

UNE HISTOIRE D'HÉBERGEURS (2/2): ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION?

LE 12 AOÛT 2011 **BENOIT TABAKA**

Suite et fin d' "Une histoire d'hébergeurs", par le juriste Benoit Tabaka, qui revient sur la création du concept de "contenu manifestement illicite", en s'interrogeant sur ses effets réels, notamment sur la préservation de la liberté d'expression.

Suite et fin d' "Une histoire d'hébergeurs", par le directeur des affaires juridiques et réglementaires de PriceMinister Benoit Tabaka.

Après "la naissance d'une responsabilité" en 1999, les hébergeurs continuent d'interroger les juristes: comment définir leur rôle exact ? Et comment s'assurer qu'ils ne retirent pas arbitrairement tout contenu qui leur est signalé ? Pour prévenir tout abus, le Conseil Constitutionnel a créé un garde-fou: le concept de "contenu manifestement illicite" qui seul peut mettre en cause la responsabilité des hébergeurs. Un moyen de protéger au mieux la liberté d'expression sur Internet, mais qui semble aujourd'hui se retourner contre ses ambitions initiales.

2004: on passe à l'étape supérieure

Il faudra attendre la loi du **21 juin 2004** pour la confiance dans l'économie numérique pour avoir la transposition de ce principe aux articles 6.1.2 et 6.1.3 de la fameuse "LCEN". Ainsi, *"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"*.

Ainsi, la responsabilité de l'hébergeur peut être retenue dès lors qu'il a connaissance de fait et contenus illicites. La LCEN répond ainsi aux critiques émises par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2000. La loi doit prévoir un formalisme ? Que nenni, l'article 6.1.5 fixe les conditions dans lesquelles la "connaissance est présumée acquise". La loi doit déterminer les caractéristiques essentielles du comportement fautif ? **La LCEN abandonne la logique de diligences appropriées pour se focaliser sur le principe d'une suppression des contenus litigieux.**

Sauf qu'à l'époque des débats, un concept revient régulièrement. La justice privée. Par exemple, les Verts s'opposent à une loi qu'ils jugent "liberticide" car elle institue une justice privée de la Toile, entre les mains d'entreprises privées, à savoir les fameux hébergeurs.

A la même époque, est clairement débattu le rôle que doit avoir l'hébergeur. Passif ou actif face à une notification ? L'hébergeur doit-il être un juge du contenu ? Face à un contenu notifié, quelle doit être sa réaction : avertir l'auteur ? supprimer le contenu ? Et si l'auteur du contenu conteste la nature de la notification, comment agir alors ?

Cette période d'intenses discussions, notamment dans les travées du Parlement, s'explique par l'existence aux Etats-Unis d'un cadre juridique analogue créé par le **Communications Decency Act** en 1996 et le **Digital Millenium Copyright Act** en 1998. Surtout ces textes déresponsabilisent les intermédiaires mais tout en leur imposant une obligation dite de "notice and take down". En cas de notification d'un contenu, les intermédiaires doivent le supprimer ... mais aussi en informer l'auteur du contenu. Ce dernier détient alors la possibilité de le contester au travers d'une **contre notification**. L'intérêt ? A partir d'un moment, il revient à l'auteur de la notification initiale de saisir la justice ou le contenu est alors remis en ligne et l'intermédiaire se voit être exonéré de sa responsabilité.

Ainsi, aux Etats-Unis, l'intermédiaire n'est pas juge du contenu. Dès réception du contenu, il procède à sa suspension et à l'information de l'auteur dudit contenu. En cas de contestation,

il reviendra aux juges de statuer sur le différend ou, à défaut, le contenu réapparaîtra en toute légalité.

En France, **le cadre juridique n'a pas voulu aller aussi loin**. On a prévu 1) le principe de notification 2) un formalisme – facultatif, les parlementaires ayant refusé de le rendre obligatoire et 3) un garde fou avec une sanction pénale en cas de notification abusive. Mais cela a paru insuffisant aux principaux observateurs. Et aussi au Conseil constitutionnel.

Dans sa décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré le dispositif. Il a émis ce que l'on appelle une "réserve d'interprétation". Pour ceux non familiarisés avec les concepts de droit constitutionnel, cela pourrait se résumer en : *"Bon, j'te censure pas ta loi mais à la condition que cela soit interprété dans ce sens. Sinon, couik"*.

Donc, les sages de la Rue Montpensier reviennent sur ce régime de responsabilité et cette crainte de justice privée. Dans leur **décision**, ils expliquent que *"ces dispositions 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"*.



