

Vol. 25, n° 3

Régime français de la responsabilité des intermédiaires techniques

Catherine Jasserand*

Introduction	1135
1. Responsabilité allégée des hébergeurs	1136
1.1 Fait générateur de responsabilité.	1137
1.2 De la pratique de « notice and take down » à la pratique de « notice and stay down »	1139
2. Exonération de responsabilité des FAIs	1140
2.1 Causes d'exonération de responsabilité.	1140
2.2 Devoirs d'information et de coopération introduits par la loi HADOPI	1141
2.2.1 Devoir d'information de leurs abonnés	1141
2.2.2 Devoir de coopération vis-à-vis de l'agence HADOPI.	1141

© Catherine Jasserand, 2013.

* Chercheuse à l'Université d'Amsterdam, au sein de l'Institut du droit de l'information (IViR).

3. Implications des intermédiaires techniques dans la lutte contre la contrefaçon en ligne	1143
3.1 Action générale de l'article 6-I-8 de la LCEN.	1143
3.2 Action en cessation de l'article L. 336-2 du CPI	1145
Conclusion	1146

Introduction

Le régime français de la responsabilité des intermédiaires techniques est régi par les articles 6 à 9 de la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (dite LCEN)¹. La loi transpose en droit français les dispositions de la directive européenne sur le commerce électronique qui harmonise au niveau national le régime de responsabilité applicable aux fournisseurs d'accès à Internet (FAIs) et aux hébergeurs². Ce régime, désigné sous le terme de « safe harbour », s'applique aussi bien aux contenus portant atteinte au droit d'auteur qu'à tout autre type de contenus illicites (tels que les contenus diffamatoires, discriminatoires, pédopornographiques, incitant à la violence).

L'adoption de la loi du 12 juin 2009 dite loi HADOPI n'a pas modifié le régime de responsabilité des intermédiaires techniques³. En revanche, elle a précisé le rôle des FAIs dans la mise en œuvre de la réponse graduée et a instauré une action en cessation permettant de solliciter le concours des intermédiaires techniques dans la lutte contre la contrefaçon.

Se livrer à un état des lieux de la responsabilité des intermédiaires techniques après l'entrée en vigueur de la loi HADOPI présente plusieurs intérêts. Tout d'abord de récentes décisions de la Cour de cassation ont précisé le régime de limitation de responsabi-

1. *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF 143, 22 juin 2004, p. 11168.
2. Art. 12 à 15 de la 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 [2000], JOCE L178/1 ; une directive est un acte normatif adopté par les institutions européennes qui fixe des objectifs aux États membres et qui doit être adapté (« transposé ») en droit national pour produire ses effets juridiques.
3. *Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, JORF 135, 13 juin 2009, p. 9666, dite loi HADOPI en raison du nom de l'autorité qu'elle a mise en place (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet) ; complétée par le volet pénal de la *Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, JORF 251, 29 octobre 2009, p. 18290.

lité des hébergeurs en mettant notamment fin à une pratique prétorienne de « notice and stay down » (première section). Puis, le régime d'exonération de responsabilité mis en place pour les FAIs par la LCEN a été complété par des devoirs d'information et de coopération instaurés par la loi HADOPI (deuxième partie). Enfin les FAIs et les hébergeurs sont susceptibles d'apporter leur concours aux autorités judiciaires pour faire cesser les atteintes au droit d'auteur en application de l'action en cessation introduite par la loi HADOPI (troisième partie). Un article sur le sujet paraît opportun au moment où le gouvernement français s'interroge sur l'avenir de l'agence HADOPI et sur le rôle des intermédiaires techniques dans la lutte contre la contrefaçon⁴.

Le terme d'intermédiaires techniques est utilisé dans cet article comme se référant uniquement aux FAIs et aux hébergeurs. La LCEN a mis en place un régime dérogatoire de responsabilité pour ces deux catégories de prestataires.

1. Responsabilité allégée des hébergeurs

Le régime de responsabilité applicable aux hébergeurs est issu des articles 6-I-2 (responsabilité civile) et 6-I-3 (responsabilité pénale) de la LCEN transposant en droit français l'article 14 de la directive sur le commerce électronique⁵.

