

AVIS DE L'ACSEL A LA COMMISSION EUROPEENNE
SUR L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE E-COMMERCE

Paris, 30 juillet 2007

ASSOCIATION POUR LE COMMERCE ET LES SERVICES EN LIGNE
15 RUE DE LA BANQUE 75002 PARIS - TEL 01 49 26 03 04 – FAX 01 49 26 03 52
info@acsel.asso.fr – www.acsel.asso.fr

RESUME DE L'AVIS DE L'ACSEL

Dans le cadre de la consultation lancée par la Commission européenne sur l'application des articles 12 à 15 de la Directive e-commerce n°2000/31 du 8 juin 2000 (« Directive e-commerce »), l'ACSEL (Association pour le Commerce et les Services en Ligne) rend l'avis ci-après, après avoir recueilli les observations des acteurs concernés.

Les acteurs consultés sont représentatifs des différentes activités de l'internet (moteur de recherche, annuaire, plateforme de paiement en ligne, plateforme de commerce électronique, prestataire d'hébergement, opérateur de télécommunication...). L'avis ci-après a été préparé sur la base de leur témoignage et de la jurisprudence française :

- (i) La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique appelée LCEN a **transposé de façon tardive** la Directive e-commerce. En effet, la loi du 1^{er} août 2000 venant modifier la loi du 30 septembre 1986 l'avait transposée mais de façon limitée notamment du fait de la définition essentiellement technique retenue du « prestataire intermédiaire de la société de l'information ».
- (ii) La LCEN a le mérite de retenir en son article 6.I.2 **une définition large de l'activité d'hébergement pour englober les nouveaux métiers de l'intermédiation** qui fleurissent sur l'Internet sans nécessiter de modification ultérieure.
- (iii) Il existe aujourd'hui **des garde-fous suffisants pour responsabiliser** les acteurs de l'Internet à travers :
 - i. une **application distributive des régimes de responsabilité** selon le rôle du prestataire intermédiaire (contenu/hébergement). Certaines décisions de justice ont déjà adopté cette démarche.
 - ii. l'**obligation** faite aux prestataires de service Internet **de mettre en place des dispositifs** permettant de ne pas affecter les droits de tiers ou de pouvoir notifier aux autorités publiques les sites illicites ;
 - iii. l'**obligation de conservation des données** par les prestataires de services Internet afin de les communiquer aux autorités judiciaires dont le projet de décret est actuellement soumis à consultation ;
 - iv. une **démarche d'autorégulation** (charte, labellisation, certification) pratiquée depuis longtemps par les acteurs majeurs de l'internet pour renforcer la confiance dans le commerce électronique.

Conclusion :

L'ACSEL considère:

- que contrairement au rapport « Verbiest » en faveur d'une révision de la Directive e-commerce sur le régime de responsabilité des intermédiaires techniques, il est **encore prématuré d'y procéder** ;
- qu'il faut également **veiller à éviter certaines dérives** conduisant un intermédiaire responsable de « contenus » stockés, à un filtrage systématique en amont comme c'est

parfois le cas actuellement, ce qui irait à l'encontre de l'absence d'obligation générale de surveillance prévue par la Directive e-commerce (Article 15.1) et serait **susceptible de porter atteinte à la liberté d'expression ou à la liberté du commerce** ;

- que les moyens juridiques existants **permettent aux juges de répondre à la préoccupation des victimes et à la nécessité de responsabiliser les acteurs de l'internet** pour leur faire prendre conscience de l'obligation de prendre des mesures pour éviter les atteintes aux droits des tiers (la décision du TGI Paris 12 juillet 2006 GIFAM et autre c/ Google France rendu sous l'égide de la LCEN en est un exemple);

En conséquence, l'ACSEL invite la Commission à se prononcer en faveur d'une **communication interprétative** par laquelle la Commission rappellerait que :

- **le régime de responsabilité du fait des contenus**, de l'article 14 de la Directive e-commerce, est **susceptible de s'appliquer de manière concomitante avec les mécanismes de responsabilité prévus**, en droit national aux intermédiaires du fait de leur activité
- **l'obligation de conservation des données**, de l'article 15.2 de la Directive e-commerce, mise à la charge des prestataires intermédiaires, constitue en outre **une de leurs obligations essentielles** permettant de poursuivre les auteurs des infractions. Il conviendra néanmoins d'approfondir la réflexion sur la mise en œuvre pratique de cette obligation et les problématiques qui en résultent en matière de protection des données personnelles.