Le flou législatif comme garde-fou

Ainsi, naquit le concept du "manifestement illicite". Pour le Conseil constitutionnel, la responsabilité de l'hébergeur ne peut être recherchée que s'il n'a pas retiré un contenu qui était manifestement illicite.

Pourquoi avoir prévu une telle précision ? Le Conseil constitutionnel l'explique clairement dans ses **commentaires** :



Soulignons à ce sujet que les dénonciations dont un hébergeur sera le destinataire peuvent être nombreuses et de caractère confus, malveillant ou intéressé [Il est vrai que la loi prévoit un garde-fou contre les dénonciations qui auraient pour seul objet d'obtenir le retrait de l'information (4 du I de l'article 6). Mais un tel détournement de procédure est tout sauf évident et, étant sanctionné pénalement, il ne sera reconnu que restrictivement et tardivement.

Ce garde-fou ne mettrait donc l'hébergeur que faiblement à l'abri des dénonciations intempestives.]. De plus, la caractérisation d'un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste.

Dans ces conditions, les hébergeurs seraient tentés de s'exonérer de leurs obligations en cessant de diffuser les contenus faisant l'objet de réclamations de tiers, sans examiner le bien fondé de ces dernières. Ce faisant, ils porteraient atteinte à la liberté de communication.

En raison de leurs effets, et compte tenu du dilemme dans lequel elles

enfermeraient l'hébergeur, les dispositions du 2 et (surtout) du 3 du I de l'article 6 ne cesseraient de méconnaître l'article 13 de la Déclaration de 1789 qu'en portant atteinte à son article 11



L'ajout de ce qualificatif "manifestement" est un garde-fou voulu par le Conseil constitutionnel. Il ne faut pas que l'hébergeur supprime systématiquement tous les contenus notifiés uniquement pour se dégager de toute cause éventuelle d'engagement de sa responsabilité.

En cela le Conseil constitutionnel responsabilisait, éthiquement, l'hébergeur en lui donnant un outil formidable destiné à protéger la liberté de communication et donc, d'être non pas l'acteur d'une justice privée, mais bien le dernier rempart en faveur de la liberté d'expression.

Seulement, un point n'a jamais été vraiment précisé par les Sages de la Rue Montpensier : ce qu'ils entendaient par "manifestement". Cela a permis à de nombreux juristes de se pencher sur la question (voir à ce projet, cette **étude** très complète). Traditionnellement, le manifestement illicite est réduit aux cas de racistes et d'anti-sémitisme, de pédopornographie ou de propagation de la haine raciale. Pourquoi ces cas là exclusivement ? Cela provient tout simplement d'un article de **Zdnet** qui avait relaté les propos tenus par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel en conférence de presse et qui donnait des exemples de contenus manifestement illicites.

Mais les juges n'y ont pas vu une liste limitative. Des magistrats ont ainsi pu voir dans l'atteinte à la vie privée, un contenu manifestement illicite. A l'inverse, la contestation du génocide arménien ne pouvait recouvrir cette qualification, ces propos n'étant pas illicites à l'époque des faits.



2011 : il faut faire évoluer le statut

Par la suite, les débats ont porté bien souvent sur le statut de ces intermédiaires. Qui sont les hébergeurs ? Plates-formes de vidéos, plates-formes de commerce électronique, etc. La Cour de cassation est venue dans plusieurs arrêts du 17 février 2011 donner son interprétation, concernant notamment Dailymotion. Elle **explique** ainsi "que la société Dailymotion était fondée à revendiquer le statut d'intermédiaire technique" au sens de la LCEN.

Dailymotion reconnu comme hébergeur. Si on prend cet exemple, un second sujet se pose alors : quid du manifestement illicite ? Si on dit que Dailymotion, en sa qualité d'hébergeur, ne se doit de retirer que les contenus manifestement illicites qui lui ont été notifiés, quelles diligences doit-il prendre lors du traitement des notifications des ayants-droit ? On peut se poser la même question au regard du développement des systèmes d'empreintes qui ont vocation à automatiser le traitement des notifications et finalement à mettre en oeuvre un

“notice and stay down”, c’est à dire un blocage de la réapparition de contenus identiques.

Et c’est à ce stade de l’histoire que la question se pose : **le garde-fou créé par le Conseil constitutionnel destiné à éviter les notifications abusives et destiné, non pas à protéger les intermédiaires mais à assurer la protection de la liberté de communication, est-il toujours effectif ?**

Cet abandon du garde-fou est accéléré par les mêmes décisions de la Cour de cassation du 17 février 2011. Les juges suprêmes estiment qu’une *“notification délivrée au visa de la loi du 21 juin 2004 doit comporter l’ensemble des mentions prescrites par ce texte”*. En clair, la procédure de l’article 6.1.5 est une procédure non pas facultative, comme le souhaitait le Parlement, mais bien une procédure obligatoire que se doit de suivre le tiers souhaitant notifier un contenu illicite sur une plate-forme.

