event.com, Le Net Créatif, Google France, www.juriscom.net ; TGI Paris, 24 juin 2005, Amen c/ Espace 2001 et Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, 3e ch., 2e section, 8 décembre 2005, Kertel c/ Google, Cartephone, www.legalis.net ; TGI Paris, 3e ch., 3e section, 29 octobre 2002, Emmanuel Odin c/ SARL Le Ludion, www.legalis.net ; TGI Paris, 3e ch., 3e section, 19 octobre 2005, Free c/ Lyonnaise Coomunication Noos, www.legalis.net ; TGI Paris, 1re section, 31 octobre 2006, Iliad c/ Google, Helios Service, www.legalis.net. Voir également CJUE, 25 mars

censé servir de guide au pouvoir d'appréciation des juges devant délimiter les contours des devoirs pesant sur cette catégorie de PISEL se fait alors essentiellement *in concreto*, et ce sans que les conséquences en termes d'allocation des pouvoirs de régulation ne soient prises en compte. La connaissance ou le contrôle des données stockées semblent néanmoins à chaque fois caractérisés plus ou moins explicitement.

C'est le Tribunal de Grande Instance de Paris qui est l'un des premiers à rejeter le grief de contrefaçon pour condamner le fournisseur de service agissant en tant que régie publicitaire sur le fondement de l'article 1382¹¹³⁷.

2010, C-278/08, Die BergSpechte Outdoor Reisen un Alpenschule Edi Koblmüller GmbH c/ Günter Guni, trekking.at Reinsen GmbH. Comparer avec TGI Paris, 17 septembre 2008, 2L Multimédia c/ Meetic, www.legalis.net, qui pour ce qui est du référencement large refuse de considérer que l'annonceur est l'auteur d'un comportement fautif dans la mesure où ce dernier a requis, dès le lendemain de la signification de l'assignation, que les mots-clés correspondant aux marques du demandeur soient mis en « mots-clés négatifs ». Cette mesure permet en effet d'éviter l'apparition de liens commerciaux vers le site du défendeur lorsque notamment sont insérées au sein du moteur de recherche certaines variantes des mots-clés choisis par le défendeur. C'est en réalité au titulaire de la marque de défendre ses droits en indiquant notamment sur le formulaire de plainte du moteur de recherche les marques qu'il revendique et les sociétés autorisées à les utiliser.

¹¹³⁶ « Retenir la responsabilité du fournisseur d'accès ou du fournisseur d'hébergement (voire d'un autre intermédiaire tel qu'un moteur de recherche) nous paraît bien postuler qu'un reproche propre puisse lui être adressé. Or n'est indubitablement fautif que celui qui est à même techniquement d'intervenir, qui sait qu'il y a matière à intervention et, pour finir, ne fait rien. C'est là le triptyque : pouvoir – savoir – inertie ... » M. Vivant, *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet*, La Semaine Juridique ed. G. (45-46)1999, 2021-2025.

¹¹³⁷ TGI Paris, 3^e ch., 2^e, 8 décembre 2005, Kertel c/ Google, Cartephone, www.legalis.net. Voir également TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 27 avril 2006, AUTO IES c/ Google et autres, www.legalis.net (« Que ce faisant, en proposant les signes "AUTOIES" et "IES" à titre de mots clés, et non pas seulement le mot "auto" comme le soutient la défenderesse, en n'effectuant aucun contrôle préalable des mots clés réservés par ses clients et susceptibles de porter atteinte aux droits détenus par des tiers, et en l'occurrence par un autre des clients de son programme Adwords, en acceptant que les annonceurs choisissent les marques "AUTOIES" et "IES" pour orienter l'internaute vers leurs propres sites, la société Google a favorisé une activité contrefaisante pour les besoins de son activité publicitaire et a ainsi commis une faute à l'encontre de la société AUTO IES qu'elle connaît nécessairement pour l'avoir également référencée depuis le mois de septembre 2003 ») ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 9 mars 2006, Promovacances, Karavel c/ Google France, www.legalis.net (Tout en sanctionnant le moteur de recherche pour ses agissements contrefaisants les juges engagent sa responsabilité délictuelle sur le fondement des articles 1382 et s. : « Attendu que le système Adwords mis en place par Google tel que décrit ci-dessus permet à des sociétés concurrentes de se faire référencer en utilisant la marque d'un tiers ; Que ce faisant, en proposant les signes "Promovacances et Karavel" à titre de mots clés, en n'effectuant aucun contrôle préalable des mots clés réservés par ses clients et susceptibles de porter atteinte aux droits détenus par des tiers, et en l'occurrence par d'autres clients de son programme Adwords, en acceptant que les annonceurs

Dans l'affaire Kertel c/ Cartophone et Google, il énonce que le PISEL aurait dû effectuer un contrôle préalable des mots-clés réservés par ses clients afin d'éviter les utilisations susceptibles de porter atteinte aux droits des tiers. En l'espèce le PISEL connaissait nécessairement l'existence des droits violés puisque la victime était un de ses clients et qu'il avait supprimé le lien commercial renvoyant l'internaute usant du mot-clé litigieux vers le site d'une autre société aux agissements eux aussi contrefaisants suite à la réception d'un courrier du demandeur. Ils en concluent donc que le PISEL avait l'obligation, une fois informé des actes illicites commis par l'intermédiaire de son système, de faire cesser et d'empêcher définitivement tout agissement contrefaisant commis en violation des droits du titulaire de la marque protégée, même ceux qui n'étaient pas expressément visés par la personne l'en informant. Aucune distinction n'est opérée selon la plus ou moins grande visibilité de l'illicéité des agissements en cause.

237. Le devoir de prévenir les agissements illicites - Le litige opposant cette fois Google au Groupement Interprofessionnel des Fabricants d'Appareils d'Équipement Ménager (GIFAM)¹¹³⁸ donne l'occasion au

choisissent les marques "Promovacances et Karavel" pour orienter l'internaute vers leurs propres sites, la société Google France a favorisé une activité contrefaisante pour les besoins de son activité publicitaire et a ainsi commis une faute à l'encontre des sociétés Promovacances et Karavel qu'elle connaît nécessairement pour les avoir également référencées ; Qu'en outre, à la suite des premières réclamations des sociétés Promovacances et Karavel, [...], la société Google France prétend avoir "immédiatement réagi afin de désactiver les liens Adwords litigieux" alors qu'il résulte [...], que dix liens commerciaux vers divers sites concurrents apparaissaient toujours à cette date à la suite d'une recherche sur les mots clés "karavel", "promovacance" et "promovacances"; Attendu que la défenderesse qui avait donc l'obligation de faire cesser définitivement tout agissement contrefaisant commis à l'encontre des sociétés Promovacances et Karavel ne peut valablement ni invoquer sa bonne foi ni les contraintes techniques inhérentes à son système de référencement »).

¹¹³⁸ TGI Paris, 3e section, 12 juillet 2006, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net. Voir également les décisions suivantes rendues sur le fondement de l'article L.713-5 qui protège les marques renommées en octroyant à leurs titulaires une action en responsabilité civile délictuelle spéciale puisque la preuve du préjudice ou d'une faute suffit au succès de l'action en justice : TGI Paris, 12 décembre 2007, Syndicat Français de la Literie c/ Google France, www.juriscom.net (« Le tribunal estime que le blocage par la société Google de l'utilisation de la marque à titre de mot-clé est insuffisant puisque la marque continue à être disponible dans le cadre de la 'requête large'. Or, la société Google dispose des moyens techniques permettant de bloquer non seulement la marque à titre de mot-clé comme elle le fait déjà, mais également l'association de cette

Tribunal de grande instance de Paris d'aller plus loin. Aux dires du tribunal, pèse sur le PISEL une obligation de contrôle du choix par l'annonceur d'un mot-clé afin de vérifier que l'utilisation faite du signe distinctif est licite tant au regard du droit des marques qu'au regard des règles de loyauté du commerce. Puisque l'activité du fournisseur de service de référencement commercial se situe dans la vie des affaires, ce dernier se doit d'agir en respectant les usages loyaux du commerce. Ainsi, il se doit de prendre des mesures de précaution afin de ne pas faciliter la commission d'atteintes aux droits des tiers par ses clients. Parmi ces mesures de précaution, il faut compter les mesures de filtrage servant à empêcher les utilisations illicites de mots-clés. En l'espèce, le PISEL avait d'ailleurs affirmé avoir eu recours par la suite à des mesures de ce type afin de protéger les intérêts d'autres titulaires de droits¹¹³⁹.

marque avec des liens commerciaux apparaissant avec des mots-clés choisis en requête large ») ; CA Versailles, 12^e ch., 1^{re} section, 24 mai 2007, Google France c/ Hôtels Méridien, www.legalis.net (« Considérant que la société Google France qui connaissait nécessairement les marques de la société des Hôtels Méridien, présente sur l'internet et qui avait la possibilité, comme elle l'a démontré, suite aux plaintes de la société intimée, de faire placer les termes "le meridien" ou "meridien" "méridien" "le méridien" et certaines variantes sur une liste de filtrage et de bloquer le déclenchement de liens commerciaux sur des requêtes formées par les internautes à partir de ces termes, a fait un usage promotionnel des termes reproduisant ou imitant les marques de renommée "Méridien" et " Le Méridien" dans le cadre de la présentation de l'outil de suggestion de mots clés ; que contrairement à ce qu'elle soutient, le constat dressé le 1er juillet 2004 établit qu'à cette date ces termes étaient toujours utilisés dans l'outil de suggestion de mots clés ; qu'un tel usage constitue une exploitation injustifiée des marques de renommée "Méridien" et " Le Méridien" »). Quant au jugement du TGI Paris, 1^{re} section, 31 octobre 2006, Iliad c/ Google, Helios Service, www.legalis.net, il semble se fonder plus sur le préjudice causé au titulaire de la marque que sur la faute commise par le moteur de recherche.

¹¹³⁹ Quelques juridictions ont cependant été réticentes à caractériser la faute du moteur de recherche. Voir par exemple TGI Strasbourg, 1^{re} ch. civ., 20 juillet 2007, Atrya c/ Google France et autres, RLDI 2007/30, n° 996, comm. E. Tardieu-Guigues, www.legalis.net : « -les clients du service Adwords, qui sont des professionnels parfaitement sensibilisés par la société Google de l'impérieuse nécessité de respecter le droit des tiers (article 8 de ses conditions générales de vente), ont l'obligation de se renseigner sur la disponibilité du mot clé choisi, ils ont été invités par elle à contrôler eux-mêmes la disponibilité du mot-clé choisi par leur renvoi vers les sites icimarkes.com et euridile.com, - la société Google a mis en place un dispositif de filtrage a priori appelé "TM monitor List" empêchant le choix comme mot-clé par tout annonceur de divers signes indisponibles » ; TGI Nice, 3^e ch., 7 février 2006, TWD Industries c/ Google France, Google Inc., www.legalis.net (« Dans le cadre du programme AdWords les sociétés Google justifient qu'elles ont mis en place une validation des formulaires d'inscription dans les heures suivant leur souscription en ligne, ainsi qu'une procédure d'alerte à la demande de tiers se déclarant victimes d'atteintes à leurs droits, au terme de

Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris est cependant réformé par la Cour d'appel de Paris¹¹⁴⁰ pour qui le moteur de recherche doit être qualifié de contrefacteur puisque Google, en reproduisant la marque protégée du titulaire de droit en réponse à une sollicitation d'un annonceur, capte le pouvoir attractif de la marque en relation avec des produits pour la désignation desquels la marque a été enregistrée.

Qu'à cela ne tienne, le Tribunal de grande instance de Paris réitère son analyse dans une nouvelle affaire¹¹⁴¹ : « Google commet une faute sur le fondement de 1382 du Code civil en ne vérifiant pas après le choix par l'annonceur d'un mot clé constituant une marque ou une dénomination sociale ou un nom de domaine que cette utilisation par l'annonceur est licite tant au regard du droit des marques qu'au regard des règles de loyauté du commerce ». Puisque l'activité du moteur de recherche se situe dans la vie des affaires, ce dernier se doit d'agir en respectant les usages loyaux du commerce. Le PISEL doit donc prendre en amont des mesures de précaution afin de ne pas faciliter, au moyen de son dispositif technique, la commission d'atteintes aux droits des tiers par les annonceurs, ses clients. Et notamment le PISEL doit, dans la mesure du possible, mettre en place des mesures de filtrage des requêtes aboutissant à l'affichage de liens commerciaux illicites afin d'imposer aux annonceurs l'exclusion de leurs annonces en réponse aux requêtes comportant les signes

laquelle elle peut désactiver les liens commerciaux et insérer des mots clés dans une liste rouge bloquant pour l'avenir son générateur de mots clés en ce qui les concerne. En l'espèce les sociétés Google font en outre remarquer qu'elles n'ont jamais été sollicitées par la société TWD Industries au titre de la procédure d'alerte avant la délivrance de l'assignation en justice, et qu'elles ont pris les mesures ad hoc par précaution d'usage dans les 48 heures de ladite assignation. [...] Il faut en conclure que les sociétés Google ont pris dans des délais raisonnables, après en avoir été légalement avisées, les mesures qui leur ont permis de faire cesser les troubles allégués par la société TWD Industries, de sorte que l'on ne saurait leur imputer personnellement la persistance des atteintes »).

¹¹⁴⁰ CA Paris, 4e ch., B, 1^{er} février 2008, Gifam et a. c/ Google France, www.legalis.net. La Cour de cassation a refusé de se prononcer sur le pourvoi tant que la CJUE n'a pas fait savoir sa position sur la question préjudicielle soulevée le 20 mai 2008, Cass. com., 27 mai 2009, Google c/ Gifam et autres, www.legalis.net.

¹¹⁴¹ TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 7 janvier 2009, Voyageurs du Monde, Terres d'Aventure c/ Google et autres, www.legalis.net. Ce même tribunal est cependant particulièrement sévère pour ce qui des atteintes aux articles 20 de la LCEN et L.121-1 du Code de la consommation prohibant toute publicité trompeuse.

objets de droits privatifs. Cette obligation de moyens se transforme en obligation de résultat dès lors qu'il est établi que le PISEL avait connaissance des faits litigieux, ce notamment par l'intermédiaire des titulaires de droit.

238. Le devoir de mettre en garde ses clients - Le Tribunal de commerce de Paris¹¹⁴² partage la même opinion que le Tribunal de grande instance de Paris. Il distingue pourtant deux obligations dont l'exécution semble alternative : soit le PISEL contrôle le choix de mots-clés opéré par ses clients soit il met clairement en valeur auprès de ces derniers le risque que l'utilisation licite des mots-clés choisis soit « très vraisemblablement restreinte » avant leur acceptation de ses conditions générales. Ainsi, l'information adéquate des clients du PISEL enclins à s'engager dans une activité illicite suffirait à exonérer le PISEL de sa responsabilité civile.

Cette obligation d'information est également évoquée par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire GIFAM sans que son inexécution explique à elle seule la solution du tribunal. Les juges relevent simplement que le PISEL ne permettait pas à l'annonceur de vérifier de sa propre initiative la disponibilité du mot-clé qu'il suggérait à ce dernier d'utiliser¹¹⁴³.

¹¹⁴² T. com. Paris, 24 novembre 2006, One Tel c/ Google France et OLFO, www.gazettedunet.fr.

¹¹⁴³ Et cela en contravention aux recommandations du Forum des droits sur l'internet dont le PISEL se prévaut par ailleurs.

b. Le fournisseur de service de courtage en ligne

239. Le devoir de loyauté - Les juges se contentent parfois d'un raisonnement purement abstrait lorsqu'ils énoncent les devoirs qui s'imposent aux fournisseurs de service de courtage en ligne, sans pour autant s'intéresser aux conséquences en termes de répartition des pouvoirs de régulation. Cela est vrai tant qu'un autre moyen sert de fondement à la demande ou que la faute du PISEL n'est pas caractérisée.

Dans un arrêt du 7 mars 2007 la Cour d'appel de Paris¹¹⁴⁴ grève l'exploitant d'une plateforme de vente aux enchères de noms de domaine ne pouvant bénéficier du régime spécial de responsabilité des hébergeurs¹¹⁴⁵ d'une obligation de loyauté qui doit être exécutée lors de la mise en œuvre de son activité commerciale : « *Que, en outre, nonobstant les conditions générales de services dont elle entend se prévaloir, les principes de loyauté et de libre concurrence, attachés à l'exercice de toutes activités commerciales, imposent à une entreprise intervenant sur le marché de s'assurer que son activité ne génère pas d'actes illicites au préjudice de tout autre opérateur économique* ». Ce moyen est cependant surabondant.

Dans l'affaire eBay Europe c/ DWC en date du 9 novembre 2007 la Cour d'appel de Paris¹¹⁴⁶, tout en acceptant cette fois de qualifier l'exploitant d'une plateforme de ventes aux enchères d'hébergeur¹¹⁴⁷, affirme que « *pour autant,*

¹¹⁴⁴ CA Paris, 4^e ch., A, 7 mars 2007, Hôtels Méridien c/ Sedo, Stéphane H., www.legalis.net.

¹¹⁴⁵ Puisqu'elle « *édite un site internet consacré aux noms de domaine qu'elle propose à la vente et, d'autre part, réalise des liens hypertextes publicitaires de sorte qu'elle exploite commercialement le site www.sedo.fr* ». Cette solution est confirmée par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi. Cass, com, 21 octobre 2008, Sedo GmbH c/ Hôtels Méridien, Stéphane H, n° 07/14979, Inédit. Dans une autre affaire similaire le TGI de Paris a cependant usé d'une approche plus traditionnelle, TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 12 mars 2010, Dreamnex c/ Sedo GmbH.

¹¹⁴⁶ CA Paris, 14^e ch., B, 9 novembre 2007, eBay Europe c/ DWC, www.legalis.net. La Cour de cassation qui a eu récemment à connaître de l'affaire ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité en l'espèce du régime de responsabilité de l'hébergeur, ni sur la nature des devoirs à la charge du PISEL. Cass. com., 5 mai 2009, DWC c/ eBay, www.legalis.net.

¹¹⁴⁷ « *Considérant que le site www.ebay.fr est un support en ligne permettant à des professionnels ou des particuliers, à travers le monde, d'acheter ou de vendre en ligne des biens ou services ; qu'à ce titre,*

[il] n'est pas dispensée de veiller dans la mesure de ses moyens à ce que son site ne soit pas utilisé à des fins répréhensibles ». Une telle obligation est évoquée dans le but de justifier la fermeture sans préavis par eBay d'un compte de ses utilisateurs conformément aux conditions générales d'utilisation de son site¹¹⁴⁸. Ceci dit, il ne semble pas que la source de cette obligation soit purement contractuelle.

240. Les devoirs de prévenir les agissements illicites et de faire cesser les agissements illicites dont le PISEL a connaissance - Là encore, la mise en œuvre du triptyque savoir/pouvoir/inertie aux fins de déterminer les mesures de précaution à prendre par les fournisseurs de service de courtage en ligne se fait principalement au terme d'un raisonnement *in concreto*, sans que les juges adoptent de raisonnement conséquentialiste.

Quant au Tribunal de commerce de Paris qui s'est prononcé de manière identique dans trois affaires décidées le même jour¹¹⁴⁹, il énonce que pèse sur eBay¹¹⁵⁰ une obligation de s'assurer que son activité ne génère pas d'actes illicites. De manière plus spécifique, eBay doit vérifier que les vendeurs réalisant à titre habituel de nombreuses transactions sur ses sites sont dûment immatriculés auprès des administrations compétentes et ne dérogent pas aux réseaux de distribution sélective et aux règles applicables en la matière¹¹⁵¹ ni

*la société eBay n'agit ni pour le compte du vendeur, ni pour celui de l'acheteur ; qu'elle est un intermédiaire technique, tiers à la conclusion de la vente, son intervention se limitant à héberger les annonces ; Que l'activité de courtage aux enchères par voie électronique exercée par la société eBay relève donc de la définition de l'article 6-I 2° de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ». Pour une critique de cette solution, voir par exemple J. Huet, *eBay n'est pas un hébergeur*, Dalloz 2008, 1032 et s.*

¹¹⁴⁸ eBay sort donc indemne de cette affaire.

¹¹⁴⁹ T. com., Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Christian Dior Coutures c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net.

¹¹⁵⁰ Si eBay déploie une activité d'hébergement, elle est indivisible de son activité de courtage en ligne. Il ne peut donc bénéficier du régime spécial de responsabilité offert aux hébergeurs par l'article 6.I.2 de la LCEN.

¹¹⁵¹ T. com., Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net.

ne commettent des contrefaçons de marques¹¹⁵². C'est le refus délibéré du PISEL de mettre en place des mesures efficaces pour lutter contre la prolifération des actes illicites, comme notamment la création d'un environnement adéquate de présentation des vendeurs, l'obligation faite aux vendeurs de fournir un justificatif sur simple demande, la fermeture définitive des comptes des utilisateurs fautifs et le retrait immédiat des annonces illicites, ce surtout en dépit des demandes répétées des sociétés demanderesse, qui expliquent la solution¹¹⁵³. Le PISEL avait donc en l'espèce connaissance de l'existence d'activités illicites sur son système. Son inaction devait dès lors être sanctionnée. eBay est ainsi condamnée sous astreinte à faire cesser les atteintes aux droits de propriété industrielle comme à prévenir les dommages futurs¹¹⁵⁴.

241. Le devoir d'informer ses utilisateurs des risques de fraude -
Lorsque des consommateurs, ou tout au moins des utilisateurs d'eBay mettent en cause sa responsabilité en raison d'un dommage le plus souvent économique lié à la mauvaise exécution d'un contrat de vente conclu par l'intermédiaire du PISEL, les juges sont plus réticents à caractériser la faute de

¹¹⁵² T. com., Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Christian Dior Coutures c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net ; T. com., Paris, 1re ch., B, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net.

¹¹⁵³ Comparer avec T. com., 11^e ch., 11 décembre 2009, Groupement des brocanteurs de Saleya et autre c/ eBay Inc., www.legalis.net qui refuse de considérer qu'eBay doit être soumise à un devoir de « vérifier si ses utilisateurs non déclarés comme professionnels exercent en réalité une activité professionnelle et s'ils respectent les obligations, notamment sociales et fiscales, qui leur incombent éventuellement à ce titre ».

¹¹⁵⁴ En plus du paiement de dommages-intérêts. Le 11 juillet 2008, la Cour d'appel de Paris statuant en référé a rejeté l'ensemble des demandes des sociétés eBay Inc. et eBay International tendant à l'arrêt de l'exécution provisoire du jugement du 30 juin 2008 et à l'octroi d'un délai de 4 mois pour mettre en œuvre l'exécution des injonctions prononcées à leur encontre. CA Paris, 1re ch., P, 11 juillet 2008, eBay Inc. et eBay International AG c/ Guerlain et autres, www.legalis.net. Le 30 novembre 2009, le Tribunal de commerce de Paris a ordonné la liquidation des astreintes en raison du fait qu'« eBay ne démontre toutefois pas qu'en sa qualité d'entreprise multinationale de grande taille, elle ne disposait pas des moyens humains et technologiques ainsi que des capacités financières qui lui auraient permis d'affecter les ressources nécessaires afin de configurer les paramètres de ses sites conformément aux dispositions du jugement du 30 juin 2008 ». T. com., 1^{re} ch., 30 novembre 2009, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay, www.legalis.net.

ce dernier¹¹⁵⁵. La timidité des juges s'explique sans doute en raison du lien contractuel unissant la victime au PISEL, lien contractuel qui laisse à penser que la victime a accepté les risques de l'activité qu'elle a entreprise par l'intermédiaire du PISEL¹¹⁵⁶.

Fait néanmoins exception le jugement du Tribunal de grande instance de Rennes du 26 mars 2007¹¹⁵⁷ qui impose au PISEL une obligation d'information sur les risques de fraude et la sécurité des transactions à l'égard des personnes inscrites sur son site. En l'espèce, le PISEL reconnaît d'ailleurs l'existence de cette obligation comme en témoignent les pages de son site consacrées à ces matières. Pour autant il ne rapporte pas la preuve de son exécution. Sa responsabilité, certes partielle en raison de la faute de la victime, mais responsabilité tout de même est dès lors engagée.

La subjectivisation de la responsabilité des PISEL au moyen de la mise en œuvre du triptyque savoir/pouvoir/inertie sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil a donc souvent pour conséquence la condamnation du prestataire intermédiaire. Mais en faisant peser sur le fournisseur de service de référencement commercial comme sur le fournisseur de service de courtage en ligne un devoir général de prudence et de diligence, les juges ne se font pas toujours les promoteurs d'une stratégie de régulation publique. Quand bien même la juridicisation matérielle du processus de régulation

¹¹⁵⁵ Voir par exemple TGI Strasbourg, 1^{re} ch. civ., 15 décembre 2009, www.legalis.net ; Juridiction de proximité de Paris, jugement du 9 janvier 2008, Catherine L. c/ eBay France, www.legalis.net ; TI Grenoble, 1^{er} février 2007, C. c/ eBay Interational, Juris-Data n°2007-330518, Comm. Com. Electr. 2007, comm. 73 note Ph. Stoffel-Munck ; TI Pau, 26 février 2004, Dan Rick c/ eBay France, S.A., Juris-Data n°2004-241975, Comm. Com. Electr. 2004, comm. 92 note Ph. Stoffel-Munck ; TI Saint-Jean-de-Maurienne, 6 août 2003, Bruno Axelrad c/ eBay France S.A., Juris-Data n°2003-241976, Comm. Com. Electr. 2004, comm. 91 note Ph. Stoffel-Munck (qui retient d'ailleurs la qualification d'hébergeur).