Un hébergeur est défini comme 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

4. Rapport Lescure Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contributions aux politiques culturelles à l'ère numérique, 13 mai 2013, disponible sur le site <http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_les_cure/index.htm>.

5. L'article 14 de la directive sur le commerce électronique dispose :

« 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. »

stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services »⁶.

1.1 *Fait générateur de responsabilité*

Par principe, les hébergeurs ne sont soumis à aucune obligation générale de surveillance des contenus stockés ou hébergés. Ils ne sont pas non plus soumis à l'obligation de rechercher des faits ou circonstances révélant des activités illicites. Cette absence d'obligation générale, issue de la directive européenne sur le commerce électronique, est fidèlement transposée dans l'article 6-I-7 de la LCEN⁷.

Les hébergeurs ne sont cependant pas exonérés de toute responsabilité. Ils sont soumis à un régime de responsabilité limitée. En application des articles 6-I-2 et 6-I-3 de la LCEN, ils ne sont pas tenus responsables des contenus qu'ils stockent si :

- a) ils n'ont pas eu une connaissance effective du caractère illicite de ces contenus ;

ou

- b) si, dès qu'ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer les contenus ou bloquer leur accès.

Deux éléments sont donc nécessaires pour enclencher la responsabilité des hébergeurs : la connaissance du caractère illicite du contenu et l'absence de réaction.

La loi n'en dit pas davantage, si ce n'est qu'elle instaure dans son article 6-I-5 une procédure facultative de notification qui contient les éléments d'identification (contenu, notifiant, auteur présumé ou éditeur du contenu) et l'échange de correspondances avec l'auteur présumé. Cette procédure est destinée à établir une présomption de connaissance « des faits litigieux » par l'hébergeur⁸.

6. Art. 6-I-2 de la LCEN.

7. L'article 6-I-7, 1^{er} alinéa de la LCEN transpose l'article 15(1) de la directive sur le commerce électronique ainsi rédigé : « les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visés 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 ».

8. L'article 6-I-5 de la LCEN est ainsi rédigé : « la connaissance des faits litigieux est *présumée acquise* par les personnes mentionnées au 2 [i.e. les hébergeurs] lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants [...] ». [Les italiques sont nôtres.]

Comme l'ont analysé certains auteurs, la notification ne permet pas de présumer sa connaissance de la présence d'un contenu illicite mais seulement de la présence de contenus « litigieux »⁹. Cette précision est de bon aloi puisque l'hébergeur n'est pas le juge de « l'illicite ». C'est d'ailleurs le sens de la réserve d'interprétation qu'a émise le Conseil Constitutionnel sur les articles 6-I-2 et 6-I-3 de la LCEN. Interrogé sur la constitutionnalité de la loi, il a considéré que la responsabilité d'un hébergeur « qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers » ne saurait être engagée « si celle-ci ne présente pas manifestement un caractère illicite ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge »¹⁰.

La décision du Conseil Constitutionnel indique clairement que la notification d'un contenu n'entraîne pas nécessairement son retrait. Seuls les contenus manifestement illicites sont susceptibles d'engager la responsabilité des hébergeurs en cas de non-retrait. Le problème est que la loi ne définit pas cette catégorie de contenus, tout au plus suggère-t-elle ce que cette notion peut recouvrir. Il peut s'agir des contenus identifiés dans l'article 6-I-7 de la LCEN comme étant particulièrement préjudiciables et portant atteinte à l'intérêt général. Pour ce type de contenus, les intermédiaires techniques doivent mettre en place un dispositif de signalement pour permettre à toute personne de leur notifier la présence de ces contenus¹¹. On ne peut que souscrire à l'opinion exprimée par certains auteurs selon laquelle les contenus enfreignant les droits de propriété intellectuelle ne portent atteinte qu'à des intérêts privés et ne devraient donc pas être considérés comme « manifestement illicites »¹².

9. André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd. (Paris, LexisNexis, 2012) ; Ronan HARDOUIN, *La jurisprudence, les textes, et la responsabilité des hébergeurs*, 5 mai 2008, disponible en ligne : <www.L111-1.fr>.

