

Abderraouf Elloumi,
"La responsabilité délictuelle sur Internet",
Études juridiques, n° 14, 2007, p. 53

LA RESPONSABILITE DELICTUELLE SUR INTERNET

Abderraouf ELLOUMI
*Maître-assistant à la
Faculté
de Droit de Sfax*

Selon les dernières statistiques présentées par l'Agence Tunisienne d'Internet (ATI) au mois de mars 2007¹, le nombre des internautes en Tunisie frise le un million 295 milles, alors qu'il n'était que 150 000 en 1999. L'augmentation du nombre des internautes montre que l'internet, qui peut être défini comme étant : « (...) un ensemble de réseaux informatiques interconnectés entre eux »², est en train de devenir « (...) un nouvel Eldorado pour tous ceux (...) qui souhaitent se servir de ce nouveau média pour commercialiser des biens ou des services »³.

Facteur incontestable d'une évolution technologique sans précédente, et élément indispensable d'accès aux nouveaux marchés, le réseau des réseaux est aussi le moyen le plus facile de diffusion des informations portant préjudices aux tiers, tels que la diffamation, la pornographie, la haine raciale, le terrorisme, l'atteinte aux droits d'auteurs et d'autres...⁴.

¹ Voir le site de l'Agence Tunisienne d' Internet, <http://www.ati.tn>.

² A. BENSOUSSAN, Informatique et télécommunication : Réglementation, contrats, fiscalité, réseaux, Paris, Francis LE FEBVRE, 1977, p. 829. V. aussi sur l'histoire de l'internet et la méthode de son fonctionnement, N. BOURDEAU, La formation du contrat de commerce électronique, mémoire de D.E.A. Droit économique et de la communication, Université des Sciences sociales- Toulouse III, 1998-1999, p. 8.

³ M. J. BAPTISTE, Créer et exploiter un commerce électronique, Paris, Litec, 1998, préface.

⁴ V. Th. VERBIEST, « Quelle responsabilité pour les acteurs d'Internet ? », <http://www.Club-internet.fr/cyberlexnet/COH/A990228.hbm>, p.1

Devant tous ces abus, la question qui se pose est de savoir qui est le responsable des informations ayant causé des dommages ?⁵.

S'il est généralement admis qu'internet ne peut être un lieu de non droit⁶, la détermination de la personne responsable du préjudice survenu est un grand problème⁷ qui limite sérieusement l'évolution du réseau des réseaux et qui confirme l'affirmation d'un auteur qu'internet « (...) inquiète plus qu'il n'épanouit »⁸.

L'une des causes qui rendent la détermination du responsable du contenu illicite difficile, l'existence de plusieurs intervenants sur la toile⁹. Parmi eux on peut citer les intermédiaires techniques, appelés aussi prestataires de services, comme les fournisseurs d'accès et d'hébergement, les outils de recherche et le fournisseur de contenu, qui est le premier responsable de la divulgation de l'information litigieuse. Il existe presque un consensus selon lequel la personne

⁵ P. TRUDEL, « Les responsabilités dans le cyberspace, Paris, éditions UNESCO et Economica, 2000, p.236 ; D. MAZEAUD, « La responsabilité sur la « toile » », in., Etude offertes à Jacques Dupichot, Liber amicorum, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 323 ; P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », Séminaire Droit et Toile, organisé par l'UNITAR (Institut des Nations unies pour la formation et la recherche), en association avec OSIRIS (Observatoire sur les systèmes d'Information, les Réseaux et les Inforoutes au Sénégal) et l'INTIF (Institut francophone des nouvelles technologies de l'information et de la formation) de l'Agence intergouvernementale de la francophonie, Bamako, 27 mai 2002, <http://www.droit-technologie.org>, p. 1 ; M. LAVANCHY, La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse, Thèse de licence, Université de Neuchâtel, faculté de droit, Session 2002, <http://www.droit-technologie.org/dossiers/respons-delictuelle-internet-droit-suisse.pdf>, p. 20.

⁶ Anonyme « De la responsabilité sur Internet : un vide juridique ? », <http://perso.wanadoo.fr/Kamart/dpf/resnet.htm>, p.1 ; I. de LAMBERTERIE, « La responsabilité sur Internet est un problème de qualification », Droit et patrimoine, n°55, déc., 1997, p.70 ; E. DURIEUX, « La cyberpublicité transfrontalière et la protection du consommateur en France et au Québec », D.I.T., 1999, n°4, p.19.

⁷ L. GRYNBRAUM, « Une immunité relative des prestataires de services Internet », Com.-Com.Elec., sept., 2004, p. 36.

⁸ L. CADOUX, « Informatique et liberté, en 1997, vers où allons-nous ? éléments de prospective », Gaz. Pal., 1997, 1, doct., p. 645.

⁹ CH. FERAL SCHUHL, Cyber droit Le droit à l'épreuve de l'Internet, Paris, Dalloz, 2002, p.127.

responsable du préjudice survenu est celle qui a pris la décision de diffuser les informations illicites sur Internet¹⁰. Toutefois, la détermination de l'acteur responsable de la diffusion de l'information délictueuse n'est pas toujours une tâche facile dans un monde dématérialisé¹¹. La victime n'a donc de solution que de rechercher un intermédiaire en responsabilité.

Le recours contre les intermédiaires techniques présente plusieurs avantages puisqu'ils sont plus faciles à identifier et plus solvables que la personne ayant pris la décision de diffuser le document litigieux¹², même si l'intervention de certains intermédiaires se limite à communiquer l'information aux internautes¹³. La responsabilité des prestataires de l'internet a suscité un grand débat doctrinal. Certains auteurs ont exigé d'exonérer ces prestataires de toute responsabilité, vu la technicité de leur intervention et vu l'impossible contrôle de l'information diffusée¹⁴. D'autres auteurs ont pris une position contraire, défendant l'idée de la possibilité d'engager la responsabilité des intermédiaires dans tous les cas¹⁵. Selon MR. Michel VIVANT « *L'irresponsabilité de principe est inadmissible non seulement d'un point de vue juridique mais encore d'un point de vue*

¹⁰ P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p. 17.

¹¹ Pour montrer la difficulté de déterminer l'acteur responsable de la diffusion de l'information litigieuse on peut faire référence à certains groupes ou réseaux, dont le réseau d'Alkaïda, qui peuvent divulguer n'importe quelle information à tout moment, sans pouvoir déterminer avec précision la source de cette divulgation.

¹² La Th. VERBIEST, P. TRUDEL, article précité, loc. cit. ; P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, loc. cit.

¹³ V. O. CACHARD, « Droit du commerce électronique », RDAI, n° 3, 2004, p. 394.

¹⁴ V. notamment A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, Droit de l'informatique et de l'Internet, Paris, PUF, 2001, p. 453 ; P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p. 2 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, loc. cit.

¹⁵ V. les références citées par A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, op. cit., p. 438 ;

علي كحلون، " مميزات المسؤولية المعلوماتية"، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر، 2004، ص. 31.

éthique comme sociétal. Mais la responsabilité « mécanique », « par défaut » (...) l'est tout autant »¹⁶.

Cette position montre la difficulté de la consécration de la responsabilité délictuelle sur internet. En effet, d'une part, il faut sanctionner tous ceux qui contribuent à la diffusion de la haine raciale, le terrorisme, la pornographie... et d'une façon générale toute forme d'extrémisme. D'autre part, les sanctions envisagées ne doivent pas entraver ni l'exercice des libertés, ni le développement de l'internet¹⁷.

La question que l'on peut poser, surtout en droit tunisien est la suivante : Les règles juridiques existantes suffisent-elles pour l'encadrement de la responsabilité délictuelle sur internet ?

Il faut affirmer dès le départ qu'avant même l'apparition des législations spéciales, les juges n'ont pas hésité à résoudre les litiges survenus, surtout en Europe et aux Etats-Unis d'Amérique¹⁸.

La consécration de la responsabilité des intermédiaires techniques peut être un bon facteur pour l'instauration de la confiance et de la sécurité sur internet. Le souci de la confiance ou de la sécurité a suscité un grand débat politique¹⁹, ce qui a entraîné l'émergence de plusieurs législations spéciales régissant le problème de la responsabilité des prestataires de services sur le net. On peut citer ainsi, la loi allemande en date du 22 juillet 1997, appelée « *Teledienstgesetz* » (TDG), qui est l'une des premières lois organisant avec détail la responsabilité des intermédiaires techniques sur internet²⁰.