¹¹⁵⁶ L'on fera remarquer cependant que le fournisseur de service de référencement commercial est dans certains cas lié contractuellement à la victime puisqu'il la référence également.

¹¹⁵⁷ TGI Rennes, 26 mars 2007, Stéphane L. c/ eBay France, eBay International AG, www.legalis.net. Comparez avec TGI Paris, 14 janvier 2010, Patrick M. c/ eBay France et autres, www.legalis.net.

serait recherchée par la responsabilisation des PISEL, elle pose problème dans la mesure où elle aboutit dans certains cas à une situation de surrégulation.

II. La juridicisation matérielle du processus de corégulation

242. La privatisation du processus de régulation engendrée par l'appréhension du comportement des PISEL dont l'activité n'est pas expressément visée par la LCEN, ce sur le fondement des articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle comme des articles 1382 et 1383 du Code civil, est ambiguë dans la mesure où le contenu des mesures de précaution requises à l'endroit des PISEL n'est pas toujours établi en fonction de leurs pouvoirs de régulation (A). La juridicisation matérielle du processus de régulation recherchée au moyen de l'imposition d'un devoir général de prudence et de diligence est donc sujette à critiques : alors que le pouvoir normatif n'est plus de la compétence exclusive des autorités publiques, le régime de responsabilité des régulateurs privés ne permet pas de garantir la conformité de la régulation privée à la régulation publique (B).

A. La privatisation ambiguë du processus de régulation

243. La marge de manœuvre attribuée aux juges - S'en référer aux articles 1382 et 1383 du Code civil dans le but de rendre compte du fondement de la responsabilité civile des fournisseurs de service de référencement commercial ou de service de courtage en ligne ne suffit pas à faire toute la lumière sur la nature de la stratégie de régulation sous-jacente. En effet, tout dépend de l'interprétation que font les juges de la notion de faute. Autrement dit, tout dépend de la nature des obligations mises à la charge de ces PISEL au moyen de l'imposition d'un devoir général de prudence et de diligence. À ce propos,

même si le fondement est différent de celui de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement, rien n'empêche les juges de se rapprocher des solutions de l'article 6 de la LCEN pour élaborer un régime de responsabilité similaire, ce qui en dépit des apparences ne semble pourtant pas être le cas. Il est d'ailleurs possible de s'interroger sur la stratégie de contournement des dispositions de l'article 6 de la LCEN au moyen des articles 1382 et 1383 du Code civil, comme en témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui n'hésite pas à procéder à un cumul de qualification¹¹⁵⁸.

244. Le point de départ : le constat fait par les juges du rôle clef des PISEL en matière de régulation des contenus en ligne - Une chose semble désormais certaine aujourd'hui : le potentiel que représentent les prestataires intermédiaires, ou du moins certains d'entre eux, en matière de régulation est de plus en plus fréquemment reconnu par les juges eux-mêmes. À propos d'eBay le Tribunal de commerce de Paris a ainsi pu affirmer : « *Attendu que eBay est l'acteur majeur du commerce électronique qu'il représente plusieurs centaines de millions d'utilisateurs, qu'il permet, comme sa devise l'indique "à n'importe qui, n'importe où et n'importe quand, d'offrir, de vendre ou d'acheter pratiquement tout ce qu'il ou elle souhaite... selon un système d'achat immédiat et un système d'enchères, communément appelé enchères en ligne"* »¹¹⁵⁹. De cet état de fait, l'on s'attendrait donc qu'un acteur tel qu'eBay soit investi d'un certain nombre d'obligations afin d'assurer la qualité du processus de régulation. À première vue, la dualité des devoirs mis à la charge des fournisseurs de service de référencement commercial et de courtage en ligne semble aller dans ce sens. Dès lors que ces devoirs sont calibrés avec précision, ce qui est de l'ordre du possible comme en témoigne la solution du Tribunal de grande instance de Troyes¹¹⁶⁰, la répartition des pouvoirs de régulation telle qu'elle

¹¹⁵⁸ CA Paris, 14^e ch., B, 9 novembre 2007, eBay Europe c/ DWC, www.legalis.net.

¹¹⁵⁹ T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net.

¹¹⁶⁰ Voir *supra* §239.

résulte de la LCEN est préservée. Cela doit être accueilli favorablement dans la mesure où il est difficile d'arguer que puisque le PISEL utilise de sa propre initiative ses capacités de régulation dans le but de poursuivre un objectif purement commercial¹¹⁶¹, l'exercice du pouvoir normatif par cet acteur privé devient légitime¹¹⁶².

245. La stratégie de régulation promue par les applications jurisprudentielles des dispositions en matière de responsabilité civile délictuelle de droit commun - De l'analyse de la jurisprudence précédemment citée, que la responsabilité civile du PISEL soit engagée sur le fondement des articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle ou des articles 1382 et 1383 du Code civil, il est difficile d'établir avec précision le contenu des obligations les grevant étant donné le peu de cohérence de la jurisprudence récente. Il semble pourtant que lorsque ces PISEL entreprennent une activité commerciale deux types d'obligations soient à leur charge.

245-1. La contrepartie du devoir de faire cesser les agissements illicites dont le PISEL a connaissance - Tout d'abord est à la charge des PISEL une obligation visant à faire cesser les agissements illicites dont ils ont connaissance.

L'on rappellera que la Cour d'appel de Versailles restreint le domaine de cette obligation. Elle a pu juger en effet à la faveur des fournisseurs de service de référencement commercial que cette obligation ne concerne que les mots-

¹¹⁶¹ Les PISEL au rôle passif sont eux aussi détenteurs de capacités de régulation même s'ils ne les utilisent pas de leur propre initiative. En témoigne la possibilité de les enjoindre de mettre un terme ou de prévenir les agissements illicites sur leurs systèmes.

¹¹⁶² Voir TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 13 mai 2009, L'Oréal et autres c/ eBay France et autres, www.legalis.net, qui n'hésite pas à sursoir à statuer sur le principe de la responsabilité des sociétés eBay afin de permettre aux parties de s'engager dans une procédure de médiation. En effet, « la prévention de la contrefaçon ne sera efficace dans ce domaine que par une collaboration étroite entre les titulaires des droits de marques et les sociétés eBay. Pour atteindre l'objectif commun de diminution de la contrefaçon et au vu des contraintes de l'autre, les parties devront accepter la mise en œuvre de mesures dont elles partageront dans des conditions à définir entre elles les frais de prise en charge étant souligné qu'aucun type de mesure ne doit être écarté a priori ».

clés manifestement illicites ou plus exactement les utilisations manifestement illicites de mots-clés¹¹⁶³.

De deux choses l'une. Soit il faut effectivement prendre au sérieux l'adverbe « manifestement » et la stratégie de régulation reste à dominante publique puisque l'activité normative est encore, du moins en théorie, entre les mains des autorités publiques. Autrement dit, le respect de la norme publique est sanctionné par le prestataire intermédiaire qui ne dispose pas de pouvoir d'appréciation quant à l'interprétation de son contenu. Soit l'obligation de faire cesser les agissements illicites, qu'elle soit de moyens ou de résultat d'ailleurs, naît alors même que l'utilisation du mot-clé n'est pas manifestement illicite comme, par exemple, lorsque le fournisseur de service de référencement commercial a été informé par le propriétaire de la marque d'usages allégués contrefaisants ou à partir du moment où il référence également la marque du demandeur¹¹⁶⁴. Dans ce cas, le processus de régulation se privatise puisque c'est au prestataire intermédiaire qu'il revient de décider de l'illicéité de l'utilisation en cause. À partir du moment où l'information de la victime est nécessaire afin que le PISEL soit considéré comme ayant connaissance de l'existence d'agissements illicites sur son système, l'activité de contrôle est exercée par les victimes des agissements illicites et non par le PISEL.

245-2. La contrepartie du devoir de prévenir les agissements illicites -
En sus, pèse sur les PISEL l'obligation de prévenir les agissements illicites. Ici tout dépend de la nature exacte des mesures de précaution mises à la charge des PISEL. Soit, il s'agit de faire en sorte que le PISEL opte pour une architecture de son système qui facilite le contrôle des agissements illicites par

¹¹⁶³ CA Versailles, 23 mars 2006, Société Google France c/ S.A.R.L. CNRRH, www.gazettedunet.fr. Voir *supra* §230-1.

¹¹⁶⁴ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 9 mars 2006, Promovacances, Karavel c/ Google France, www.legalis.net ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 27 avril 2006, AUTO IES c/ Google et autres, www.legalis.net.

les titulaires de marques victimes. C'est ce qui ressort de la solution adoptée par le Tribunal de grande instance de Troyes. Dans ce cas le pouvoir normatif est encore entre les mains des autorités publiques. Soit, quand bien même il ne s'agirait pas à proprement parler d'obliger le PISEL à contrôler de manière systématique et spontanée les comportements des internautes, il s'agit de contraindre le PISEL à limiter au moyen de l'architecture de son système le champ d'action de ses utilisateurs en se prononçant avant la réalisation de dommages sur l'illicéité d'un certain nombre d'actes. Autrement dit, une partie du pouvoir normatif est déléguée au PISEL, tout comme le pouvoir de sanction.

246. Les dangers de la privatisation ambiguë du processus de régulation – Même si la privatisation du processus de régulation répond à un souci d'effectivité, elle n'en devient pas de ce fait nécessairement efficace, à supposer qu'elle soit légitime, ce qui est loin d'être acquis. Elle est en effet susceptible d'aboutir à une situation de surrégulation : trop de comportements risquent d'être bannis. Cette menace de surrégulation ne concerne d'ailleurs que la protection des intérêts des titulaires de droit de propriété industrielle. Lorsque la victime n'est pas un titulaire de droits de propriété industrielle mais un consommateur la responsabilité de l'éditeur de services de courtage en ligne est en effet plus difficilement mise en œuvre sur le fondement des règles de droit commun semble-t-il¹¹⁶⁵.

Alors qu'il est relativement aisé pour un observateur extérieur de connaître les titulaires de droit de propriété industrielle et l'étendue de leurs droits du fait du dépôt, la délégation d'une partie du pouvoir normatif aux PISEL actifs est susceptible d'affecter l'exercice des droits et libertés fondamentaux sur Internet et notamment la liberté d'expression, voire même leur essence. Or cette dernière semble bien gagner en épaisseur au sein du

¹¹⁶⁵ Voir TGI Rennes, 26 mars 2007, Stéphane L. c/ eBay France, eBay International AG, www.legalis.net. eBay ne serait tenue que d'une obligation d'information.

cyberespace comme en témoignent deux arrêts récents rendus le même jour par deux chambres différentes de la Cour de cassation¹¹⁶⁶.

Dans la première affaire, il était reproché à l'association Greenpeace d'avoir reproduit et imité la marque Areva sur son site en l'associant à des images de mort. Les juges du fond avaient considéré que la défenderesse avait commis un abus de sa liberté d'expression en raison de la généralisation de sa critique puisqu'elle visait des activités autres que celles concernées par son but, à savoir la lutte contre les déchets nucléaires¹¹⁶⁷. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles 1382 du Code civil et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en énonçant que l'association Greenpeace avait agi conformément à son objet, dans un but d'intérêt général et de santé publique et ce par des moyens proportionnés à cette fin. Dès lors, l'association n'avait pas abusé de son droit à la libre expression. Ainsi de la confrontation de la liberté d'expression et de la responsabilité civile la première l'emporte, obtenant par ailleurs le statut d'un véritable droit subjectif, ce qui traduit la vigueur de cette liberté fondamentale sur le réseau¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁶ Cass. 1re civ., 8 avril 2008, n° 07-11.252, FS-P+B+I, Association Greenpeace France c/ SA SPCEA Areva, Juris-Data n° 2008-043507 et Cass. Com., 8 avril 2008, n° 06-10.961, FS-P+B, SA Esso c/ Association Greenpeace France, Juris-Data n° 2008-043528, www.legalis.net. Pour un commentaire voir C. Caron, *Marques et liberté d'expression: l'Eternel retour*, Communication Commerce Electronique (6)2008, comm. 77; Y. El Shazly, *La Cour de cassation met fin à la saga de Greenpeace - Vive la liberté d'expression!*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (39)2008, Actualités. Comparer avec CEDH, gr. ch., 22 octobre 2007, n° 21179 et 36448/02, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France, JCP éd. G. 2007, II, 10193, note E. Derieux.

¹¹⁶⁷ Toutes les demandes fondées sur la contrefaçon de marque avaient été rejetées.

¹¹⁶⁸ M. Caron fait d'ailleurs remarquer que par le passé la Cour de cassation avait décidé qu'une condamnation pour concurrence déloyale ne portait pas atteinte à la liberté d'expression. C. Caron, *Marques et liberté d'expression: l'Eternel retour*, Communication Commerce Electronique (6)2008, comm. 77, citant Cass. 1re civ., 4 avril 2006, n° 01-03.328, Sté Colmax c/ Sté Archange International et a., Juris-Data n° 2006-033037, Comm. Com. Electr. 2006, comm. 88 note Ch. Caron.

À ce propos, on mentionnera également un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris¹¹⁶⁹ qui n'hésite pas à tirer les conséquences juridiques de la très grande liberté d'expression qui prévaut sur les forums de discussion¹¹⁷⁰. Ainsi, les juges du deuxième de degré d'affirmer : « *Que ce type d'instrument informatique [forum de discussion] est un lieu virtuel de libre expression se caractérisant par une très grande liberté de propos ; Que dans les deux cas, le texte des messages incriminés, pour vifs, voire familiers, qu'ils soient, ne dépassent pas l'expression libre et critique habituelle de ce type de milieu* ». Dès lors, le caractère véritablement dénigrant de ces messages ne pouvait être établi.

La seconde affaire entendue par la Cour de cassation est pour nous d'un plus grand intérêt bien que la solution soit très proche de la première. Dans cette affaire, il était reproché toujours à l'association Greenpeace d'avoir reproduit sur son site la marque Esso en la modifiant et notamment en remplaçant les deux lettres « s » par des dollars. Les juges du fond rejetèrent tout grief de contrefaçon et de dénigrement. La Cour de cassation considère à nouveau que, aux vues de la nature de son objet, les moyens utilisés par l'association étaient proportionnés à l'expression de ses critiques et que dès lors la Cour d'appel a justifié sa décision sur ce point conformément au droit en vigueur. Elle casse cependant l'arrêt de cette dernière au visa de l'article 1382 car la Cour d'appel a rejeté la demande de dommages-intérêts de la société Esso fondée sur la reprise de la dénomination Esso dans le code source de son site comme méta-éléments (« meta-tag ») au seul motif qu'aucune

¹¹⁶⁹ CA Paris, 5e ch., B, 15 mai 2008, SARL Surperformance c/ SAS Daybyday et Société Boursier.com, www.foruminternet.org.

¹¹⁷⁰ Comparer avec TGI Paris, 3e ch., 1re section, 4 juillet 2001, Sté Compagnie Gervais Danone et Sté Groupe Danone c/ Olivier M., SA 7 Ways, Sté ELB Multimédia, association « Le Réseau Voltaire Pour la Liberté d'expression », Sté Gandi et Valentin L., www.legalis.net, (« *Que ni le droit à l'information, ni le droit à la liberté d'expression ne peuvent justifier l'imitation illicite incriminée et l'atteinte portée ainsi au droit de propriété de la société Compagnie Gervais Danone sur ses marques complexes alors même que l'imitation de la marque, si elle accompagne des propos par ailleurs librement tenus au fil des pages du site internet, n'est pas nécessaire à l'expression de cette opinion et ne sert qu'à illustrer des pages d'écran qu'il est possible d'illustrer autrement ; Attendu que l'exception de parodie, de pastiche ou de caricature, propre à la législation des droits d'auteur, n'existe pas en droit des marques* »).

contrefaçon n'était établie. Même si la contrefaçon n'est pas établie, rien n'empêche que le comportement de l'association ait exempt de fautes. Dès lors, la Cour d'appel aurait dû rechercher si le comportement de cette dernière n'était pas constitutif d'une faute avant de rejeter la demande en dommages-intérêts.

Mise à part la précision selon laquelle la contrefaçon de marque n'épuise pas le standard de la faute, l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans cette affaire est intéressant dans la mesure où il laisse à penser que l'utilisation de mots-clés reproduisant des marques protégées n'est pas nécessairement illicite et qu'un équilibre doit être trouvé entre la protection de la propriété industrielle et la promotion de la liberté d'expression.

L'utilisation de signes distinctifs comme méta-éléments revient en effet à utiliser ces derniers comme des mots-clés permettant notamment d'informer les moteurs de recherche sur la nature et le contenu d'une page web. Autrement dit, ces mots-clés permettent aux robots des moteurs de recherche d'indexer les pages web dans les bases de données suivant différentes entrées¹¹⁷¹. Le choix des méta-éléments par l'administrateur du site se rapproche donc du choix de mots-clés par l'annonceur, et chacune de ces activités est susceptible d'engendrer une utilisation non autorisée d'une marque protégée. Pour autant, rien n'est moins sûr dans la mesure où seule l'utilisation à titre de marque sans l'autorisation de son propriétaire est prohibée. En outre, la confrontation de la liberté ou plutôt du droit à la libre expression et la responsabilité civile n'aboutit pas nécessairement à la primauté de la seconde sur la première comme en témoignent les arrêts précédemment cités. Or, si le processus de régulation des contenus transmis en ligne se privatise complètement, il reviendra aux PISEL de trancher le conflit opposant la liberté d'expression à la responsabilité civile voire aux

¹¹⁷¹ Les moteurs de recherche se sont cependant beaucoup sophistiqués et les méta-éléments ont aujourd'hui perdu de leur efficacité.

droits de propriété industrielle, ce qui risque de se faire au détriment de la première.

Les réticences des moteurs de recherche à se conformer aux exigences européennes en matière de données personnelles¹¹⁷² ne sont pas de très bon augure pour ce qui est de cet arbitrage délicat. Il est vrai cependant que les facteurs de rattachement choisis par le législateur européen incitaient les PISEL à trouver les moyens de les contourner¹¹⁷³. Il aura donc fallu attendre la réaction du groupe des 29 « CNIL » européennes pour que les moteurs de recherche s'engagent à respecter les exigences européennes¹¹⁷⁴.

Pour méritoire que soit cette tentative de régir les comportements des fournisseurs de service de référencement commercial et des fournisseurs de service de courtage en ligne sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, elle aboutit dans certains cas à la privatisation complète du processus de régulation, ce que semble-t-il le dispositif de la LCEN avait voulu éviter. L'imposition d'un devoir de prudence et de diligence sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun ne permet donc pas d'encadrer de façon satisfaisante le processus de régulation.

¹¹⁷² E. Caprioli, *Impunité de Google en matière de vie privée sur le territoire français*, Communication Commerce Electronique (10)2008, comm. 119; M.-P. Fenoll-Trousseau, *Les moteurs de recherche: un piège pour les données à caractère personnel*, Communication Commerce Electronique (1)2006, Etude 3.

¹¹⁷³ Voir l'article 4 de la directive n° 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE n° L 281 du 23.11.1995, p. 31-50, et, pour une application jurisprudentielle, TGI Paris, réf., 14 avril 2008, Bénédicte S c/ Google Inc., Google France, www.legalis.net, qui rejette l'application de la loi française.

¹¹⁷⁴ Le 4 avril 2008, le groupe des 29 (groupe des CNIL européennes) a donc réagi en adoptant à l'unanimité un avis précisant les règles applicables aux moteurs de recherche, WP 148 : http://ec.europa.eu/justice_home/fsi/privacy/index_fr.htm. Cet avis, qui résulte d'une concertation avec les acteurs majeurs du secteur, précise notamment que les données personnelles enregistrées par les moteurs de recherche, doivent être effacées au plus tard au bout de 6 mois, ce que certains acteurs semblent avoir pris en compte. Microsoft, Yahoo! et surtout de Google restent cependant réticents à généraliser cette mesure.

B. L'imposition d'un devoir de prudence et de diligence sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun

247. Le devoir de faciliter la détection des agissements illicites - Tant qu'il ne s'agit que d'imposer aux PISEL actifs un devoir faire cesser les agissements manifestement illicites et un devoir de faciliter la détection des agissements illicites, ce sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun, la juridicisation matérielle du processus de régulation ne pose pas de problème dans la mesure où les PISEL ne sont conçus que comme les exécutants des décisions d'ordre normatif prises par les autorités publiques. L'on peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité de la distinction PISEL passif/PISEL actif justifiant l'application de régimes de responsabilité différents en fonction de l'exercice ou non par le PISEL de ses capacités de régulation à l'encontre de ses utilisateurs. Un PISEL au rôle passif refusant d'exercer ses capacités de régulation dans le cadre de sa stratégie commerciale ne doit-t-il pas lui aussi faciliter la détection des agissements illicites?

248. Le devoir de réguler les comportements de ses utilisateurs - Dès qu'il s'agit de réclamer aux PISEL actifs des mesures de précaution et de diligence tel que le filtrage préventif des mots-clés en fonction de l'activité de l'annonceur, mesures qui les obligent à exercer un pouvoir normatif, les juges contraignent les prestataires intermédiaires à prendre l'initiative de la mise en oeuvre du processus de régulation.

Certes la privatisation complète du processus de régulation a bien pour contrepartie la responsabilisation des régulateurs privés, que ce soit sur le fondement des articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle ou sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Autrement dit, la juridicisation du processus de régulation privée est recherchée grâce à la mise en oeuvre de la responsabilité des régulateurs privés en cas d'inexécution de leur devoir de réguler.

La sanction de l'inexécution de ce devoir est d'ailleurs susceptible d'être relativement coûteuse pour les PISEL. Les tribunaux français n'ont en effet pas eu de mal à chiffrer de manière conséquente les dommages-intérêts au paiement desquels les fournisseurs de service de référencement commercial, le plus souvent Google, se sont vus condamner¹¹⁷⁵. Le Tribunal de commerce de Paris n'a pas hésité à apprécier le préjudice subi par les sociétés victimes des omissions fautives d'eBay au regard des revenus perçus par cette dernière grâce à l'insertion et à la mise en valeur des annonces illicites¹¹⁷⁶.

Pourtant, si le déni de régulation est ainsi sanctionné, rien ne garantit qu'un véritable contentieux de la régulation privée puisse exister. Quid lorsque le PISEL effectivement régule, mais qu'il régule mal, à savoir qu'il met fin à une utilisation licite d'un mot-clé ? De quelles garanties bénéficie l'utilisateur du PISEL dont les agissements sont allégués illicites afin de faire entendre ses droits avant que la sanction ne soit prononcée par le régulateur privé ? Cela est d'autant plus problématique que la mise en oeuvre de la régulation tend à créer une situation de surrégulation telle que trop de contenus risquent d'être retirés du réseau.

249. Les limites de l'approche traditionnelle de la responsabilité civile -

La portée du devoir de prudence et de diligence imposée aux PISEL actifs dépend la manière dont est formulé le débat relatif à la responsabilité civile des PISEL.

¹¹⁷⁵ Voir par exemple TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 7 janvier 2009, Voyageurs du Monde, Terres d'Aventure c/ Google et autres, www.legalis.net. (200 000 euros au bénéfice de la première défenderesse + 150 000 euros au bénéfice de la seconde) ; CA Versailles, 12^e ch., section 1, 24 mai 2007, Google France c/ Hôtels Méridien, www.legalis.net (80 000 euros) ; CA Paris, 4^e ch., A, 28 juin 2006, Google France c/ Louis Vuitton Malletier, www.legalis.net (300 000 euros).

¹¹⁷⁶ T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net (1 013 000 euros à la première défenderesse, 667 000 euros à la deuxième, 686 000 euros à la troisième, 686 000 euros à la quatrième) ; T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Christian Dior Coutures c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net (16 300 000 euros) ; T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Louis Vuitton Malletier c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net (19 180 000 euros).

249-1. La responsabilité des PISEL du fait de leurs utilisateurs - Certes, la responsabilité civile des PISEL peut être considérée comme une hypothèse particulière de responsabilité du fait d'autrui.

Comme l'énonce Mme Viney « *les hypothèses de responsabilité purement délictuelle du fait d'autrui sont celles qui reposent sur un pouvoir de surveillance et de contrôle exercé sur autrui* »¹¹⁷⁷.

Parmi ces hypothèses, il faut compter la responsabilité des père et mère pour le fait de leur enfant mineur, la responsabilité de l'artisan pour le fait de l'apprenti et depuis l'arrêt consorts Blicq du 29 mars 1991¹¹⁷⁸ la responsabilité des personnes (autres que les parents) exerçant un contrôle permanent sur le mode de vie d'individus dont l'état physique ou mental crée un risque pour la communauté à l'exemple des enfants, des délinquants, des handicapés... Ce sont là des hypothèses de responsabilité de plein droit¹¹⁷⁹ en vertu desquelles le responsable ne peut s'exonérer en démontrant qu'il n'a commis aucune faute. L'on cherche en effet ici à améliorer le sort des victimes en identifiant un responsable solvable.

¹¹⁷⁷ G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 170-3.

¹¹⁷⁸ Cass. ass. plén. 29 mars 1991, JCP éd. G 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin, D. 1991, p. 324, note C. Larroumet, D. 1991, somm., p. 324, n° 17, obs. J.-L. Aubert, RFDA 1991, p. 991, obs. P. Bon ; Resp. civ. et assur. 1991, chron. n° 9 H. Groutel ; M. Béhar-Touchais, *Nouvelles orientations en matière de responsabilité du fait d'autrui*, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, Bull. F. Lefebvre 1991, p. 487 et s ; P. Jourdain, *La reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas particuliers énoncés dans l'article 1384*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1991, p. 541 et s. ; G. Viney, *Vers un élargissement de la catégorie des "personnes dont on doit répondre" : la porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil*, Dalloz 1991, p. 157 et s.