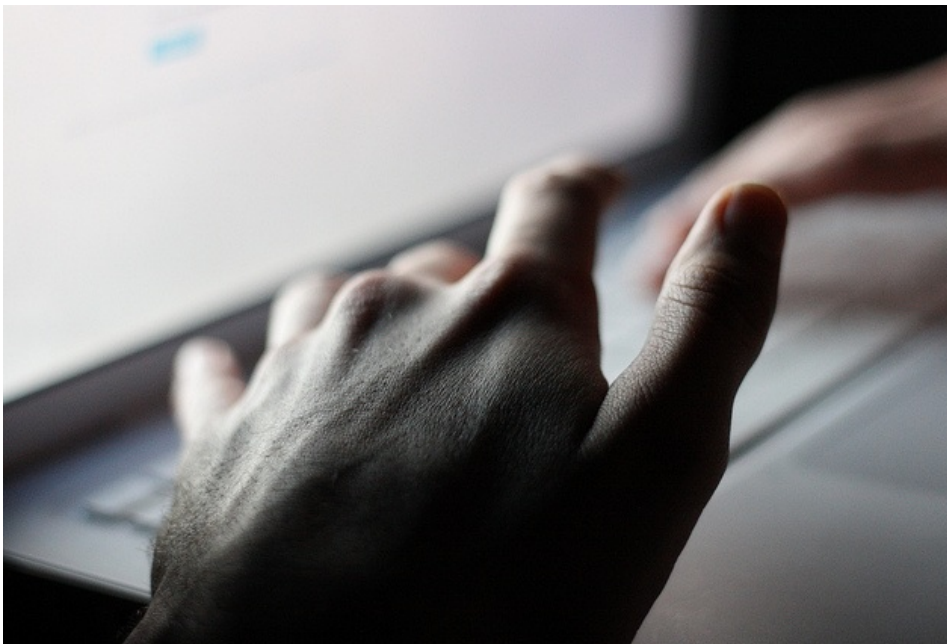
Et dès lors que l’on crée une voie formalisée de notification des contenus, la mise en oeuvre du “notice and take down” par les hébergeurs peut alors prendre une voie industrielle : la notification conforme à la LCEN est reçue, le contenu est supprimé. **L’hébergeur abandonne alors l’analyse du contenu de la notification et ne s’assure plus que celle-ci vise bien qu’un contenu “manifestement illicite”**.

Donc, d’un côté, la Cour de cassation impose un formalisme en matière de notification. De l’autre, les hébergeurs développent de plus en plus une coopération avec les tiers, notamment les ayants droit (musique, cinéma, marques, etc.), afin de faciliter ou fluidifier les notifications et leur traitement. Des outils sont également mis en place afin, pour les intermédiaires, d’adopter une démarche proactive de recherche des contenus (bases d’empreinte pour les vidéos, mots clés ou analyses du contenu d’offres pour les petites annonces de produits).

Le garde-fou qu’aurait dû être l’hébergeur disparaît progressivement et s’estompe. **En l’absence de formalisme pour la notification, l’hébergeur était amené à procéder à l’examen de celle-ci et éventuellement à refuser les demandes.** Combien de fois ai-je refusé à un titulaire de “droits exclusifs” la possibilité d’imposer un prix de vente à ses distributeurs sur une plate-forme de commerce électronique. De même, il m’est arrivé de m’opposer à la suppression de contenus pointés comme étant “diffamatoires” .. mais prescrits depuis de nombreux mois.

Ce travail d’analyse sera-t-il encore mené à partir du moment où l’article 6.1.5 pose, plus qu’un formalisme, un principe selon lequel la connaissance des contenus est alors présumée acquise. Ainsi, la Cour de cassation impose un formalisme, mais la conséquence du respect de ce formalisme est que l’hébergeur a, alors, la connaissance des faits illicites .. imposant leur retrait.

Ainsi, en focalisant le débat juridique exclusivement autour de la nature de l’intermédiaire (hébergeur ou pas), on a totalement oublié le rôle que la loi, et surtout le Conseil constitutionnel, a conféré à cet intermédiaire. Celui d’être un des garants de la liberté d’expression sur les réseaux.