10. Décision n° 2004-496 DC, du 10 juin 2004, point 9 ; Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 dans les *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Cahier n° 17, disponibles en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr>.

11. L'article 6-I-7 de la LCEN prévoit que les intermédiaires techniques « met(tent) en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance » les contenus relevant de « l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes » ou portant « atteinte à la dignité humaine ».

12. R. HARDOUIN, préc., note 9.

1.2 De la pratique de « notice and take down » à la pratique de « notice and stay down »

Le régime de la responsabilité des hébergeurs a suscité et continue de générer un important contentieux en matière de droit d'auteur. Les tribunaux ont élargi la notion d'hébergeur à d'autres types d'intermédiaires techniques ou ont requalifié certaines activités en activités d'hébergement pour appliquer le régime de responsabilité allégée¹³.

Conçue à l'origine comme une règle de preuve, la procédure de notification est devenue sous la plume des juges une véritable règle de fond¹⁴. Ce que la Cour de cassation a validé dans un arrêt du 17 février 2011, en jugeant qu'une notification « [devait] comporter l'ensemble des mentions prescrites par [la loi du 21 juin 2004] »¹⁵. De cette obligation de notification est née la pratique de « notice and take down » (notification et retrait) : tout contenu signalé comme illécite selon le formalisme de l'article 6-I-5 de la LCEN entraîne son retrait. Certains auteurs ont pu critiquer cette interprétation qui ne respecte ni la lettre des articles 6-I-2 et 6-I-5 de la LCEN ni la réserve d'interprétation du Conseil Constitutionnel¹⁶.

Plus récemment, un certain nombre de juridictions du premier degré, soutenues par la Cour d'appel de Paris, ont créé une obligation supplémentaire de « notice and stay down », i.e. une obligation de surveillance ciblée des contenus déjà notifiés pour prévenir leur remise en ligne¹⁷. La Cour de cassation a en revanche mis fin à cette création prétorienne dans trois arrêts rendus le 12 juillet 2012. La première décision, *Google et Aufeminin.com c. M. x* opposait un chanteur au moteur de recherche Google et à un magazine en ligne pour la remise en ligne non autorisée d'une photo le représentant¹⁸. Les

13. Assimilation des activités des moteurs de recherche à celle des hébergeurs dans trois décisions de la Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 2^e ch., 14 janvier 2011, *Google Videos*, RG n° 09/11737, RG n° 09/11739 et RG n° 09/11779, disponibles en ligne : <www.legalis.net>.

14. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, préc., note 9, n° 1112.

15. Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 17 février 2011, *Société Nord-Ouest c. Dailymotion*, n° de pourvoi : 09-67896, disponible en ligne : <www.legifrance.com>.

16. R. HARDOUIN, préc., note 9.

17. Voir entre autres : TGI Paris, 19 octobre 2007, *Zadig Productions c. Google Video* ; TGI de Paris, ordonnance de référé, 5 mars 2009, *Magdane c. YouTube* ; TGI de Paris, *Zadig Productions c. Dailymotion*, 10 avril 2009 ; Cour d'appel de Paris, 4 février 2011, *Google et Aufeminin.com c. M. x*, disponibles en ligne : <www.legalis.net>.

18. Cour de cassation, 1^{re} ch. civile, Arrêt 827, 12 juillet 2012, 11-15.165, 11-15.188, disponible en ligne : <www.legifrance.com>.

deux autres décisions, « Les Dissimulateurs » et « L'affaire Clearstream » concernaient la ré-indexation de copies de films notifiées une première fois comme illicites¹⁹. La Cour de cassation a considéré que cette pratique « abouti[ssait] à soumettre [les hébergeurs] à une obligation générale de surveillance des images qu'[ils] stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps ». Par conséquent, tout contenu remis en ligne après une première notification et retrait ne peut pas être retiré sans nouvelle notification.

2. Exonération de responsabilité des FAIs

Le régime d'exonération de responsabilité défini par l'article 6-I-1 de la LCEN s'applique aux « personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ». La loi du 12 juin 2009 a ajouté des obligations d'information et coopération de la part des FAIs.