Aux Etats-Unis d'Amérique, la loi portant le nom de Digital Millenium Copyright Act » (DMCA) a été promulguée le 28 octobre 1998. Cette loi concerne la responsabilité des fournisseurs techniques

¹⁶ M. VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », JCP, 1999, éd. G., p. 2021.

¹⁷ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 30.

¹⁸ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 20.

¹⁹ V. L. THOUMYRE, « Les intermédiaires en stand-by », <http://www.juriscom.net/int/dpt/dpt17.htm>, p. 1.

²⁰ V. sur cette question M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 27.

en cas de violation des droits d'auteur²¹. On doit citer aussi la Directive européenne 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 intérieur²². Cette Directive a détaillée la responsabilité des prestataires surtout dans les articles 12 à 15. En France, la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique²³, a établi une responsabilité autonome des prestataires de services internet après avoir été régie par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 telle que modifiée par la loi n°719-2000 en date du 1^{er} août 2000.

En Tunisie, les textes régissant la responsabilité délictuelle sur Internet sont rares et dispersés. On peut citer les articles 6,7 et 20 de la loi organique en date du 27 juillet 2004, relative à protection des données à caractère personnel²⁴, et l'article 22 de la loi du 9 août 2000, relative aux échanges et au commerce électroniques²⁵. On va écarter ces deux lois puisqu'elles sont générales et ne concernent pas les prestataires de services internet. En l'absence donc de textes spéciaux, on doit chercher des solutions en recourant aux règles générales. Cette solution est temporaire puisque l'évolution rapide de la responsabilité délictuelle sur internet exige l'organisation de ce genre de responsabilité par des règles spéciales qui montrent son autonomie²⁶.

²¹ Ibid., loc. cit. ; V. SEDALLIAN, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américaine et le projet de directive européen sur le commerce électronique », <http://www.juricom.net/pro/1/resp19990101.htm>.

²² JOCE du 17 juill. 2000, n° L 178/1 à 16 ; Rev. crit. dr. internat. privé, oct.-déc., 2000, pp. 901 et s.

²³ J.O. du 22 juin 2004, pp. 11168 et s. ; Dalloz, 2004, n° 26, pp. 1868 et s.

²⁴ Loi organique n° 2004-63 du 27 juillet 2004, relative à la protection des données personnelles, JORT, 30 juillet 2004, n° 61, p. 2084.

²⁵ Loi n°2000-83 du 9 août 2000, relative aux échanges et au commerce électroniques, JORT., 11 août 2000, n° 64, p. 1887.

²⁶ V. notamment, L. GRYNBAUM, « Loi « confiance dans l'économie numérique » : une version définitive proche de la version originale de la directive « commerce électronique » », Com.- Com. Elec., juin, 2004, p. 38 ;

L'examen des métiers des intervenants sur le réseau des réseaux montre l'existence de deux fonctions principales. Certains intermédiaires ont pour rôle de communiquer l'information aux internautes, comme le fournisseur d'accès et les outils de recherche, d'autres ont la possibilité de déterminer le contenu même de l'information, comme les fournisseurs d'hébergement et de contenu. On va, donc, analyser dans une première partie la responsabilité de la communication de l'information litigieuse (*Première partie*) et dans une deuxième partie la responsabilité du contenu de l'information litigieuse (*Deuxième partie*).

PREMIERE PARTIE

LA RESPONSABILITE DE LA COMMUNICATION DE L'INFORMATION LITIGIEUSE

Ordinairement, pour pouvoir naviguer sur internet, la personne doit avoir un ordinateur, un téléphone et un abonnement qui lui permet d'accéder au réseau des réseaux. Cet abonnement est établi par ce qu'on appelle le fournisseur d'accès²⁷ ou fournisseur de prestations de connexion. L'accès à la toile permet à tout chercheur de trouver rapidement n'importe quelle information et ce par le biais de ce qu'on appelle « les outils de recherche », qui amènent l'internaute aux documents souhaités. Toutefois, les fonctions du fournisseur d'accès et des outils de recherche posent certains problèmes, ce qui exige de préciser dans un volet la responsabilité du fournisseur d'accès (**A**) et dans un autre la responsabilité des outils de recherche (**B**).

JC. ZARKA, « La décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 du conseil constitutionnel relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique », JCP., 2004, n° 29, G., p. 1334 ; L. GRYNBAUM, « Une immunité relative des prestataires de services Internet », article précité, loc. cit.

²⁷ Appelé en anglais « Access provider ».

A- La responsabilité du fournisseur d'accès

Le fournisseur d'accès²⁸ offre à ses clients les ressources techniques permettant aux internautes d'accéder aux services de la toile d'araignée et donc, à l'information souhaitée²⁹. Son rôle se limite ainsi, à permettre à l'internaute de trouver un document avec lequel le fournisseur n'a aucun rapport. Pour cette raison, le fournisseur d'accès exige habituellement de lui consacrer une irresponsabilité absolue face au préjudice survenu de l'information diffusée sur la toile. Toutefois, le fournisseur d'accès joue, en réalité, un rôle principal sur internet. En effet, à défaut de ses prestations l'internaute ne pouvait accéder au document répréhensible. On ne peut donc exclure sa responsabilité³⁰, surtout qu'il a les moyens lui permettant de prendre les mesures nécessaires pour empêcher la divulgation de l'information qui ne correspond pas à ses principes. Sa fonction ressemble sur ce point à celle de l'éditeur.

En Tunisie, la question qui se pose concerne la possibilité d'invoquer la responsabilité du fournisseur d'accès en se basant sur le décret n°97-501 du 14 mars 1997, relatif aux services à valeur ajoutée des télécommunications³¹. Ce décret précise dans l'article premier alinéa deux que : « La production, la fourniture, la distribution et l'hébergement d'informations, dans le cadre de la mise en oeuvre et de l'exploitation des services à valeur ajoutée de télécommunications,

²⁸ En Tunisie nous avons 12 fournisseurs d'accès dont 7 dans le secteur public qui sont l'Agence Tunisienne d'Internet (A.T.I.), pour connecter les institutions publiques (Ministères, offices...), l'IT.COM, pour connecter les centres de recherches, le Centre de Calcul Khawarizmi (C.C.K.), pour connecter les institutions universitaires, l'Institut National de Bureautique et de Microinformatique), pour connecter les institutions relevant du Ministère de l'éducation, le Centre Informatique du Ministère de la Santé Publique (CIMSP) pour connecter les institutions relevant du Ministère de la Santé, L'Institut de la Recherche et de l'Enseignement Supérieur Agricole (IRESA), pour connecter les institutions relevant du Ministère de l'agriculture et la Défense nationale. Il existe aussi 5 fournisseurs d'accès dans le secteur privé, qui sont Planet Tunisie, 3S Global Net, Hexa Byte, TUNET et Topnet.

²⁹ Voir notamment, Ch. F. SCHUHL, op. cit., p. 136 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 39 ; A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, op. cit., p. 453.

³⁰ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, loc. cit.

³¹ JORT, 25 mars 1997, n° 24, p. 497.

sont régis par le code de la presse et la loi relative à la propriété littéraire et artistique susvisés ».

L'article 14 du même décret prévoit que : « Tout service à valeur ajoutée des télécommunications doit avoir un directeur responsable du contenu du service fourni aux utilisateurs conformément aux dispositions du code de la presse ci-dessus visé ».

Ce qu'on peut déduire c'est que les conditions d'application de ces deux articles ne sont pas réunies avec clarté, en ce qui concerne le fournisseur d'accès, puisque l'article premier parle de production, fourniture, distribution et hébergement, alors que le rôle du fournisseur d'accès se contente de communiquer l'information. De même, l'article 14 parle du contenu du service fourni, alors que le fournisseur d'accès se limite à connecter les internautes aux services.

Ce n'est que par référence à l'intitulé du décret du 14 mars 1997 ou à l'article 9 du cahier des charges³², fixant les clauses particulières à la mise en œuvre et l'exploitation des services à valeur ajoutée des télécommunications de type INTERNET³³, qu'on peut concevoir la soumission du fournisseur d'accès au régime de responsabilité prévu par ces deux textes³⁴.

Le droit comparé refuse généralement la consécration de la responsabilité du fournisseur d'accès, sauf dans des cas exceptionnels. La Directive européenne en date du 08 juin 2000 relative au commerce électronique³⁵ pose le principe d'irresponsabilité du

³² L'organisation de la responsabilité des prestataires de services internet par un décret et un cahier des charges, approuvé par arrêté, peut être critiquée, surtout que ces textes datent de 1997 et font tout simplement des renvois à certaines lois.