Des pistes pour protéger la liberté

Il y a aussi une raison à cela, sans doute en forme de mea culpa. Le débat autour du statut de l'hébergeur s'est focalisé depuis plus de 5 ans autour des acteurs du web 2.0, les fameux acteurs de l'Internet communautaire. Et surtout, l'un des sujets majeurs discutés lors des contentieux était le respect des droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur, droits voisins, droit des marques, brevets, etc.) voire la protection de réseaux de distribution. Les enjeux de ces débats sont de nature économique. Il s'agit de protéger des droits exclusifs d'exploitation et les revenus (et aussi emplois) qui y sont attachés. Le débat devient alors purement économique sur l'atteinte que provoque les intermédiaires.

Mais à aucun moment, la question de la liberté d'expression ne se pose, ne s'est posée dans ces débats. Quand l'industrie musicale critique l'utilisation de certains morceaux musicaux dans des vidéos, est-ce la liberté d'expression qui est en jeu ? Quand un vendeur est accusé de porter atteinte à un réseau de distribution sélective, la liberté d'expression est-elle un enjeu ?

De même, quand on sait que la grande des parties de ces contentieux a été jugée par des magistrats spécialisés sur les questions de propriété intellectuelle, on peut s'interroger sur la place de la problématique de la protection de la liberté de communication dans l'esprit des magistrats.

La critique du traitement trop fréquent de la question du statut de l'hébergeur au travers du prisme de la protection des droits de propriété intellectuelle est réelle et justifiée. Et il n'est pas étonnant aujourd'hui que la question de la révision au plan communautaire du statut juridique de l'hébergeur puisse intervenir, non pas à l'occasion d'une discussion d'une nouvelle directive "e-commerce", mais à l'occasion de la directive IPRED, comprendre "renforcement des droits de propriété intellectuelle".

Et surtout, maintenant que les dossiers contentieux vont de moins en moins porter sur la qualification de tel ou tel intermédiaire en hébergeur, est-ce qu'un intermédiaire fera le choix de s'opposer à une notification et ainsi courir d'un contentieux où son statut pourrait être en lui-même remis en cause ?

Au gré des contentieux, il semble que l'appréciation du caractère manifestement illicite d'un contenu ait disparu et clairement, il est de moins en moins dans l'intérêt d'un intermédiaire de remettre en cause ce caractère manifeste dans ses échanges avec les tiers. La boîte de Pandore a été difficile à refermer, elle ne l'est pas totalement. Rare sont ceux qui voudront se relancer dans de tels débats.

Se pose alors une question : ne faudra-t-il pas instaurer dans le droit français un nouveau garde-fou protecteur des libertés ? Dans les couloirs sombres des lobbyistes de l'Internet, une question sérieuse se pose : celle de l'instauration d'une procédure de contre-notification à l'américaine. Ainsi, il ne sera plus demandé à l'intermédiaire de se faire juge de l'illicite ou même du manifestement illicite. Il reviendra à l'auteur du contenu, objet de la notification, de la contester. Et si l'auteur de la notification le désire, il lui reviendra le soin de saisir le juge afin d'en obtenir le retrait.

Le garde-fou serait double. D'une part, il s'agirait de la procédure administrative et contradictoire organisée par l'intermédiaire. D'autre part, il s'agirait des pouvoirs du juge qui demeure, rappelons-le, l'un des garants des libertés selon notre système juridique.

Il ne fait pas de doute que rouvrir le débat parlementaire autour du statut de l'hébergeur est purement illusoire, voire suicidaire, notamment au regard des **propositions** de créer des régimes ad hoc, comme par exemple, celui de l'éditeur de service en ligne.

Mais à une époque où la question de la protection de la liberté de communication devient centrale, il ne faudrait pas que l'arbre – filtrage – puisse cacher la forêt. Il faut rappeler que le filtrage des contenus par les fournisseurs d'accès (enfin, le "blocage" de ceux-ci) intervient de manière subsidiaire à une autre mesure : celle de la suppression desdits contenus par les hébergeurs.

Les garanties procédurales, et notamment le recours au juge, qui sont revendiquées en matière de blocage devraient également trouver leur pendant dans les procédures existantes en matière de suppression des contenus par les hébergeurs à la demande de tiers. Contrairement aux **Etats-Unis**, nous n'avons pas en France de base de données des notifications reçues et/ou traitées par les hébergeurs. Nous n'avons pas de transparence sur les mesures prises. Et nous n'avons plus de gardes-fous.

Dans ses **confessions d'un voleur**, Laurent Chemla disait :



C'est là qu'il faut chercher et trouver l'Internet, dans la liberté d'expression rendue au plus grand nombre par un simple outil qui organise la cacophonie. (...) Cette liberté, sachez la conserver, quand vous l'aurez, vous aussi, retrouvée.