¹¹⁷⁹ Ce notamment depuis un arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation du 19 février 1997 relatif à la responsabilité des père et mère. Bull. civ., II, n° 56, JCP éd. G 1997, II, 22848, concl. R. Kessous, note G. Viney, D. 1997, p. 265, note P. Jourdain, Gaz. Pal. 1997, p. 572, note F. Chabas, D. 1997, somm. comm., obs. D. Mazeaud. Pour un commentaire voir également F. Leduc, *La responsabilité des père et mère: changement de nature*, Responsabilité civile et assurance 1997, chron. n°9 ; C. Radé, *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui*, Dalloz 1997, chron. p. 279 Dans le même sens 3 arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendus le 26 mars 1997, Bull. crim., n° 124, JCP éd. G 1997, II, 22868, rapport F. Desportes, JCP éd. G 1998, II, 10015, note M. Huyette, D. 1998, somm. comm., obs. D. Mazeaud.

Surtout, il faut ajouter depuis deux arrêts rendus par la 2^e chambre civile de la Cour de cassation le 22 mai 1995¹¹⁸⁰ la responsabilité de personnes ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres¹¹⁸¹. Il s'agit d'une jurisprudence essentiellement réservée aux clubs sportifs en raison des dommages causés par leurs membres¹¹⁸². Pour autant, les conditions de mise en œuvre de cette hypothèse de responsabilité n'ont pas encore été toutes explicitées avec précision.

En arguant du fait que les PISEL disposent d'un droit de contrôler l'activité de leurs utilisateurs, il serait possible de prétendre que le régime de responsabilité des PISEL n'est rien d'autre qu'un exemple de responsabilité de personnes ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres. Ce droit serait de source contractuelle à moins qu'il n'existe un devoir général de source délictuelle s'imposant à tous les PISEL dotés de la capacité de réguler l'activité de leurs clients sur leurs systèmes ou réseaux. Cette seconde solution serait plus opportune dans la

¹¹⁸⁰ Bull. civ. II, n° 155, Resp. civ. et assur. 1995, comm. n° 289 et chron. n°36 H. Groutel, JCP éd. G 1995, II, 22550, note C. Mouly, D. 1996, p. 29, obs. F. Alaphilippe, Defrénois 1996, p. 357, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 1996, 1, p. 26, note F. Chabas, LPA 1996, n° 15, p. 16, note S. Hocquet-Berge. Voir également Cass. ass. plén., 29 juin 2007, *Société La Sauvegarde c/ Marcos*, n° 06-18.141, F+B+R+I, D. 2007. 2408, note J. François, 2346, Pan. Droit du sport, RLDC 2007. 2690, chron. M. Mekki, D. 2007. pan. 2903, obs. Ph. Brun, JCP éd. G 2007. II. 10150, note J.-M. Marmayou.

¹¹⁸¹ Pour une explicitation de la dualité des cas de responsabilité pour autrui, voir G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris, n° 789-14 et s et M. Marteau-Petit, *La dualité des critères de mise en oeuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui (La distinction entre le contrôle du mode de vie des personnes et le contrôle exercé sur une activité)*, RRJ, Droit Prospectif (1)2002, 1 et s.

¹¹⁸² Voir par exemple Cass. 2e civ., 3 février 2000, Bull. civ. II, n° 26, JCP éd. G 2000, II, 10316, note J. Mouly. Des associations de loisir ont également pu voir leur responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}. Cass. civ. 2e, 12 décembre 2002, AXA assurances IARD et autre c/ Yvon et autres, n° 00-13553, Bull. civ. II, n° 289, D. 2003.IR. 107 et les obs.; Resp. civ. et assur. 2003, chron. n°4 H. Groutel. Pour d'autres applications plus anecdotiques voir la jurisprudence citée par G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris, n° 789-24. La Cour de cassation a refusé l'extension de cette hypothèse de responsabilité du fait d'autrui aux syndicats (Cass. 2^e civ., 26 octobre 2006, n° 04-11665, Bull. civ. II, n° 299), de même qu'aux associations de chasse (Cass. 2e civ., 11 septembre 2008, n° 07-15.842, FS P+B, FGAO c/ Guillet, JurisData n° 2008-044958).

mesure où les PISEL et notamment les moteurs de recherche ne sont pas nécessairement liés par contrat avec leurs utilisateurs.

Aux vues des applications jurisprudentielles, l'objectif de la responsabilité de personnes ayant pour mission d'organiser, de diriger et contrôler l'activité de leurs membres est cependant d'identifier un responsable solvable, ce lorsque l'auteur direct du dommage (jusqu'ici inconnu) voit son activité encadrée par une personne (principalement morale) chargée du respect des règles du jeu¹¹⁸³. Il s'agit d'ailleurs d'un régime de responsabilité de plein droit, même si un simple fait illicite commis par un joueur ne suffit pas à engager la responsabilité du club¹¹⁸⁴.

¹¹⁸³ Bull. civ. II, n° 155, Resp. civ. et assur. 1995, comm. n° 289 et chron. n°36 H. Groutel, JCP éd. G 1995, II, 22550, note C. Mouly, D. 1996, p. 29, obs. F. Alaphilippe, Defrénois 1996, p. 357, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 1996, 1, p. 26, note F. Chabas, LPA 1996, n° 15, p. 16, note S. Hocquet-Berge. Reste à savoir si la responsabilité du fait d'autrui doit être comprise comme une véritable garantie ou plutôt comme une responsabilité de substitution. Voir à ce propos J. Mouly, *Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui?*, Responsabilité civile et assurances (9)2008, étude 10.

¹¹⁸⁴ Voir Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, Bull. civ., II, n° 356, Resp. civ. et assur. 2004, Etude n° 1 J.-C. Saint Pau ; D. 2004, p. 300, note G. Bouche, JCP éd. G 2004 G, II, 10017, note J. Mouly, JCP éd. G 2004, I, 163, n° 29, obs. G. Viney (« *Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, dont il résulte qu'aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu et imputable à un joueur, même non identifié, membre de l'association sportive à laquelle M. Le X... appartenait lui-même n'était établie, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a légalement justifié sa décision au regard de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil* ») ; Cass. 2e civ., 13 mai 2004, Bull. civ., II, n° 232, D. 2004, p. 1711 (« *Qu'en statuant ainsi, alors que ces motifs ne caractérisaient pas une faute consistant en une violation des règles du jeu commise par un ou plusieurs joueurs, même non identifiés, faute seule de nature à engager la responsabilité d'une association sportive, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ») ; Cass. 2e civ., 13 janvier 2005, Bull. civ., II, n° 10 (« *Attendu que les associations sportives, ayant pour objet d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions et entraînements auxquels ils participent, sont responsables de plein droit des dommages qu'ils causent par leur faute caractérisée par une violation des règles du jeu* ») ; Cass. 2e civ., 22 septembre 2005, Bull. civ., II, n° 233, JCP éd. G 2006, II, 10000, note D. Bakouche, D. 2005, IR, p. 2706 (« *Attendu, selon ce texte, que les associations sportives, ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions et entraînements auxquels ils participent, sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu est imputable à l'un de ses membres, même non identifié* ») ; Cass. 1re civ., 16 mai 2006, JCP éd. G 2006, IV, 2278, p. 1202, Resp. civ. et assur. 2006, comm. 217 ; Cass. ass. plén., 29 juin 2007, *Société La Sauvegarde c/ Marcos*, n° 06-18.141, F+B+R+I, D. 2007. 2408, note J. François, 2346, Pan. Droit du sport, RLDC 2007. 2690, chron. M. Mekki, D. 2007. pan. 2903, obs. Ph. Brun, JCP éd. G 2007. II. 10150, note J.-M. Marmayou (« *Attendu que les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres, sont responsables des dommages* »).

Certes, un régime de responsabilité de plein droit est susceptible de servir la fonction préventive de la responsabilité civile délictuelle en incitant les personnes les mieux placées pour éviter le dommage à prendre les mesures de précaution nécessaires. Pour autant raisonner par analogie et user d'un régime de ce type pour ce qui est des PISEL a pour conséquence d'inciter ces derniers à empêcher ou faire cesser les agissements simplement douteux. L'on risque donc d'aboutir à une situation de surrégulation puisqu'au final trop de contenus seront probablement retirés du réseau, y compris des contenus licites dont la présence est indispensable si l'on désire garantir un niveau élevé de protection des libertés fondamentales comme la liberté d'expression ou la liberté du commerce et de l'industrie.

249-2. La responsabilité des PISEL en tant que régulateurs privés - Substituer le fondement de la faute à celui de l'obligation de garantie voire à celui de la théorie du risque, ne permet pas nécessairement d'éviter le danger de la surrégulation des contenus. Plus généralement, troquer la fonction compensatoire contre la fonction préventive de la responsabilité civile ne permet pas encore de faire ressortir la singularité du rôle joué par les PISEL au sein du processus de régulation des contenus illicites transmis sur le réseau Internet.

Il convient de s'interroger sur la répartition des prérogatives de régulation engendrée par le régime de responsabilité élaboré par le législateur ou par le juge, autrement dit de s'interroger sur la nature de la stratégie de régulation à poursuivre. De la réponse à cette question doit dépendre le contenu exact des obligations mises à la charge des acteurs privés en cause.

Obliger les PISEL à informer leurs utilisateurs de l'existence des droits des tiers comme à faciliter la détection des agissements illicites n'a pas pour

qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu est imputable à un ou plusieurs de leurs membres, même non identifiés »).

conséquence de déléguer l'activité de régulation aux PISEL et ce quelle que soit la nature de leurs activités.

À supposer qu'une stratégie de régulation à dominante privée soit opportune dans certaines hypothèses¹¹⁸⁵, il faut faire en sorte que le régime de responsabilité des acteurs privés, auxquels les prérogatives de régulation sont implicitement déléguées, permette de sanctionner non seulement le déni de régulation mais aussi la régulation de mauvaise qualité tout comme les situations d'abus de pouvoir. En outre, le bénéfice du doute devrait pouvoir bénéficier à l'auteur allégué de l'infraction tant qu'un certain nombre de garanties procédurales ne sont pas présentes.

Mis à part les problèmes de légitimité liés à la privatisation de la justice, une stratégie de régulation à dominante privée risque cependant de ne pas être entièrement satisfaisante dans la mesure où la mise en œuvre de la responsabilité des PISEL du fait de la sanction d'agissements licites n'est pas toujours aisée pour les victimes, en particulier lorsque les PISEL usent de moyens techniques opaques afin de restreindre en amont les droits et libertés de leurs utilisateurs.

Conclusion

250. La diversité des activités susceptibles d'être entreprises par les PISEL au rôle actif a pour conséquence le recours accru aux dispositions de droit commun de la responsabilité civile délictuelle et en particulier aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Les juges retrouvent alors une marge de manœuvre substantielle pour ce qui est de la définition du contenu des devoirs grevant ces acteurs privés au rôle de relais de la normativité étatique.

¹¹⁸⁵ Si la régulation privée doit être de mise même lorsque les agissements ne sont pas manifestement illicites, il faut déterminer en amont la nature des intérêts que les PISEL doivent protéger afin de délimiter le domaine de la régulation privée.

C'est donc sans surprise que le régime de responsabilité des fournisseurs de service de référencement commercial et de service de courtage en ligne s'est autonomisé par rapport à la lettre de l'article 6 de la LCEN condamnée à être de moins en moins déterminante.

Quand bien même la subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle des PISEL au rôle actif serait exacerbée par une approche *in concreto* rendant périlleuse toute tentative de généralisation à partir des solutions particulières esquissées par les juges, elle aboutit dans certains cas à la privatisation complète du processus de régulation dont l'initiative de la mise en oeuvre ressort désormais de la compétence de principe des PISEL. En effet, en grevant les fournisseurs de service de référencement commercial et les fournisseurs de service de courtage en ligne d'un devoir de faire cesser les agissements illicites dont ils ont connaissance, et d'un devoir de prévenir les agissements illicites, les juges ne calibrent pas toujours à bon escient le contenu des mesures de précaution et de diligence à la charge des PISEL.

Si la juridicisation du processus de corégulation est alors recherchée au moyen de la mise en oeuvre de la responsabilité des régulateurs privés lorsqu'ils se refusent à réguler, la régulation effective mais de mauvaise qualité ne semble pas effrayer les juges. À supposer que les PISEL actifs doivent être compétents en cas d'agissements simplement illicites et non pas manifestement illicites, ce qui ne va pas nécessairement de soi, le régime de responsabilité de ces régulateurs privés élaboré par la jurisprudence est donc peu satisfaisant dans la mesure où il ne permet pas de rendre efficace la stratégie de corégulation poursuivie. L'application de ce régime est en effet susceptible d'aboutir à une situation de surrégulation particulièrement dommageable pour l'exercice des libertés fondamentales comme la liberté d'expression.

Tableau de synthèse de la stratégie de régulation promue par l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil

Type de contenu	
Obligation de régulation fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil	Tout type de contenu illicite et en particulier les contrefaçons de marque
obligation de fixation de la norme d'accessibilité	oui
obligation de contrôle	oui si la connaissance des agissements illicites ne s'obtient pas seulement par l'intermédiaire des victimes
obligation de sanction	oui

1. La régulation privée est obligatoire
2. La stratégie de régulation préserve les intérêts des victimes (en pratique les titulaires de droit de propriété industrielle)

CHAPITRE CONCLUSIF. L'ENCADREMENT DU PROCESSUS DE REGULATION PRIVEE AU MOYEN DE LA RESPONSABILITE CIVILE

251. La régulation privée de l'Internet a très tôt trouvé ses adeptes¹¹⁸⁶. Les difficultés rencontrées par la régulation publique directe au sein du cyberspace nécessitent en effet de s'en remettre à des méthodes de régulation alternatives au rang desquelles la régulation privée fait figure de principal prétendant en raison de la facilité et de l'apparente efficacité de sa mise en œuvre. La régulation privée n'est cependant pas sans danger pour les droits et libertés fondamentaux comme en témoignent des contributions plus récentes à la recherche d'un mode de « régulation hybride »¹¹⁸⁷ offrant un cadre de droit public - au sens fonctionnel du terme¹¹⁸⁸ - adapté à la constitution d'espaces de régulation privée.

L'élaboration d'un cadre de droit public, destiné à limiter la marge de manœuvre des régulateurs privés que sont les PISEL et à contrôler l'exercice de leurs pouvoirs de régulation, demande tout d'abord de s'interroger sur la nature de la stratégie de régulation à poursuivre.

Une fois cette variable déterminée à l'issue d'un choix qui ne peut être que politique, il convient de s'intéresser aux outils juridiques utiles à l'encadrement de la mise en œuvre du processus de régulation. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile

¹¹⁸⁶ L. J. Gibbons, *No regulation, government regulation, or self-regulation: social enforcement or social contracting for governance in cyberspace*, Cornell Journal of Law and Public Policy (6)1997, 475-551; T. Hardy, *The proper legal regime for "cyberspace"*, University of Pittsburgh Law Review (55)1994, 993-1055; D. R. Johnson et D. G. Post, *Law and borders - The rise of law in cyberspace*, Stanford Law Review (48)1996, 1367-1402; D. G. Post, *Anarchy, State and the Internet: an essay on law-making in cyberspace*, Journal of Online law 1995, art. 3.

¹¹⁸⁷ H. H. J. Perritt, *Towards a hybrid regulatory scheme for the Internet*, University of Chicago Legal Forum (2001)2001, 215-322. Par « régulation hybride », cet auteur entend la combinaison d'un cadre de droit public et de régimes de régulation privée œuvrant à l'intérieur du premier aux fins de concrétiser dans le détail les principes de droit public.

¹¹⁸⁸ Qui témoigne donc de la volonté de l'autorité publique de régir l'activité sociale en cause.

délictuelle mérite alors d'être analysée avec un intérêt particulier¹¹⁸⁹. C'est ce que nous avons tenté de faire tout au long de cette étude en mettant en lumière la fonction de promotion d'une stratégie de régulation servie par la responsabilité civile.

Sans grande surprise, la manière dont est comprise la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle varie en fonction des traditions nationales, et ce même à l'heure de l'expansion transfrontière du cyberspace. Mais contrairement à toute attente, les différences s'expliquent moins par l'attribution de fonctions distinctes à la régulation privée et à la responsabilité civile en France et aux États-Unis (telles que la régulation privée à l'instar de la régulation publique viserait la prévention des dommages tandis que la responsabilité civile délictuelle servirait l'indemnisation des victimes) que par le choix initial d'une stratégie de régulation à dominante publique ou une stratégie de régulation à dominante privée.

En France comme aux États-Unis, les régimes de responsabilité civile délictuelle des PISEL s'expliquent plutôt par la nécessité de prévenir les dommages que d'indemniser les victimes. Plus exactement, il s'agit d'abord de répondre à un souci d'efficacité de l'action publique en incitant les PISEL à jouer le rôle de relais de la normativité étatique.

Certes, l'indemnisation des victimes n'est pas totalement délaissée puisqu'une action contre les auteurs principaux des dommages est toujours possible et que la cessation de l'activité dommageable dans bien des cas aura pour conséquence de réduire une partie¹¹⁹⁰ du dommage subi et en particulier

¹¹⁸⁹ Voir les propos fondateurs de M. Cafaggi à ce propos, F. Cafaggi, *A coordinated approach to regulation and civil liability in European law : rethinking institutional complementarities*, EUI working paper LAW n° 05/13 2005, 1-40; F. Cafaggi, *Product safety, private standard-setting and information networks*, 2009, in F. Cafaggi and H. Muir-Watt, *The regulatory function of European private law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 207-242.

¹¹⁹⁰ Lorsque l'injonction vise à prévenir un dommage imminent, c'est le dommage dans son entier qui est évité.

le dommage futur dont l'ampleur risque d'être démesurée par rapport au dommage actuel.

Il est cependant difficile d'aller plus loin et de faire jouer aux PISEL le rôle de garants en les condamnant systématiquement au paiement de dommages-intérêts lors de la transmission de contenus dommageables sur leurs systèmes ou réseaux dans la mesure où les PISEL risqueraient de se substituer à l'autorité publique sans que ni les fondements de leurs actions ni la procédure suivie soient conformes aux exigences de l'ordre public.

Pour autant, il ne suffit pas d'exclure le mécanisme de la responsabilité objective (dont la mise en œuvre ne dépendrait que de la caractérisation d'un dommage et de l'implication du PISEL garant) pour impulser une régulation privée de qualité.

Or c'est bien à une régulation privée de qualité à laquelle les législateurs régionaux et nationaux prétendent dans la mesure où il s'agit encore de rendre effectif le respect des règles étatiques en adoptant pour ce faire une stratégie de régulation efficace.

Inciter les PISEL à jouer le rôle de relais de la normativité étatique au moyen de la responsabilité civile nécessite tout d'abord d'identifier les prestataires intermédiaires au rôle de régulateur privé. Cela implique notamment de mettre en évidence les différentes formes de la régulation privée eu égard au « moment » de son intervention. À ce propos, des solutions intéressantes ont parfois été trouvées par les juges plutôt que par les législateurs (I).

Inciter les PISEL à jouer le rôle de relais de la normativité étatique au moyen de la responsabilité civile nécessite ensuite de faire en sorte que les critères de la légitimité, de l'effectivité et de la conformité de la régulation privée soient remplis. Cela implique de commencer par reconnaître l'ambivalence du rôle joué par les PISEL qui ne doivent pas être considérés trop rapidement comme des relais fidèles de la normativité étatique. À cet

effet, les législateurs et les juges nationaux ont tantôt privilégié le critère de l'effectivité et de la légitimité, tantôt celui de la légitimité et de la conformité, sans qu'une solution entièrement satisfaisante ait été trouvée (II).

I. Le déploiement de la régulation privée au sein du cyberspace

252. La régulation privée entreprise par les PISEL se manifeste par l'exercice d'un contrôle sur l'activité de leurs utilisateurs, contrôle de nature technologique au moyen de l'architecture de leurs services, et/ou de nature juridique sur le fondement des conditions d'utilisation de leurs services (A). Elle est donc susceptible de s'opérer soit en amont, soit en aval de la réalisation du dommage (B).

A. Les critères utiles à l'identification des régulateurs privés

253. Si les PISEL doivent bien être considérés comme des régulateurs privés à part entière, c'est en raison de la nature du contrôle qu'ils exercent sur leurs utilisateurs. Le critère utilisé par la Cour de District de l'État de New York dans l'affaire *Tiffany (NJ) Inc. v. Ebay, Inc.*¹¹⁹¹ afin de qualifier le fournisseur d'une plateforme de vente aux enchères en ligne de responsable secondaire sur le fondement de la théorie du « contributory infringement » en matière de « trademark », et par conséquent de lui imposer un certain nombre de devoirs à respecter lors du processus de régulation, nous paraît donc particulièrement intéressant. Il s'agit de déterminer si, en sus d'offrir aux contrefacteurs un espace leur permettant de déployer leurs activités, le prestataire de service en ligne exerce un contrôle direct sur les moyens utilisés par ces derniers. À cet effet, la Cour remarque que si le prestataire ne vend

¹¹⁹¹ 576 F.Supp.2d 463, 506+ (S.D.N.Y. 2008).

pas directement les articles disponibles sur son site, ni n'entre à aucun moment en leur possession, il contrôle de manière significative les transactions conclues sur sa plateforme.

Ce contrôle s'opère tout d'abord au moyen de l'outil technologique et plus exactement au moyen de la conception d'une architecture technologique particulière. L'on rappellera les faits pour plus de clarté. Le prestataire fournit en effet le logiciel permettant d'élaborer les listings et héberge les informations relatives à ces listings sur ses serveurs. Il joue en outre un rôle actif en mettant en relation les acheteurs et les vendeurs ayant souscrit ses services et en facilitant leurs échanges en aval comme en amont en jouant notamment le rôle d'annonceur afin d'attirer les clients des titulaires de marques protégées.

De plus, ce contrôle prend la forme d'un service de conseil en marketing offert aux vendeurs. Le prestataire aide en effet activement les vendeurs et en particulier les vendeurs au chiffre d'affaires élevé (« powersellers ») à accroître leurs activités par le biais de séminaires de formation et de conseils afin d'améliorer leur visibilité sur son site grâce notamment au choix de mots-clefs appropriés.

Enfin, ce contrôle est exercé dans le cadre d'une activité de régulation expressément assumée par le prestataire de service en ligne et ce sur le fondement de ses conditions d'utilisation. Il décide en effet de sa propre initiative d'exclure certains types d'articles de ses listings, à l'exemple des armes à feu ou des alcools. En outre, il examine le contenu des listings et élimine ceux qui utilisent certains termes comme « faux » ou « contrefait ».

Il faut ajouter qu'il existe une contrepartie financière à ce contrôle. Le prestataire tire en effet profit de la réalisation des listings et de la conclusion des ventes sur son site.

La responsabilisation du prestataire de service en ligne dépend donc moins de la nature de son activité que du contrôle qu'il exerce sur le

comportement de ses utilisateurs. Plus exactement, ce contrôle ne se limite pas à la possibilité d'influer sur le choix du contenu de l'information dommageable transmise, le choix de son émission, ou le choix de son récepteur, mais se manifeste par des contraintes d'ordre normatif de tous types imposées aux utilisateurs du PISEL au moyen de l'outil technologique et/ou de l'outil contractuel. L'enjeu de la régulation des contenus transmis en ligne nécessite ainsi d'appréhender de manière plus générale les différentes modalités de régulation des comportements des utilisateurs des PISEL, qu'elles influent directement ou non sur la nature des contenus transmis en ligne. La catégorie de prestataire intermédiaire au rôle purement passif qui sous-tend le DMCA et la Directive est donc de peu d'utilité. Les rédacteurs de la Directive admettent d'ailleurs implicitement que les PISEL au rôle passif possèdent des capacités de régulation, même s'ils ne les exercent pas de leur propre initiative dans le cadre de leur stratégie commerciale. Ces derniers peuvent en effet être enjoins de faire cesser ou de prévenir les agissements illicites sur leurs systèmes.

La catégorie des PISEL étant largement ouverte, tous les PISEL ne doivent pas être nécessairement traités avec la même rigueur. Comme nous l'avons suggéré dès l'introduction, la différence de traitement ne devrait pas tant être la conséquence de la place particulière occupée par le PISEL au sein du processus de transmission des contenus, mais devrait plutôt s'expliquer par la taille et par la diversité de la communauté qu'il contrôle, de même que par la structure plus ou moins concurrentielle du marché sur lequel il intervient.

C'est sans doute ce qu'il faut lire derrière la motivation du Tribunal de Commerce de Paris dans l'affaire eBay, même si la solution adoptée au final reste critiquable en raison de la nature des devoirs imposés à ce PISEL¹¹⁹².

¹¹⁹² T. com., Paris, 1^{re} ch., B, 30 juin 2008, Parfums Christian Dior et autres c/ eBay Inc., eBay International AG, www.legalis.net.

La distinction tripartite entre éditeur de contenus, éditeur de services et hébergeur souvent mal comprise¹¹⁹³ qui se dégage de la jurisprudence française récente pourrait en outre être considérée comme la reconnaissance par les juges des pouvoirs de régulation détenus par les PISEL. Reste à déterminer de manière précise et appropriée les devoirs des éditeurs de contenus et ceux des éditeurs de service.