³³ V. arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997, portant approbation du cahier des charges fixant les clauses particulières à la mise en œuvre et l'exploitation des services à valeur ajoutée des télécommunications de type INTERNET, JORT, 28 mars 1997, n° 25, pp. 519 et s.

³⁴ L'art. 9 de ce cahier des charges prévoit dans des termes généraux que : « Les dispositions du présent article s'appliquent aux fournisseurs des services de type INTERNET, et à tous les clients abonnés des services de type INTERNET propriétaires des pages et des serveurs web, hébergés dans leurs systèmes ».

³⁵ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, dans le marché

fournisseur d'accès. L'exception n'est prévue qu'en cas de participation au fait dommageable³⁶.

De même, la loi américaine connue sous le nom « Digital Millenium Copyright Act » en date du 28 octobre 1998³⁷, exonère le fournisseur, dans le cas où son rôle se limite à transmettre le document sans modifier son contenu et sans choisir les destinataires de cette information³⁸.

En ce qui concerne la loi française, pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, l'article 9, qui transpose les articles 12-1 et 13-1 de la Directive de 2000, précise que le fournisseur d'accès n'est pas responsable, en principe, du contenu sauf dans les cas où il est soit à l'origine de la transmission préjudiciable, soit il sélectionne la personne destinataire de l'information, soit il sélectionne ou modifie les contenus du document répréhensible³⁹. De même, d'après l'article 6-I-8 de cette loi, la responsabilité du fournisseur d'accès ne peut être engagée que s'il ne respecte pas le

intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE du 17 juillet 2000, n° L178/1 à 16, Rev. crit. dr. internat. privé, oct.-déc., 2000, p. 901.

³⁶ L'article 12 de la Directive prévoit que : « Les Etats membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations, fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de service ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

- a) ne soit pas à l'origine de la transmission ;
- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et
- c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission ».

³⁷ La loi sur le site suivant : <http://leweb.loc.gov/copyrigh>.

³⁸ Voir sur cette question : V. SEDALLIAN, article précité, p. 2.

³⁹ L'article 9 de la loi du 21 juin 2004 prévoit que : « Après l'article L.32-3-2 du code des postes et télécommunications, il est rétabli un article L.32-3-3 et il est inséré un article L.32-3-4 ainsi rédigés : « Art L.32-3-3.- Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission. ».

jugement ordonnant la cessation des dommages ou la prise des mesures propres⁴⁰.

Il est clair qu'il existe une tendance à la consécration de l'irresponsabilité du fournisseur d'accès⁴¹. La même position a été retenue par le Conseil d'Etat français⁴².

Pour consacrer la responsabilité du fournisseur d'accès plusieurs facteurs doivent être pris en considération. Parmi ces facteurs, la détermination si le fournisseur peut ou non contrôler les informations diffusées et surtout sa connaissance du contenu préjudiciable.

Par ailleurs, la responsabilité du fournisseur d'accès peut être engagée en cas de manquement à l'obligation d'utilisation des techniques de filtrage. Cette obligation relève de la morale avant d'être imposée par les textes juridiques⁴³. Dans une affaire célèbre⁴⁴, le fournisseur d'accès « yahoo ! » a été obligé, en référé, de mettre un programme empêchant les internautes français d'accéder aux sites vendant aux enchères des objets nazis.

Le problème c'est que les techniques de filtrage des informations préjudiciables ne sont pas très efficaces. Ainsi, dans

⁴⁰ L'article 6-I-8 prévoit que : « L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ».

⁴¹ Voir notamment : E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in. Mireille ANTOINE et autres, *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, Crid, 2001, p. 286 ; V. SEDALLIAN, article précité, loc. cit. ; D. MAZEAUD, article précité, p. 327.

⁴² Voir : L. GRYNBAUM, article précité, p. 38.

⁴³ Voir : E. WERY, « Affaire J'accuse : les fournisseurs d'accès libérés de l'obligation de filtrage », <http://www.droit-technologie.org/1-2.asp?actu-id=476>, p. 2.

⁴⁴ T.G.I. Paris (réf.). LICRA-UEJF c. Yahoo ! Inc-Yahoo ! France, 20 nov. 2000, <http://www.droit-technologie.org>; T.G.I. Paris (réf.), 11 août 2000, <http://www.droit-technologie.org>.

certains cas, il est impossible de distinguer entre une information licite et une autre illicite⁴⁵. Les personnes qui ont besoin des informations préjudiciables trouvent, souvent des astuces qui les amènent à leur but et ce nonobstant les obstacles posés par certains fournisseurs d'accès⁴⁶. Ceci prouve l'intérêt d'édicter une obligation de surveillance pour les fournisseurs. Dans ce sens, l'article 9 du cahier des charges, approuvé par l'arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997 prévoit que le directeur désigné par le fournisseur de services « (...) est tenu d'assurer une surveillance constante du contenu des serveurs exploités par le fournisseur de services, pour ne pas laisser perdurer des informations contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Cependant, il existe en droit comparé une tendance vers l'écartement de l'obligation générale de surveillance des informations transmis⁴⁷. C'est la position du législateur français dans l'article 6-I-7 de la loi du 21 juin 2004⁴⁸.

En ce qui concerne certaines contraventions, l'autorité judiciaire peut imposer au prestataire de services une obligation de surveillance.

Ces solutions législatives peuvent être justifiées en réalité puisqu'il est quasiment impossible au fournisseur d'accès, quel que soit ses capacités, de surveiller toutes les informations transmises sur la toile d'araignée⁴⁹, qui peuvent être estimées à des centaines de millions.

⁴⁵ V. Sur cette question : M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 43.

⁴⁶ Ibid., p. 45.

⁴⁷ L'art. 15 § 1er de la Directive européenne prévoit que : « Les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12,13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

⁴⁸ L'art. 6-I-7 prévoit que : « Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

⁴⁹ V. Th. VERBIEST, article précité, p. 1.

Pour toutes ces raisons, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé le 22 juin 1998⁵⁰ dans une affaire qui opposait le fournisseur d'accès American On Line (AOL) à Kenneth Zeran, que ce fournisseur n'est pas responsable des informations préjudiciables diffusées sur son serveur et émanant de tiers. Les juges ont refusé l'assimilation du fournisseur d'accès à l'éditeur de presse dans le monde matériel. La vitesse de transmission des documents répréhensibles sur la toile rendait impossible l'exercice d'un contrôle efficace⁵¹. Les décisions jurisprudentielles se sont multipliées partout dans le monde refusant de consacrer la responsabilité du fournisseur d'accès⁵².

Toutefois, ce qui peut être constaté dans la plupart de ces arrêts c'est que la jurisprudence dénie la responsabilité du fournisseur en cas de son ignorance du contenu des informations préjudiciables. Quelle est donc la solution en cas de sa connaissance du caractère illicite de ces informations ?

Dans le cas où le fournisseur acquiert connaissance du caractère illicite des informations, il est obligé d'agir promptement afin d'empêcher l'accès à ces informations, pour ne pas voir sa responsabilité engagée⁵³. La connaissance est présumée dans certains cas précis. C'est l'exemple d'un tiers qui informe le fournisseur de prestations des informations préjudiciables⁵⁴. Le législateur français a fixé dans l'article 6-I-5 les conditions qui rendent la connaissance présumée⁵⁵. En Allemagne, la jurisprudence a consacré la responsa-

⁵⁰ Ibid., loc. cit.

⁵¹ V. N. BOULVARD, « Dérives sur Internet : immunité des fournisseurs d'accès », <http://.celog.fr/expertises/1998/som0898/immunité0898.htm>.

⁵² V. Jugement d'un tribunal néerlandais du 12 mars 1996, cité par Th. VERBIEST, article précité, loc. cit.

⁵³ V. P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p.26 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 44.

⁵⁴ V. P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p. 23.

⁵⁵ L'article 6-I-5 prévoit que : « La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivant :

- la date de la notification ;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénom, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne

bilité du directeur du fournisseur de prestations dans l'affaire « *Compy Serve* » et ce pour avoir diffusé des contenus pornographi-ques, en connaissance de cause et tout en ayant les moyens de bloquer l'accès aux documents illicites⁵⁶. Cette position reflète le courant majoritaire dans plusieurs pays à l'exception des Etats-Unis d'Amérique⁵⁷.