2.1 Causes d'exonération de responsabilité

Comme les hébergeurs, les fournisseurs d'accès à internet sont exempts de toute obligation générale de surveillance des contenus qu'ils transportent et de toute obligation de rechercher des faits ou circonstances qui prouveraient le caractère illicite des contenus transportés²⁰.

Ils sont exonérés de toute responsabilité sauf s'ils exercent un contrôle sur ces contenus (sélection ou modification du contenu, sélection du destinataire) ou s'ils sont à l'origine de la transmission litigieuse²¹. Les FAIs sont également soumis au même devoir de vigilance que les hébergeurs vis-à-vis des contenus portant atteinte à

19. Cour de cassation, 1^{re} ch. civile, Arrêt 828, 12 juillet 2012, 11-13.666 et Cour de cassation, 1^{re} ch. civile, Arrêt 831, 12 juillet 2012, 11-13.669, disponibles en ligne : <www.legifrance.com> ; pour plus d'information sur ces décisions, Catherine JASSERAND, « Hosting providers' liability: Cour de Cassation puts an end to the notice and stay down rule », (2013) 3 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 192-193.

20. Art. 15(1) de la directive sur le commerce électronique, transposé dans l'article 6-I-7 de la LCEN, 1^{er} alinéa.

21. Art. L. 32-3-3 du *Code des postes et communications électroniques*, issu de la codification de l'article 9 de la LCEN et transposant l'article 12 de la directive sur le commerce électronique.

l'intérêt général et pour lesquels ils doivent mettre en place un dispositif de signalement²².

2.2 Devoirs d'information et de coopération introduits par la loi HADOPI

La loi HADOPI du 12 juin 2009 a introduit des nouveaux devoirs pour les FAIs à l'égard de leurs abonnés et de l'agence HADOPI.

2.2.1 Devoir d'information de leurs abonnés

Les FAIs sont soumis à deux obligations d'information. La première concerne l'indication dans leur publicité offrant des services de téléchargement de fichiers que « le piratage nuit à la création artistique »²³. La seconde est le devoir d'information des FAIs vis-à-vis de leurs abonnés sur l'existence de moyens pour sécuriser leur connexion internet²⁴. À noter que la loi HADOPI du 12 juin 2009, complétée par des dispositions pénales du 28 octobre 2009, a créé une obligation pour les internautes de surveillance de leur accès à internet afin que « cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits »²⁵. De plus, la loi ne prévoit aucune sanction spécifique en cas de manquement par les FAIs à leurs devoirs d'information²⁶.

2.2.2 Devoir de coopération vis-à-vis de l'agence HADOPI

La réponse graduée mise en place par la loi HADOPI n'est applicable qu'au manquement au devoir de surveillance de la connexion internet. Elle n'est pas applicable au délit de contrefaçon commise, par exemple, par l'échange de fichiers illégaux. Cependant la coopération des FAIs peut être requise par l'agence HADOPI aussi bien pour la mise en œuvre de la réponse graduée que pour l'exécution de la sanction prononcée pour violation au droit d'auteur.

22. Art. 6-I-7 de la LCEN, 3^e aliéna.

23. Art. 7 de la LCEN.

24. Art. 6-I-1 de la LCEN tel que révisé par la loi HADOPI.

25. Art. L. 336-3 du CPI.

26. Ce qui n'exclut certainement pas une action sur la base de défaut d'information et la responsabilité contractuelle.

Concernant la mise en œuvre de la réponse graduée, les ayants droit qui constatent l'utilisation d'une adresse IP pour échanger des fichiers non autorisés saisissent la commission de protection des droits (CPD). La CPD est l'organe en charge de la réponse graduée au sein de l'agence HADOPI. Les ayants droit ne peuvent pas saisir directement les FAIs. Sur la base de la saisine, la commission de protection des droits peut demander à un FAI d'identifier l'abonné dont l'adresse IP est indiquée dans la saisine²⁷. Le FAI ne divulgue pas l'identité de l'abonné aux ayants droit. Une fois l'abonné identifié, la réponse graduée est enclenchée²⁸.