INTRODUCTION

La DG Marché Intérieur de la Commission européenne a, suite à un appel d'offres, sollicité du consortium composé du cabinet d'avocats ULYS, de l'Université de Göttingen, de l'Université de Salerno et de l'Université de Namur, que lui soit fournie une étude détaillée concernant l'application des articles 12 à 15 de la Directive e-commerce, notamment au regard de la jurisprudence rendue à la suite de la transposition de la Directive e-commerce, de l'existence de mécanismes d'auto-régulation ou de co-régulation, etc.

L'objectif principal de l'étude est d'évaluer le fonctionnement du système actuel, ainsi que l'éventuel besoin de mesures complémentaires en conformité avec l'article 21 de la Directive e-commerce.

L'ACSEL (Association pour le Commerce et les Services en Ligne) a été consultée dans le cadre de l'étude menée par le cabinet ULYS pour apporter son éclairage et sa vision du dispositif législatif actuellement en vigueur en France.

Fondée en 1980, l'ACSEL est un organisme représentatif du domaine des services en ligne et du commerce électronique. Elle regroupe environ 200 entreprises et organismes qui relèvent de l'ensemble des métiers de son domaine de compétence: prestataires techniques, cybercommerçants (distribution, services, banques, etc.), éditeurs et fournisseurs de services en ligne (presse, administrations, courtiers en ligne, etc.), opérateurs de télécommunications, juristes, conseils, éditeurs de logiciels, etc.

La diversité et la richesse de ses adhérents positionnent l'ACSEL comme un acteur majeur à même de faire évoluer le contexte français des services en ligne, principalement *via* le réseau Internet.

Le rapport préliminaire du cabinet ULYS adressé à la Commission européenne le 22 mars 2007 et soumis à l'ACSEL, fait état de très nombreuses jurisprudences rendues en application de différents textes (avant la loi du 1^{er} août 2000, sous l'égide de la loi du 1^{er} août 2000, sous l'empire de la LCEN), sans refléter pour autant les différences instaurées par le législateur entre ces textes.

De fait, la jurisprudence rendue sous l'empire de la LCEN, loi actuellement en vigueur, reste à ce jour limitée, compte tenu de la transposition tardive de la Directive e-Commerce en droit français.

C'est pour cela que l'avis de l'ACSEL est le suivant :

- I. La transposition tardive de la Directive e-commerce en France rend **prématuré** un **bilan d'application** visant à préconiser une révision ;
- II. La LCEN apporte **une définition suffisamment large de l'activité d'intermédiation** avec une application jurisprudentielle encore en construction ;
- III. Il existe aujourd'hui **des outils suffisants pour responsabiliser** les acteurs de l'internet.

I. Une transposition tardive de la directive e-commerce ne permettant pas de dresser le bilan de son application

Le régime de responsabilité des acteurs de l'Internet a été fixé par trois textes successifs : (A) la Directive e-commerce, (B) la loi du 1^{er} août 2000 et (C) la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

A. La Directive e-commerce

Il résulte de l'article 14 de la Directive e-commerce et de ses considérants (42) à (46) que l'activité d'hébergement consiste dans le « *stockage d'information* ».

B. La loi du 1^{er} août 2000

La loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de communication a modifié la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Le législateur français y a inséré un article 43-8 consacrant une **définition technique de l'hébergeur**, à savoir **assurer « à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent »**.

Le souhait du législateur français était de répondre rapidement après l'adoption de la Directive e-commerce à une demande de nombreux acteurs d'élaborer un système juridique permettant de limiter la responsabilité d'hébergeurs, souvent gratuits, vis-à-vis des contenus stockés sur leurs serveurs.

Cette loi a fait l'objet de nombreuses applications par la jurisprudence.

C. La LCEN

Le régime des intermédiaires de l'Internet tel qu'il existe actuellement est soumis à la LCEN, qui a abrogé le chapitre VI du titre II de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative aux dispositions relatives aux services de communication en ligne autres que de correspondance privée.

Lors de la transposition intégrale de la Directive e-commerce, les parlementaires ont souhaité dépasser la simple définition technique et adopter une **définition fondée sur la fonction exercée**.