La question qui peut être posée dans ce contexte est la suivante : comment le fournisseur d'accès peut-il savoir le caractère licite ou illicite des informations diffusées ? La question présente un intérêt certain surtout que le problème nécessite dans certains cas, pour être tranché, le recours au juge⁵⁸. N'importe quel fournisseur ne peut trancher ces questions facilement même s'il se sert de certains experts.

De ce qui précède découle l'intérêt de l'intervention d'une partie autonome pour juger le caractère licite ou non des informations diffusées. On peut concevoir, ainsi, l'action du fournisseur en vue d'interrompre la diffusion des documents litigieux, ce qui pousse l'éditeur de ces documents, qui pense qu'ils sont parfaitement licites, à invoquer sa responsabilité⁵⁹.

Pour toutes ces raisons, le législateur français avait consacré un procédé préalable avant d'engager la responsabilité du prestataire de

morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;

- les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège sociale ;

- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;

- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;

- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations

- ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté ».

⁵⁶ AG. Munich, arrêt du 28 mai 1998, NJW, 1998, pp. 2836 et s., cité par M. LAVANCHY, Thèse précitée, p. 41.

⁵⁷ V. position contraire : Cour suprême des Etats-Unis, 22 juin 1998, arrêt cité par Th. VERBIEST, article précité, p. 1.

⁵⁸ V. P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p. 2.

⁵⁹ Ibid., p. 24.

services⁶⁰, qui consiste à recourir au juge de référé pour prendre les mesures propres tendant à prévenir le dommage ou à lui faire cesser. En cas où le fournisseur ne respecte pas la décision, sa responsabilité sera engagée. La loi française considère que le contenu des informations doit être « (...) objectivement illicite »⁶¹.

La responsabilité du fournisseur d'accès peut être donc engagée, même si à titre exceptionnel. La question qui peut être posée dans ce cas c'est de savoir le fondement de cette responsabilité. Est-ce qu'on peut agir sur la base de la faute ou sur celle du fait des choses ?

La jurisprudence comparée s'est dirigée vers la faute pour dégager la responsabilité du fournisseur de son fait personnel. Cette position essaye de concilier entre les exigences de sécurité et la garantie des libertés⁶².

La même solution peut être retenue en droit tunisien, et ce par l'application de l'article 82 du code des obligations et des contrats (COC) en cas de faute intentionnelle et l'article 83 du même code en cas de faute non intentionnelle. Et si « la faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir (...) »⁶³, la faute du fournisseur d'accès est généralement réalisée par omission. Ainsi, « (...) ne peut être fautif que celui qui peut techniquement agir, sait qu'il doit agir, mais n'agit pas »⁶⁴.

Dans le cas pratique, le prestataire de services d'accès commet une faute en cas de violation de son obligation de filtrage, ou au cas où il ne prendrait pas les mesures nécessaires pour empêcher les internautes d'accéder à l'information préjudiciable après la connaissance de son contenu⁶⁵. Toutefois, il n'est pas fautif s'il n'exerce pas

⁶⁰ V. l'art. 6-I-8.

⁶¹ L. GRYNBAUM, « Une immunité relative des prestataires de services internet », article précité, p. 38.

⁶² V. notamment : MAZEAUD, article précité, p. 325 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 21.

⁶³ Art. 83 du COC.

⁶⁴ M. VIVANT, article précité, p. 2023.

⁶⁵ V. A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, op. cit., p. 458.

l'obligation de surveillance puisqu'il est impossible de surveiller tous les documents diffusés⁶⁶.

S'il est possible théoriquement de lier le préjudice au fait des choses, le gardien de celles-ci, en cas d'informations préjudiciables, n'est pas le fournisseur d'accès, mais l'auteur responsable de l'édition. Le rôle du fournisseur d'accès se limite à permettre à l'internaute d'accéder à l'information. Pour cette raison on ne peut engager sa responsabilité que sur la base de la faute. La même solution peut être retenue pour les outils de recherche.

B- La responsabilité des outils de recherche

Etant donné que l'internet contient des centaines de millions d'adresses et de pages, l'internaute se trouve incapable de trouver son but sans la possession d'une adresse bien déterminée ou l'intervention d'un outil de recherche efficace pour accéder à l'adresse souhaitée⁶⁷. Les outils de recherche « (...) sont des mécanismes fournissant ou utilisant des index pour retrouver les documents correspondants à une requête qu'on lui fournit ou collection structurée et thématique de répertoires résultant d'une compilation d'un domaine d'information »⁶⁸.

Généralement, on distingue entre le moteur de recherche⁶⁹, et le répertoire ou l'annuaire⁷⁰. Le moteur de recherche est un logiciel, appelé robot (spider) qui visite les pages web d'une manière automatique. Celui qui a besoin de rechercher une donnée insère un ou plusieurs mots-clés, puis il clique sur l'icône de recherche. Le robot

⁶⁶ V. P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p. 19.

⁶⁷ V. M.-I. CAHEN, « La responsabilité des outils de recherche », p.1 ; [http://www.juristic.net/article0090.html?var-recherche="+recherche+sur+juristic](http://www.juristic.net/article0090.html?var-recherche=), p. 1 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 80.

⁶⁸ V. P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p.21.

⁶⁹ Par ex. le moteur « mirago » accessible sur le site <http://www.mirago.fr> et le moteur « Google » accessible via l'adresse suivante : <http://www.google.net>.

⁷⁰ On peut citer les ex. de « Yahoo ! » et « voila » accessibles respectivement sur les sites : <http://www.hahoo.com> et <http://www.voila.fr>.

affiche ainsi tous les documents trouvés avec les liens hypertextes correspondants⁷¹.

L'annuaire, ou répertoire est un programme qui contient des listes de sites internet, classés par thèmes et sous-thèmes. Celui qui souhaite inscrire son site dans la base de données doit remplir un formulaire contenant un titre, le contenu du site et les mots clés permettant d'accéder au document. L'annuaire peut vérifier le contenu du site, ou bien avant son introduction dans la base de données, ou bien après et ce par le biais des observations présentées par les internautes⁷².

Il faut préciser que la confusion entre le moteur de recherche et l'annuaire est très répandue chez les internautes et ce pour plusieurs raisons, notamment parce que l'annuaire est ordinairement lié par un moteur de recherche⁷³ pour combler l'insuffisance des informations présentées⁷⁴. Toutefois, on peut distinguer entre les deux outils de recherche par le recours à leurs méthodes de fonctionnement. Ainsi, en ce qui concerne le moteur de recherche, les résultats de la recherche sont présentés automatiquement sans intervention du contrôle personnel. Au contraire, pour pouvoir afficher une liste des sites trouvés, l'annuaire recourt à un traitement manuel ce qui nécessite l'intervention de personnes physiques (l'équipe de l'annuaire) afin d'organiser et d'actualiser les références⁷⁵.

⁷¹ V. notamment : Th. VERBIEST et E. WERY, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés », <http://www.droit-technologie.org>, p. 6 ; P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, loc. cit. ; M.-I. CAHEN, article précité, loc. cit.

⁷² V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p.8 ; Th. VERBIEST et E. WERY, article précité, loc. cit.

⁷³ Par ex. l'annuaire « Yahoo ! » est lié avec le moteur de recherche « Google ».

⁷⁴ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 80.

⁷⁵ V. notamment : G. D. PASANAU et J. GIUSTI, « La guerre contre les moteurs de recherche aura-t-elle lieu ? », <http://www.droit-technologie.org/1-2.asp?actu-id=388>, p. 1 ; C. MANARA, « Un outil de recherche doit-il supprimer une référence à un site litigieux ? », Observations sous Cour d'A. de Paris (14^e ch. A) 15 mai 2002, Dalloz, 2003, n° 9, p. 622.

Le référencement automatique des sites, établi par le moteur de recherche, a permis à certains de se demander quelle est la cause de l'engagement de sa responsabilité ?

La responsabilité des moteurs de recherche, et d'une façon générale des outils de recherche, peut être engagée en cas de refus d'effacement de certains sites malgré la connaissance de leurs caractères illicites⁷⁶. La connaissance peut être réalisée soit par le biais d'un jugement, ce qui rend la réaction de l'outil de recherche obligatoire, soit par le tiers lésé. Cette deuxième méthode pose la question de savoir si l'outil de recherche est obligé de réagir après une telle information. L'intervention du tiers lésé pour prévenir l'outil de recherche peut avoir une force probante suffisante, surtout que certains outils de recherche laissent aux internautes la possibilité d'utiliser certaines fenêtres pour contacter l'administrateur en cas de découverte d'un site illicite⁷⁷.