Les fournisseurs d'accès à internet assistent la commission de protection des droits dans la mise en œuvre de la réponse graduée telle que prévue par l'article L. 331-25 du *Code de la propriété intellectuelle* (CPI). À la demande de la commission, ils envoient le premier courrier électronique d'avertissement aux abonnés dont la connexion internet a été utilisée à des fins de contrefaçon. En cas de renouvellement des faits à l'expiration d'un délai de six mois, la commission peut demander aux FAIs d'adresser un second courrier électronique qui sera assorti d'une lettre avec accusé de réception envoyée par la commission. La collaboration des FAIs s'arrête à ce stade de la réponse graduée²⁹.

À l'issue de la réponse graduée, la CPD peut transmettre le dossier au parquet. Un tribunal de police peut alors décider si les éléments constitutifs de la négligence caractérisée sont établis³⁰.

27. En vertu de l'article L. 331-21 du CPI, la CPD peut demander la communication des données suivantes : nom de famille, prénoms, adresse postale et électronique, coordonnées téléphoniques, ainsi que l'adresse de l'installation téléphonique de l'abonné ; l'article 3 du Décret n° 2010-236 fixe la durée de conservation des données en fonction du nombre de recommandations envoyées.

28. Art. L. 331-25 du CPI.

29. La troisième étape, i.e. la convocation de l'abonné par la CPD en cas de renouvellement des faits l'année suivant le deuxième avertissement, ne fait pas intervenir les FAIs.

30. Art. R. 335-5 du CPI ainsi rédigé :

« I.- Constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II :

1° Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ;

2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen.

II.- Les dispositions du I ne sont applicables que lorsque se trouvent réunies les deux conditions suivantes :

1° En application de l'article L. 331-25 et dans les formes prévues par cet article, le titulaire de l'accès s'est vu recommander par la commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès permettant de

Initialement, en application de l'article L. 335-7-1 du CPI, le juge pouvait assortir la sanction de la négligence caractérisée d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à internet pour une durée maximum d'un mois. L'exécution de la peine était à la charge du FAI. Un décret du 8 juillet 2013 a abrogé cette peine complémentaire³¹. Par conséquent, le rôle des FAIs dans la mise en œuvre de la réponse graduée s'arrête à l'envoi du deuxième avertissement par courrier électronique.

Concernant l'infraction de contrefaçon, les FAIs peuvent être sollicités pour identifier les abonnés³². Mais ils peuvent également assister l'agence HADOPI dans l'exécution de la peine de suspension prononcée par le juge. En vertu de l'article 335-7 du CPI, la sanction pour contrefaçon peut être assortie d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à internet pour une durée maximum d'un an. Une fois la décision de justice devenue exécutoire, la peine complémentaire est communiquée à l'agence HADOPI qui la notifie au FAI. Si le FAI ne la met pas en œuvre dans les 15 jours suivant sa notification, il s'expose à une amende de 5 000 euros au maximum.

3. Implications des intermédiaires techniques dans la lutte contre la contrefaçon en ligne

Il ne s'agit pas de mesures liées à la responsabilité des intermédiaires mais de mesures spécifiques sollicitant le concours des intermédiaires techniques pour mettre fin à tout dommage ou prévenir la réalisation d'un dommage.

3.1 Action générale de l'article 6-I-8 de la LCEN

La première action est fondée sur l'article 6-I-8 de la LCEN qui dispose qu'une autorité judiciaire peut ordonner à un hébergeur ou à

prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction, de représentation ou de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise ;

2° Dans l'année suivant la présentation de cette recommandation, cet accès est à nouveau utilisé aux fins mentionnées au 1° du présent II. »

31. Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du CPI, JORF 157, 9 juillet 2013, p. 11428.

32. Art. L. 331-21 du CPI.

défaut à un FAI « 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 »³³. Cette possibilité ne peut cependant pas aboutir à une obligation générale de surveillance ou de recherche des faits ou circonstances révélant le caractère illicite³⁴. La question s'est posée avec une acuité particulière au niveau européen dans des affaires concernant des injonctions de filtrage et de blocage.

