

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Édités par Peter Gauch

371

JULIEN FRANCEY

La responsabilité
délictuelle des fournisseurs
d'hébergement et
d'accès Internet

Table des matières

Sommaire	XI
Liste des abréviations	XXIII
Bibliographie.....	XXXIII
Introduction	1
PARTIE 1: LES ACTEURS EN PRÉSENCE ET LEURS INTÉRÊTS	3
§ 1 Les acteurs	3
I. Les utilisateurs d’Internet	3
II. Les fournisseurs de contenus	4
A. La mise à disposition d’informations	4
B. L’appropriation d’informations de tiers	5
1. Le cas de figure	5
2. Les critères développés.....	5
a) Le contrôle des informations	6
b) La présentation des informations	6
c) L’utilisation d’un disclaimer.....	7
III. Les fournisseurs de services	8
A. Les fournisseurs d’hébergement.....	9
1. Les généralités	9
2. La propriété sur les serveurs comme critère non décisif	10
3. Quelques exemples.....	11
4. Le rôle passif de l’hébergeur	13
a) La problématique	13
b) La jurisprudence de la CJUE	14
i) L’arrêt Google AdWords.....	14
ii) L’arrêt L’Oréal	16
iii) L’arrêt Papasavvas	17
c) Le point de vue américain.....	18
d) La situation en droit suisse.....	19
B. Les fournisseurs d’accès	20
C. Les autres fournisseurs de services	21
IV. Les effets d’une classification sur le régime de responsabilité	23
V. Une synthèse.....	25
§ 2 Les intérêts en cause	27
I. La prise en compte des droits fondamentaux.....	27
A. De par le droit suisse	28

B. De par la CEDH	29
1. Le contrôle de conformité	29
2. Les obligations négatives et positives	30
C. Un résumé	32
II. Les intérêts des lésés.....	34
A. La lutte contre les atteintes sur Internet	34
1. La multitude des atteintes sur Internet.....	34
a) Les atteintes aux droits de la personnalité	34
i) Les atteintes au droit à l'honneur	36
ii) Les atteintes au droit au respect de la vie privée	36
iii) Les atteintes au droit à l'image.....	38
iv) Les atteintes au droit à l'autodétermination informationnelle	39
v) Les atteintes liées à un acte de concurrence déloyale	42
b) Les atteintes aux droits de propriété immatérielle	43
c) Un résumé	45
2. L'augmentation du nombre d'atteintes à cause d'Internet.....	45
a) La simplification des atteintes par rapport aux délits hors ligne	45
b) La modification de l'utilisation d'Internet	46
3. La rapidité et l'intensité des atteintes	47
B. Les difficultés relatives à la mise en œuvre des droits contre l'auteur principal	49
1. L'anonymat sur Internet	49
2. L'application des règles de droit international privé	50
a) La détermination du for	51
i) Le domicile ou le siège du défendeur	51
ii) Le lieu de l'acte et du résultat.....	51
aa) Le lieu de l'acte.....	52
bb) Le lieu du résultat.....	53
b) La détermination du droit applicable	56
c) La reconnaissance et l'exécution des jugements.....	57
d) Un résumé	58
C. Les avantages et les inconvénients liés à la mise en œuvre des droits contre les fournisseurs de services	58
1. La capacité des fournisseurs de services d'intervenir sur l'atteinte.....	59
2. La tentative d'empêcher toute violation ultérieure	60
3. La réparation du préjudice.....	60
4. L'application des règles de droit international privé	61

a) Les généralités	61
b) La possibilité de prévoir une élection de for et de droit.....	63
i) L'admissibilité d'une élection de for.....	64
aa) Les conditions formelles	66
bb) Les conditions matérielles.....	67
ii) L'admissibilité d'une élection de droit.....	69
III. Les intérêts des fournisseurs de services	69
A. La liberté d'expression	70
1. Son invocation par les fournisseurs de services	70
2. Le danger du chilling effect.....	72
B. La liberté économique.....	74
1. Les coûts découlant de la responsabilité des fournisseurs de services	74
2. L'invocation de la liberté économique par les fournisseurs de services	77
IV. Les intérêts des fournisseurs de contenus	77
A. Les intérêts de l'auteur principal.....	78
B. Les intérêts des autres fournisseurs de contenus	79
1. L'intérêt à la diffusion d'informations	79
2. L'intérêt à l'anonymat	80
V. Les intérêts des utilisateurs d'Internet	83
VI. La mise en balance des différents intérêts	85
VII. Une synthèse.....	89

PARTIE 2: LES MOYENS POUR RECHERCHER LES FOURNISSEURS DE SERVICES 93

§ 3 Le cadre légal.....	93
I. La distinction entre la responsabilité contractuelle et délictuelle des fournisseurs de services	93
II. Les bases légales de la responsabilité délictuelle des fournisseurs de services	96
A. L'avant-projet de révision de la LDA	96
B. L'absence de loi spéciale dans les autres domaines	97
C. Excursus: les dispositions en droit pénal, en droit administratif et les instruments d'autoréglementation.....	98
1. Le cadre légal en droit pénal	98
2. Le cadre légal en droit administratif.....	101
3. Les instruments d'autoréglementation.....	102
D. Un résumé	102
III. Les actions défensives et réparatrices	103