Ce souhait s'explique largement par l'évolution de la société de l'information et par le fait que les prestataires purement techniques visés par la Directive e-commerce et la loi du 1^{er} août 2000 n'étaient plus présents en 2003 et 2004 lors des discussions parlementaires.

En conséquence, **le droit français a adopté en 2004 une définition de l'hébergement qui n'est plus une définition technique mais bien une définition liée à une fonction consistant, pour une personne, à stocker, dans le cadre de son activité, un contenu à la demande d'un internaute**.

Compte tenu de la transposition tardive de la Directive e-commerce, la LCEN a fait l'objet d'applications encore limitées, ne permettant pas à ce jour de dresser un bilan de son application, et notamment de ses insuffisances.

II. La LCEN : une définition suffisamment large de l'activité d'intermédiation dont l'application jurisprudentielle est en construction

A. Une définition suffisamment large de la LCEN

Le régime est fixé à l'article 6.I de LCEN, qui abroge les dispositions de la loi du 1^{er} août 2000.

Plus précisément, l'article 6.I.2 de la LCEN dispose que :

« 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 ».

Dans son rapport parlementaire en date du 11 février 2003¹, la députée Michèle Tabarot estimait :

« On peut considérer que le stockage est qualifié de "permanent" par opposition au stockage "automatique, intermédiaire et temporaire" qui caractérise les activités "de cache", définies par l'article 13 de la directive et l'article 14 du projet de loi. Le terme "direct" est plus ambigu et pourrait effectivement laisser penser que seuls sont concernés les opérateurs qui effectuent directement ce stockage et non ceux qui ont recours à un prestataire pour cette fonction. Il semblerait que ce terme signifie en réalité que ces prestataires traitent directement les informations que leur transmettent les éditeurs, sans intervenir sur leur contenu.

La définition des opérateurs visés par l'article ne fait pas de distinction : sont concernés tous les intermédiaires dont l'activité consiste à stocker durablement des données (stockage "permanent"), sans intervenir sur leur contenu (stockage "direct"), de façon à les rendre accessibles au public au moyen d'un service de communication publique en ligne. Peu importe qu'il s'agisse d'informations fournies par des éditeurs professionnels de sites, par des utilisateurs de places de marché ou de sites d'enchères en ligne ou encore par des contributeurs à un forum. L'article n'entre pas dans ce détail des auteurs et de contenus, de même qu'il n'utilise pas, volontairement, le terme "d'hébergeur", aujourd'hui trop caractérisé ».

Cette interprétation se rapproche des recommandations du Forum des droits sur l'Internet du 6 février 2003 sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (p. 5), selon lesquelles :

¹ Avis n° 608 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique le 11 février 2003.

«Il convient de s'assurer que cette définition puisse englober l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes exerçant une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple certains fournisseurs et exploitants de forums de discussion ou certaines activités de courtage en ligne.

Le fait que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relatif à la responsabilité éditoriale risque de s'appliquer aux gestionnaires de forums de discussion conduit à un effet pervers : ceux qui exercent une modération a priori risquent de se voir imputer une responsabilité de type éditoriale, alors que ceux qui n'exercent aucun contrôle échapperaient à celle-ci. Ainsi, vouloir faire échapper les gestionnaires de forum de discussion au régime de responsabilité des hébergeurs les inciteraient à ne plus exercer de contrôle sur leurs contenus par une modération a priori.

Le Forum des droits sur l'internet souhaite donc que le régime de responsabilité spécifique défini aux nouveaux articles 43-8 et 43-9 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée puisse bénéficier à tous ceux qui assurent un service d'intermédiation au sein de la société de l'information consistant à stocker - au sens large du terme - tout contenu délivré à la demande d'un destinataire de ce service, cette activité se distinguant du simple transport d'information et de l'édition de contenu ».

La LCEN a donc adopté une définition large des acteurs pouvant bénéficier des dispositions de l'article 6.I.2 de la LCEN. **Il s'agit de tout acteur ayant pour fonction, dans le cadre de son activité, de stocker un contenu pour le compte d'un destinataire du service.**

Ceci implique :

- l'absence de prise en compte, contrairement à la loi du 1^{er} août 2000, du critère « matériel » de stockage technique des données,
- la nécessité de fournir un service de stockage de données et
- l'application de ce régime uniquement au regard des « contenus fournis par le destinataire du service ».