À partir du moment où l'on accepte de prendre au sérieux le pouvoir normatif exercé par les PISEL, il est possible d'identifier deux modalités distinctes de la régulation privée : soit le régulateur privé intervient en amont, soit il intervient en aval de la réalisation du dommage. Les conséquences en terme de protection des droits et libertés fondamentaux ne sont pas exactement identiques.

B. Le « moment » de l'intervention des régulateurs privés

254. Par régulation privée *ex ante* il faut comprendre la régulation privée entreprise avant la réalisation du dommage, que ce soit avant que l'activité visée ne soit déployée, par le choix d'une architecture technologique particulière, ou au cours de son déroulement par la sanction de comportements qui ne sont pas nécessairement illicites¹¹⁹⁴ mais qui sont pourtant interdits par le PISEL dans le but de prévenir la réalisation de dommages. La régulation privée *ex post* n'est quant à elle mise en œuvre qu'une fois l'apparition du dommage alléguée par la victime. Elle se manifeste notamment par le retrait des contenus allégués dommageables, voire par la suspension des comptes des responsables présumés ou de leur clôture définitive.

¹¹⁹³ En raison notamment de la lettre de la LCEN.

¹¹⁹⁴ Au sens où ils sont prohibés par la loi dans le but de prévenir la réalisation de dommages.

Que la régulation privée intervienne *ex ante* ou *ex post*, la fonction de régulation poursuivie est celle de la prévention des dommages. Lorsque le régulateur privé intervient avant la réalisation du dommage, il œuvre par définition à sa prévention. Mais, même lorsqu'il intervient après l'apparition du dommage, la prévention est encore de mise¹¹⁹⁵, bien qu'elle repose sur l'idée d'une communauté d'internautes plus matures prenant au sérieux la nature de leurs engagements souscrits lors de la conclusion du contrat incorporant les conditions d'utilisation du service fourni par le PISEL. L'objectif est en effet d'abord d'organiser les rapports entretenus par un groupe d'individus plutôt que d'indemniser les victimes qui devront s'attaquer au responsable principal.

Même si la régulation privée *ex post* est problématique dans la mesure où la sanction prononcée par le PISEL est susceptible de porter atteinte à l'exercice de la liberté d'expression, voire à d'autres droits ou liberté fondamentaux, elle doit être préférée à la régulation *ex ante* susceptible elle de porter atteinte à l'essence même de la liberté ou du droit fondamental en cause. Ceci est d'autant plus vrai que les procédés de régulation *ex ante* manquent souvent de transparence et qu'ils sont mis en œuvre de manière automatique sans qu'aucune intervention humaine soit nécessaire¹¹⁹⁶. À ce propos, il faut faire attention à ne pas assimiler trop rapidement le fait de mettre à la disposition du public un contenu illicite au moyen d'Internet et le fait de visionner ce contenu illicite à partir de son ordinateur. La supériorité de la régulation privée *ex ante* par rapport à la régulation privée *ex post* du point de vue de son efficacité est donc moins tranchée que ce que l'on admet généralement.

¹¹⁹⁵ L'indemnisation des victimes n'est cependant pas exclue dans ce cas.

¹¹⁹⁶ T. J. McIntyre et C. Scott, *Internet filtering: rhetoric, legitimacy, accountability and responsibility*, 2008, Brownsword, R., Yeung, K, eds., Oxford, Hart Publishing, disponible à SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1103030>.

Le critère de la connaissance de l'activité illicite ajouté à celui du contrôle direct de l'activité de ses utilisateurs prend alors tout son sens dans la mesure où il permet de faire peser sur la tête du PISEL une obligation de régulation *ex post* à partir du moment où la connaissance de l'activité illicite n'est pas trop facilement présumée. De ce point de vue le DMCA et la Directive sont sur la bonne voie, bien que des problèmes, liés tantôt à l'automatisme de la procédure de notification et de retrait, tantôt à la caractérisation trop laxiste de la connaissance de l'activité illicite, persistent. Ceci dit, en excluant l'application de l'article 14 de la Directive lorsque le PISEL exerce un contrôle sur l'activité de ses utilisateurs sans pour autant définir cette notion, la CJUE redonne aux Etats membres une marge de manoeuvre substantielle pour ce qui de l'établissement des conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des PISEL actifs¹¹⁹⁷.

En outre, l'interdiction d'imposer une obligation générale de contrôle devrait être interprétée à la lumière de la préférence donnée à la régulation *ex post*. Ce devrait donc être en principe à la victime d'informer le PISEL du comportement dommageable sur son réseau ou système. Ce qui ne signifie pas que le PISEL doive en amont de la réalisation du dommage rester complètement inactif. Il est en effet possible et souhaitable de l'obliger à faciliter la détection des comportements dommageables par les victimes, de participer à l'éducation des internautes en le grevant d'obligations d'information, et plus généralement de lui interdire d'inciter ses utilisateurs à commettre des actes illicites.

De ce qui précède, l'on comprend donc la nécessité de repenser la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle dans le but de promouvoir une stratégie de régulation efficace : la régulation privée a plus que jamais besoin d'un cadre juridique adapté qui

¹¹⁹⁷ CJUE, 23 mars 2010, E C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL.

permette d'en limiter les excès. L'on ne peut se satisfaire de la bonne parole des PISEL au motif qu'ils auraient accepté de jouer le rôle de relais de la normativité étatique. Les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle ne sont cependant pas comprises de la même manière d'un système juridique à l'autre. Tout dépend de la nature de la stratégie de régulation adoptée.

II. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle

255. La combinaison de la régulation privée et de la responsabilité civile s'est faite tantôt dans le cadre d'une stratégie de régulation à dominante privée (A), tantôt dans le cadre d'une stratégie de régulation à dominante publique (B). Les législateurs nationaux ont effet donné la primauté à des objectifs distincts : tantôt la légitimité et l'effectivité, tantôt la légitimité et la conformité du processus de régulation. Dès lors dans un cas comme dans l'autre l'efficacité de la stratégie de régulation adoptée n'est toujours pas garantie.

A. Au sein d'une stratégie de régulation à dominante privée

256. L'étude du droit fédéral américain démontre l'existence de plusieurs types de stratégie de régulation privées en matière de régulation des contenus transmis en ligne (1). L'instrumentalisation de la responsabilité civile délictuelle des PISEL, qui n'est véritablement réalisée qu'au sein du DMCA, sert d'abord à garantir la réalité et l'intégrité procédurale du processus de régulation privée, autrement dit son effectivité et sa légitimité, sans que la sphère de la régulation privée soit véritablement subordonnée à la sphère de

la régulation publique par l'instauration d'un contrôle au fond de la conformité des normes privées (2).

1. Les différentes stratégies de régulation privée

257. Le législateur américain s'est prononcé plus tôt que le législateur français sur la question de savoir quelle devait être la stratégie de régulation à poursuivre face au problème posé par la transmission en ligne de contenus illicites. Sans qu'il faille s'en étonner aux vues de la tradition américaine plutôt sympathisante à l'égard des acteurs privés¹¹⁹⁸, la régulation privée a été largement promue dans ce domaine.

C'est sans aucun doute le DMCA qui représente la tentative la plus aboutie de « délégation » de l'activité de régulation des contenus transmis en violation du « copyright » dans la mesure où les PISEL dont le rôle de régulateurs privés est implicitement reconnu se voient imposer un certain nombre d'obligations de nature à garantir la légitimité et l'effectivité du processus de régulation privée.

Le CDA, adopté deux ans auparavant, a en effet pour conséquence d'exonérer les PISEL de leur responsabilité civile dès lors qu'ils ne peuvent être qualifiés de fournisseurs de contenus. Le pari souscrit par le législateur américain, et tel qu'interprété par la jurisprudence, consiste à supposer que l'irresponsabilité délictuelle des PISEL aura pour conséquence de réduire le coût de leurs activités de régulation et qu'ils seront ainsi incités à élaborer des mécanismes de régulation privée sur le fondement du droit des contrats. Les imprécations du législateur, qui a donc refusé d'utiliser l'« ombre » de la loi (« the shadow of the law »), n'ont cependant pas été suivies en pratique.

Quant au DMCA, le dispositif mis en place permet de faire peser sur les

¹¹⁹⁸ Voir par exemple H. I. Abramson, *A fifth branch of government: the private regulators and their constitutionality*, *Hastings Constitutional Law Quarterly* (16)1989, 165-220.

fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'instruments de localisation de l'information une obligation de régulation qui les contraint à donner suite de manière systématique et automatique¹¹⁹⁹ aux notifications conformes des titulaires de « copyright »¹²⁰⁰, obligation dont l'inexécution est sanctionnée par un retour aux principes de droit commun. En ce sens, la régulation privée n'est plus conçue comme simplement volontaire, mais devient obligatoire.

Les simples transporteurs et les fournisseurs de cache sont traités avec plus de faveurs, bien qu'ils aient l'obligation de réagir spontanément aux violations répétées et manifestes au « copyright ».

À supposer que le caractère manifeste des violations répétées au « copyright » doive être entendu strictement, ce qui n'est pas toujours le cas en jurisprudence, le contenu de la norme d'accessibilité des contenus mis en ligne est arrêté par les personnes directement intéressées au processus de régulation à l'issue d'un dialogue entre titulaires de « copyright » et fournisseurs de contenus. La réalité de ce dialogue est assurée par l'imposition sur la tête des fournisseurs d'hébergement d'une obligation d'informer les fournisseurs de contenus concernés du retrait des matériaux allégués contrefaisants et de la possibilité de réclamer leur rétablissement, à moins que les titulaires de « copyright » victimes n'agissent en justice.

Rien n'empêche cependant les PISEL, quelle que soit la nature de leurs activités, de développer d'autres modes de régulation privée volontaire.

La stratégie de régulation promue en matière de « trademark » est proche de celle promue par le DMCA comme en témoigne l'interprétation jurisprudentielle restrictive des théories de responsabilité secondaire. Les PISEL informés avec précision de la présence de contenus allégués contrefaisants ont en effet l'obligation de réagir sous peine de voir leur responsabilité civile engagée. La participation des fournisseurs de contenus

¹¹⁹⁹ Sans pouvoir apprécier l'illicéité du contenu en cause.

¹²⁰⁰ Ils doivent en outre réagir de manière spontanée face aux contenus manifestement illicites. Cette catégorie est cependant entendue strictement.

au processus de régulation n'est cependant pas requise.

Le domaine étendu du CDA applicable quelle que soit la nature du contenu transmis (à l'exception des violations au droit de propriété intellectuelle) a néanmoins pour conséquence que ce dernier doit être considéré comme le régime de droit commun en matière de régulation des contenus illicites.

2. L'instrumentalisation de la responsabilité civile délictuelle

258. Les régimes de responsabilité civile délictuelle des PISEL sont clairement instrumentalisés dans le but de promouvoir une stratégie de régulation privée.

Cette instrumentalisation se manifeste moins par la subordination de la régulation privée à la régulation publique au moyen d'un contrôle au fond *ex post* après que l'erreur de régulation ait été commise, que par l'encadrement procédural de l'intervention des régulés. Plus exactement les fournisseurs d'hébergement¹²⁰¹ doivent non seulement entendre les titulaires de « copyright » allégués victimes, mais également permettre aux fournisseurs des contenus allégués contrefacteurs de s'exprimer afin d'obtenir la restauration des contenus éliminés par les prestataires intermédiaires.

C'est seulement lorsque la régulation privée a été entreprise de mauvaise foi qu'elle est susceptible d'être sanctionnée¹²⁰². Une telle hypothèse est néanmoins rare en pratique.

Il est vrai que, lorsque le fournisseur du contenu allégué contrefacteur fait parvenir au fournisseur d'hébergement une contre-notification, le retrait du

¹²⁰¹ Le domaine de la procéduralisation de la régulation privée est donc limité dans la mesure où seul le fournisseur d'hébergement est concerné, ce qui est à regretter.

¹²⁰² Cela est vrai également sur le fondement du CDA.

contenu dure au plus 14 jours sauf à ce que le titulaire du « copyright » intente une action en justice. Pour autant, dans tous les cas, dès la réception d'une notification conforme, le fournisseur d'hébergement commence par retirer ou rendre l'accès impossible au contenu allégué contrefaisant. Cette règle traduit donc l'existence d'une sorte de présomption d'illicéité qui n'est pourtant pas présente en droit positif. De plus, en pratique la réalité du dialogue entre titulaires de « copyright » et fournisseurs de contenus pose problème puisque très peu de contre-notifications sont effectivement reçues par les PISEL, ce qui laisse à penser que les fournisseurs de contenus sont peu ou mal informés de leurs droits.

Le modèle du LA est certes intéressant en raison de la possibilité qu'il offre d'enjoindre au PISEL qui n'a pas été informé de la présence d'activités contrefaisantes sur son système d'y mettre fin. Cette voie n'a cependant pas eu de succès en jurisprudence. Les titulaires de « trademark » sont en réalité incités à s'adresser directement aux PISEL sans passer par l'intermédiaire du juge.

Au final, la vocation institutionnelle du droit, et plus particulièrement du droit de la responsabilité civile, semble être moins de régler des conflits d'ordre substantiel que de garantir l'intégrité procédurale du processus de régulation privée qui idéalement doit impliquer tous les acteurs concernés¹²⁰³. Dit autrement, tout en étant imbriquées les unes aux autres, les sphères de la régulation privée et de la régulation publique semblent être conçues de façon à coexister les unes à côté des autres, et non pas les unes en dessous des autres.

Pourtant, il est manifeste que la régulation privée, même effective, n'est pas toujours conforme aux exigences de l'ordre public et en particulier ne

¹²⁰³ Il est vrai que la démocratisation du processus de régulation privée est une valeur matérielle. Pour autant la rationalité juridique réflexive est bien différente de la rationalité juridique matérielle en ce que la vocation institutionnelle du Droit n'est plus fondamentalement de régler des conflits de normes substantielles.

préserve pas toujours l'exercice voire même l'essence des droits et libertés fondamentaux. Du point de vue de la protection de la liberté d'expression, cette solution a pourtant pu paraître acceptable aux yeux des premiers commentateurs dans la mesure où traditionnellement les restrictions imposées par l'autorité publique (la dimension verticale de la liberté d'expression) plus que les restrictions imposées par les acteurs privés (la dimension horizontale) suscitent la méfiance.

Le dispositif décrit ci-dessus est d'autant plus problématique que les rapports entre la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité civile délictuelle des PISEL n'ont pas été clairement établis. L'on s'attendrait en effet à ce que les règles de responsabilité délictuelle constituent un régime *a minima* que le contrat ne pourrait contourner, mais qu'il pourrait renforcer en imposant aux PISEL des obligations supplémentaires. Or il semble bien que les PISEL soient en droit de prendre l'initiative de mécanismes de régulation alternatifs et en particulier de mécanismes de filtrage sans qu'ils soient contraints d'informer les fournisseurs de contenus de la nature des mesures mises en œuvre contre leurs intérêts.

Alors que l'approche américaine de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle est critiquable aux vues du critère de la conformité des normes privées, l'approche française pêche plutôt par son défaut d'effectivité.

B. Au sein d'une stratégie de régulation à dominante publique

259. La combinaison de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle à la française s'explique moins par la poursuite de fonctions distinctes (prévenir les dommages et indemniser les victimes) comme on aurait pu l'imaginer aux vues de l'approche traditionnelle de l'institution de la

responsabilité civile (1) que par le choix d'une stratégie de régulation à dominante publique qui cherche à subordonner en amont la régulation privée à la régulation publique (2).

1. La primauté de la fonction de prévention des dommages sur celle d'indemnisation des victimes

260. L'analyse du dispositif législatif et jurisprudentiel français applicable lors de la transmission de contenus illicites en ligne pourrait laisser à penser que la régulation privée entreprise à l'initiative des PISEL et la responsabilité civile délictuelle de ces mêmes PISEL servent des fonctions distinctes.

Tout d'abord, la régulation privée plus effective que la régulation publique directe viserait à prévenir la réalisation de dommages au moyen, tant du choix d'une architecture technologique appropriée permettant d'empêcher qu'un certain nombre d'activités illicites se développent sur les réseaux ou systèmes des PISEL, que du contrat en vertu duquel les utilisateurs de ces derniers s'engagent à ne pas commettre d'agissements illicites.

Ensuite, la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle des PISEL en cas de transmission de contenus illicites sur leurs réseaux ou systèmes permettrait de garantir la réparation effective des dommages causés par les utilisateurs des prestataires intermédiaires. Le fait générateur de la responsabilité des PISEL devrait alors être facilement caractérisé. Et, à partir du moment où non seulement les tiers aux contrats d'utilisation des services des PISEL méritent d'être protégés, mais également leurs utilisateurs eux-mêmes, il ne devrait pas être possible aux PISEL d'exclure voire de limiter trop largement le domaine de leur responsabilité en la matière au moyen du contrat.

De plus, dans la mesure où la régulation privée est effective, l'indemnisation des victimes par les PISEL ne devrait pas avoir pour conséquence de leur imposer des contraintes économiques trop importantes paralysant ainsi l'innovation dans ce secteur.

Une telle répartition des fonctions entre régulation privée et responsabilité civile délictuelle conforme à la tradition française en matière de responsabilité civile qui veut que la première des fonctions poursuivies par cette dernière soit l'indemnisation des victimes¹²⁰⁴, serait d'ailleurs confirmée par l'adoption récente de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet. En effet, le législateur français est intervenu pour tenter d'élaborer un mécanisme de corégulation *ad hoc*. L'effet dissuasif du dispositif mis en place par la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet qui crée l'autorité administrative indépendante HADOPI chargée de se prononcer sur le bien-fondé de l'envoi de messages d'avertissements aux internautes allégués contrefacteurs a cependant été atténué par la décision du Conseil Constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 qui refuse que la suspension de l'accès Internet puisse être prononcée par une autorité administrative. Il s'agit en outre d'un dispositif sectoriel censé ne résoudre que le problème du téléchargement de fichiers en violation du droit d'auteur.

Enfin, c'est à la lumière de cette répartition des fonctions que l'on pourrait expliquer la jurisprudence récente dans le domaine du droit des marques qui, soit sur le fondement des articles L.713-2 et L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle, soit sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, tend à engager assez facilement la responsabilité des PISEL en cause, à savoir les fournisseurs de service de référencement commercial comme les prestataires de courtage en ligne.

¹²⁰⁴ Voir par exemple G. Viney, *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, n° 35 et s.

Ceci dit, la place ainsi accordée à la régulation privée qui idéalement devrait tendre à supplanter la responsabilité civile délictuelle comme mode de régulation des comportements individuels au sein du cyberspace nous incite à penser qu'une telle répartition des fonctions de régulation n'a pu emporter l'adhésion du législateur français. En effet, c'est admettre que seul le droit privé des contrats puisse servir de cadre au développement de la régulation privée qui a pourtant des effets directs sur l'essence et l'exercice des droits et libertés fondamentaux au rang desquels il faut compter la liberté d'expression, la liberté du commerce et de l'industrie, le droit à la vie privée, voire d'autres droits de la personnalité. De manière plus générale, les intérêts protégés par les règles étatiques impératives sont susceptibles d'être bafoués et en particulier les intérêts des tiers.

Il est donc nécessaire de recourir à la responsabilité civile afin d'encadrer la régulation privée entreprise par les PISEL. Le contenu du régime de responsabilité civile des PISEL influe en effet sur la manière dont est entrepris le processus de régulation et par conséquent sur la qualité de ce processus. En allant plus loin, la régulation privée et la responsabilité civile ne peuvent poursuivre des fins distinctes sans que la prévention des dommages soit mise à mal. Surtout, l'effectivité, la légitimité et la conformité de la régulation privée ne peuvent être obtenus que par la juridicisation du processus de régulation obtenue au moyen de l'élaboration d'un régime de responsabilité civile adéquat confinant les pouvoirs des régulateurs privés.

2. La subordination en amont de la régulation privée à la régulation publique

261. Puisqu'il n'est pas possible de faire jouer à la régulation privée et à la responsabilité civile délictuelle des fonctions distinctes pour ce qui est de l'appréhension des comportements des PISEL, le régime de responsabilité de ces derniers doit être élaboré en considération de la nature particulière de la stratégie de régulation à promouvoir.

Une telle démarche a été suivie volontairement ou non par le législateur français aidé dans cette entreprise par le Conseil Constitutionnel, sans qu'elle soit pourtant bien comprise par les juges et par les acteurs privés eux-mêmes.

L'autonomisation du régime de responsabilité en fonction du remède demandé peut en effet s'expliquer par la nature des effets de chacun des remèdes sur la qualité du processus de régulation privée.

En condamnant les PISEL au paiement de dommages-intérêts lorsqu'un contenu dommageable est transmis sur leurs systèmes ou réseaux sans qu'il soit besoin de démontrer leurs fautes, on aurait incité les PISEL à « trop » réguler, autrement dit à éliminer tous les contenus suspicieux, même s'ils s'étaient avérés licites au final.

En revanche, en acceptant qu'ils soient destinataires d'une injonction¹²⁰⁵, et d'une injonction seulement, leur ordonnant de mettre fin au comportement dommageable, on les oblige à ne réagir que sur ordre de l'autorité judiciaire en ce sens¹²⁰⁶, à supposer bien sûr que le coût de l'injonction supporté par les

¹²⁰⁵ À moins que le contenu ne soit manifestement illicite et que le fournisseur d'hébergement soit resté inactif.

¹²⁰⁶ Sauf encore une fois pour le fournisseur d'hébergement lorsque le contenu est manifestement illicite.

PISEL ne soit pas tel qu'il les contraigne à prendre l'initiative de la régulation et à éliminer tout contenu suspicieux¹²⁰⁷.

L'on comprend alors pourquoi la catégorie des contenus manifestement illicites que les fournisseurs d'hébergement ont l'obligation d'éliminer spontanément doit être entendue strictement, sauf à remettre en cause l'autonomisation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des PISEL en fonction du remède demandé.

Le régime spécial de responsabilité des PISEL révèle donc en creux une stratégie de régulation à dominante publique fondée sur la subordination en amont de la régulation privée à la régulation publique. Plus précisément, la conformité de la régulation privée à la régulation publique s'opère au moyen de l'émission par l'autorité judiciaire d'un ordre au fond que les PISEL doivent mettre en œuvre dans le détail, ordre qui doit permettre d'identifier avec précision les intérêts à protéger et les comportements des internautes à sanctionner. Le rôle clef attribué à l'injonction et aux procédures d'urgence dépend très certainement de la particularité du système juridique français moins méfiant que le système juridique américain à l'égard de l'État lorsqu'il s'agit de promouvoir la liberté d'expression.

La nécessité de prendre en compte les effets des régimes de responsabilité des PISEL sur la qualité du processus de régulation privée qui s'en suit nous amène donc à être plutôt circonspects vis-à-vis de l'interprétation large de la notion de contenus manifestement illicites ou de la présomption de la connaissance de l'existence de contenus manifestement illicites de la seule réception d'une notification de l'ayant droit, et, de manière plus générale de la jurisprudence récente en matière de droit des marques. Dès lors que la nature des devoirs imposés aux PISEL les oblige à se substituer au juge pour ce qui est de l'appréciation de la légitimité des intérêts à protéger, la

¹²⁰⁷ Or à partir du moment où l'injonction est correctement calibrée, son coût ne devrait pas être aussi conséquent.

conformité des normes privées est difficilement garantie. De plus, l'incitation récente au développement de mesures de filtrages au moyen d'instruments de droit mou¹²⁰⁸ doit susciter la méfiance et ce pour les mêmes raisons.

Au final, la conformité des normes privée à l'ordre public est recherchée par le recours au juge en amont de la mise en œuvre du processus de régulation privée. Ce qui ne veut pas dire que l'efficacité de la stratégie de régulation adoptée soit assurée. Tout dépend de l'effectivité du recours au juge, ce qui ne va pas sans poser de problèmes aux vues du coût et de la lenteur de la procédure judiciaire. L'on pourrait alors envisager de parfaire cette stratégie de régulation en procédant cette fois à une réforme institutionnelle destinée à obvier ces obstacles.

Conclusion

262. Les manifestations de la régulation privée sont au moins aussi variées que celles de la régulation publique. À ce propos, la régulation privée *ex post* est plus satisfaisante du point de vue de la protection des droits et libertés fondamentaux.

L'appréciation de l'efficacité d'une stratégie de régulation reposant en partie sur la régulation privée dépend de la manière dont est comprise la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile des régulateurs privés et par là-même du degré de juridicisation du processus de régulation.

Que les critères de la légitimité et de l'effectivité du processus de régulation priment sur celui de la conformité comme en témoignent les

¹²⁰⁸ Voir Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux, Rapport au ministre de la Culture et de la Communication, mission confiée à Denis Olivennes, novembre 2007 ; Accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux , novembre 2007, www.culture.gouv.fr.

solutions de droit américain, ou que la conformité des normes privées soit obtenue au détriment de l'effectivité du processus de régulation comme en témoigne l'exemple français, l'efficacité¹²⁰⁹ des stratégies de régulation adoptées continue de poser problème : soit l'objectif atteint est en porte à faux avec le contenu de règles étatiques impératives, soit les moyens utilisés peinent à concrétiser le but poursuivi.