IV.	L'état actuel de la jurisprudence	105
A.	En droit civil	105
B.	En droit pénal	107
1.	La responsabilité de l'exploitant d'un forum de discussion	107
a)	Les faits	107
b)	La distinction entre une action et une omission	108
c)	L'arrêt du téléphone rose	108
d)	La création d'un risque	110
2.	Le blocage d'un site Internet	111
a)	Les faits	111
b)	La base légale	111
c)	La violation du principe de la proportionnalité	112
d)	Les conséquences de cet arrêt	112
C.	La jurisprudence rendue par les tribunaux étrangers	114
V.	Une synthèse	116
§ 4	Les actions défensives contre les fournisseurs de services	119
I.	Le comportement illicite du fournisseur de services: une action ou une omission?	120
A.	La nécessité de distinguer	120
B.	L'analyse du comportement des fournisseurs de services	122
II.	La légitimation passive	124
A.	Selon le Code civil	124
1.	Le fournisseur d'hébergement	126
2.	Le fournisseur d'accès	127
B.	Selon la loi sur la protection des données	128
C.	Selon la loi contre la concurrence déloyale	129
D.	Selon les lois de propriété immatérielle	130
1.	Selon la loi sur les marques, la loi sur les designs et la loi sur les brevets	131
2.	Selon l'avant-projet de la loi sur le droit d'auteur	133
III.	La causalité	135
A.	La causalité dans les actions défensives	135
B.	Le comportement causal des fournisseurs de services	138
IV.	La proportionnalité	140
A.	Les aspects de la proportionnalité	141
B.	La suppression d'un contenu illicite par l'hébergeur	142
1.	La possibilité effective de retirer le contenu	142
2.	Les coûts et l'absence d'effets collatéraux de la suppression	144
3.	L'efficacité de la suppression du contenu illicite	145
C.	Le blocage d'un contenu illicite par les fournisseurs d'accès	146

1. La description des mesures à disposition des fournisseurs d'accès	147
a) Le blocage du nom de domaine	147
b) Le blocage de l'adresse IP	148
c) Le filtrage de l'URL	148
d) Les combinaisons de ces méthodes.....	149
2. L'atteinte au secret des télécommunications	150
3. L'efficacité des mesures de blocage	151
a) Les moyens pour contourner le blocage	152
b) Le degré d'efficacité requis pour une mesure de blocage	153
c) Le nombre de fournisseurs d'accès concernés par une mesure de blocage.....	157
4. Le coût des mesures de blocage	159
a) La prise en charge des coûts	159
b) Les coûts des différentes mesures de blocage.....	160
5. Les effets collatéraux des mesures de blocage	161
a) Les effets collatéraux de chaque mesure.....	161
b) Le risque d'overblocking	162
6. Le choix de la mesure	165
7. La possibilité des tiers de s'opposer au blocage	166
D. Le principe de proportionnalité lors d'une action en prévention de l'atteinte	167
E. La subsidiarité de la responsabilité des fournisseurs de services	169
1. La nécessité de rechercher l'auteur principal avant les fournisseurs de services	170
a) La subsidiarité de la responsabilité de l'hébergeur par rapport à celle de l'auteur principal	170
b) La subsidiarité de la responsabilité du fournisseur d'accès par rapport à celle de l'auteur principal	172
2. La nécessité de rechercher l'hébergeur avant les fournisseurs d'accès	174
V. Excursus: l'effet Streisand	176
VI. Une synthèse	176
§ 5 Les actions réparatrices contre les fournisseurs de services.....	181
I. L'action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral	181
A. Le préjudice	182
B. L'acte illicite	183
C. Le chef de responsabilité.....	185
1. Les généralités	185
a) La responsabilité fondée sur la faute.....	185

b)	La responsabilité pour le fait d'autrui	186
c)	La qualification du chef de responsabilité des fournisseurs de services et son enjeu.....	187
2.	Le manquement de diligence de l'hébergeur	189
a)	Le lien avec la connaissance de l'acte illicite du tiers.....	189
b)	La connaissance du contenu litigieux	191
i)	L'absence de devoir général de connaissance	191
ii)	La connaissance lors d'un avertissement.....	193
iii)	Le devoir de connaissance en l'absence d'avertissement.....	196
aa)	La justification du devoir de contrôler les données hébergées	196
bb)	L'étendue du devoir de contrôle	198
cc)	En cas de contrôle volontaire ou de découverte fortuite.....	200
dd)	En cas de modèle commercial dangereux	201
ee)	Lors de la possibilité de laisser des commentaires	203
c)	Le devoir d'agir	206
i)	L'appréciation du caractère illicite du contenu découvert ou signalé	206
ii)	En cas d'avertissement: la procédure de notice and takedown	208
aa)	La suppression systématique et provisoire du contenu signalé	208
bb)	Le champ d'application du notice and takedown	213
cc)	Les modalités du notice and takedown	215
dd)	L'utilité de la procédure de notice and takedown pour la victime	219
ee)	L'absence de responsabilité pour l'hébergeur.....	220
ff)	Les effets sur la liberté d'expression.....	221
gg)	Les conséquences du notice and takedown pour les médias périodiques	223
iii)	En l'absence d'avertissement	226
d)	Le devoir d'empêcher la remise en ligne du contenu supprimé (obligation de staydown).....	229
i)	Les généralités	229
ii)	Le contenu du devoir d'éviter les atteintes futures	233