Les décisions de justice rendues en application de la LCEN sont encore peu nombreuses et rendent donc prématurée la possibilité de dresser un bilan des insuffisances éventuelles du texte de transposition et de solliciter une révision de la Directive.

B. Une application jurisprudentielle en construction

Il reste très difficile, à ce jour et compte tenu du nombre limité de décisions rendues sur le fondement de la LCEN, de déterminer si la transposition de la Directive e-commerce nécessite d'adopter des mesures complémentaires en conformité avec l'article 21 de la Directive e-commerce. En effet, la plupart des décisions concernant les intermédiaires techniques ont été rendues sous l'empire des dispositions de la loi du 1^{er} août 2000, aujourd'hui abrogées.

A notre connaissance, la jurisprudence faisant application de la LCEN et donc du dernier état de transposition de la directive « commerce électronique » en droit français demeure limitée et par certains égards contradictoires.

La problématique se focalise principalement autour de la nature de « l'hébergeur ».

L'hébergeur y est à la fois considéré comme étant un prestataire technique, et comme étant une fonction d'intermédiation. Certaines décisions restent néanmoins discutables.

(i) L'hébergeur, un prestataire nécessairement technique

Les décisions citées – prises pour des raisons procédurales sur le fondement de la LCEN alors que les faits incriminés sont souvent commis sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000 – **n'ont pas vocation à être exhaustives** mais à fournir une illustration de la tendance de certains juges à réduire encore la notion d'hébergeur à la fonction **d'intermédiaire technique**.

- La Cour d'appel de Paris (CA Paris, 7 mars 2007, Sedo.fr) a ainsi considéré que :

« ne peut bénéficier de la qualité d'intermédiaire technique au sens de l'article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique dès lors qu'il résulte des éléments de la procédure que la société Sedo déploie une activité, qui en tout état de cause, ne se limite pas à celle d'hébergeur de sites internet ou de fournisseur d'accès à internet.

Que, en effet, il résulte des éléments de la procédure que la société intimée, d'une part, 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;

(...)

Que, en outre, nonobstant les conditions générales de service 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, obligations qui n'ont pas été manifestement respectées par la société Sedo ».

- Le Tribunal de grande instance de Vannes a pu décider que l'administrateur d'un forum de discussion « ne peut être jugé comme étant un hébergeur de site au sens des articles 43-8 de la loi du 1^{er} août 2000 et 6 e la loi du 21 juin 2004, cette qualification devant s'appliquer à la société AMEN, résidant à Paris, hébergeant le site actualocs.com » (TGI Vannes, 12 janvier 2006, Ministère public c/ X) ;
- Le Tribunal de grande instance de Nanterre, faisant application de la LCEN et de la loi du 1^{er} août 2000, a jugé qu'« il convient en premier lieu de déterminer si ces dispositions sont applicables à la société Google et notamment si elle a agi en l'espèce en qualité de fournisseur d'hébergement (d'organe de stockage d'informations). L'activité de fournisseur d'hébergement sur internet consiste à mettre à la disposition d'un destinataire, créateur de pages personnelles, ses moyens techniques permettant le stockage d'informations. Le fournisseur d'hébergement, prestataire de services, ne fait que participer à l'acte de diffusion et non à sa création. Son rôle est purement technique. Il n'a pas la maîtrise du contenu des informations stockées et ne peut exercer aucun contrôle sur le contenu des sites. Le tribunal note que la situation de Google, pour ce qui concerne le programme Adwords n'est pas comparable à celle d'un fournisseur d'hébergement. En effet, si Google n'exerce effectivement aucun contrôle sur le

contenu des informations stockées dans les sites, en revanche, pour ce qui est de son activité Adwords soit la fourniture d'espace publicitaire, elle agit en tant que régie publicitaire et non en tant que prestataire purement technique de services. Elle a un rôle actif en proposant à ses clients une liste de mots clés dont la finalité est de susciter de nombreuses visites sur leur site commercial et d'augmenter ainsi sa rétribution » (TGI Nanterre, 14 décembre 2004, CNRRH c/ Google).