Est-ce à dire qu'inciter les PISEL à jouer le rôle de relais de la normativité étatique au moyen de la responsabilité civile est une entreprise vouée à l'échec ? Pas nécessairement dans la mesure où l'on commence par distinguer les composantes du régime de responsabilité destinées à inciter ses destinataires à s'ériger en régulateurs privés des composantes destinées à inciter ses destinataires à produire une régulation privée de qualité, autrement dit non seulement effective mais aussi légitime et conforme. Il faut ensuite identifier les effets des régimes d'exonération de responsabilité, de responsabilité limitée et de responsabilité pleine en fonction de chacun des critères sélectionnés. L'on s'aperçoit alors que seul un régime de responsabilité limitée est susceptible de promouvoir une stratégie de régulation effective, légitime et conforme comme l'illustre le tableau ci-dessous. Le plus difficile reste cependant encore à faire : calibrer de manière adéquate les devoirs des régulateurs privés. À cet effet, il convient de délimiter de façon précise le domaine de la régulation privée aux fins de réduire les coûts d'acquisition des compétences technico-juridiques de la part des régulateurs privés. Il faut en outre s'assurer que non seulement le déni de régulation est sanctionné mais également la régulation privée non conforme à l'ordre public grâce notamment au mécanisme de l'injonction.

¹²⁰⁹ Il s'agit de l'efficacité pratique au sens où l'entend MM. van de Kerchove et Ost, F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles, p. 331.

		Nature du régime de responsabilité civile délictuelle		
		Exonération	Responsabilité limitée	Responsabilité pleine
Fonction du régime de la responsabilité civile délictuelle	Inciter les destinataires du régime de responsabilité civile à s'ériger en régulateurs privés	Non	Oui	Oui
	Effectivité de la stratégie de régulation	Les destinataires sont autorisés à s'ériger en régulateurs privés sans qu'ils ne soient véritablement incités à le faire	Les destinataires sont incités à s'ériger en régulateurs privés. Lorsqu'ils ne peuvent être les destinataires que d'une injonction dont la menace du prononcé ne les oblige pas à réguler en amont il faut s'assurer en plus de l'effectivité du recours au juge	Les destinataires sont incités à s'ériger en régulateurs privés
	Inciter les régulateurs privés à produire une régulation privée de qualité	Non	Tout dépend de la manière dont sont calibrés les devoirs imposés aux régulateurs privés	Seule l'effectivité de la régulation privée est garantie
	Légitimité de la stratégie de régulation	Non	Oui si la participation des personnes intéressées au processus de régulation est requise sous peine de mise en œuvre de la responsabilité civile	Non
	Conformité de la stratégie de régulation	Non	Oui s'il est possible de mettre en œuvre la responsabilité civile des destinataires en cas de normes privées non conformes sans pour autant les inciter à réagir en cas de doute. C'est le cas notamment grâce au mécanisme de l'injonction.	Non dans la mesure où les destinataires sont incités à réagir en cas de doute

Tab. Les modalités de la complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile des régulateurs privés

CONCLUSIONS GENERALES

263. L'étude des régimes de responsabilité civile délictuelle des PISEL nous amène donc à attribuer à la responsabilité civile délictuelle une fonction de promotion d'une stratégie de régulation au sens où l'entend M. Timsit. La subjectivisation de la responsabilité civile délictuelle des PISEL, voire même parfois son exonération quasi totale, ne peut en effet s'expliquer qu'au regard d'une approche verticale de la responsabilité civile qui repose sur la détermination de la répartition des activités de régulation entre acteurs publics et acteurs privés.

En dégagant chaque fois la stratégie de régulation voulue explicitement ou implicitement par le législateur ou la jurisprudence de l'analyse des conditions de mise en oeuvre de la responsabilité civile délictuelle des PISEL, l'on s'aperçoit alors qu'il existe plusieurs alternatives possibles, ce même au sein d'un seul système juridique. De plus, l'exclusivité ou la primauté de la régulation privée n'apparaît plus une fatalité, comme en témoigne la comparaison des solutions adoptées aux États-Unis et en France sous l'impulsion du législateur européen. Tandis que les différentes stratégies de régulation promue par le législateur américain en fonction de la nature des intérêts en cause témoignent de sa bienveillance en faveur de la régulation privée, l'exemple français est plus contrasté. Les réticences du législateur français à déléguer aux acteurs privés l'intégralité du processus de régulation ne sont cependant pas toujours bien comprises par les juges chargés de s'assurer de la réalité de la stratégie de régulation embrassée.

264. La nécessité de tenir compte de la complexification de l'ordonnancement juridique composé de sphères de régulation publique et de régulation privée et du caractère transfrontière des échanges au sein du cyberspace nous conduit à rejeter la voie de l'exclusivité de la régulation

publique et à choisir plutôt celle de l'intégration de la régulation privée à la régulation publique. Cette dernière n'a pas toujours été la voie choisie en pratique comme l'illustre le dispositif du CDA aux États-Unis. Et même lorsque cette voie a été élue les résultats ne sont pas toujours satisfaisants, bien que les législateurs ou la jurisprudence aient fait preuve chacun à leur manière d'une certaine créativité comme l'illustre cette fois le dispositif du DMCA, voire du LA aux États-Unis ou celui de la LCEN en France.

265. Afin de parfaire l'intégration de la régulation privée à la régulation publique, il est impératif de reconnaître la position particulière occupée par les PISEL qui disposent en fait, au moyen de l'outil technologique, et en droit, sur le fondement du contrat qui les lie à leurs utilisateurs, d'un pouvoir de régulation incontournable, difficilement attaquant par des mesures d'évitement et de dimension transnationale tout en étant implanté localement. Pourtant, tirer parti de l'originalité de l'architecture du cyberspace en faisant jouer aux PISEL le rôle de relais de la normativité étatique ne va pas de soi dans la mesure où il faut faire attention à encadrer l'exercice des pouvoirs de régulation détenus par les PISEL afin d'éviter qu'ils n'agissent au détriment de l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle il convient de choisir la stratégie de régulation la plus à même de respecter les exigences de l'ordre public et en particulier de préserver les droits et libertés fondamentaux.

265-1. La première étape consiste à identifier les prestataires intermédiaires de service en ligne exerçant un rôle disposant de capacités de régulation.

265-2. Une fois l'activité de régulateur privé caractérisée, il convient de déterminer avec précision les composantes de la stratégie de régulation adoptée et d'en déduire la portée des devoirs de régulation imposés aux PISEL.

265-2-1. Si le choix de la stratégie de régulation la plus appropriée est avant tout un choix politique, il convient de s'assurer que les garanties

fondamentales de l'État de droit sont respectées et que la protection des droits et libertés fondamentaux n'est pas remise en cause. D'où la nécessité de distinguer deux formes de régulation privée : la régulation privée *ex ante* et la régulation privée *ex post*.

265-2-2. Une fois la distinction entre régulation privée *ex post* et régulation *ex ante* établie, il s'agit de déterminer le domaine de la régulation privée. Plus exactement, il s'agit de déterminer la nature des intérêts à protéger par la régulation privée, autrement dit les catégories de contenus illicites soumis à la régulation privée. À ce propos, l'approche sectorielle ou verticale permettant de ne cibler que les comportements illicites de masse nous paraît plus appropriée que l'approche horizontale prévalant quelle que soit la nature des intérêts violés.

265-2-3. La qualité du processus de régulation privée nécessite ensuite de s'assurer que toutes les parties intéressées sont écoutées et non pas seulement les victimes alléguées. Il est donc primordial qu'une procédure de notification des fournisseurs de contenus soit mise en place, de même que soit offert à ces derniers un droit de réponse sanctionné par la mise en œuvre de la responsabilité des PISEL. Il est donc regrettable que ni la Directive ni la LCEN n'aient prévu de dispositif de ce type laissant aux acteurs privés l'initiative de leur développement.

265-2-4. La qualité du processus de régulation ne dépend cependant pas seulement de l'encadrement procédural de la régulation privée comme en témoignent les succès du DMCA. Un contrôle au fond de la régulation privée afin d'assurer tant que possible sa conformité aux exigences de l'ordre public est indispensable.

Soit le contrôle est entrepris avant le prononcé de la sanction par le PISEL et la stratégie de régulation redevient à dominante publique dans la mesure où l'activité normative est encore entre les mains de l'autorité publique, en

pratique, comme l'illustre l'exemple français, entre les mains du juge qui ordonne au PISEL de faire cesser le comportement illicite.

Soit le contrôle est entrepris après le prononcé de la sanction par le PISEL et la stratégie de régulation est à dominante privée puisque cette fois l'activité normative ressort du PISEL. Dans ce cas l'absence du juge au moment du prononcé de la sanction nécessite de restreindre autant que faire ce peu le domaine de la régulation privée. À ce titre, limiter les types de sanction à la disposition des PISEL, en interdisant par exemple que l'accès Internet du responsable allégué soit définitivement coupé est une garantie supplémentaire à ne pas négliger¹²¹⁰.

266. L'élaboration de régimes de responsabilité civile délictuelle des PISEL au rôle de régulateur privé ne doit pas faire obstacle à leur perfectionnement au moyen du contrat. C'est la raison pour laquelle ils doivent être considérés comme des régimes impératifs *a minima*. Des clauses contractuelles plus sévères doivent donc avoir force obligatoire entre les parties. De plus, un contrôle des stipulations relatives à la mise en œuvre des pouvoirs de régulation des PISEL devrait permettre non seulement de s'assurer que le régime de responsabilité *a minima* est respecté en pratique, mais également, de manière plus générale, de s'assurer que l'information fournie aux utilisateurs des PISEL à propos des procédés de régulation utilisés par ces derniers est de qualité.

¹²¹⁰ Si une autorité administrative indépendante ne peut décider de l'interruption de l'accès Internet des contrefacteurs allégués sans l'intervention du juge, a fortiori une entreprise privée ne devrait pouvoir en faire autant. Voir la décision du Conseil Constitutionnel Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 : « Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services » (Considérant 12).

267. En attendant que d'autres modalités d'intégration de la régulation privée à la régulation publique plus satisfaisantes soient rendues possibles grâce peut-être à la création d'institutions *ad hoc*, il convient au final de ne pas négliger le rôle d'interface joué par la responsabilité civile délictuelle entre la sphère de la régulation privée et la sphère de la régulation publique. S'il s'agit sans doute de la manifestation d'un « droit post-moderne » ou encore d'un « droit de régulation » dans la mesure où l'État est en situation de repli de la scène occupée par les acteurs privés, il ne faut pas en conclure trop rapidement que la rationalité juridique réflexive doit supplanter la rationalité juridique matérielle. Il nous semble en effet essentiel que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle des PISEL permettent de garantir la protection de valeurs matérielles et en particulier la protection des droits et libertés fondamentaux au premier rang desquels figure la liberté d'expression, et ce même si la propagation du cyberspace a pour conséquence d'altérer les équilibres en la matière. La détermination de ces équilibres fondamentaux va néanmoins bien au delà de l'objet de cette étude.

INDEX THEMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

Action en cessation

- Directive 98/27/CE : 181 s.
- Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) : 218 s.

Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act (ACPA) : 136, 139

Ashcroft v. American Civil Liberties Union : 68

Autorégulation : 4-1, 4-1-2, 5-1, 21, 70,71, 73, 76, 112 s., 110 s. 118, 170, 214

- Imparfaite : 112 s.
- Parfaite : 110 s.

Babillard : 51, 89, 90

Censure : 25, 70,

Code : 5-1, 5-2, 10, 71

Code de conduite : 4-1-2, 25, 170, **172 s.**, 185

Communications Decency Act (CDA) : **45 s.**, 167, 257

- Disposition supplétive : 78
- Exception : 56
- Fournisseur de service informatique interactif : *Voy.* Fournisseur de service informatique interactif

Concurrence internormative : 73, 74

- Concurrence régulatoire : 26

Conformité: 4, 34, 42, 118, 258, 260, 261, 262

Contributory infringement

- *Copyright* : 87-2, 90, 102, 102-2
- *Trademark* : 125-2, **126 s.**

Contrat

- *Organisationnel* : 76, 78

Convention sur la cybercriminalité : 80

Copyright : **86 s.**, 257, 258, *Voy. aussi* DMCA

Corégulation : 4-2, 20, 143 s., 170 s., 213 s., 214

Cubby Inc. v. CompuServe Inc. : 52

Cyberespace

- Régulabilité : 11

Cybersquatting : 139

Digital Millennium Copyright Act (DMCA) : **83 s.**, 141, 142-1, 162, 162-3, 164-2, 176, 179, 201, 253, 254, 257

- Conditions d'éligibilité : 97, 201
- Conditions d'exonération : 99
- Remèdes
 - o En droit : 100 s.
 - o En équité : 106 s.

Dé-juridicisation : 5-2, 27

Diffamation : 48 s., 51

Directive 2000/31/CE : 155 s., 191, 253, 254

Directive 98/27/CE : 181 s.

Directive 93/13/CE : 184 s.

Distributeur

- Voy. Éditeur

Domaine

- Coordonné : 167 s.
- Harmonisé : 164 s.

Données personnelles : 76, 174, 246

- Obligation de rétention : 192, 201 s.

Droit

- Moderne : 4 s., 7
- De régulation : 4 s.
- De la régulation : 4 s.
- Post-moderne : 4 s., 7

Droit d'auteur : 183, 202-2

Droit des marques : 183, 202-2, 223 s., 260

Droit des médias (US) : 48 s.

Droit international privé : 5-1, 168

- focalisation : 5-1

Éditeur

- Droit des médias US : 48, 49, 51, 52
 - o et distributeur : 48, 49, 52, 60
- Droit français : 198

Effectivité : 4, 4-1, 34, 42, 70, 81, 118, 220, 222, 246, 251, 257, 258, 260, 261, 262

Efficacité : 3, 4, 4-1, 19, 25, 30-3, 32, 39, 42, 70, 81, 120, 152, 183, 222, 234-3, 250, 251, 254, 261, 262

État

- Crise de la normativité étatique : 3, 4, 5
- Intervention indirecte : 11
- Régulateur : 4-1, 5, 5-2, 7
- Post-moderne : 4

Externalité : 25, 74, 77

Ex ante : 5-1, 29, 30-5, 71, 254

Ex post : 5-1, 29, 30-5, 71, 254

Federal Trade Commission (FTC): 76, 80

Fédéralisme économique

- Théorie du : 73

Faute : 1, 158, **233 s.**

Filtrage : 68, 117, 215, 248, 261

Fin-à-fin

- Principe de : 5-1

Forum des droits sur l'Internet : 213, 221-1

Fournisseur d'accès

- Définition : 93-1, 94, 95, 162-1, 191
- Régime de responsabilité : 100, 105, 106, 157-2, 193, 195, 201 s., 203-1, 204, 205, 206, 207, 208, 218 s.
- Régulateur privé : 112, 119, 177, 182, 185, 206, 215, 216, 221 s., 253 s.

Fournisseur de cache

- Définition : 93-2, 94, 162-2, 198-3
- Régime de responsabilité : 101, 105, 106, 164-3, 177, 182, 185, 195, 203-1, 203-5

Fournisseur d'hébergement

- Définition : 93-3, 94, 95, 162-3, 191, 192, 198-1
- Régime de responsabilité : 102, 105, 106, 157-1, 159, 164-4, 192, 194, 195, 201 s., 203-1, 203-3, 204, 205, 206, 207, 208, 218 s., 257
- Régulateur privé : **111 s.**, 115, 116, 118, 119, 176, 177, 182, 185, 214-2, 221 s., 253 s., 257, 258

Fournisseur d'instruments de localisation de l'information

- Définition : 93-4, 94, 95, 198, 223
- Régime de responsabilité : 102, 105, 106, 229 s., 236 s.

Fournisseur de service de courtage en ligne : 95, 126-3, 166, 198, 223, **231 s.**, **239 s.**, 244, 248, 253

Fournisseur de service informatique interactif : 57

- Définition : 58
- Utilisateur de service informatique interactif : 58
- Régime de responsabilité : 60 s.
- Régulateur privé : 70, 71

Fournisseur de service de référencement commercial : 126-1, 130, 133, 223, **229 s.**, **236 s.**, 245-1, 248

HADOPI : 216, 260

Harmonisation : 154, 164 s.

Hébergement : 51, *Voy.* aussi fournisseur d'hébergement

Hot line : 177

ICANN : 139

Inducement

- Théorie de l' : 63, 100

Injonction : 29, 31, **32**, 33, 40, 64, **106 s.**, 142-2, 146 s., 148, 149, 150, 151, 165, 177, **181 s.**, 206, 207, 208, 214, 215, 218 s., 261

Initial interest confusion : 129, 144

Innovation : 30-5, 39

Juridicisation : 109 s., 137 s., 170 s., 209 s., 242 s.

- matérielle : 137 s., 154, 169, 170 s., 188, 209 s., 223, 241, 242 s.
- réflexive : 108 s.

Keying : Voy. fournisseur de service de référencement commercial

Lanham Act (LA) : **121 s.**, 257, 258

Légitimité : **4**, 23, 34, 42, 81, 118, 119, 142, 174, 249-2, 251, 257, 260, 261, 262

Lex informatica: 5-1, 5-2, 71

Liberté d'expression : 25, 27, 52, 68, 70, 77, 117, 118, 120, 139, 144 s., 178, 192, 203-3, 214, 246, 249-1, 250, 254, 258, 260, 261

Liberté du commerce et de l'industrie : 27, 118, 249-1, 260

Libre concurrence : 144

Liens sponsorisés

- Voy. Fournisseur de service de référencement commercial

Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : 216

Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) : 187 s., 194, 195, **196 s.**, 223, 230-1, 230-2, 233, 243, 244, 250

Loi du 1^{er} août 2000 : 191 s.

Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) : 203-6

Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. : 63, 100

Modalité de régulation : **10 s.**, 24

Nom de domaine : 126-1, 132, 136, 229, 237, Voy. aussi ICANN

Notification

- **Notice and take down** : 102 s., **104**, 116, 118, 119, 214, 254, 257, 258
- Procédure de : 102 s., 104, 116, 118, 119, 141, 142, 142-1, 142-2, 164-1, 176, 178, 179, 203-3, 214, 214-2, 254, 257, 258, 261

Pays d'origine

- Principe du : 155, 168, 183, 186

Playboy Enterprises, Inc. v. Frena : 89

Pornographie : 55, 177, 204, 214-1

Prestataire intermédiaire de service en ligne (PISEL) : 5-1, 12, 24, 40, 41, 57, 61, 93 s., 136, 151, 162 s., 182, 185, 198 s., 221 s., 223, 244, 247 s., 249-2, 251 s. *Voy.* aussi fournisseur d'accès, fournisseur de cache, fournisseur d'hébergement, fournisseur de service informatique interactif, régulateur privé

- Définition : 5-1, 24

Procéduralisation : 111-2; 111-3, 112, **114 s.**, 141

Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co. : 51

Producteur

- Producteur et consommateur : 79
- Communication audiovisuelle: 203-2

Rationalité juridique

- Matérielle : 5, 42
- Réflexive : 5, 42, 258

Référé

- Référé LCEN : 206 s., 218 s.

Référencement commercial

- - *Voy.* fournisseur de service de référencement commercial

Régulation

- Activité de : 3, 4-1-2, 4-2, 21, 71, 111 s., 175 s., 214 s., 243 s., 249-2
- Command-and-control : 18
- Définition : 4-1-1, 4-1-2, 5, 29
- Privée : 5-2, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 36, 38, 39, 41, 45 s., 70, 71, 73, 74, 111 s., 139, 141, 142 s., 174, 176, 215, 245-1, 245-2, 246, 248, 251, 252 s., 258
 - o Définition : 4-1-2, 20
 - o Complémentarité de la responsabilité civile et de la régulation privée : 4-2, 35 s., **38, 39, 255 s.**
 - o Régulation privée volontaire : *Voy.* stratégie de régulation
 - o Régulation privée impérative : *Voy.* stratégie de régulation
- Publique : 4-1-2, 4-2, 20, 21, 74, 173, 258
 - o Définition : 4-1-2; 20, 29
 - o Complémentarité de la responsabilité civile et de la régulation publique : 4-2, 29 s., **32**
- et Réglementation
- Responsive : 18
- Stratégie de : *Voy.* Stratégie de régulation
- Sous-régulation : 79, 81, 118
- Surrégulation : 5-1, 118, 120, 246, 248, 249-1, 249-2, 250
- Théorie de la : 4-1-1

Régulateur privé : 4-2, **17 s.**, 23, 24, 25, 26, 37-1, 39, 141, 142 s., 221 s., 244, 248, 249-2, 251, 252 s., *Voy.* aussi fournisseur d'accès, fournisseur d'hébergement, fournisseur de service informatique interactif

Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc. : 90

Reno v. American Civil Liberties Union et al. : 46

Réseau

- Effet de : 25

Responsabilité civile

- Conditions d'éligibilité : 97 s, 201.
- Conditions d'exonération : 99, 192
- Fonction
 - o Nouvelle : 2 s.
 - o Régulatrice : 33, 73
 - o Traditionnelle : 1 s., 251, 260
- Pécuniaire : 134, 142-1, 155 s., 165, 169, 189 s., **200 s., 206, 219**
- Régime horizontal et régime vertical : 3, 92, 161, 197
- Responsabilité du fait d'autrui : 249-1
- Responsabilité du fait personnel : *Voy.* Faute
- Responsabilité secondaire et responsabilité primaire: 86, 87, 89, 90, 123 s., 127 s., 134
- Subjectivisation de la : 84 s., 122 s., 155 s., 189 s.

Simple transporteur

- Définition : 93-1, 94, 95, 162-1, 198-2
- Régime de responsabilité : 100, 105, 106, 164-2, 203-4

Site communautaire : 95, 117, 198, 215

Stratégie de régulation

- À dominante privée : 4-2, 21, 25, 174, 249-2, 256
- À dominante publique : 4-2, 21, 80, 177, 245-1, 259 s.
- Corégulation : *Voy.* corégulation
- Définition : 3
- Privée: 4-2, 21, 36, 38, 39, 176, 258
 - o Privée impérative : 82 s., 116
 - o Privée volontaire : 45 s., 71, 79
- Publique : 4-2, 21, 30, 192, 214 s., 261

Subpoena : 113

Surveillance

- Obligation générale de : 164-1, **201 s.**, 203-1, 203-3, 254
- Obligation spéciale de : 164-1, **204, 205**

Téléservices

- Loi sur les : 157 s.

Tiffany (NJ), Inc. v. eBay, Inc. : 126-3, 253

Trademark : 124 s., 257, 258

- Exception du contrefacteur innocent : 135, 136
- Test au multiple facteur : 147
- *Trademark use* : Voy. utilisation en tant que marque

Utilisation en tant que marque : 131 s.

Usenet : 90

User empowerment

- Théorie du :70

Validité: 4, 4-1

Ventes aux enchères : Voy. fournisseur de service de courtage en ligne

Vicarious liability

- *Copyright* : 87-1, 102, 102-2, 142-1
- *Trademark* : 125-1, 142-1

Vie privée

- Droit au respect de la : 25, 27, 119, 158, 159, 260

Web 2. : Voy. aussi site communautaire

Zeran v. America Online, Inc. : 45, 55, 60, 62, 70

BIBLIOGRAPHIE

- ABRAMSON, H. I.**, *A fifth branch of government: the private regulators and their constitutionality*, *Hastings Constitutional Law Quarterly* (16)1989, 165-220.
- ADER, B.**, *La responsabilité des acteurs de l'internet après la loi du 1er août 2000*, *Légipresse* (176)2000, 113-118.
- AHLERT, C., C. MARSDEN et C. YUNG**, *How 'liberty' disappeared from cyberspace: the mystery shopper tests Internet content self-regulation*, 2004, <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk>.
- AITKEN, B.**, *Keyword-linked advertising, trademark infringement, and Google's contributory liability*, *Duke Law & Technology Review* (2005)2005, 21-24.
- AMATO, G.**, *Antitrust and the bounds of power : the dilemma of liberal democracy in the history of the market* 1997, Hart Publishing, Oxford.
- AMSELEK, P.**, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, *Revue du droit Public* (2)1982, 275-294.
- AMSTRONG, T. K.**, *Digital rights management and the process of fair use*, *Harvard Journal of Law & Technology* (20)2006, 49-121.
- ANCEL, M.-E.**, *Un an de droit international privé du commerce électronique*, *Communication Commerce Electronique* (1)2009, chron. 1.
- ANCEL, P.**, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1999, p. 771.
- ANTOINE, M.**, *L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 1-29.
- ARHAB, F.**, *Les nouveaux territoires de la faute*, *Responsabilité civile et assurance* juin 2003, chron. n°16.
- ARMSTRONG, K. A.**, *Mutual Recognition*, 2002, in B. C. et S. J., *The law of the Single European Market -Unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 225-267.
- AYRES, I. et J. BRAITHWAITE**, *Responsive regulation - Transcending the deregulation debate*, 1992, Oxford University Press, New-York.
- BALDWIN, R. et M. CAVE**, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, 1999, Oxford University Press, Oxford; New York.
- BAND, J. et M. SCHRUERS**, *Safe harbors against the liability hurricane: the Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (20)2002, 295-320.
- BARBRY, E. et O. PROUST**, *Le web 2.0 passe la barre des prétoires*, *Gazette du Palais* (291)2007, p. 10 et s.