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté des précisions concernant des mesures de filtrage dans deux affaires opposant la SABAM (société de gestion belge représentant les auteurs) à un FAI et à une plateforme de réseau social³⁵. Dans la première affaire, le juge avait ordonné au FAI de « faire cesser les atteintes au droit d'auteur [...] en rendant impossible toute forme d'envoi ou de réception par ses clients, au moyen d'un logiciel peer-to-peer, de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la SABAM ».³⁶ Dans la seconde affaire, la société de gestion collective avait demandé à un juge d'ordonner à une plateforme de réseau social de « cesser immédiatement toute mise à disposition illicite des œuvres musicales et audiovisuelles d[el] [son] répertoire »³⁷. Dans les deux affaires, la Cour de justice a jugé contraire à l'article 15(1) de la directive sur le commerce électronique les mesures de filtrage obligeant le FAI dans le premier cas et le réseau social dans le deuxième cas à une « surveillance active » de l'ensemble des communications électroniques et des informations stockées pour « prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle »³⁸. En concluant que ces injonctions imposaient une surveillance générale interdite par l'article 15(1) de la directive, la Cour de justice a fourni des éléments d'interprétation aux juges nationaux amenés à prononcer ces injonctions en application de leur droit national.

33. L'article 6-I-8 de la LCEN met en œuvre la possibilité offerte par les articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique d'autoriser les autorités judiciaires ou administratives à ordonner des mesures pour prévenir ou mettre fin à une violation.

34. Art. 15 (1) de la directive sur le commerce électronique, transposée par l'article 6-I-7 de la LCEN, 1^{er} alinéa.

35. La Cour de justice de l'Union européenne est en charge notamment d'interpréter le droit de l'Union à la demande des juges nationaux (questions préjudicielles).

36. Décision *Scarlet c. SABAM* (affaire C-70/10), 24 novembre 2011, par. 23, disponible en ligne : <www.curia.europa.eu>.

37. Décision *SABAM c. Netlog* (affaire C-360/10), 16 février 2012, par. 21, disponible en ligne : <www.curia.europa.eu>.

38. Respectivement paragraphe 40 de la décision *Scarlet c. SABAM* et paragraphe 38 de la décision *SABAM c. Netlog*.

3.2 Action en cessation de l'article L. 336-2 du CPI

Une seconde action, introduite par la loi du 12 juin 2009, est plus spécifique aux atteintes au droit d'auteur. Connue sous le nom d'action en cessation, la mesure est décrite dans l'article L.336-2 du CPI. « En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin », elle permet au tribunal de grande instance d'ordonner « toutes mesures propres à prévenir ou pour faire cesser une telle atteinte » à « toute personne susceptible de contribuer à y remédier ». Cette mesure ne vise pas uniquement les intermédiaires techniques mais est susceptible de s'appliquer à eux. Cette disposition a été très critiquée lors de son adoption, en raison notamment de son large champ d'application. Le Conseil Constitutionnel l'a cependant validée tout en émettant une réserve d'interprétation quant à la proportionnalité des mesures qui doivent être prononcées par un juge³⁹.

Cette mesure a déjà fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle de la part de la Cour de cassation dans une affaire opposant le Syndicat national de l'édition phonographique à Google pour son service Google Suggest⁴⁰. Le service propose des suggestions aux internautes au fur et à mesure qu'ils saisissent des mots dans le champ de recherche⁴¹. En première instance et en appel, il était reproché à Google de suggérer des liens vers des sites de téléchargement de fichiers illégaux aux internautes qui tapaient les premières lettres des mots « torrent », « megaupload » et « rapidshare ». Les juridictions du fond considérèrent que la « suggestion de ces sites ne constitu[ait] pas en elle-même une atteinte au droit d'auteur dès lors que les fichiers figurant sur ces sites n'[étaient] pas tous nécessairement destinés à procéder à des téléchargements illégaux »⁴². Seule l'utilisation faite par les internautes de ces fichiers était susceptible d'être illégale. La Cour d'appel ajouta que Google ne pouvait être tenu responsable du « téléchargement de tels fichiers (qui) suppos[ait] un acte volontaire de la part de l'internaute ».