Dans la même affaire, la Cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement de première instance en soulignant *« que, dans le cadre de son programme "Adwords", [la société Google] propose aux annonceurs, moyennant rémunération, un service commercial de nature publicitaire, distinct de celui offert dans le cadre de son activité de moteur de recherche ; (...) que sa responsabilité doit donc être recherchée en sa qualité de prestataire de référencement publicitaire payant, et non en tant que simple intermédiaire technique, prestataire d'hébergement ou de stockage d'informations en vue d'une mise à disposition du public »* (Cour d'appel de Versailles, 23 mars 2006, Google c/CNRRH).

(ii) L'hébergeur, une fonction d'intermédiation

D'autres décisions ont considéré au contraire que le régime **de la LCEN était applicable à toute activité d'intermédiation comme par exemple :**

- L'administrateur d'un forum de discussion :
 - Le Tribunal de grande instance de Lyon a considéré 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 »* (TGI Lyon, 14^e Chambre, 21 juillet 2005, Groupe Mac c/ Gilbert D.)
- Une plate-forme de blog ne se limitant pas à un rôle purement technique :
 - *« Attendu que les défenderesses exposent et justifient que la société Google Inc exploite le service d'hébergement gratuit de blogs dénommé Blogger ; que la SARL Google France, qui n'est qu'une filiale commerciale de la précédente et qui n'est pas l'hébergeur, doit donc être mise hors de cause ; qu'il y a lieu de recevoir la société Google Inc, qui héberge le blog litigieux, en son intervention volontaire »* (TGI Paris, référé, 19 octobre 2006, Mme H.P. c/ Google France)
- Une plate-forme de commerce électronique mettant en relation des acheteurs et des vendeurs :

- Le Tribunal de grande instance de Paris a considéré, s'appuyant sur les dispositions de la Directive e-commerce « *qu'il y a lieu de constater que la société POIRAY n'a saisi aucune autorité judiciaire avant la présente instance au fond pour faire cesser la contrefaçon dont elle était victime ni utiliser la procédure "VERO program" proposé par la société Ebay permettant aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle de disposer de certaines informations personnelles sur les utilisateurs du site "ibazar". Dans ces conditions, la société EBAY, en qualité d'hébergeur ne saurait voir sa responsabilité engagée, étant noté au surplus, que la société POIRAY a attendu plus de 7 mois après sa connaissance des faits pour saisir la présente juridiction sans mise en demeure préalable de la société EBAY et sans demander au cours de la mise en état de l'affaire aucune communication sur l'identité du vendeur. » (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 26 octobre 2004, Poiray c/ SARL eBay) ;*
 - Le Tribunal de commerce de Paris a considéré que la société Babelstore exploitant le site PriceMinister.com avait une activité d'hébergement et donc le tribunal a ordonné à BABELSTORE de « *communiquer sans délai à la SOCIETE KONAMI DIGITAL ENTERTAINMENT PARIS BRANCH les coordonnées permettant d'identifier les annonceurs hébergés sur son site dont les offres de jeu Pro Evolution Soccer 6 présentent l'une ou les caractéristiques énoncées ci- dessus* » (TCom Paris, 17 octobre 2006, Société Konami c/ SA Babelstore) ;
 - Le Tribunal d'instance de Grenoble a considéré que la société eBay relevait du régime de l'article 6.II de la LCEN et est donc tenue de conserver les données de connexion : « *si elle est tenue en application de l'article 6-II de la loi du 21-06-04 de conserver les données de nature à permettre l'identification du vendeur, aucune obligation contractuelle ou légale ne lui impose de les vérifier* » (TI Grenoble, 1er février 2007, « eBay »).
- Un fournisseur de sous-domaines :
- « *le site accessible sous l'adresse <http://www.ellebaise.carasexe.com>, propriétaire de Franck S. d'autre part, qui est un sous-domaine du site "carasexe.com" appartenant à 2L pour lequel les deux parties sont liées par un contrat d'hébergement ; en effet, l'activité de 2L rentre bien dans les prévisions de l'article 6.I.II de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, définissant l'activité d'hébergeur : 2L est titulaire du nom de domaine "carasexe.com" et met à la disposition de ses clients tous les éléments nécessaires à l'exploitation d'une présence sur internet en leur offrant la possibilité de créer un sous-domaine ; l'article 6.I.II précité dispose que la responsabilité civile des sociétés d'hébergement ne saurait être engagée si : "elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou des faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ses données ou rendre l'accès impossible" ; or, les parties demandereses n'apportent*

aucunement la preuve que les défendeurs étaient informés de l'usage par le propriétaire du site dans ses mots clés de la marque "Eurochallenges" et il ressort sans ambiguïté des attestations délivrées par Franck S., propriétaire et concepteur du site <http://www.ellebaise.carasexe.com> que dès qu'ils en ont été informés, ils l'ont enjoint de supprimer physiquement ce site, ce qui démontre que ces derniers ont agi promptement et que leur intervention a permis la cessation immédiate des agissements contrefaisants. » (TGI Strasbourg, 19 mai 2005, CNRRH c/ 2L Multimedia)