Toutefois, est-ce qu'on peut engager la responsabilité du moteur de recherche s'il référence dans sa base de données certains mots-clés suspects comme, la haine, le racisme, la pornographie, le sexe... ?

Le problème reste posé surtout que le moteur de recherche a la possibilité d'effectuer le filtrage et d'exclure ces concepts. En réalité, le filtrage exercé par l'outil de recherche ne peut être fiable dans tous les cas. En effet, un site peut être illicite sans pour autant utiliser un mot suspect et ce pour égarer les outils de recherche. De même, le filtrage par l'utilisation d'une liste noire de mots suspects, peut conduire à l'interdiction d'accès à certains sites licites. Ainsi, l'internaute qui fait une recherche par l'introduction du mot « racisme » sera empêché d'accéder aux sites vantant cette pratique, mais aussi et en même temps, l'outil de recherche va exclure l'indexation des sites licites qui tentent de lutter contre ce phénomène⁷⁸, ce qui constitue une violation du principe de la liberté

⁷⁶ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 84.

⁷⁷ La loi américaine en date du 28 oct. 1998 (D.M.C.A.) consacre ce qu'on appelle « notice and take down » V. sur cette question : Th. VERBIEST et E. WERY, article précité, p. 9.

⁷⁸ Ibid., p. 8 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 85.

d'expression. Bloquant l'accès aux sites suspects pour ne pas voir sa responsabilité engagée, l'outil de recherche sera probablement tenu responsable, en empêchant le référencement des sites licites, et ce pour atteinte à la liberté d'expression.

S'il est illogique de fonder la responsabilité des outils de recherche sur la base de la violation de l'obligation de filtrage des informations, est-ce qu'on pourrait engager leur responsabilité sur la base de l'absence de contrôle des sites sélectionnés ?

Même si l'article 9 du cahier des charges, approuvé par l'arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997, exige une surveillance constante du contenu des serveurs exploités par le fournisseur de services, il est presque impossible de contrôler tous les sites, dont le nombre dépasse les milliards et même s'il est possible de les contrôler à un moment donné, des informations illicites peuvent être introduites après ce contrôle⁷⁹. En ce qui concerne l'annuaire, la situation est un peu différente, puisque l'indexation des sites se fait manuellement. Une équipe spécialisée contrôle, normalement, le contenu des sites, ce qui a poussé certains auteurs⁸⁰ à exiger l'application de la responsabilité de l'éditeur à cet outil de recherche. Cette position peut être concrétisée en Tunisie. La lecture des articles 1^{er} et 14 du décret du 14 mars 1997 et l'article 9 de l'arrêté du 22 mars 1997 rend l'application de l'article 68 du code de la presse, relatif à la responsabilité de l'éditeur, possible⁸¹. Toutefois, le grand nombre des

⁷⁹ V. G. D. PASANAU et J. GIUSTI, article précité, p. 2.

⁸⁰ V. Th. VERBIEST et E. WERY, article précité, p. 11.

⁸¹ L'art. 68 du Code de la presse prévoit que : « Seront punissables, comme auteurs principaux, des peines qui constituent la répression des crimes de délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, à savoir :

- 1) les directeurs des publications ou éditeurs, quelles que soit leurs professions et leurs dénominations ;
- 2) à leur défaut, les auteurs ;
- 3) à défaut des auteurs, les imprimeurs ou les fabricants ;
- 4) à défaut des imprimeurs ou des fabricants, les vendeurs, les distributeurs ou les afficheurs ».

Il est clair que cet article concerne la responsabilité pénale. Toutefois, en se référant à l'article 70 du même Code on peut dire qu'il est possible d'appliquer les règles de la responsabilité civile à ces personnes. L'article 70 prévoit, en effet, que : « Les propriétaires des publications écrites, sonores ou visuelles sont

sites répertoriés nous amène à déduire que l'application de la responsabilité de l'éditeur à l'annuaire ne respecte pas les spécificités de l'internet⁸². Partant, le recours aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle, et surtout aux articles 82 et 83 du COC, est plus cohérent, que ce soit pour le moteur de recherche ou l'annuaire⁸³. Ceci nécessite la preuve de la faute de l'outil de recherche, comme sa connaissance de l'illicéité du site sans empêcher l'accès⁸⁴. La faute existe aussi en cas de négligence ou d'absence de diligence⁸⁵. En l'absence de jurisprudence tunisienne sur la question, on peut recourir à la jurisprudence comparée, qui consacre dans sa majorité le principe d'irresponsabilité des outils de recherche.

C'est ainsi que dans une affaire, un politicien célèbre après avoir constaté la reproduction des ses nom et prénom, sans autorisation, sur un site à caractère pornographique, a assigné le moteur de recherche « Altavista ». Le politicien reproche à ce moteur l'absence de contrôle des sites référencés. Toutefois, le juge a refusé de condamner cet outil de recherche en précisant que : « (...) la responsabilité du moteur de recherche relève à l'évidence dans le cas d'espèce d'un débat au fond, étant observé, et en tout état de cause, que la société Altavista qui d'initiative a mis en place une procédure d'alerte, a réagi très rapidement pour déférer le site litigieux »⁸⁶.

civilement responsables avec les personnes désignées dans les deux articles précédents, et, notamment, répondront solidairement avec les délinquants du montant des amendes et des frais.

⁸² V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 91.

⁸³ En cas de non respect du droit d'auteur on peut appliquer l'article 51 de la loi n° 94-36 du 24 fév. 1994, relative à la propriété littéraire et artistique. Toutefois, cet article parle de la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts sans déterminer le fondement du recours.

⁸⁴ V. sur cette question Cabinet M.-I. CAHEN et O. ANDRIEU, « La responsabilité des moteurs de recherche », <http://www.murielle-cahen.com/p-moteur.zsp>, p. 2.

⁸⁵ Ibid., loc. cit.

⁸⁶ V. sur cette question : T.G.I. de Paris, Ordonnance du 31 juill. 2000 ; <http://www.droit-technologie.org> ; Th. VERBIEST, « Responsabilité des moteurs de recherche : les hostilités ont commencé... », <http://www.droit-technologie.2.asp?actu-id=383>, p. 1 ; G. D. PASANAU et J. GIUSTI, article précité, p. 1.

Dans une autre affaire une chanteuse avait assigné le moteur de recherche « voilà.fr » après avoir remarqué l'existence des photos montages la montrant dans des « poses obscènes et dégradantes ». L'action était fondée notamment sur les articles 1382 et 1384 du code civil français. Le juge a rejeté les prétentions de cette chanteuse vu l'absence de faute⁸⁷.

L'exonération des outils de recherche peut être expliquée par l'absence d'obligations renforcées à la charge de ces outils, ce qui rend la preuve de la faute très difficile⁸⁸, et ce contrairement à d'autres fournisseurs responsables du contenu de l'information.

DEUXIEME PARTIE

LA RESPONSABILITE DU CONTENU DE L'INFORMATION LITIGIEUSE

Les informations qui circulent sur le web ont été composées par certains auteurs, qui assument, logiquement, la responsabilité dans le cas où elles causent un préjudice à un tiers (**B**). Ces informations ne peuvent, normalement, léser les internautes sans l'intervention du fournisseur d'hébergement, qui les abrite, ce qui montre que sa responsabilité peut être, le cas échéant, engagée (**A**).

A) La responsabilité du fournisseur d'hébergement

⁸⁷ T.G.I. Paris, référé, 12 mai 2003, Lorie c/M.G.S. et SA Wanadoo Portails, <http://www.Legalis.net>.

⁸⁸ C. d'A de Paris, 14^e ch.A, 15 mai 2002, Dalloz, 2003, n° 9, p. 621 avec les observations de Cédric Manara.

Sont considérés fournisseurs d'hébergement⁸⁹ toutes «(...) 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 (...)»⁹⁰. Ils permettent aussi aux internautes d'accéder via internet à ces sources à tout moment, grâce aux moyens techniques et informatiques⁹¹.

Certains pensent que le contrat qui lie le fournisseur d'hébergement avec le fournisseur de contenu peut être comparé à un contrat de bail puisque le prestataire des services d'hébergement loue des espaces sur son serveur pour tous ceux qui veulent stocker de l'information⁹².