Retrouvez la première partie sur OWNI: **“Une histoire d’hébergeurs: naissance d’une responsabilité”**

Billet initialement publié sous le titre **“Les hébergeurs protègent-ils encore la liberté d’expression sur Internet?”** sur le blog de **Benoît Tabaka**

Kevin Saff / **otodo** / **Slideshow Bruce** / **carabendon**

NICOLAS POIRIER

le 14 août 2011 - 21:58 SIGNALER UN ABUS - PERMALINK



Je ne suis pas d'accord avec certains points du texte ci-dessus.

Dans ce texte, il semble acquis que les hébergeurs ne jouent pas le rôle qui leur a été confié par le Conseil Constitutionnel : cela est fondamentalement faux. Pour ne pas prêcher que pour ma paroisse, bien que je souligne que sur notre plateforme Overblog les utilisateurs ont toujours leur mot à dire et ne peuvent être contournés par une notification LCEN, je citerais OVH, qui fait également un vrai travail de protection de ses utilisateurs en la matière. Au contraire, les hébergeurs de vidéos, dont les décisions de justice qui leur sont associées souvent “citées” en raison de la notoriété des personnes qui les assignent, font à mon avis moins bien ce travail, notamment lorsqu’elles filtrent des contenus sans se préoccuper de vérifier si elles n’ont pas affaire à des œuvres composées dans certains cas.

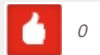
Ensuite, je suis, et serais systématiquement, contre une révision de la LCEN, aussi bien intentionnée sur le papier soit-elle, car je pense très sincèrement, et à regret, que toute tentative de la réformer aboutira à un résultat négatif pour la liberté d’expression.

Surtout, et c’est mon vécu du “terrain” qui parle, ou plutôt des tribunaux où j’ai la chance de représenter ma société pour comprendre au mieux les motivations du juge et les raisons du pourquoi d’une décision, je peux vous assurer que derrière chaque décision rendue, se cache une bataille que la décision ne traduit pas, et qu’une simple méforme d’un défendeur/demandeur dans un dossier peut aboutir à une décision incompréhensible à sa lecture mais traduction de ce qui s’est passé à la barre. On s’étonne parfois qu’une décision complète ne traite pas certains points fondamentaux, et la doctrine s’empresse de commenter cette décision en tirant des conclusions de cette décision incomplète : en fait, il suffit juste que les demandeurs/défendeurs aient oublié de traiter ce point fondamental à l’audience pour expliquer l’absence de ce point dans la décision rendue, il ne s’agit aucunement de la volonté du juge.

Aussi, j’appelle non seulement à ne pas tirer de conclusions hatives de chaque décision qui sort liée aux hébergeurs, mais surtout, je répète ma croyance que des hébergeurs font parfaitement le job, et que les utilisateurs savent pénaliser la plateforme qui les aura déçus, donc il est dans l’intérêt de ces hébergeurs de protéger leurs intérêts. Par conséquent, toute réforme de la LCEN me semble superflue, mais également dangereuse.

Nicolas Poirier – Responsable Juridique Wikio Group
(Overblog – Nomao – Ebuzzing – Wikio Experts)

VOUS AIMEZ



0

VOUS N'AIMEZ PAS



0

LUI RÉPONDRE

LE ZONARD

le 18 août 2011 - 13:51 SIGNALER UN ABUS - PERMALINK



Toutes ces questions devraient pouvoir évoluer avec la multiplication de l’auto-hébergement (voir par exemple <http://linuxfr.org/tags/autoh%C3%A9bergement/public>)

Naturellement, il y aura toujours des affaires liées à des commentaires ou autres publications “en mode 2.0”, mais les gens souhaitant publier des propos pouvant susciter des plaintes fondées ou de mauvaise foi (je pense à l’expression politique, en y incluant les phénomènes du genre Wikileaks) vont s’auto-héberger et être ainsi à l’abri d’une justice privée censurale.

VOUS AIMEZ



0

VOUS N'AIMEZ PAS



0

LUI RÉPONDRE

1 ping

YouTube hébergeur, TF1 pleure » revue du web, Just another weblog le 30 mai 2012 - 14:10

*[...] En France, l'hébergeur bénéficie d'un statut particulier sur Internet : non responsable des contenus créés par les internautes, il est néanmoins sommé de les retirer en cas de signalement. Hier, le juge a de nouveau rappelé cette réalité, reprenant ainsi les fondements de la jurisprudence et de la Loi sur la confiance en l'économi...
[...]*