C. Une tendance à faire une application distributive des régimes de responsabilité en fonction de leurs différentes activités

- Dans sa décision du 12 juillet 2006, GIFAM et autres c/ Google France, le Tribunal de Grande Instance de Paris considère qu'en l'espèce,

*« l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique précité n'est pas applicable à la société Google **lorsque sa responsabilité est recherchée en qualité de régisseur publicitaire.***

*« la société 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 ».*

Le TGI de Paris préconise la mise en place d'un dispositif permettant de procéder à un contrôle « a priori » des mots clés susceptibles de porter atteinte à une marque protégée.

*« Enfin, il convient de relever qu'à aucun moment dans la procédure de souscription au système "adwords", Google **ne permet à l'annonceur de vérifier par des renvois, via des liens hypertextes par exemple, sur les bases de données existantes (registre des marques, registre du commerce et des sociétés etc...), la disponibilité du mot clé qu'elle suggère d'utiliser et cela en contravention aux recommandations du Forum des droits sur l'internet dont elle se prévaut par ailleurs.***

Dès lors, le tribunal considère que la société Google a engagé sa responsabilité civile du fait de son absence d'examen préalable de la licéité de l'usage par les annonceurs des 32 mots clés en cause et ce d'autant que les signes incriminés sont toutes des marques renommées dans le domaine de l'électroménager ce qui facilitait son contrôle préalable ».

III. DES OUTILS SUFFISANTS POUR RESPONSABILISER LES ACTEURS DE L'INTERNET

A. L'existence d'une pression de plus en plus grande pour responsabiliser les intermédiaires, prestataires de services

Plusieurs voix se sont élevées en faveur d'une révision du régime juridique français et de la Directive e-commerce et en faveur d'une responsabilisation accrue des intermédiaires de l'Internet.

En effet, la lutte contre la diffusion de certains contenus illicites sur l'Internet devient difficile voire impossible lorsque l'on souhaite agir contre les auteurs des infractions. En conséquence, plusieurs acteurs ont demandé à ce que les intermédiaires – véritables goulots d'étranglement – prennent leurs responsabilités et procèdent d'eux-mêmes à la suppression ou au déréférencement de certains contenus.

Ainsi, il est possible de voir :

- des actions dirigées contre des moteurs de recherche afin de faire déréférencer des propos contestataires ;
- des actions dirigées contre des plates-formes de blogs afin de faire suspendre certains commentaires ou blogs diffusant des propos critiques ou non acceptés ;
- des actions dirigées contre des plates-formes de commerce électronique afin d'obtenir le déréférencement de certains contenus (contrefaçon, offres de concurrents, etc.)

Une demande de plus en plus forte apparaît donc en faveur d'une responsabilisation des intermédiaires de l'internet en tant que « goulot d'étranglement ».

B. Les possibles dérives d'une révision de la Directive e-commerce

L'ACSEL considère légitime la préoccupation constante de trouver des moyens pour sanctionner ceux qui tirent un profit d'une activité sur internet sans prendre les précautions nécessaires pour garantir les droits des tiers, à condition toutefois que cette préoccupation ne conduise pas à réviser de façon intempestive la Directive e-commerce.

En effet, une telle modification pourrait avoir des effets pervers.

- Le concept de « prestataire technique » a aujourd'hui largement perdu de son sens car il n'existe désormais qu'un nombre très limité d'acteurs purement techniques sur le secteur B to B.

Aussi, estimer que le régime de l'hébergement ne doit s'appliquer qu'aux prestataires ayant une fonction purement technique reviendrait à empêcher de prendre en compte toute l'évolution des offres et services sur l'Internet.