La responsabilité du fournisseur d'hébergement a été invoquée, en France, depuis 1992 dans une affaire qui concerne l'hébergement de prestations sexuelles⁹³. La responsabilité de ce prestataire peut être engagée vu son influence directe sur le contenu de l'information diffusée⁹⁴. Il est, ainsi, censé connaître les informations stockées sur son site avec la possibilité d'éliminer toute information préjudiciable. Toutefois, malgré cela les législations partout dans le monde tentent d'exonérer le fournisseur d'hébergement soit par principe, comme le Directive européenne du 08 juin 2000⁹⁵ et la loi française du 21 juin 2004⁹⁶, soit partiellement, comme la loi française en date du 30 septembre 1986, telle que modifiée par la loi du premier août 2000⁹⁷.

Comme tout prestataire de services, le fournisseur d'hébergement avait certaines obligations qu'il doit respecter. Ainsi, il est tenu d'informer le fournisseur de contenu des droits des tiers qu'il ne

⁸⁹ Le fournisseur d'hébergement est appelé en anglais « host provider ».

⁹⁰ Voir l'article 6-I-2 de la loi française du 21 juin 2004.

⁹¹ V. notamment CHF. SCHUHL, op. cit., p. 130 ; A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, op. cit., p. 453.

⁹² V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 61.

⁹³ Extrait de crim., 17 nov. 1992, P. aff., 12 avril 1993, n° 44, p. 4.

⁹⁴ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, loc. cit.

⁹⁵ V. l'art. 14-1 de la Directive.

⁹⁶ V. l'article 6-I-2 et l'art. 6-I-3 de la loi.

⁹⁷ V. l'art. 43-8 de la loi.

doit pas violer⁹⁸. De même, parmi ses obligations on doit citer l'obligation de vigilance⁹⁹, qui nécessite le contrôle des sites et des informations hébergés. Cependant, le problème qui a été relevé pour les autres prestataires se pose de nouveau pour le fournisseur d'hébergement. Celui-ci ne peut contrôler toutes les informations hébergées et même s'il le fait, elles peuvent être modifiées après ce contrôle. Peut être pour cette raison on ne trouve pas en droit comparé, contrairement au droit tunisien¹⁰⁰ une disposition qui consacre l'obligation générale de contrôle¹⁰¹. Dans ce même ordre d'idées certains pensent que l'obligation de surveillance peut être imposée au fournisseur d'hébergement dans un seul cas, qui est celui de la déposition de l'information pour la première fois sur son serveur¹⁰².

Afin de permettre à toute personne lésée d'intenter une action contre les responsables, le prestataire d'hébergement doit vérifier l'identité des personnes dépositaires de l'information qu'il héberge¹⁰³.

On peut affirmer que l'une des principales obligations du fournisseur d'hébergement, l'obligation de diligence et de réaction en cas de connaissance de l'existence d'informations préjudiciables sur son serveur. Il est ainsi tenu dès la connaissance d'agir promptement, soit par le fait d'obliger le fournisseur de contenu de retirer le document à caractère dommageable, soit par l'interdiction d'accéder à

⁹⁸ V. T.G.I. Paris, ordonnance de référé, 9 juin 1998, J.C.P., 1999, éd. E., p. 953, Obs. M. VIVANT et Ch. LE STANC ; D. MAZEAU, article précité, p. 327 et s. ; L. CAUSIN, et J.-C. PATIN, « La publicité et la responsabilité sur Internet », <http://www.juritel.com/Liste-des-chroniques-5.html>, p. 1.

⁹⁹ V. sur cette obligation : C.A. Versailles, 12^e ch. Section1, 8 juin 2000, *Multimania c. Lynda Lacoste et autres*, <http://www.juriscom.net/txt/jrisfr/img/caversailles20000608htm>; L. CAUSIN. Et J.-C. PATIN, article précité, loc. cit. : D. MAZEAU, article précité p. 327.

¹⁰⁰ V. art. 9 du cahier de charges, approuvé par l'arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997, qui exige du directeur une surveillance constante.

¹⁰¹ V. notamment G. D. PASANAU et J. GIUSTI, article précité, p.3 ; E. MONTERO, article précité, p. 279 ; L. GRYNBAUM, « Loi « confiance dans l'économie numérique » : une version définitive proche de la version originale de la directive « commerce électronique » », article précité, p. 39.

¹⁰² V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 69.

¹⁰³ C'est ce que prévoit l'art. 43-9 de la loi du 30 sept. 1986.

ces informations¹⁰⁴. S'il n'agit pas, il assumerait la responsabilité délictuelle. En effet, il est généralement admis « (...) qu'un propriétaire informé de la présence de propos dommageables sur les murs de sa propriété et qui ne fait rien pour les enlever est considéré comme les rediffusant : il est donc responsable des dommages éventuels tout comme leur auteur »¹⁰⁵.

La condition principale pour engager la responsabilité du fournisseur d'hébergement est sa connaissance du préjudice survenu ou futur. Le problème qui se pose c'est la détermination de la signification de la notion de connaissance. Si la constatation des documents répréhensibles a été faite directement par le prestataire lui-même, dans cette hypothèse le problème peut ne pas se poser. La question devient délicate en cas d'information venue d'un tiers lésé. La notification faite par ce dernier suppose-t-elle, dans ce cas, la connaissance de l'information préjudiciable ?

Cette question a suscité un grand débat doctrinal¹⁰⁶, même si la jurisprudence a précisé dans plusieurs pays que l'information du tiers lésé suffit à présumer la connaissance par le prestataire du dommage réalisé¹⁰⁷. Cette position jurisprudentielle a été retenue par certaines législations. L'article 6-I-5 de la loi française en date du 21 juin 2004 donne une présomption de la connaissance des faits litigieux par le prestataire en cas de notification faite par une personne physique ou morale et selon des conditions bien déterminées. La même position a été adoptée par le « Digital Millenium Copyright Act »¹⁰⁸. La lecture

¹⁰⁴ V. T.G.I. Paris, 11 février 2003, Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie, Mrap c/Timothy Koogole, Yahoo inc, <http://www.legalis.net>. ; Com.- Com. Elec., 2003, com., n°121 ; D. MAZEAUD, article précité, p. 329.

¹⁰⁵ V. notamment : P. TRUDEL, « La responsabilité dans le cyberspace », article précité, p. 243.

¹⁰⁶ Ibid., p.253 ; M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 70.

¹⁰⁷ V. sur cette question : C.A. Versailles, 12^e ch. Section1, 8 juin 2000, arrêt précité ; Tribunal d'arrondissement, La Hay, 9 juin 1999, Church of Spiritual Technologiy cXS4 Allet autres, <http://www.xs4all.nl/~KspainK/cos/verd2eng.html> ; Trib. Comm. Bruxelles, 2 nov. 1999, IFPI et Polygram Records C.SA Belgacom Skynet, cité par M. LAVANCHY, thèse précité, p. 71.

¹⁰⁸ V. sur la position du droit américain M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 72.

de la Directive du 08 juin 2000 montre que la volonté du législateur européen est allée plus loin en distinguant entre la connaissance effective de celle qui peut être déduite des faits ou des circonstances¹⁰⁹.

Comme c'était le cas pour le fournisseur d'accès et les outils de recherche, la détermination de la signification de l'information illicite ou préjudiciable pose certains problèmes. En cas d'intervention d'une décision jurisprudentielle, le problème serait tranché. Cependant, en l'absence d'une telle décision la question reste soumise au pouvoir discrétionnaire du prestataire, qui peut empêcher l'accès à certains sites licites, suite à une constatation hâtive faite par lui-même ou à cause d'une notification fautive émanant d'un tiers. Ce risque a poussé le Conseil d'Etat français à suggérer que le caractère illicite de l'information soit manifeste pour que la responsabilité de l'hébergeur puisse être engagée¹¹⁰. Visant à empêcher le prestataire de bloquer l'accès à des sites licites, le législateur américain a prévu une sanction en cas où la notification est utilisée abusivement¹¹¹.

La peur de certains fournisseurs d'hébergement d'interdire l'accès à certains sites licites, malgré l'existence de la notification, a conduit ces fournisseurs à assumer la responsabilité pour ne pas avoir agi promptement à fin d'empêcher la réalisation du préjudice. C'est ainsi que dans une affaire très connue aux Etats-Unis d'Amérique une personne a rendu disponible un matériel protégé de l'Eglise de scientologie. Malgré la demande de l'Eglise de retirer le matériel, l'hébergeur « Netcom » n'a pas agi suggérant des preuves supplémentaires, ce qui a amené le juge à le condamner pour inaction¹¹².