- BARLOW, J. P., *A declaration of the independence of cyberspace*, 1996, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.
- BARRETT, M., *Internet trademark suits and the demise of "trademark use"*, U.C. Davis Law Review (39)2006, 371-457.
- BARTHOLOMEW, M., *Making a mark in the Internet economy: a trademark analysis of search engine advertising*, Oklahoma Law Review (58)2005, 179-220.
- BARTHOLOMEW, M. et J. TEHRANIAN, *The secret of life of legal doctrine: the divergent evolution of secondary liability in trademark and copyright law*, Berkeley Technology Law Journal (21)2006, 1363-1419.
- BEEBE, B., *An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement*, California Law Review (94)2006, 1581-1654.
- BEHAR-TOUCHAIS, M., *Nouvelles orientations en matière de responsabilité du fait d'autrui*, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, Bull. F. Lefebvre 1991, p. 487 et s.
- BELLIA, P. L., *Federalization in information privacy law*, Yale Law Journal (118)2009, 868-900.
- BENABENT, A., *Droit civil, Les obligations*, 2007, Montchrestien 11e éd., Paris.
- BENABOU, V. L., *Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009)*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (52)2009, 63-74.
- BERGE, J.-S., *Question de vocabulaire: impact de la disparition du terme "Communauté" et ses dérivés dans les traités sur l'Union européennes sur le droit des contrats*, Revue des Contrats (2)2008, 523-526.
- BERNE, J. R., *Court intervention but not in a classic form: a survey of remedies in Internet trademark cases*, Saint Louis University Law Journal (43)1999, 1157-1214.
- BIRNHACK, M. D. et N. ELKIN-KOREN, *The invisible handshake: the reemergence of the state in the digital environment*, Virginia Journal of Law & Technology (8)2003, 6-63.
- BITAN, H., *Premières observations sur le projet de loi "Création et internet"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (40)2008, 51-54.
- BITAN, H., *Réflexions sur la loi "Création et Internet" et sur le projet de loi "Hadopi 2"*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 121-126.
- BLACK, J., *Critical reflections on regulation*, Australian Journal of Legal Philosophy (27)2002, 1-37.
- BLACK, J., *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self regulation in a "post-regulatory" world*, Current Legal Problems (54)2002, 103-146.
- BLACK, J., *Regulatory conservations*, Journal of Law and Society (29)2002, 163-193.
- BLOCH, C., *La cessation de l'illicite: Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, 2008, Dalloz, Paris.
- BOEVE, M. R., *Will Internet service providers be forced to turn in their copyright infringing copyright? The power of the Digital Millennium Copyright Act's*

- subpoena provision after in Re Charter Communications*, Hamline Law Review (29)2006, 115-143.
- BOIRON, P. et E. MIRAT, *La loi HADOPI: beaucoup de bruit pour rien?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 117-120.
- BOUBEKEUR, I., *De la "loi HADOPI" à la "loi HADOPI 2" - Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 107-113.
- BOUTONNET, M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, 2005, L.G.D.J., Paris.
- BRAITHWAITE, J. et P. DRAHOS, *Global business regulation*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, UK.
- BRATTON, W. W. et J. A. MCCAHERY, *The new economics of jurisdictional competition: devolutionary federalism in a second-best world*, Georgetown Law Journal (86)1997, 201-278.
- BRAUCHER, J., *Delayed disclosure in consumer e-commerce as an unfair and deceptive practice*, Wayne Law Review (46)2000, 1805-1867.
- BRETON, A., *Competitive governments : an economic theory of politics and public finance*, 1998, Cambridge University Press, New-York & Cambridge.
- BREYER, S., *Regulation and its reform*, 1982, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- BROUSSEAU, E., *Multilevel governance of the digital space: does a "second rank" institutional framework exist?*, 2005, <http://www.brousseau.info>.
- BROUSSEAU, E., *Régulation de l'Internet: l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel?*, 2001, <http://www.brousseau.info>.
- BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2009, Litec, Paris.
- BUCHER, A., *L'ordre public et le but social des lois*, Recueil des cours (239)1993, 9-116.
- BUFFELAN-LANORE, Y., *Droit civil*, 2008, Armand-Colin, 8e éd., Paris.
- BUGIOLACCHI, L., *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, Responsabilità civile e previdenza 2005, 188 - 209.
- BURCHER, E. A., *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc. -- Internet service providers: the knowledge standard for contributory copyright infringement and the fair use defense*, Richmond Journal of Law and Technology (3)1997, 5-76.
- BURK, D., *Legal and technical standards in digital rights management technology*, Fordham Law Review (74)2005, 537-573.
- BURMEISTER, K. et C. KOHLER, *Copyright liability on the Internet today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)*, European Intellectual Property Review (21)1999, 485-499.
- BUTLER, C., *Plotting the return of an ancient tort to Cyberspace: towards a new federal standard of responsibility for defamation for Internet service providers*, Michigan Telecommunications & Technology Law Review (6)2000, 247-272.

- CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, 2002, L.G.D.J., Paris.
- CACHARD, O., *Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé*, *Revue de Droit des Affaires Internationales* (2)2004, 161-179.
- CAFAGGI, F., *A coordinated approach to regulation and civil liability in European law : rethinking institutional complementarities*, EUI working paper LAW n° 05/13 2005, 1-40.
- CAFAGGI, F., *Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés*, EUI working paper LAW n° 05/06 2005, 1-53.
- CAFAGGI, F., *Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée*, *Revue Française d'Administration Publique* (109)2004, 23-36.
- CAFAGGI, F., *Product safety, private standard-setting and information networks*, 2009, in F. Cafaggi et H. Muir-Watt, *The regulatory function of European private law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 207-242.
- CAFAGGI, F., *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, EUI working paper LAW n° 06/13 2006, 1-57.
- CAFAGGI, F., *Self-regulation in European contract law*, *European Journal of Legal Studies* (1)2006, 1-52.
- CAFAGGI, F. et H.-W. MICKLITZ, *Administrative and judicial collective enforcement of consumer law in the US and in the European Community*, EUI LAW WP 22/2007, 2007, <http://www.ssrn.com>.
- CAFAGGI, F. et H.-W. MICKLITZ, *Administrative and judicial enforcement in consumer protection: the way forward*, EUI Law WP n°2008/29, 2008, www.cadmus.iue.it.
- CAFAGGI, F. et H.-W. MICKLITZ, *Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment*, *European Review of Private Law* (3)2008, 391-425.
- CAFAGGI, F. et H. MUIR-WATT, *The making of European private law: regulation and governance design*, *European Governance Papers (EUROGOV) n°07-02*, 2008, www.connex-network.org.
- CALAIS-AULOY, J. et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, Dalloz, Paris.
- CALAIS, M.-T., *La libéralisation du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute*, *Dalloz* 1998, n°14, Dernière actualité.
- CANNON, R., *The legislative history of senator Exon's Communications Decency Act: regulating barbarians on the information superhighway*, *Federal Communications Law Journal* (49)1996, 51-94.
- CAPRIOLI, E., *Impunité de Google en matière de vie privée sur le territoire français*, *Communication Commerce Electronique* (10)2008, comm. 119.
- CAPRIOLI, E., *Les technologies de l'information et la lutte anti-terroriste*, *Communication Commerce Electronique* 2006, comm. 87.

- CARAL, J. M. E. A., *Lessons from ICANN: is self-regulation of the Internet fundamentally flawed?*, *International Journal of Law and Information Technology* (12)2004, 1-31.
- CARBONNIER, J., *Droit civil, t. IV, Les obligations*, 2000, PUF, 22e éd., Paris.
- CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, 1978, Presses Universitaires de France, Paris.
- CARON, C., *Contrefaçon et sites communautaires: état des lieux jurisprudentiel*, *Communication Commerce Electronique* (12)2007, comm. 143.
- CARON, C., *La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Communication Commerce électronique* (10)2006, Etude 22.
- CARON, C., *Marques et liberté d'expression: l'Eternel retour*, *Communication Commerce Electronique* (6)2008, comm. 77.
- CARY, W. L., *Federalism and corporate law: reflections upon Delaware*, *The Yale Law Journal* (83)1974, 663-705.
- CASTELLS, M., *The rise of the network society*, 1996, Blackwell Publishing, Oxford.
- CASTETS-RENARD, C., *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, *Dalloz* 2009, p. 1158 et s.
- CATALA, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281)*, *Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 2005, www.lexisnexis.fr.
- CHAFFEE-MCCLURE, Z., *Train in vain: the clash between the RIAA and the eighth circuit over the DMCA subpoena provision applies to peer-to-peer networks, and the need to steer the DMCA back on track with congressional intent (in Re Charter Commc'ins, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 393 F.3D 771 (8th Cir. 2005))*, *Washburn Law Journal* (45)2005, 175-201.
- CHAMPAUD, C., *Mondialisation et droit économique - Introduction*, 2001, <http://www.unice.fr/CREDECO/textes/ride-022.html>.
- CHEUNG, A. S. Y. et K. K. H. PUN, *Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers*, *European Intellectual Property Review* (31)2009, 559-567.
- CHEVALLIER, J., *L'Etat-post-moderne*, 2004, L.G.D.J., Paris.
- CHEVALLIER, J., *La régulation juridique en question*, *Droit et Société* (49)2001, 827-846.
- CHEVALLIER, J., *Vers un droit postmoderne?*, 1998, in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris.
- COHEN, J. et D. BURK, *Fair use infrastructure for rights management systems*, *Harvard Journal of Law and Technology* (15)2001, 41-83.
- COLLINS, H., *Regulating contract law*, 2004, in C. Parker, C. Scott, N. Lacey et J. Braithwaite, *Regulating law*, Oxford University Press, Oxford, 13-32.

- COLLINS, H., *Regulating contracts*, 1999, Oxford University Press, Oxford, New-York.
- COLLINS, M., *The law of defamation and the Internet*, 2006, Oxford University Press, Oxford.
- CONNER, D. J., *Cubby v. CompuServe, defamation law on the electronic frontier*, George Mason Independent Law Review (2)1993, 227-248.
- CONTE, P., *Responsabilité du fait personnel*, Répertoire civil, Dalloz, Paris.
- CONTE, P. et P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, 2000, PUG, 2e éd., Grenoble.
- COOTER, R. et T. ULEN, *Law and economics*, 1988, Harper Collins, New-York.
- CORDIER, G., *Les liens sponsorisés devant la CJCE: point d'étape (et de réflexion) sur la notion d'hébergement*, Communication Commerce Electronique (12)2009, étude 27.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 2003, Presses Universitaires de France, Paris.
- COSTES, L., *Créations Immatérielles, Actualités, Eclairages*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (44)2008, 5.
- COSTES, L., "Hébergeurs, prestataires Internet... entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle?" Revue Lamy Droit de l'Immatériel (47)2009, 77-80.
- COSTES, L., *Responsabilité des fournisseurs d'hébergement: un nouveau rebondissement*, Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux (128)2000, 1 s.
- COULAUD, M., *L'adoption au Sénat du projet de loi "Création et Internet": la confirmation d'une méthode de régulation consensuelle en propriété littéraire et artistique*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (46)2009, 85-93.
- COYLER, C., *Searching for a solution: the Lanham Act's "use in commerce" requirement in search engine keyword advertising cases*, University of Kansas Law Review (56)2008, 679-709.
- CRABIT, E., *La directive sur le commerce électronique*, Revue du Droit de l'Union Européenne (4)2000, 749-833.
- CRAIG, P. et G. DE BURCA, *EU law: text, cases, and materials*, 2008, Oxford University Press, Oxford.
- CRAWFORD, S. P., *The ICANN experiment*, Cardozo Journal of International and Comparative Law (12)2004, 409-448.
- CREASMAN, W. S., *Free speech and "sucking" - When is the use of a trademark in a domain name fair?*, The Trademark Reporter (95)2005, 1034-1057.
- CREASMAN, W. S., *W. S. Creasman, Free speech and "sucking" - When is the use of a trademark in a domain name fair?*, The Trademark Reporter (95)2005, 1034-1057.
- CROMAN, S., *Where the Netcom Yardstick comes up short. courts should not apply the facts of Netcom as an example of intermediate and transient storage under §512(A) of the DMCA*, Washington Law Review May (80)2005, 417-445.

- DARBELLAY, J., *Théorie générale de l'illicéité*, 1955, Editions Universitaires, Fribourg.
- DARROW, J. J. et G. R. FERRERA, *The search engine advertising market: lucrative space or trademark liability?*, *Texas Intellectual Property Law Journal* (17)2009, 223-266.
- DE ARCANGELIS, M., *La responsabilité des fournisseurs de services d'hébergement sur Internet en Italie*, 2001, <http://www.juriscom.net>.
- DE CANDE, P., *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet ou ISP: l'apport du projet de loi sur la société de l'information*, *Dalloz* (24)2001, 1934-1938.
- DE LOCHT, P. et C. LABARO, *Les codes de conduite dans le commerce électronique : voyage dans les interstices du droit*, 2001, in E. Montero, *Le commerce européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 297-326.
- DE MARTINO, G., *La nouvelle attribution des rôles doit-elle conduire à la révision de la directive e-commerce*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (43)2008, 88-90.
- DEBET, A., *Les fournisseurs d'accès à Internet sont tenus d'une obligation de résultat*, *Communication Commerce Electronique* (1)2008, comm. 7.
- DEIBERT, R., J. PALFREY, R. ROHOZINSKI et J. ZITTRAIN (sous la dir.), 2008, *Access denied - The practice and policy of global internet filtering*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England.
- DEJEAN DE LA BATIE, N., *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, 1965, LGDJ, Paris.
- DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*, 2006, Seuil, Paris.
- DEMSETZ, H., *Toward a theory of property rights*, *The American Economic Review* (57)1967, 347-349.
- DEN HERTOOG, J., *General theories of regulation*, 2000, in B. Bouckaert et G. De Geest, *Encyclopedia of law and economics*, Volume III, The regulation of contracts, Edward Elgar, Cheltenham, 223-270.
- DERHAM, R., *Internet - Regulation -On-line service providers' liability for material sent over their networks*, *Computer and Telecommunications Law Review* (3)1997, 117-118.
- DERIEUX, E., *Directive "services de médias audiovisuels"*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (35)2008, Perspectives.
- DERIEUX, E., *Directive TSF07: perspectives de réformes de la directive "Télévision sans frontière". - De la directive "Télévision sans frontière" à la directive "Services de médias audiovisuels"*, *Communication Commerce Electronique* (6)2007, Etude 14.
- DERIEUX, E., *Internet et responsabilité*, *Petites Affiches* (139)2008, 7 et s.
- DESSEMONTET, F., *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, *Revue Suisse de Jurisprudence SIZ* (15)1996, p. 285 et s.

- DI LELLO, E. V., *Functional equivalency and its application to freedom of speech on computer bulletin boards*, *Columbia Journal of Law and Social Problems* (26)1993, 199-247.
- DICKIE, J., *Producers and consumers in EU e-commerce law*, 2005, Hart Publishing, Oxford.
- DIESELHORST, J., *Germany: Telecommunications -Internet*, *Computer and Telecommunications Law Review* (4)1998, 131-132.
- DINWOODIE, G. B. et M. D. JANIS, *Confusion over use: contextualism in trademark law*, *Iowa Law Review* (92)2007, 1597-1667.
- DRAGO, G., *La Constitution "en réserves"*, *Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur une loi relative au pacte civil de solidarité*, *Droit de la Famille* 1999, Hors-série, 46 et s.
- DREYFUS, N., *Vers une responsabilisation des acteurs de l'internet: la Cour de cassation se prononce*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (44)2008, 9-11.
- DU MARAIS, B., *Droit public de la régulation économique*, 2004, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris.
- DUINTJER-TEBBENS, H., *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, *Revue Critique de Droit International Privé* 1994, 451.
- DUPUIS-TOUBOL, F., M.-H. TONNELIER et S. LEMARCHAND, *Responsabilité civile et Internet*, *La Semaine Juridique ed. E.* (13)1997, 135-142.
- EDWARDS, L., *Articles 12-15 ECD: ISP Liability -The Problem of Intermediary Service Provider Liability*, 2005, in L. Edwards, *The new legal framework for e-commerce in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 93-136.
- EL SHAZLY, Y., *La Cour de cassation met fin à la saga de Greenpeace - Vive la liberté d'expression!*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (39)2008, Actualités.
- ELKIN-KOREN, N., *Copyright law and social dialogue on the information superhighway: the case against copyright liability of bulletin board operators*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (13)1995, 345-411.
- ELKIN-KOREN, N. et E. M. SALZBERG, *Law, economics and cyberspace -The effects of cyberspace on the economic analysis of law*, 2004, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, MA.
- EWALD, F., *L'Etat providence*, 1986, Grasset, Paris.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations - T2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2007, PUF, Paris.
- FALLON, M., *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré -L'expérience de la Communauté européenne*, *Receuil des cours* (253)1995, 72.
- FALLON, M. et J. MEEUSE, *Le commerce électronique, la Directive 2000/31/CE et le droit international privé*, *Revue Critique de Droit International Privé* 2002, 435-490.

- FAY, B., *Utilisation de mots-clés protégés par le droit des marques. - Commentaire de la décision de la cour d'appel de Versailles, 2 novembre 2006*, *Propriété industrielle* (4)2007, Etude 11.
- FENOLL-TROUSSEAU, M.-P., *Les moteurs de recherche: un piège pour les données à caractère personnel*, *Communication Commerce Electronique* (1)2006, Etude 3.
- FERAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2008, Dalloz, Paris.
- FERAL-SCHUHL, C., *Fournisseurs de liens commerciaux, une jurisprudence encore indécise...* *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (36)2008, Perspectives.
- FLOUR, J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, t. II, Le fait juridique*, 2009, Armand Colin, 2e éd., Paris.
- FLOUR, Y., *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance*, *Droits* 1987, p. 29 et s.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir - Naissance de la prison*, 1975, Gallimard, Paris.
- FRANCK, J. et M. GOYENS, *La proposition de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs: quelques impressions préliminaires*, *Revue Européenne de Droit de la Consommation* (11)1996, 95-108.
- FREEMAN, J., *The contracting state*, *Florida State University Law Review* (28)2000, 155-214.
- FREEMAN, J., *The private role in public governance*, *New York University Law Review* (75)2000, 543-675.
- FREIWALD, S., *Comparative institutional analysis in cyberspace: the case of intermediary liability for defamation*, *Harvard Journal of Law and Technology* (14)2001, 569-655.
- FRIEDMAN, L., *A history of american law*, 1973, Simon and Schuster, Touchstone, New-York.
- FRISON-ROCHE, M.-A., *Définition du droit de la régulation économique*, *Dalloz* 2004, 126-129.
- FRISON-ROCHE, M.-A., *Définition du droit de la régulation économique*, 2004, in M.-A. Frison-Roche, *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Dalloz, Paris, 7-15.
- FRISON-ROCHE, M.-A., *Le couple ex Ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation*, 2006, in M.-A. Frison-Roche, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz, Paris, 33-48.
- FRISON-ROCHE, M.-A., *Le droit de la régulation*, *Dalloz* 2001, 610-616.
- FRISON-ROCHE, M.-A., *Les bouleversements du droit par Internet*, 2000, in J.-M. Chevalier, I. Ekeland, M.-A. Frison-Roche et M. Kalika, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 37-76.
- FROOMKIN, A. M., *ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy" - Causes and (partial) cures*, *Brooklyn Law Review* (67)2002, 605-718.
- FROOMKIN, A. M., *Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*, *Duke Law Journal* (50)2000, 17-186.

- FROOMKIN, A. M. et M. A. LEMLEY, *ICANN and antitrust*, University of Illinois Law Review (2003)2003, 1-76.
- FRYDMAN, B. et I. RORIVE, *Regulating Internet content through intermediaries in Europe and the USA*, Revue de l'Institut Max Planck de Cologne (23)2002, 41-59.
- FUCKS, A., H. MUIR-WATT et E. PATAUT (sous la dir.), 2004, *Les systèmes de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris.
- GALLOUX, J.-C., *Le caractère autonome de l'exigence de distinctivité en droit communautaire des marques*, note sous TPICE, 26 oct. 2000, aff. T-345/99, Dalloz 2000, p. 1941.
- GARNER, B. A. (sous la dir.), 1996, *Black's Law dictionary*, West Publishing, St Paul, MN.
- GAUTIER, P.-Y., *Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de de l'usage immatériel des oeuvres*, Dalloz 1996, chron. p. 131 et s.
- GAUTIER, P.-Y., *L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon*, Propriétés Intellectuelles (3)2002, 28-31.
- GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 2007, PUF, Paris.
- GAUTRON, A., *La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 63-73.
- GAVANON, I. et J. HUET, *Conflits entre liens commerciaux et marques: leçons à tirer de la saga judiciaire Google*, Dalloz 2008, p. 1529.
- GEIST, M., *Fair.com? An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP*, Brooklyn Journal of International Law (27)2002, 903-937.
- GIBBONS, L. J., *No regulation, government regulation, or self-regulation: social enforcement or social contracting for governance in cyberspace*, Cornell Journal of Law and Public Policy (6)1997, 475-551.
- GIBLIN, R., *A bit liable? A guide to navigating the U.S. secondary liability patchwork*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (25)2008, 7-49.
- GINSBURG, J. C., *Global use, territorial rights: private international law questions of the global information infrastructure*, Journal of the Copyright Society of the USA (42)1995, 318-338.
- GINSBURG, J. C., J. LITMAN et M. L. KEVLIN, *Trademark and unfair competition law - Cases and materials*, 2007, Foundation Press, New-York.
- GITTON, A., *La géniale justification d'une prise en otage de l'abonné à un service de communication en ligne: "si ce n'est toi, c'est donc ton fils!" ou un effondrement des cours de la loi au juge*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (41)2008, 63-73.
- GLAIZE, F., *Liens publicitaires: suggérer, est-ce contrefaire?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (36)2008, Perspectives.

- GLAIZE, F. et A. NAPPEY, *Usage de marque pour la création de liens publicitaires: monopole et libre concurrence*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (12)2006, Actualités.
- GOLDMAN, E., *Brand spillovers*, Harvard Journal of Law & Technology (22)2009, 381-419.
- GOLDMAN, E., *Deregulating relevancy in Internet trademark law*, Emory Law Journal (54)2005, 507-596.
- GORCHS, B., *Vers un référé de l'Internet autonome*, Communication Commerce Electronique (12)2007, Etude n°31.
- GRAMLICH, E. M., *Cooperation and competition in public welfare policies*, Journal of Policy Analysis & Management (6)1987, 417-431.
- GRARE, C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle - L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, 2005, Dalloz, Paris.
- GREENLEAF, G., *An endnote on regulating cyberspace: architecture vs law*, University of New South Wales Law Journal (21)1998, 593-622.
- GREGORY, C. O., *Trespass to negligence to absolute liability*, Virginia Law Review (37)1951, 359-398.
- GRYNBAUM, L., *Jeu vidéo commercialisé avant la date de sortie: responsabilité de l'éditeur du site d'annonces*, Communication Commerce Electronique (12)2006, comm. 159.
- GRYNBAUM, L., *LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet*, Communication Commerce Electronique (9)2004, 36 s.
- GRYNBAUM, L., *Pour un code de bonne conduite applicable aux liens commerciaux*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (23)2007, Perspectives.
- GRYNBAUM, L., *Régime de responsabilité des moteurs de recherche: pas d'obligation de conservation des données d'identification mais un devoir de retrait de référencement des images illicites associées à une marque*, Communication Commerce Electronique (9)2006, comm. 127.
- GRYNBAUM, L., *Responsabilité du moteur de recherche pour lien sponsorisé: une obligation de mise en place d'un dispositif de contrôle a priori*, Communication Commerce Electronique (10)2006, comm. 144.
- GUEGAN, A., *L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile*, Revue Juridique de l'Environnement 2000, p. 147 et s.
- HAAS, G. et O. DE TISSOT**, *L'activité de fournisseur d'hébergement à l'épreuve du droit des tiers*, Communication Commerce Electronique 2000, 16-22.
- HADFIELD, G. K., *Delivering legality on the Internet: developing principles for the private provision of commercial law*, American Law and Economic Review (6)2004, 154-184.
- HARDY, T., *The proper legal regime for "cyberspace"*, University of Pittsburgh Law Review (55)1994, 993-1055.
- HATZOPOULOS, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, 1999, Bruylant Bruxelles.

- HAYES JOHNSON, R., *Defamation in cyberspace: a court takes a wrong turn on the information superhighway in Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services co.*, *Arkansas Law Review* (49)1996, 589-623.
- HEDLEY, S., *The law of electronic commerce and the Internet in the UK and Ireland*, 2006, Cavendish Publishing, Sydney, London.
- HELLNER, M., *The country of origin principle in the e-commerce directive : a conflict with conflict of laws ?*, 2004, in A. Fucks, H. Muir-Watt et E. Pataut, *Les systèmes de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 205-224.
- HOEREN, T., *Germany: Computers - Criminal sanctions against access providers*, *European Intellectual Property Review* (20)1998, n°162.
- HOLMES, J. et B. MORGAN, *The promise and peril of spontaneous order: the role of government in shaping e-commerce*, 2003, in H. Snijders et S. Weatherill, *E-commerce law –National transposition and transnational topics and perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 93-102.
- HÖRNLE, J., *Country of origin regulation in cross-border media: one step beyond the freedom to provide services*, *International and Comparative Law Quarterly* (54)2005, 89-126.
- HORWITZ, M., *The transformation of American law, 1780-1860*, 1977, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- HOWELLS, G., *Codes of conduct*, 2006, in G. Howells, H.-W. Micklitz et T. Wilhelmsson, *European fair trading law -- The unfair commercial practices Directive*, Ashgate, Aldershot, 195-215.
- HUET, J., *eBay n'est pas un hébergeur*, *Dalloz* 2008, 1032 et s.
- HUGON, C., *La responsabilité des moteurs de recherche: bug sur Google*, *Dalloz* 2005, p. 1037.
- JACKSON, M., *One step forward, two steps back: an historical analysis of copyright liability*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (20)2002, 367-415.
- JACOB, B., *Responsabilité des sites de partage: le jeu des chaises musicales*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (40)2009, 22-24.
- JAHAN, G., *Le partage vidéos en ligne sur You tube: un exemple de la problématique des responsabilités sur le web 2.0*, *Gazette du Palais* (109)2007, 28 et s.
- JAMMEAUD, A., *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, 1998, in J. Clam et M. Gilles, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 47-72.
- JANSEN, T., *Legal aspects of doing e-commerce business in Germany*, *International Company and Commercial Law Review* 1999, 39-42.
- JEULAND, E., *L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation*, *Droit et Patrimoine* 2002, 80-85.
- JONHSON, D. R. et D. G. POST, *Law and borders - The rise of law in cyberspace*, *Stanford Law Review* (48)1996, 1367-1402.