Dans son arrêt du 12 juillet 2012, la Cour de cassation infirme la position des juges du fond. Dans un considérant assez laconique, elle juge que, d'une part, « [le] service [de Google Suggest] offrait les

39. Décision 2009-580 DC du 10 juin 2009, disponible en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr>.

40. Cour de cassation, 1^{re} ch. civile, Arrêt n° 832, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-20358, disponible en ligne : <www.legifrance.com>.

41. <<https://support.google.com/websearch/answer/106230?hl=fr>>.

42. Cour d'appel de Paris, 3 mai 2011, *SNEP c. Google*, RG n°10/19845, disponible en ligne : <www.legalis.net>.

moyens de porter atteinte aux droits des auteurs et aux droits voisins » et que, d'autre part, « les sociétés Google [...] pouvaient ainsi contribuer à remédier [à l'atteinte aux droits d'auteur et droits voisins] en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux ». De manière surprenante, la Cour de cassation vise l'article L. 335-4 du CPI, qui sanctionne les atteintes au droit d'auteur, en complément de l'article L. 336-2 du CPI. Par ce double visa, la Cour de cassation cherche-t-elle à démontrer le rôle joué par Google dans l'atteinte au droit d'auteur ? Sa complicité par le biais de la fourniture de moyens ? Si tel est le cas, son raisonnement peut laisser perplexe. En effet, comme l'ont analysé certains commentateurs, en l'absence d'élément intentionnel, Google ne peut pas être complice au sens pénal⁴³. Par ailleurs, la référence à l'article L. 335-4 pour l'application de l'article L. 336-2 semble superflue du fait que l'action en cessation est une action autonome de toute responsabilité⁴⁴. Une question intéressante aurait pu cependant être débattue devant la Cour de cassation, celle d'un éventuel contournement de l'absence d'obligation générale de surveillance des intermédiaires techniques par le biais de l'action en cessation.

Conclusion

Le régime de la responsabilité des intermédiaires techniques a été mis en place par la loi de 2004. La loi HADOPI a ajouté certains devoirs d'information et de coopération, bien que limités en raison du rôle d'intermédiation de l'agence HADOPI entre les FAIs et les ayants droit. La disposition de la loi du 12 juin 2009 qui peut avoir un impact sur la responsabilité des intermédiaires techniques est l'action en cessation de l'article L. 336-2 du CPI.

Le paysage législatif décrit dans cet article est susceptible de changements très prochainement. Le gouvernement français a déjà entamé des réflexions sur l'avenir de l'agence HADOPI et le système de réponse graduée. Une mission sur « l'adaptation des politiques culturelles au numérique » a abouti au rapport Lescure, remis le 13 mai 2013 au gouvernement.

Ce rapport préconise de nombreux ajustements et en particulier l'aménagement de la réponse graduée. Concernant ce qu'il

43. Guillaume GOMIS, « Consécration jurisprudentielle de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle », (novembre 2012) *Revue Lamy Droit de l'immatériel (R.L.D.I.)*, n° 87.

44. *Ibid.*

appelle le volet pédagogique de la mesure (i.e. avant la saisine du juge), le rapport propose de modifier les envois des courriers électroniques d'avertissement. Afin d'assurer une plus grande effectivité, les FAIs ne seraient plus sollicités par l'autorité publique qui enverrait directement les recommandations aux abonnés. Le rapport encourage aussi le développement de coopérations volontaires entre les hébergeurs et les ayants droit, permettant aux hébergeurs d'alerter les ayants droit de la présence d'un contenu litigieux sans pour autant être soumis à une obligation de retrait. Indépendamment de l'efficacité des mesures proposées, il faut noter que la majorité des dispositions liées à la responsabilité des intermédiaires techniques est issue de la transposition en droit français de la directive sur le commerce électronique. Leur changement nécessiterait la révision de la directive européenne, sans quoi les mesures proposées seront laissées au bon vouloir des différents acteurs.