S'il est donc possible d'engager la responsabilité de l'hébergeur, même partiellement, il est nécessaire de déterminer le fondement de cette responsabilité. La jurisprudence comparée a adopté dans un premier temps une position ferme contre les hébergeurs. Certains auteurs considèrent que l'arrêt de la cour d'appel de

¹⁰⁹ V. L'art. 14-1-a de la directive.

¹¹⁰ V. J.-C. ZARKA, article précité, p. 1334.

¹¹¹ V. sur la position du droit américain CH. F. SCHUHL, op. cit., p. 150.

¹¹² Affaire citée par : P. TRUDEL, « La responsabilité dans le cyberspace », article précité, p. 254.

Paris en date de 10 février 1999¹¹³ a consacré la théorie du risque, apparue dès la fin du dix-neuvième siècle. Pour gagner l'argent, l'hébergeur abrite sur son serveur des sites et des informations, sans parfois divulguer les noms des auteurs, ce qui peut engager sa responsabilité. Selon les données de la théorie du risque, là où il y a gain, il y a aussi la charge. « Ubi emolumentum ibi onus »¹¹⁴. Toutefois cet arrêt a été critiqué car il met à la charge de l'hébergeur une obligation générale de contrôle du contenu des sites hébergés¹¹⁵, ce qui diminue le développement des prestations de l'internet.

On peut poser la question de savoir s'il est possible d'agir contre le fournisseur d'hébergement sur la base de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui ?

La réponse à cette question est claire en droit tunisien, qui ne consacre pas un texte général pour la responsabilité délictuelle du fait d'autrui et même le texte spécial qui peut être appliqué, qui est l'article 117 du Code de la route, exige la survenance d'un accident de la route¹¹⁶. La question peut, cependant, avoir une importance dans les pays qui consacrent un principe général de la responsabilité du fait d'autrui, comme la France. Il semble que la doctrine critique le recours à ce genre de responsabilité¹¹⁷.

La jurisprudence française a consacré la faute comme fondement de la responsabilité du fournisseur d'hébergement. Dans une affaire très connue, une personnalité célèbre a découvert des photographies diffusées sur internet, sans son consentement, la représentant en tenue d'Ève. Elle intente une action en réparation contre le fournisseur « Multimania » en se fondant sur l'article 1383

¹¹³ C.A. Paris, 1^{ère} ch. A., réf, 10 février 1999, V. Lacambre C.E. Le fêbure-Hallyday, <http://www.droit-technologie.org>.

¹¹⁴ V. sur cette question : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations*, Paris Dalloz, 2002, p. 662.

¹¹⁵ V. Ch. FÉRAL SCHUHL, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁶ L'art. 117 du Code de la route prévoit que : « Nonobstant les cas de responsabilité civile prévus par le Code des Obligations et des Contrats, le commettant garantit les dommages causés par son préposé pendant l'accomplissement de son travail ».

¹¹⁷ V. G. VINEY, « Chronique de responsabilité civile », *JCP.*, 1999, I, p. 147.

du Code civil français¹¹⁸. Elle a obtenu gain de cause devant le tribunal de première instance¹¹⁹ et devant la cour d'appel¹²⁰. Ce qui peut être constaté dans ces décisions c'est qu'elles ont fondé la responsabilité sur la faute et ont précisé les obligations que l'hébergeur doit respecter pour que sa responsabilité délictuelle du fait personnel ne soit pas engagée.

D'après l'article 14 de la Directive européenne du 08 juin 2000, le prestataire serait fautif si après la connaissance effective de l'information litigieuse, il n'a pas agi promptement pour la retirer ou rendre l'accès à celle-ci impossible¹²¹.

Les articles 6-I-2 et 6-I-3 de la loi du 21 juin 2004 consacrent presque la même position en précisant que les prestataires de services ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée si dès le moment où ils ont eu la connaissance, ils ont agi promptement pour retirer les données ou rendre l'accès impossible.

Il semble que la cour d'appel de Paris¹²², dans son arrêt très audacieux, qui a consacré pour la première fois en France et d'une façon claire la responsabilité d'un intermédiaire technique, a appliqué la responsabilité éditoriale sur le fournisseur d'hébergement. Toutefois, cette solution a été critiquée car l'éditeur a une obligation générale de contrôle, tandis que l'hébergeur ne peut exercer ce genre de contrôle sur le contenu des documents diffusés¹²³.

En Tunisie, les articles premier et 14 du décret du 14 mars 1997 et l'article 9 du cahier des charges, approuvé par l'arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997¹²⁴, font référence

¹¹⁸ L'art. 1383 du Code civil français est l'équivalent de l'art. 83 du COC.

¹¹⁹ T.G.I. Nanterre, affaire Lynda Lacoste, 8 déc. 1999, Com.- Com. Elec., 2000, com., n° 40, A. Lepage.

¹²⁰ C.A. Versailles, 12^e ch., 8 juin 2000, arrêt précité.

¹²¹ La même solution a été consacrée dans l'article 43-8 de la loi française du 30 septembre 1986 telle que modifiée par la loi du août 2000.

¹²² C. d'A. de Paris, 10 fév. 1999, arrêt précité.

¹²³ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, pp. 21 et s.

¹²⁴ L'article 9 du cahier des charges prévoit que : « Le directeur désigné par le fournisseur de services conformément à l'article 14 du décret n° 97-501 du 14 mars 1997 susvisé, et dont le nom doit être communiqué à l'opérateur public

explicite au Code de la presse. On peut se demander dans ce cas s'il est possible d'appliquer l'article 68 de ce Code ?

Même si l'application de cet article peut être envisagée, le recours à la responsabilité de l'éditeur peut être critiqué, puisqu'il n'y a pas prise en compte des spécificités de l'internet, surtout que le décret et l'arrêté datent de 1997, c'est-à-dire à un moment où il n'était pas possible de connaître toutes les caractéristiques de la toile d'araignée. Le législateur tunisien doit édicter de nouvelles règles adaptées au progrès technologique du web.

Enfin, on peut se demander s'il est possible d'agir contre le fournisseur d'hébergement en se fondant sur l'article 96 du COC ou son équivalent l'article 1384 paragraphe premier du code civil français ?

La question présente un grand intérêt puisque la responsabilité du fait des choses n'exige pas la faute, ce qui peut atténuer la charge de la preuve pour la personne lésée.

La responsabilité du fait des choses exige trois conditions à savoir l'existence d'une chose, le fait de cette chose et la garde. En ce qui concerne l'existence de la chose, la question est de savoir s'il est possible de considérer les logiciels et l'information qui relèvent de l'immatériel comme des choses pouvant engager la responsabilité du fournisseur d'hébergement ?

Concernant le logiciel, malgré le fait que la question n'a pas suscité un grand débat doctrinal, certains auteurs l'ont considéré comme étant une chose¹²⁵. Cependant, la majorité des auteurs refuse d'admettre l'information au rang des choses¹²⁶. Pour défendre leur position, certains auteurs précisent que la chose doit être matérielle.

concerné, assume la responsabilité du contenu des pages et des serveurs Web qu'il est appelé à héberger dans ses serveurs conformément aux dispositions du code de la presse sus visé ».

¹²⁵ V. notamment : A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, op. cit., p. 441.

¹²⁶ V. F. Bénac-SCHMIDT et C. LARROUMET, « Responsabilité du fait des choses inanimées », Rép. civ. Dalloz, V^o, n° 308 ; Ph. Le TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, action, 3^e éd., 2000, n° 6740.

La garde implique aussi, selon eux, nécessairement des choses matérielles. En plus, il est impossible de distinguer entre la garde de la structure et la garde du comportement dans le monde immatériel¹²⁷.

Cette position, défendable, peut être discutée pour trois raisons au moins :

D'abord, les articles 96 COC. et 1384 paragraphe premier du Code civil français parlent des choses sans distinguer entre les choses matérielles et les choses immatérielles. L'article 533 du COC. prévoit dans ce cas que « Lorsque la loi s'exprime en termes généraux il faut l'entendre dans le même sens ». Le doyen CARBONNIER considère dans ce sens que la notion de « chose » est l'une des notions les plus larges dans la langue¹²⁸.