- JOSLOVE, B. et O. HAAS, *Contrôle a priori: variations sur la responsabilité du fait des liens commerciaux*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (21)2006, Actualités.
- JOSLOVE, B. et A. KRYLOV, *Liaisons dangereuses: la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et des moteurs de recherche dans l'Union européenne*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (6)2005, Perspectives.
- JOURDAIN, P., *Fasc. 120-10: Droit à réparation. - Responsabilité fondée sur la faute. - Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes*, 2006, in Jurisclasseur Code civil, LexisNexis, Paris.
- JOURDAIN, P., *La reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas particuliers énoncés dans l'article 1384*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1991, p. 541 et s.
- JOURDAIN, P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, 1982, thèse Paris II.
- JULIA-BARCELO, R., *Liability for on-line intermediaries: a European perspective*, European Intellectual Property Review (20)1998, 453-463.
- JULIA-BARCELO, R., *On-line intermediary liability issues: comparing E.U. and U.S. legal framework*, European Intellectual Property Review (22)2000, 105-119.
- K**AO, A., *RIAA v. Verizon: applying the subpoena provision of the DMCA*, Berkeley Technology Law Journal (19)2004, 405-426.
- KERR, D., *Action Plan on promoting safer use of the Internet -- Self-labelling and filtering, Incore Final Report*, 2000, <http://europa.eu.int/ISPO/iap/INCOREexec.html>.
- KESAN, J. P., *Private Internet governance*, Loyola University Chicago Law Journal (35)2003, 87-137.
- KESSEDJIAN, C., *L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale 1997, 281-300.
- KING, R. W., *Online defamation: bringing the Communications Decency Act of 1996 in line with sound public policy*, Duke Law & Technology Review 2003, 24-34.
- KLEIN, D. M. et D. C. GLAZER, *Reconsidering initial interest confusion on the Internet*, The Trademark Reporter (93)2003, 1035-1065.
- KOGUT, B., *Introduction*, 2003, in B. Kogut, The global internet economy, The MIT Press, Cambridge, Mass., p. 1 et s.
- KREIMER, S. F., *Censorship by proxy: the first Amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link*, University of Pennsylvania Law Review (155)2006, 11-101.
- L**AFRANCE, M., *Understanding trademark law*, 2005, LexisNexis, Newark, San Francisco, Charlottesville.

- LAMPE, A.-S., *La protection d'oeuvres illicitement partagées sur les sites communautaires du Web 2.0*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (32)2007, 77-83.
- LASTOWKA, G., *Google's law*, *Brookly Law Review* (73)2008, 1327-1410.
- LE TOURNEAU, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2010, Dalloz action, Paris.
- LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet*, *Expertises* 1999, 419-427.
- LE TOURNEAU, P., *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1988, p. 505 et s.
- LE TOURNEAU, P. et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2002, Dalloz action, 4e éd., Paris.
- LEDUC, F., *La responsabilité des père et mère: changement de nature*, *Responsabilité civile et assurance* 1997, chron. n°9.
- LEE, E., *Decoding the DMCA safe harbors*, *Columbia Journal of Law & the Arts* (32)2009, 233-269.
- LEHMAN, B. A., *Intellectual property and the national information infrastructure: the report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, 1995, <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>.
- LEMLEY, M. A., *Rationalizing Internet safe harbors*, *Journal on Telecommunications & High Technology Law* (6)2007, 101-119.
- LEMLEY, M. A. et S. L. DOGAN, *Grounding trademark law through trademark use*, *Iowa Law Review* (92)2007, 1669-1701.
- LEMLEY, M. A. et S. L. DOGAN, *Trademarks and consumer search costs on the Internet*, *Houston Law Review* (41)2004, 777-838.
- LEMLEY, M. A. et R. A. REESE, *A quick and inexpensive system for resolving peer-to-peer copyright dispute*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (23)2005, 1-20.
- LEMLEY, M. A. et R. A. REESE, *Reducing digital copyright infringement without restricting innovation*, *Stanford Law Review* (56)2004, 1345-1434.
- LEMLEY, M. A. et E. VOLOKH, *Freedom of speech and injunctions in intellectual property cases*, *Duke Law Journal* (48)1998, 147-242.
- LEPAGE, A., *Wikipedia sur la scène judiciaire*, *Communication Commerce Electronique* (12)2007, comm. 155.
- LESSIG, L., *The architecture of innovation*, *Duke Law Journal* (22)2002, 1783-1801.
- LESSIG, L., *Code and other laws of cyberspace*, 1999, Basic Books, New-York.
- LESSIG, L., *Code version 2.0*, 2006, Basic Books, New York.
- LESSIG, L., *Commentaries the Law of the horse : what cyberlaw might teach*, *Harvard Law Review* (113)1999, 501-549.
- LESSIG, L., *Law regulating code regulating law*, *Loyola University Chicago Law Journal* (35)2003, 1-14.
- LEVI, A., P. GARBIT, J. AZEMA et V. JEAN-LUC, *Droit commercial*, 2008, Lamy, Paris.

- LIPTON, J. D., *Commerce versus commentary: gripe sites, parody, and the first amendment in cyberspace*, *Washington University Law Review* (84)2006, 1327-1374.
- LOMBARD, M., *Droit public de l'économie*, 2003, in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 525-529.
- LOPEZ-TARRUELLA, A., *A European community regulatory framework for electronic commerce*, *Commun Market Law Review* (38)2001, 1337-1384.
- LORRAIN, A.-C. et G. MATHIAS, *Conservation des données de connexion: un projet de décret resserre la toile...ou comment l'ombre de "Big Brother" menace la "confiance dans l'économie numérique"*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (28)2007, 39-45.
- LUCAS, A., *La responsabilité civile du fait des "choses immatérielles"*, 2001, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 817-826.
- LUCAS, A., J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, 2001, Presses Universitaires de France, Paris.
- LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2006, Litec, Paris.
- LUFTMAN, D. B., *Defamation liability for on-line services: the sky is not falling*, *George Washington Law Review* (65)1997, 1071-1099.
- M**ACREZ, F. et J. GOSSA, *Surveillance et sécurisation: ce que l'Hadopi rate - A propos de la "petite loi" "Création et Internet"*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (50)2009, 79-91.
- MAIETTA, A., *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, 2009, in G. Cassano et I. P. Cimino, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, Padova, 511-528.
- MAILLARD, T., *La « réponse pénale graduée » en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (23)2007, 11-14.
- MALAURIE-VIGNAL, M., *Liens hypertextes, marques et action en contrefaçon*, *Contrats Concurrence Consommation* (7)2008, comm. 187.
- MALAURIE, P., L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 2009, Defrénois, Paris.
- MALLET-POUJOL, N., *Regard perplexe sur les récents travaux législatifs en droit de l'information*, *Légipresse* (177)2000, 137-141.
- MALONE, W., S., *The formative era of contributory negligence*, *Illinois Law Review* 1946, 839-841.
- MANARA, C., *Les enseignements de Wikipédia (...côté judiciaire)*, *Dalloz* 2007, 3000 et s.
- MARTEAU-PETIT, M., *La dualité des critères de mise en oeuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui (La distinction entre le contrôle du mode de vie des personnes et le contrôle exercé sur une activité)*, *RRJ, Droit Prospectif* (1)2002, 1 et s.

- MARTIN, N., *Des conditions de la contrefaçon à celles de la faute en passant par la qualification d'hébergeur, le TGI de Strasbourg relance le débat sur les liens commerciaux*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (31)2007, 15-19.
- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. II*, 1962, Sirey, Paris.
- MAS, F., *L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (12)2006, 59-75.
- MASSET, O., *Affaire ARRRGH: première et singulière application du "référé LCEN"*, 2005, www.juriscom.net.
- MATHIAS, P., *La cité Internet*, 1997, Presses de Sciences Po, Paris.
- MAY, B., *Responsabilité des acteurs du web 2.0: l'histoire sans fin*, *La Semaine Juridique ed. E* (17)2008, 1540.
- MAZEAUD, H., ET L. et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I*, 1965, Monchrestien, 6 éd., Paris.
- MAZEAUD, H., L. ET J. et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 1998, Montchrestien, 9e éd., Paris.
- MCCARTHY, J. T., *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2010, Westlaw.
- MCCARTHY, J. T., *Trademarks and unfair competition*, Database updated 2007, Westlaw.
- MCEVEDY, V., *The DMCA and the e-commerce Directive*, *European Intellectual Property Review* (24)2002, 65-73.
- MCGARITY, T. O., *Some thoughts on "deossifying" the rulemarking process*, *Duke Law Journal* (41)1992, 1385-1442.
- MCGEVERAN, W., *Four free speech goals for trademark law*, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* (18)2008, 1205-1227.
- MCGIL, D. A., *New Year, New catch-22 - Why the RIAA's proposed partnership with ISPs will not significantly decrease the prevalence of P2P music file sharing*, *Entertainment and Sports Lawyer* (27)2009, 7-10.
- MCINTYRE, T. J. et C. SCOTT, *Internet filtering: rhetoric, legitimacy, accountability and responsibility*, 2008, Brownsword, R., Yeung, K, eds., Oxford, Hart Publishing, disponible à SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1103030>.
- MCMANUS, B. C., *Rethinking defamation liability for Internet service providers*, *Suffolk University Law Review* 2001, 647-669.
- MENDOZA-CAMINADE, A., *Les risques numériques à l'épreuve du droit: l'exemple du lien hypertexte*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (39)2008, Perspectives.
- MEYERS, B. G., *Notes - Filterin systems or fair use? A comparative analysis of proposed regulations for user-generated content*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (26)2009, 935-956.
- MILLON-DELSOL, C., *L'Etat subsidiaire*, 1992, PUF, Paris.
- MIRANDA, D. P., *Defamation in cyberspace: Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services*, *Albany Law Journal of Science and Technology* (5)1996, 230-246.

- MOLFESSIS, N., *Pacte civil de solidarité - La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel*, La Semaine Juridique ed. N (6)2000, I, 270 et s.
- MONTERO, E., *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*, Revue Ubiquité (5)2000, 99-117.
- MONTERO, E., *La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux*, 2001, in E. Montero, *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruylant, Bruxelles, 273-295.
- MONTERO, E., R. JULIA-BARCELO et A. SALAÜN, *La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: questions choisies*, 2000, in *Commerce électronique: le temps des certitudes*, Cahiers du C.R.I.D. n°17, Bruylant, Bruxelles.
- MORAND, C.-A., *La contractualisation du droit dans l'état providence*, 1991, in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J., Paris, 139-158.
- MORITZ, M., *Le public et la définition de la communication audiovisuelle - Réflexions autour de l'arrêt de la CJCE, Mediakabel BV contre Commissariaat voor de Media du 2 juin 2005*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (9)2005, Actualités.
- MOULY, J., *Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives*, La Semaine Juridique ed. G (18)2005, I 134.
- MOULY, J., *Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui?*, Responsabilité civile et assurances (9)2008, étude 10.
- MUIR-WATT, H. et D. BUREAU, *Droit international privé - tome 2*, 2007, PUF, Paris.
- MURDOCH, S. J. et R. ANDERSON, *Tools and technology of Internet filtering*, 2008, in R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski et J. Zittrain, *Access denied - The practice and policy of global internet filtering*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 57-72.
- MURPHY, J., *Rethinking injunctions in tort law*, Oxford Journal of Legal Studies (27)2007, 509-536.
- MURRAY, A. et C. SCOTT, *Controlling the new media: hybrid responses to new forms of power*, The Modern Law Review (65)2002, 491-516.
- MURRAY, A. D., *The regulation of cyberspace*, 2007, Routledge Cavendish, Abingdon, OX, UK, New-York, US.
- MYERS III, J. V., *Speaking frankly about copyright infringement on computer bulletin boards: lessons to be learned from Frank Music, Netcom, and the White Paper*, Vanderbilt Law Review March (49)1996, 439-481.
- NAS, S., *The multatuli project ISP notice & take down*, 2004, <http://www.bof.nl>.
- NATHENSON, I. S., *Internet infoglut and invisible ink: spamdexing search engines with meta tags*, Harvard Journal of Law & Technology (12)1998, 43-147.
- NETANEL, N. W., *Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory*, California Law Review (88)2000, 395-498.

- NONET, P. et P. SELZNICK, *Law and society in transition: toward responsive law*, 1978, Harper & Row, New-York.
- NOTE, *The principles for user generated content services: a middle-ground approach to cyber-governance*, Harvard Law Review (121)2008, 1387-1408.
- NOURISAT, C., *L'internet et la loi applicable à la responsabilité civile délictuelle*, Cahiers du droit de l'entreprise (4)2002, p. 27 et s.
- NUNZIATO, D. C., *The death of the public forum in cyberspace*, Berkeley Technology Law Journal (20)2005, 1115-1171.
- NUNZIATO, D. C., *Freedom of expression, democratic norms, and internet governance*, Emory Law Journal (52)2003, 187-277.
- OGUS, A. I., *Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law*, The International and Comparative Law Quarterly (48)1999, 405-418.
- OGUS, A. I., *Regulation: legal form and economic theory*, 1994, 2004, Hart Publishing, Portland, Oregon.
- OGUS, A. I., *Rethinking self-regulation*, Oxford Journal of Legal Studies (15)1995, 97-108.
- OST, F., *Le rôle du droit: de la vérité révélée à la vérité négociée*, 1996, in G. Timsit, A. Claisse et N. Belloubet-Frier, *Les administrations qui changent*, PUF, Paris, p. 73 et s.
- OST, F., *Le Temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, 1998, in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 423-449.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruylant, Bruxelles.
- PAISANT, G., *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. - Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?*, La Semaine Juridique ed. E. (9)2009, I 118.
- PANTAZIS, A.-M., *Zeran v. America Online, Inc.: insulating Internet service providers from defamation liability*, Wake Forest Law Review (34)1999, 532-555.
- PARKER, C., C. SCOTT, N. LACEY et J. BRAITHWAITE, *Introduction*, 2004, in C. Parker, C. Scott, N. Lacey et J. Braithwaite, *Regulating law*, Oxford University Press, Oxford, 1-12.
- PASSA, J., *Droit de la propriété industrielle, t. 1*, 2006, LGDJ, Paris.
- PATEL, S. K., *Immunizing Internet service providers from third-party Internet defamation claims: how far should courts go?*, Vanderbilt Law Review (55)2002, 647-691.
- PATTERSON, L. R., *Free speech, copyright, and fair use*, Vanderbilt Law Review (40)1987, 1-66.
- PATTERSON, M. R., *On the impossibility of information intermediaries*, 2001, <http://ssrn.com/abstract=276968>.

- PECKHAM, D. J., *The Internet auction house and secondary liability - Will eBay have to answer to Grokster?*, *The Trademark Reporter* (95)2005, 977-1005.
- PEROT-MOREL, M.-A., *Les marques de service*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1972, p. 282 et 613.
- PERRITT, H. H. J., *Towards a hybrid regulatory scheme for the Internet*, *University of Chicago Legal Forum* (2001)2001, 215-322.
- PEZARD, A., *Action de groupe et droits d'auteur sur le Net*, *Dalloz* 2007, 600 et s.
- PICONE, P., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, 2004, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 485-525.
- PICONE, P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, *Recueil des cours* (276)1999, 9-226.
- PIERCE, R. J. J., *Seven ways to deossify agency rulemaking*, *Administrative Law Review* (47)1995, 59-95.
- POIARES MADURO, M., *Harmony and dissonance in free movement*, 2002, in M. T. Andenaes et R. Wulf-Henning, *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 41-68.
- POIARES MADURO, M., *We the Court - The European Court of Justice and the European Economic Constitution : a critical reading of Article 30 of the EC Treaty* 1998, Hart Publishing, Oxford.
- POMEROY, S. K., *Promoting the progress of science and the useful arts in the digital domain: copyright, computer bulletin boards, and liability for infringement by others*, *Emory Law Journal* (45)1996, 1035-1088.
- PORCHY-SIMON, S., *Droit civil, Les obligations*, 2010, Dalloz, 2e éd., Paris.
- POSNER, E. et D. LICHTMAN, *Holding Internet service providers accountable*, *Supreme Court Economic Review* (14)2006, 221-259.
- POST, D. G., *Anarchy, State and the Internet: an essay on law-making in cyberspace*, *Journal of Online law* 1995, art. 3.
- POST, D. G., *What Larry doesn't get: code, law, and liberty in cyberspace*, *Stanford Law Review* (52)2000, 1439-1459.
- POULLET, C. et P. REYNAUD, *Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle: une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias?*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (8)2005, Perspectives.
- POULLET, Y., *Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique*, *Ubiquité* (5)2000, 55 et s.
- POULLET, Y., *Technologies de l'information et de la communication et "co-régulation": une nouvelle approche?*, 2004, <http://www.droit-technologie.org>.
- PRICE, M. E. et S. G. VERHULST, *Self-regulation and the Internet*, 2005, Kluwer Law International, The Hague.
- PROUST, S., *Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (30)2007, 29-34.

- PUECH, M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, 1973, LGDJ, Paris.
- QUOY, N., *La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction*, *Revue Internationale de Droit d'Auteur* (181)1999, 3-97.
- RADE, C., *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui*, Dalloz 1997, chron. p. 279.
- RADE, C., *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile*, Dalloz 1999, chron. p. 313 et s. et 324 et s.
- RADICATI DI BROZOLO, L., *L'Influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, *Revue Critique de Droit International Privé* 1993, 401.
- RAKOFF, T. D., *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, *Harvard Law Review* (96)1983, 1173-1284.
- RAPP, L., *L'avenir de la régulation - Réflexions libres autour d'un concept-clé*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (17)2006, 51-55.
- RAYNOLDS, K., *One Verizon, two Verizon, three Verizon, more? - A comment: RIAA v. Verizon and how the DMCA subpoena power became powerless*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (23)2005, 343-378.
- REED, C., *Internet law*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge.
- REESE, T. E., *Wading through the muddy waters: the courts' misapplication of section 512(c) of the Digital Millennium Copyright Act*, *Southwestern University Law Review* (34)2004, 287-323.
- REGNIAULT, A., *La responsabilité de l'opérateur d'un site de vente aux enchères "en ligne": d'autres juridictions sont saisies en Europe. (à propos de la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 31 juillet 2008)*, *Communication Commerce Electronique* (2)2009, étude 4.
- REICH, N., *A European contract law, or an EU contract law regulation for consumers*, *Journal of Consumer Policy* (28)2005, 383-407.
- REIDENBERG, J. R., *La Régulation d'Internet par la Technique et la Lex Informatica*, 2005, in M.-A. Frison-Roche, *Les Risques de Régulation*, Dalloz, Paris, 81-91.
- REIDENBERG, J. R., *Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*, *Texas Law Review* (76)1998, 553-593.
- REIDENBERG, J. R., *Privacy wrongs in search of remedies*, *Hastings Law Journal* (54)2003, 877-898.
- REIDENBERG, J. R., *States and Internet enforcement*, *University of Ottawa Law & Technology Journal* (1)2004, 213-230.
- REIDENBERG, J. R., *Technology and internet jurisdiction*, *University of Pennsylvania Law Review* (153)2005, 1951-1974.
- REMY-CORLAIS, P., *Contrats à distance et conflits de lois*, *European Consumer Law Journal* (1-2)2004, 11-56.

- ROBINS, M. D., *Digital Millennium Copyright Act defenses for providers of on-line storage services and information location tools*, *The Computer Lawyer* (16)1999, 11-24.
- ROCHFELD, J., *Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet*, 2006, in M.-A. Frison-Roche, *Les engagements dans les règles de régulation*, Dalloz, Paris, 209-220.
- ROMANO, G. P. (sous la dir.), 2005, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde -- Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris.
- ROSE-ACKERMAN, S., *Regulation and the law of torts*, *The American Economic Review* (81)1991, 54-58.
- ROTHCHILD, J., *Co-Regulating the Internet*, 2000, in T. Wilhelmsson, S. Tuominen et H. Tuomola, *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer Law International, The Hague, 179-203.
- ROTHMAN, J. E., *Initial interest confusion: standing at the crossroads of trademark law*, *Cardozo Law Review* (27)2005, 105-191.
- ROTT, P., *The protection of consumers' Interests after the implementation of the EC injunctions Directive into German and English law*, *Journal of Consumer Policy* (24)2001, 399-439.
- ROUSSEAU, D., *Hado-pirate la Constitution: le Conseil sanctionne !*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (51)2009, 103-105.
- ROUX, O. et J.-P. GASNIER, *Promenade en forme de synthèse dans la jurisprudence relative à la responsabilité des plates-formes Internet*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (48)2009, 83-94.
- RUSTAD, M. L. et T. H. KOENIG, *Rebooting cybertort law*, *Washington Law Review* (80)2005, 335-416.
- SAINT MARTIN, A.**, *eBay responsable de son site... Première application d'une responsabilité raisonnable pour le Web 2.0?*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (39)2008, 44-50.
- SAINT MARTIN, A.**, *Proposition d'une "responsabilité raisonnable" pour le Web 2.0*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (32)2007, 32-39.
- SARDAIN, F., *La contrefaçon du fait des liens hypertextes*, *Communication Commerce Electronique* (6)2005, Etude 21.
- SASSERAH, O., *L'ordre de cessation à l'encontre d'un ISP, un nouvel angle d'attaque dans le combat des ayants droit contre le peer to peer*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (30)2007, 13-15.
- SASSERAH, O., *Réflexions sur le statut d'"hébergeur" selon la directive "Commerce électronique"*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (43)2008, 33-35.
- SAUNDERS, K. M., *Confusion is the key: a trademark law analysis of keyword banner advertising*, *Fordham Law Review* (71)2002, 543-577.
- SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I., Les sources de la responsabilité civile, préf. Ripert G.*, 1951.
- SAWICKI, A., *Repeat infringement in the Digital Millennium Copyright Act*, *University of Chicago Law Review* (73)2006, 1455-1485.

- SCHACHTER, M., *Law of Internet speech*, 2002, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina.
- SCHAFFNER, M. et A. ABELLO, *LVMH c/ eBay - une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2008, 75-86.
- SCHAFFNER, M. et A. ABELLO, *Une synthèse des questions relatives à la responsabilité des plates-formes d'enchères*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (41)2008, 75-86.
- SCHNEE, C., *Note - A 'sound' policy? The RIAA and the Copyright Act*, *University of Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy* (10)2009, 2-25.
- SCHOETTL, J.-E., *La nouvelle modification de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication: dernier épisode en date d'un feuillet constitutionnel*, *Petites Affiches* (151)2000, 12 s.
- SCHULTE-NOLKE, H. (sous la dir.), 2008, *EU consumer law compendium*, http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm.
- SCHWARTZ, G. T., *Tort law and the economy in nineteenth-century America: a reinterpretation*, *Yale Law Journal* (90)1981, 1717-1775.
- SCHWARTZ, P. M., *Preemption and privacy*, *Yale Law Journal* (118)2009, 902-947.
- SCHWARTZ, P. M., *Privacy and democracy in cyberspace*, *Vanderbilt Law Review* (52)1999, 1609-1702.
- SCOTT, C., *Private regulation of the public sector: a neglected facet of contemporary governance*, *Journal of Law and Society* (29)2002, 56-76.
- SCOTT, C., *Regulation in the age of governance: the rise of the post regulatory state*, 2004, in J. Jordana et D. Levi-Faure, *The politics of regulation: institution and regulatory reforms for the age of governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 145-174.
- SEAY, J. E., *Note - "Hang 'em high": will the Recording Industry Association of America's new plan to posse up with Internet service providers in the fight against online music piracy finally tame the wild Internet?*, *Journal of Intellectual Property Law* (16)2009, 269-296.
- SEDAILLAN, V., *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive sur le commerce électronique*, 1999, <http://www.juriscom.net>.
- SEIDENFELD, M., *Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking*, *Texas Law Review* (75)1997, 483-524.
- SELLERS, M., *Legal update to: shifting the burden to Internet service providers: the validity of subpoena power under the Digital Millennium Copyright Act*, *Oklahoma Journal of Law & Technology* (1)2004, 8-15.
- SERIAUX, A., *Manuel de droit des obligations*, 2006, PUF, Paris.
- SHARROCK, L. M., *Realigning the initial interest confusion doctrine with the Lanham Act*, *Whittier Law Review* (25)2003, 53-78.