- Par ailleurs, ces intermédiaires bénéficient d'un régime de responsabilité aménagée mais parallèlement ont une obligation, celle de conserver les données permettant d'identifier les auteurs desdits contenus. Dire que ces acteurs ne sont plus des « hébergeurs » reviendrait à faire disparaître une obligation essentielle

pour la poursuite des infractions commises sur l'internet. A cet égard, un projet de décret portant application de l'article 6 de la LCEN est en cours d'adoption en France, listant les données devant être conservées par les intermédiaires techniques.

- Enfin, il est nécessaire de mettre en œuvre des garde-fous contre certaines dérives que la Directive e-commerce a souhaité éviter. Tel est le cas par exemple **de la liberté d'expression** : un intermédiaire responsable d'un contenu aura tendance à filtrer voire à supprimer tout contenu potentiellement problématique et ceci à première demande. Les exemples sont actuellement nombreux. Il en va également ainsi de la **liberté du commerce**. Ainsi, rendre les intermédiaires responsables des contenus stockés aurait pour effet, pour un prestataire, de supprimer toutes les activités commerciales pouvant potentiellement être source de critiques (non respect par un distributeur d'un prix imposé illégalement par un fournisseur, etc.) et donc de porter atteinte à la liberté du commerce.

C. Les moyens existants pour responsabiliser les acteurs

Il est possible de répondre à cette demande forte des victimes :

- **En introduisant une application distributive des régimes de responsabilité.** Un acteur de l'internet ne relèvera pas pour l'ensemble de son activité d'un seul et unique régime de responsabilité.

A ce titre, il peut être utile de distinguer :

- la responsabilité du fait du contenu stocké à la demande du destinataire du service ;
- la responsabilité du fait de l'activité exercée.

Ainsi, l'intermédiaire pourrait voir sa responsabilité engagée :

- sur le fondement de la LCEN, au titre du contenu stocké, si les conditions de la LCEN et de la directive sont réunies ;
- sur le fondement d'un autre régime de responsabilité prévu par le droit local, au titre de son activité, s'il n'a pas agi en « bon père de famille » (responsabilité civile délictuelle par exemple dans le cadre de l'activité de régie publicitaire).

En pratique, cela consiste pour un intermédiaire de l'internet à prendre conscience qu'il est un acteur qui fournit un service qui potentiellement peut porter atteinte aux droits de tiers et qu'il doit, en conséquence, prendre l'ensemble des mesures qui s'imposent afin de limiter voir éviter ces atteintes.

Cette logique permettrait d'engager, sans formalité quelconque, la responsabilité d'un intermédiaire qui proposerait volontairement un outil permettant le stockage de contenus illicites.

Avoir une telle interprétation de la directive pourrait aboutir :

- à responsabiliser l'intermédiaire qui devra alors avoir une démarche positive de prise en compte des risques que son activité peut faire émerger (et donc prendre des mesures pour éviter que ces risques ne se réalisent) ;
 - à aménager sa responsabilité pour le cas où, malgré les mesures prises, un contenu serait publié.
- **En veillant aux aspects pratiques de l'obligation de conservation des données**, essentielles à la poursuite des auteurs d'infractions et pourtant source de problèmes au regard de la réglementation des données personnelles, sans compter les frais que cela peut engendrer.

C'est pourquoi il apparaît à ce stade prématuré de modifier la Directive e-commerce, et il serait davantage souhaitable de procéder à une communication interprétative.

CONCLUSION

Au vu des éléments présentés et des observations formulées dans le présent avis, et compte tenu de la transposition tardive de la Directive e-commerce en France, l'ACSEL invite la Commission européenne à se prononcer **en faveur de l'adoption d'une communication interprétative visant à :**

- rappeler que le régime de responsabilité du fait des contenus de l'article 14 de la Directive e-commerce ne se limite pas aux seuls prestataires techniques et que la Directive e-commerce s'applique de manière concomitante avec les mécanismes de responsabilité s'appliquant, en droit national, aux intermédiaires du fait de leur activité, permettant ainsi une application distributive des régimes de responsabilité.
- éclairer les acteurs sur les conditions de mise en œuvre de l'obligation de conservation des données (Article 15.2 de la Directive), essentielle à la poursuite des auteurs d'une infraction. Le projet de décret d'application de la LCEN s'y rapportant suscite déjà des réactions du fait de son champ d'application très large et des coûts considérables qu'engendrerait sa mise en œuvre.

* *

*