Ensuite, rien n'empêche de parler de la garde de l'information tant qu'il est possible pour les fournisseurs d'hébergement de réunir les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle.

Enfin, en ce qui concerne la transposition de la distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement à l'information, il est possible de considérer le fournisseur d'hébergement comme étant gardien de la structure ou de la forme du site¹²⁹ et le fournisseur de contenu gardien du comportement.

En réalité, on ne peut consacrer la responsabilité du fait des choses inertes comme le sol, et la pierre... sans accepter l'application de l'article 96 du COC à l'information.

Le refus d'appliquer la responsabilité du fait des choses à ce domaine peut être expliqué par la difficulté de concilier entre la nécessité de donner aux prestataires la liberté et le souci de développer la sécurité et la confiance aux internautes. Ce ci a entraîné la consécration de la faute comme fondement de la responsabilité délictuelle sur internet pour les hébergeurs, et ce afin de ne pas

¹²⁷ V. A. LUCAS, J. DÈVEZE et J. FRAYSSINET, op. cit., p. 444.

¹²⁸ V. J. CARBONNIER, Droit civil Les obligations, 22^e éd., 2000, p. 461.

¹²⁹ V. mais sans analyse précise de la question : A. GITTON, « Responsabilité des hébergeurs : « Coke en stork ? ». <http://www.droit-technologie.org/1-2.asp?actu-id=409>, p. 6.

entraver le développement du réseau des réseaux. Ce fondement laisse le fournisseur d'hébergement libre de prouver l'absence de la faute. Il permet aussi de protéger, au moins partiellement, les internautes.

Il est nécessaire de consacrer la responsabilité du fait des choses pour l'information, surtout que la preuve de la faute par la personne lésée reste une tâche difficile sur internet. Cette position n'est pas isolée puisqu'une partie de la doctrine l'a adoptée¹³⁰. La jurisprudence est aussi dans le même sens, en considérant que l'image, susceptible de reproduction et de conservation, constitue une chose conformément à l'article 1384 paragraphe premier du Code civil¹³¹.

B- La responsabilité du fournisseur de contenu

Le fournisseur de contenu ou l'auteur est la personne qui met à disposition sur internet l'information qu'il a créée que ce soit, écrite, sonore ou visuelle. La spécificité de l'internet c'est qu'il permet à toute personne de devenir, souvent sans contre partie, un auteur¹³², quel que soit son âge, sa race, sa fonction et son niveau intellectuel. Partant, il est possible que l'auteur soit lui-même un fournisseur d'accès ou un hébergeur ou même un outil de recherche.

En droit tunisien, les articles 1^{er} et 14 du décret du 14 mars 1997 et l'article 9 du cahier des charges, approuvé par l'arrêté du 22 mars 1997¹³³, permettent l'application des articles 68 et 70 du Code de la presse. L'article 68 de ce Code consacre la responsabilité des « (...) directeurs de publications ou éditeurs, quelles que soient leurs professions et leurs dénominations » et « à leur défaut, les auteurs

¹³⁰ V. J. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D., 1984, chron., p. 97 ; G. DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », J.C.P., 1996, n° 1, éd. G., p. 11.

¹³¹ T.G.I. Paris, 27 fév. 1991, J.C.P., 1992, éd. G., 11, 21809, note Ph. Le Tourneau.

¹³² V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 109.

¹³³ L'art. 9 du cahier des charges prévoit que : « Les clients abonnés des services de type INTERNET, propriétaires des pages et des serveurs hébergés sont également responsables des infractions aux dispositions de la législation et de la réglementation en vigueur ».

(...)». Cet article consacre une responsabilité en cascade¹³⁴ de manière à ce que la personne lésée trouve toujours une personne qui supporte la responsabilité¹³⁵. Même si le recours à ce genre de responsabilité a été critiqué puisque les rôles sur internet ne sont pas délimités avec clarté¹³⁶, le problème réel que rencontre la victime, dans l'engagement de la responsabilité de l'auteur, c'est la difficulté de déterminer la personne qui est à l'origine de la création ou de l'exposition de l'information préjudiciable sur internet. L'anonymat constitue, ainsi, une caractéristique principale de la toile d'araignée¹³⁷.

Pour déterminer la personne qui est la cause principale du préjudice, la solution idéale consiste en l'acquisition de l'adresse de l'ordinateur connecté à internet, appelée « adresse I.P. », par le recours au fournisseur d'accès. Cette solution, qui nécessite la coopération de ce prestataire, n'est pas efficace dans tous les cas. Certains utilisent des astuces pour préserver l'anonymat. Ils recourent ainsi, aux services d'une partie indépendante, appelée « tiers de confiance » ou « anonymizers », qui substitue l'adresse I.P. de l'internaute par son adresse¹³⁸. L'auteur de l'information peut recourir aussi, pour préserver l'anonymat, à certains logiciels spécialisés¹³⁹. La divulgation des documents répréhensibles à partir d'un « publinet » ou « cybercafé » est l'une des solutions possibles. Dans ces lieux, la détermination de la personne responsable est une tâche difficile¹⁴⁰.

En France, l'assimilation des sites internet aux services de communication audiovisuelle a amené les juges à appliquer la loi du 30 septembre 1986. Les articles 43-9 et 43-10 de cette loi obligent l'auteur de s'identifier devant les prestataires d'accès et d'héberge-

¹³⁴ V. notamment : P. TRUDEL, « La responsabilité sur Internet », article précité, p. 10 ; A. LEPAGE, « Responsabilité en cascade sur l'Internet », *Com.- Com. Elec.*, Sept. 2003, p. 36.

¹³⁵ V. A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *op. cit.*, p. 457.

¹³⁶ V. E. MONTERO, article précité, p. 278.

¹³⁷ V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 111.

¹³⁸ V. comme exemple le site suivant : <http://www.levillage.org/securite/securisurf>.

¹³⁹ V. les ex. suivants des logiciels : <http://www.steath-anonymizer.com> ou <http://www.anonymizer.com>.

¹⁴⁰ V. sur cette question : M. LAVANCHY, thèse précitée, *loc. cit.*

ment. Toutefois, la réalité montre la possibilité d'utiliser des astuces pour contourner le texte de la loi.

Les préjudices réalisés via internet ne peuvent être fixés dans une liste limitative. On peut citer à titre d'exemples la divulgation des données à caractère personnel ou des informations erronées, la diffamation...¹⁴¹.

Face aux développements réalisés dans le domaine des communications et surtout l'internet, le législateur tunisien a choisi l'application des règles classiques consacrées dans le COC et le Code de la presse. Cette position ignore les spécificités du réseau des réseaux, qui commandent dans certains cas des solutions différentes de celles prévues dans les règles existantes. La non édicition de règles nouvelles capables de sanctionner les parties responsables, peut encourager celles-ci à continuer leurs actes surtout avec l'existence d'une difficulté qui limite la possibilité d'intenter des actions. En effet, la personne responsable de l'information préjudiciable peut se trouver dans un pays différent de celui de la victime, ce qui pose un problème de détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente. Le fait de savoir que le responsable se trouve dans un autre pays gèle toute volonté de poursuite vu le coût de l'action et l'aléa de ses résultats.

L'observation des législations actuelles qui organisent la responsabilité des prestataires de services laisse entrevoir les remarques suivantes :

D'abord, l'harmonisation entre les législations existantes est quasiment absente, ce qui montre la nécessité d'une coopération à l'échelle internationale¹⁴².

Ensuite, il existe une tendance dans plusieurs pays d'atténuer au maximum la responsabilité des prestataires de services internet, ce qui prouve que la volonté de faire évoluer l'internet dépasse de loin le souci de protéger les internautes.

¹⁴¹ V. P. BREESE et G. KAUFMAN, Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, Paris, Vuibert, 2000, p. 336.

¹⁴² V. M. LAVANCHY, thèse précitée, p. 114.

Enfin, l'obtention des dommages et intérêts suite aux préjudices survenus sur internet n'est pas une chose facile¹⁴³, même si les clauses limitatives de responsabilité ne peuvent être insérées en cas de responsabilité délictuelle, qui concerne l'ordre public¹⁴⁴, et ce contrairement à la responsabilité contractuelle dans laquelle il est possible de trouver ce genre de clauses. Ceci exige, toutefois, la présence d'un contrat ce qui constitue un problème différent.

¹⁴³ V. D. MAZEAUD, article précité, p. 333.

¹⁴⁴ V. P. BREESE et G. KAUFMAN, op. cit, p. 326.