- SHAVELL, S., *Economic analysis of accident law*, 2002, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 396, <http://ssrn.com/abstract=367800> or DOI: 10.2139/ssrn.367800.
- SHAVELL, S., *Economic analysis of accident law*, 1987, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- SHAVELL, S., *Foundations of economic analysis of law*, 2004, The Belknap Press, US.
- SHAVELL, S., *Liability for harm and regulation of safety*, *The Journal of Legal Studies* (13)1984, 357-374.
- SHAVELL, S., *A model of the optimal use of liability and safety regulation*, *The RAND Journal of Economics* (15)1984, 271-280.
- SHAVELL, S., *The optimal structure of law enforcement*, *Journal of Law and Economics* (36)1993, 255-286.
- SHERIDAN, D. R., *Zeran v. AOL and the effect of section 230 of the Communications Decency Act upon liability for defamation on the Internet*, *Albany Law Review* (61)1997, 147-179.
- SHULMAN, M. A., *Internet copyright infringement liability: is an online access provider more like a landlord or a dance hall operator?*, *Golden Gate University Law Review* (27)1997, 555-600.
- SICA, S., *Il "sistema delle responsabilità"*, 2001, in G. Commandé et S. Sica, *Il commercio elettronico*, G. Giappichelli, Torino, 218-247.
- SINCLAIR, A., *Regulation of paid listings in Internet search engines: a proposal for FTC action*, *Boston University Journal of Science and Technology Law* (10)2004, 353-378.
- SINGH, A., *Contrefaçon de marque résultant du choix de mots clés commandant l'affichage de liens promotionnels sur internet*, *La Semaine Juridique ed. E.* (14)2007, 1440.
- SIRINELLI (PRESIDENT), P., *Rapport de la Commission spécialisée sur la distribution des oeuvres sur Internet*, 2005, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html.
- SIRINELLI (PRESIDENT), P., *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet*, 2008, www.cspla.culture.gouv.fr/travauxcommissions.html.
- SIRINELLI, P., *La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (49)2009, 78-83.
- SIRINELLI, P. et C. GAVALDA (sous la dir.), 2010, *Droit des médias et de la communication*, LamyLine Reflex, <http://www.lamylinereflex.fr>.
- SIVER, K., *Good samaritans in cyberspace*, *Rutgers Computer and Technology Law Journal* (23)1997, 1-45.
- SLAWSON, W. D., *Standard form contracts and democratic control of lawmaking power*, *Harvard Law Review* (84)1971, 529-566.
- SLITT, A. J., *The anonymous publisher: defamation on the Internet after Reno v. American Civil Liberties Union and Zeran v. America Online*, *Connecticut Law Review* (31)1998, 389-421.

- SMITH, M. M., *Adhesion contracts don't stick in Michigan: why Rory got it right?*, Ave Maria Law Review (5)2007, 237-272.
- SMOLLA, R. A., *The law of defamation*, 1999 (dernière mise à jour novembre 2006), 2ème ed., West Group.
- SNELL, J., *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, 2002, Oxford University Press, Oxford.
- SNYDER, D. V., *Private lawmaking*, Ohio State Law Journal (64)2003, 371-449.
- SORDET, E. et A. COUSIN, *Industrie du luxe versus eBay: le doux parfum d'une leçon américaine*, Communication Commerce Electronique (9)2009, étude 19.
- SORDET, E. et G. SALORD, *La responsabilité des plates-formes d'e-commerce: l'exemple d'eBay*, La Semaine Juridique ed. E (43)2009, 1991.
- STALLA-BOURDILLON, S., *Re-allocating horizontal and vertical regulatory powers in the electronic marketplace: what to do with private international law*, 2009, in F. Cafaggi et H. Muir-Watt, *Regulatory strategies in European private law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, 298-350.
- STAPLETON, J., *Regulating torts*, 2004, in C. Parker, C. Scott, N. Lacey et J. Braithwaite, *Regulating law*, Oxford University Press, Oxford, 122-143.
- STEWART, R. B., *Administrative law in the twenty-first century*, New York University Law Review (78)2003, 437-460.
- STEWART, R. B., *Crisis in tort law? The institutional perspective*, University of Chicago Law Review (54)1987, 184-199.
- STOFFEL-MUNCK, P., *Le rôle des fournisseurs d'accès dans la régulation du réseau n'est pas complètement subsidiaire*, Communication Commerce Electronique (9)2005, comm. 140.
- STOFFEL-MUNCK, P., *Les liens sponsorisés comme source de responsabilité: quand chercher "Vuitton" amène sur le site "Faux Vuitton"*, Communication Commerce Electronique (7)2005, comm. 117.
- STUYCK, J., E. TERRY, V. COLAERT, T. VAN DYCK, N. PERETZ, N. HOEKX et P. TERESZKIEWICZ, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings - Final Report*, 2007, http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm.
- SVILPAITE, E., *Legal evaluation of the selected new modes of governance: the conceptualization of self- and co-regulation in the European Union legal framework*, NewGov Project Paper 04/D41, 2007, www.eu-newgov.org.
- SVILPAITE, E., *Self- and co-regulation instruments in the EU legal framework: limits and conditions of use*, NewGov Project Paper 04/D69, 2007, www.eu-newgov.org.
- TABAKA, B., *Commerce électronique: les plates-formes sont-elles des hébergeurs?*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (33)2007, 10-15.
- TABAKA, B., *Eclaircissement autour des définitions des communications électroniques*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (17)2006, 56-60.

- TAMBINI, D., D. LEONARDI et C. MARSDEN, *Codifying cyberspace - Communications self-regulation in the age of internet convergence*, 2008, Routledge, London and New-York.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *L'utilisation de la marque d'un tiers dans des mots clés sur un moteur de recherche ne porte pas atteinte au droit de marque (sous certaines conditions)*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (34)2008, Actualités.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *L'utilisation des marques par les moteurs de recherche comme mots de références est-elle toujours une contrefaçon?*, *Propriété industrielle* (10)2005, Etude 21.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *Les liens commerciaux: la Saga...*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (40)2008, Actualités.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *Liens commerciaux, contrefaçon ou non? A la recherche d'une solution convaincante...* *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (36)2008, Actualités.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *Liens commerciaux: condamnation de Google en dehors du droit des marques*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (25)2007, Actualités.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *Questionnement sur le droit des marques: Internet est-il le révélateur de ses limites?*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (10)2005, Perspectives.
- TARDIEU-GUIGNES, E., *Une interprétation extensive des articles L. 713-2 et L.713_3 du Code de la propriété intellectuelle dans le cadre de la vie des affaires*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (19)2006, Actualités.
- TERA-CONSULTANTS, *Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France - Quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique*, 2008, www.droit-technologie.org.
- TERRE, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil -- Les obligations*, 2009, Dalloz, Paris.
- TESSONNIERE, G., *Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et aux autres intermédiaires de contenus?*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (35)2008, 21-25.
- TEUBNER, G., *Droit et réflexivité*, 1994, L.G.D.J., Paris.
- THIBIERGE, C., *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, Dalloz 2004, chron., p. 577.
- THIBIERGE, C., *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1999, p. 561.
- THORNBURG, E. G., *Fast, cheap, and out of control: lessons from the ICANN dispute resolution process*, *Journal of Small and Emerging Business Law* (6)2002, 191-233.
- THOUMYRE, L., *L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0. - (commentaire de TGI Paris, réf., 29 oct. 2007, M.B., P.T., F.D. c/ Wikimedia Foundation Inc.)*, *Communication Commerce Electronique* (2)2008, Etude 5.

- THOUMYRE, L., *Les hébergeurs en ombres chinoises - Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (5)2005, n°58.
- THOUMYRE, L., *Précisions contrastées sur trois notions clés relatives à la responsabilité des hébergeurs*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (35)2008, Actualités.
- THOUMYRE, L., *Responsabilité 2.0 ou l'éternel recommencement*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (33)2007, 16-18.
- TIBERI, L. et M. ZAMBONI, *Liability of service providers*, Computer and Telecommunications Law Review (9)2003, 49-78.
- TIEBOUT, C., *A pure theory of local expenditures*, Journal of Political Economy (64)1956, 416-424.
- TIMSIT, G., *Archipel de la norme*, 1999, PUF, Paris.
- TIMSIT, G., *Les deux corps du droit: essai sur la notion de régulation*, Revue Française d'Administration Publique (78)1996, p. 73 et s.
- TIMSIT, G., *Sur l'engendrement du droit*, Revue du droit Public 1988, 39-74.
- TIMSIT, G., *Thèmes et systèmes de droit*, 1986, PUF, Paris.
- TINDELL, A. J., "Indecent" deception: the role of Communications Decency Act § 230 in balancing consumer and marketer interests online, Boston College Intellectual Property & Technology Forum F.071901 (2009)2009, 1-35.
- TODD, P., *E-commerce law*, 2005, Cavendish Publishing, London, Sydney, Portland, Oregon.
- TREZEGUET, M., *Présentation de la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel (51)2009, 90-96.
- TRUCHET, M., *Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis 40 ans*, Gazette du Palais (187)2002, 2 et s.
- TRUDEL, P., *L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace: le défi d'assurer l'application effective des droits proclamés*, 2002, www.unesco.org.
- TRUDEL, P., *Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?*, Sociologie et Sociétés (32)2000, 190-210.
- TRUDEL, P., F. ABRAN, BENYEKHLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, 1997, Editions Thémis, Montréal.
- UDEKEM-GEVERS, M. et Y. POULLET, *Concerns from a European user-empowerment perspective relating to Internet content*, Communications & Strategies (43)2001, 143-190.
- URBAN, J. M. et L. QUILTER, *Efficient process of "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (22)2006, 621-693.
- URBAN, J. M. et L. QUILTER, *Efficient process or "chilling effects"? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act -- Summary Report*, 2005, <http://www.chillingeffects.org/>.

- VAN DER NET, C., *Civil liability of Internet providers following the Directive on electronic commerce*, 2003, in H. Snijders et S. Weatherill, *E-commerce law -National transposition and transnational topics and perspectives*, 49-58.
- VAN EECKE, P. et B. OOMS, *ISP liability and the e-commerce directive: a growing trend toward greater responsibility for ISPs*, *Journal of Internet Law* (11)2007, 3-9.
- VARIAN, H. R., *Competition and market power*, 2004, in H. R. Varian, J. Farrell et C. Shapiro, *The economics of information technology - An introduction*, Cambridge University Press, UK, 1-47.
- VERBIEST, T., *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: analyse critique*, *Communication Commerce Electronique* 2003, 9-19.
- VERBIEST, T. et M. DE BELLEFROID, *Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet: retour sur l'affaire Sabam c/ Tiscali*, *Légipresse* (246)2007, 156-160.
- VINEY, G., *Chronique*, JCP éd. G 2000, I, n°280.
- VINEY, G., *Introduction à la responsabilité -- Traité de Droit civil*, 2008, 3ème éd., L.G.D.J., Paris.
- VINEY, G., *Responsabilité civile - Etude*, *Semaine Juridique* ed. G 2000, I, 280.
- VINEY, G., *Traité de droit civil - Introduction à la responsabilité*, 1995, L.G.D.J., Paris.
- VINEY, G., *Vers un élargissement de la catégorie des "personnes dont on doit répondre": la porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil*, *Dalloz* 1991, p. 157 et s.
- VINEY, G. et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité civile -- Traité de droit civil*, 2006, L.G.D.J., Paris.
- VINEY, G. et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2001, LGDJ, 2e éd., Paris.
- VINEY, G. et P. KOURILSKY, *Le principe de précaution, Rapport au Premier ministre*, 2000, Ed. Odile Jacob et la Documentation Française, Paris.
- VISCUSI, W. K., *Toward a diminished role for tort liability: social insurance, government regulation, and contemporary risks to health and safety*, *Yale Journal on Regulation* (6)1989, 65-107.
- VIVANT, M., *Cybermonde: droit et droits des réseaux*, *Semaine juridique* éd. Générale (43)1996, I 3969.
- VIVANT, M. (sous la dir.), 2010, *Droit de l'informatique et des réseaux*, LamyLine, <http://www.lamylinereflex.fr>.
- VIVANT, M., *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet*, *La Semaine Juridique* ed. G. (45-46)1999, 2021-2025.
- VOINOT, D., *La faute en matière sportive*, *Revue Lamy Droit Civil* (15)2005, n°609.
- VUITTON, X., *Ebay condamné pour vente de produits contrefaits*, *La Semaine Juridique* ed. E. (41)2008, II 10168.

- WADDAMS, S., *Dimensions of private law: categories and concepts in anglo-american legal reasoning*, 2003, Cambridge University Press, Cambridge.
- WHITE, J. J., *Autistic contracts*, *Wayne Law Review* (45)2000, 1693-1731.
- WHITTAKER, S., *Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'"harmonisation complète"*, *Dalloz* 2009, 1152 et s.
- WIENER, D., *Negligent publication of statements posted on electronic bulletin boards: is there any liability after Zeran?*, *Santa Clara Law Review* (39)1999, 905-939.
- WINN, J. K., *Contracting spyware by contract*, *Berkeley Technology Law Journal* (20)2005, 1345-1362.
- WINN, J. K. et M. WEBBER, *The impact of EU unfair contract terms law on U.S. business-to-consumer internet merchants*, *Business Lawyer* (62)2007, 209-228.
- WRIGHT, C. S., *Actual versus legal control: reading vicarious liability for copyright infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, *Washington Law Review* (75)2000, 1005-1036.
- YEN, A. C., *Internet service provider liability for subscriber copyright infringement, enterprise liability, and the First Amendment*, *Georgetown Law Journal* (88)2000, 1833-1893.
- ZARINS, E., *Notice versus knowledge under the Digital Millennium Copyright Act's safe harbors*, *California Law Review* (92)2004, 257-298.
- ZENO-ZENCOVICH, V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* (1)1998, 15-28.
- ZENO-ZENCOVICH, V., *Rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* (6)1999, 1049-1057.
- ZITTRAIN, J., *Internet points of control*, *Boston College Law Review* (14)2003, 653-688.
- ZITTRAIN, J. et J. PALFREY, *Reluctant gatekeepers: corporate ethics on a filtered internet*, 2008, in R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski et J. Zittrain, *Access denied - The practice and policy of global Internet filtering*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 103-122.

TABLE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

PRINCIPALES ABREVIATIONS	I
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRELIMINAIRE. LA COMPLEMENTARITE DE LA REGULATION PRIVEE ET DE LA RESPONSABILITE CIVILE AU SEIN DU CYBERESPACE.....	33
I. La nouveauté relative du cyberspace en tant qu'espace de régulation à part entière	34
A. De l'intervention étatique indirecte aux mécanismes de contrôle organiques impulsés par l'État.....	35
1. Un recours accru à l'intervention étatique indirecte.....	35
2. Des mécanismes de contrôle organiques impulsés par l'État	39
B. Des régulateurs privés aux pouvoirs coercitifs sans mandat explicite	42
1. La régulation privée : retour sur la théorie.....	42
2. La régulation privée au sein du cyberspace : application pratique	50
II. La nouveauté relative de la fonction de promotion de la régulation privée attribuée à la responsabilité civile au sein du cyberspace.....	58
A. Retour sur la complémentarité de la régulation publique et de la responsabilité civile... 58	
B. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile.....	72
1. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile de l'auteur principal du dommage.....	72
2. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile du régulateur privé.....	74
PREMIERE PARTIE. DES STRATEGIES DE REGULATION PRIVEE	83
TITRE 1ER. LA STRATEGIE DE REGULATION PRIVEE PUREMENT VOLONTAIRE :	
L'EXEMPLE DU COMMUNICATIONS DECENCY ACT	85
CHAPITRE 1ER. L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE.....	87
I. Les responsabilités émergentes du prestataire intermédiaire de service en ligne (PISEL) avant l'intervention législative.....	90
A. Aperçu du droit des médias	90
B. Les hésitations de la jurisprudence.....	93
1. Le PISEL, éditeur.....	93
2. Le PISEL, distributeur.....	96
II. L'irresponsabilité de droit commun du PISEL après l'intervention législative.....	99
A. Domaine.....	100
1. Quant aux contenus.....	100
2. Quant aux personnes.....	103
B. Effets.....	108
CHAPITRE 2EME. LA DE-JURIDICISATION DU PROCESSUS DE REGULATION PRIVEE .	119
I. La privatisation complète du processus de régulation.....	120
A. L'utopie : l'accroissement des capacités de l'utilisateur final.....	120
B. La réalité : la délégation de l'ensemble des activités de régulation aux PISEL.....	124
II. L'inadaptation du droit des contrats traditionnels.....	129
A. Les failles du marché des produits de la régulation privée.....	129

B. Des remèdes contractuels insuffisants	134
1. L'impossible obligation de régulation.....	134
2. L'asymétrie entre producteurs et consommateurs.....	139
Tableau de synthèse du modèle du Communications Decency Act.....	148
TITRE 2EME. LES STRATEGIES DE REGULATION PRIVEE IMPERATIVES.....	149
CHAPITRE 1ER. LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE COMME MOYEN DE GARANTIR LA PARTICIPATION DES PARTIES PRENANTES : L'EXEMPLE DU <i>DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT</i>	
	151
I. La subjectivisation de la responsabilité civile de l'auteur secondaire.....	152
A. Les responsabilités émergentes du PISEL avant l'intervention législative	152
1. Aperçu du droit du « copyright »	153
2. Les hésitations de la jurisprudence.....	158
a. Le PISEL, responsable primaire.....	158
b. Le PISEL, responsable secondaire	160
B. Les responsabilités de droit spécial des PISEL après l'intervention législative.....	164
1. Domaine.....	164
2. Effets	172
a. Conditions d'éligibilité.....	172
b. Conditions d'exonération	178
II. La juridicisation réflexive du processus de régulation privée.....	192
A. La privatisation complète du processus de régulation	193
1. L'autorégulation presque parfaite	193
2. L'autorégulation imparfaite	198
B. La procéduralisation de l'interaction des parties prenantes au moyen du droit des « torts »	203
1. La théorie.....	203
2. Les échecs de la pratique	209
Tableaux de synthèse du modèle du Digital Millennium Copyright Act.....	216
I. En droit	216
II. En équité.....	217
CHAPITRE 2EME. LE RECOURS A L'INJONCTION COMME MECANISME CORRECTEUR DE L'ACTION DES REGULATEURS PRIVES : L'EXEMPLE DU <i>LANHAM ACT</i>	
	219
I. La subjectivisation de la responsabilité civile des auteurs secondaires et primaires.....	220
A. L'appréhension du comportement des PISEL au moyen des théories de responsabilité secondaire	220
1. Aperçu du droit du « trademark »	220
2. Les manifestations rares de la jurisprudence en matière de responsabilité secondaire des PISEL.....	226
B. La subjectivisation de la responsabilité primaire.....	235
1. L'appréhension du comportement des PISEL sur le fondement de la responsabilité primaire	235
a. La théorie de l'« initial interest confusion ».....	235
b. La théorie de l'utilisation en tant que marque	241
2. L'autonomisation du régime de la responsabilité primaire en fonction du remède demandé	248
II. La juridicisation matérielle du processus de régulation privée.....	256
A. La privatisation complète du processus de régulation	256
1. La lutte contre le cybersquatting.....	256
2. Le reste.....	262
a. La pratique	262
b. La théorie	265
B. L'ordre émis par le juge de protéger les intérêts du demandeur en cas d'inaction du régulateur privé	269
1. La raison d'être du contrôle au fond de l'action des régulateurs privés	269
2. Les obstacles à la mise en œuvre d'un contrôle au fond de l'action des régulateurs privés au moyen de l'injonction.....	275

a. L'approche subjective du test aux multiples facteurs.....	276
b. Le statut du remède de l'injonction.....	279
Tableaux de synthèse du modèle du Lanham Act.....	285
I. La menace de l'octroi d'une injonction oblige <i>ex ante</i> les PISEL à réguler	285
II. La menace de l'octroi d'une injonction n'oblige pas <i>ex ante</i> les PISEL à réguler	286
DEUXIEME PARTIE. DES STRATEGIES DE REGULATION PUBLIQUE 287	
TITRE 1ER. LA SUBORDINATION DE LA REGULATION PRIVEE A LA REGULATION PUBLIQUE AU SEIN D'UNE STRATEGIE DE COREGULATION : L'EXEMPLE DE LA DIRECTIVE 2000/31/CE..... 289	
CHAPITRE 1ER. LA SUBJECTIVISATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE PECUNIAIRE 293	
I. Les responsabilités émergentes du PISEL avant l'intervention législative.....	296
A. Les certitudes trop rares des législateurs nationaux, l'exemple de l'Allemagne	296
B. Les hésitations de la jurisprudence nationale, l'exemple de la France.....	299
II. La déresponsabilisation relative des PISEL après l'intervention législative	306
A. Domaine.....	306
B. Effets.....	312
1. Le domaine harmonisé	312
2. Le domaine coordonné	319
CHAPITRE 2EME. LA JURIDICISATION MATERIELLE DU PROCESSUS DE COREGULATION 327	
I. La privatisation ambiguë du processus de régulation.....	330
A. Le rôle équivoque accordé aux codes de conduite.....	330
B. La difficile allocation des pouvoirs de régulation en creux des régimes de responsabilité établis par la Directive	336
1. La théorie incomplète.....	336
2. Les incompréhensions de la pratique.....	341
II. Les modalités de l'interaction des acteurs publics et des acteurs privés au sein du processus de corégulation	344
A. L'ordre de faire cesser ou de prévenir les agissements illicites	344
B. L'ordre d'éliminer les clauses abusives.....	350
Tableaux de synthèse de la Directive 2000/31/CE.....	356
I. La menace de l'octroi d'une injonction n'oblige pas <i>ex ante</i> et <i>ex post</i> les PISEL à réguler	356
II. La menace de l'octroi d'une injonction oblige <i>ex ante</i> et/ou <i>ex post</i> les PISEL à réguler	357
TITRE 2EME. LA SUBORDINATION DE LA REGULATION PRIVEE A LA REGULATION PUBLIQUE AU SEIN D'UNE STRATEGIE DE REGULATION PUBLIQUE..... 359	
CHAPITRE 1ER. LE RECOURS A L'INJONCTION COMME MOYEN DE COMMUNIQUER AUX REGULATEURS PRIVES LES INTERETS A PROTEGER AVANT LEUR ACTION : L'EXEMPLE DE LA LOI POUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE 361	
I. La subjectivisation de la responsabilité civile pécuniaire.....	362
A. Variations sur le thème de l'(ir)responsabilité du PISEL après la première intervention législative.....	362
1. La loi du 1 ^{er} août 2000	363
2. Le projet de loi sur la société de l'information.....	369
B. La responsabilité des PISEL après la seconde intervention législative (loi du 21 juin 2004)	371
1. Domaine.....	371
2. Effets	382
a. La responsabilité pécuniaire.....	382
b. Le référé de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.....	404
II. La juridicisation matérielle du processus de régulation publique	409

A. La privatisation partielle du processus de régulation	409
1. La corégulation comme forum de discussion utile à l'élaboration de la Loi	410
a. De la création d'une autorité de régulation ad hoc	410
b. À la corégulation comme méthode	416
2. La corégulation comme expression d'une stratégie de régulation publique	419
B. Les modalités de l'interaction des acteurs publics et des acteurs privés au sein du processus de régulation publique	429
1. L'ordre émis par le juge de faire cesser ou de prévenir les agissements illicites	430
2. L'ordre émis par le juge d'éliminer les clauses abusives	435
Tableaux de synthèse du modèle de la loi pour la confiance dans l'économie numérique	442
I. I. La menace de l'octroi d'une injonction n'oblige pas les PISEL à réguler en amont et l'ordre émis n'oblige pas les PISEL à réguler dans le futur	442
II. La menace de l'octroi d'une injonction oblige les PISEL à réguler en amont et/ou l'ordre émis oblige les PISEL à réguler dans le futur	443
 CHAPITRE 2EME. LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CIVILE COMME MOYEN DE CONTRAINDRE LES REGULATEURS PRIVES A DIMINUER LES RISQUES D'AGISSEMENTS ILLICITES : L'EXEMPLE DES ARTICLES 1382 ET 1383 DU CODE CIVIL	
445	
I. La subjectivisation de la responsabilité civile du fait personnel	448
A. Les PISEL, contrefacteurs de marque	448
1. Aperçu du droit des marques	449
2. Au sein du cyberspace	453
a. Le fournisseur de service de référencement commercial	454
b. Le fournisseur de service de courtage en ligne	463
B. Les PISEL, mauvais pères de famille	464
1. Aperçu des règles de droit commun de la responsabilité civile délictuelle	465
2. Au sein du cyberspace	471
a. Le fournisseur de service de référencement commercial	472
b. Le fournisseur de service de courtage en ligne	478
II. La juridicisation matérielle du processus de corégulation	482
A. La privatisation ambiguë du processus de régulation	482
B. L'imposition d'un devoir de prudence et de diligence sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun	491
Tableau de synthèse de la stratégie de régulation promue par l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil	499
 CHAPITRE CONCLUSIF. L'ENCADREMENT DU PROCESSUS DE REGULATION PRIVEE AU MOYEN DE LA RESPONSABILITE CIVILE	
501	
I. Le déploiement de la régulation privée au sein du cyberspace	504
A. Les critères utiles à l'identification des régulateurs privés	504
B. Le « moment » de l'intervention des régulateurs privés	507
II. La complémentarité de la régulation privée et de la responsabilité civile délictuelle	510
A. Au sein d'une stratégie de régulation à dominante privée	510
1. Les différentes stratégies de régulation privée	511
2. L'instrumentalisation de la responsabilité civile délictuelle	513
B. Au sein d'une stratégie de régulation à dominante publique	515
1. La primauté de la fonction de prévention des dommages sur celle d'indemnisation des victimes	516
2. La subordination en amont de la régulation privée à la régulation publique	519
CONCLUSIONS GENERALES	525
INDEX THEMATIQUE	531
BIBLIOGRAPHIE	539
TABLE DES MATIERES	567