aa)	L'absence d'une surveillance générale de tous les contenus	233
bb)	L'exclusion de l'auteur principal de la plateforme	234
cc)	La prévention des atteintes selon le principe de la double identité	234
3.	Le manquement de diligence du fournisseur d'accès	238
4.	Un résumé	240
D.	La causalité	243
1.	Les généralités	243
2.	La causalité du comportement des fournisseurs d'hébergement	244
a)	En cas de violation de la procédure de notice and takedown	244
b)	En cas d'absence de contrôle imposé par la diligence	245
3.	La causalité du comportement des fournisseurs d'accès	246
E.	Un résumé	247
II.	L'action en remise du gain	249
A.	L'existence d'un gain en lien avec l'atteinte	250
B.	La mauvaise foi du gérant	253
III.	La solidarité	254
A.	Les généralités	255
B.	L'application des règles de la solidarité parfaite aux cas de responsabilité des fournisseurs de services	256
C.	L'étendue du concours d'actions	258
D.	Le recours interne des coresponsables	260
1.	Le régime légal	260
2.	La solution conventionnelle	261
a)	La validité de la modification des rapports internes au regard de l'art. 100 CO	261
b)	La validité de la modification des rapports internes figurant dans des conditions générales	262
IV.	La possibilité pour les fournisseurs de services d'exclure leur responsabilité	266
A.	En l'absence de relation contractuelle entre la victime et l'hébergeur	267
B.	Lors d'une relation contractuelle entre la victime et l'hébergeur	268
V.	Une synthèse	271
§ 6	L'identification de l'auteur principal à l'aide des fournisseurs de services	277
I.	L'utilisation de la procédure pénale pour identifier l'auteur principal ..	279

A.	Les généralités.....	279
B.	L'arrêt Logistep.....	280
1.	L'état de fait et le raisonnement du Tribunal fédéral.....	280
2.	Une critique	281
a)	La prise en compte insuffisante des intérêts des titulaires du droit d'auteur	281
b)	Le risque d'être identifié à tort.....	283
c)	La comparaison avec la jurisprudence en matière de vidéosurveillance effectuée par un détective privé	284
3.	Les conséquences de l'arrêt Logistep	285
a)	Pour les violations par le biais de réseaux de pair à pair.....	285
b)	Pour les autres violations	288
II.	L'identification de l'auteur principal au moyen du droit privé.....	290
A.	Les généralités.....	290
B.	Les obstacles à la transmission volontaire d'informations par l'hébergeur	292
1.	Le secret des télécommunications	293
2.	La protection des données	294
a)	Le principe de finalité et de reconnaissabilité du traitement des données	294
b)	Les motifs justificatifs	296
C.	Les moyens à disposition de la victime pour obtenir des informations auprès de l'hébergeur	299
1.	L'action en demande de renseignements	299
a)	Les généralités	300
b)	Les conditions	301
i)	La légitimation passive.....	301
ii)	La notion d'objet	302
iii)	L'exigence de la possession	303
c)	Un résumé	305
2.	Le droit à l'information de l'art. 3 al. 1 lit. s LCD	305
3.	Le droit d'accès	307
4.	Le fondement général de l'art. 2 CC	307
D.	L'identification de l'auteur à l'aide de son adresse IP en s'adressant au fournisseur d'accès	310
1.	La protection du titulaire d'une adresse IP par le secret des télécommunications.....	311
a)	Les données soumises au secret.....	311
b)	La possibilité de transmettre l'identité du détenteur d'une adresse IP connue	312

2. La protection du titulaire d'une adresse IP par la LPD.....	314
3. L'existence d'une action pour obtenir l'identité du titulaire d'une adresse IP auprès du fournisseur d'accès	315
a) Le principe de l'absence de moyens juridiques	315
b) L'exception en droit d'auteur (art. 62a AP-LDA)	316
4. Excursus: les moyens de surfer de manière anonyme	319
III. Une synthèse.....	321
§ 7 Quelques aspects de procédure lors de la mise en œuvre des droits contre les fournisseurs de services	325
I. Le for	325
II. La répartition des frais	327
A. Lors d'une demande dirigée contre un hébergeur	327
B. Lors d'une demande dirigée contre un fournisseur d'accès	329
III. Les mesures provisionnelles et superprovisionnelles	331
A. La problématique liée aux médias à caractère périodique.....	331
B. La titularité du privilège accordé aux médias	332
C. La définition de médias à caractère périodique	333
IV. Une synthèse.....	337
Conclusions	339
Schlussfolgerungen	345
Summary	351
Répertoire alphabétique des matières.....	357