

Capsule

L'hébergeur doit-il se faire juge ?

Vers une obligation de l'hébergeur d'apprécier le caractère diffamatoire ou non d'un contenu notifié comme illicite au sens de la LCEN

Aurélie Brégou*

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN, prévoit une responsabilité allégée des hébergeurs s'agissant des contenus illicites qu'ils hébergent.

L'article 6-I-2 prévoit en effet 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.

L'article 6-1-3 prévoit quant à lui que

Les personnes visées au 2 [hébergeurs] ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles

© Aurélie Brégou, 2014.

* Avocate au barreau de Paris, du cabinet DEPRESZ GUIGNOT & ASSOCIÉS.

n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

Autrement dit, à partir du moment où un contenu présentant un caractère illicite est porté à la connaissance d'un hébergeur, celui-ci doit agir promptement pour retirer ce contenu ou en rendre l'accès impossible ; à défaut sa responsabilité civile ou pénale serait susceptible d'être engagée.

Le 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation à l'issue de son contrôle de constitutionnalité de la LCEN pour éviter que toute notification envoyée à un hébergeur puisse immédiatement engager sa responsabilité, jugeant que « ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge »¹.

Toute la difficulté pour l'hébergeur est donc de déterminer, à l'aune de la notification qui lui est faite, si le contenu dont le retrait est demandé présente un caractère « manifestement » illicite.

Cette difficulté est de taille lorsque les propos hébergés sont dénoncés comme étant diffamatoires. Le délit de diffamation se définit comme l'allégation ou l'imputation d'un fait précis qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne physique ou morale. Toutefois, l'auteur d'une diffamation dispose de deux moyens de défense : soit il rapporte la preuve de la vérité des faits, qui est une excuse absolue de la diffamation, soit il rapporte la preuve de sa bonne foi, qui est un fait justificatif de la diffamation.

Dès lors, comment demander à un hébergeur recevant une notification de contenu diffamatoire de se prononcer sur le caractère « manifestement illicite » de ce contenu, sans qu'il n'y ait eu préalablement un débat de fond devant une juridiction ?

Dans une décision rendue le 20 octobre 2010², le juge des référés du Tribunal de grande Instance de Paris avait fait une stricte application de la notion du caractère « manifestement illicite » que doit revêtir un contenu diffamatoire notifié par un tiers à un fournisseur d'hébergement aux fins d'en obtenir le retrait.

1. Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 ; les italiques sont de l'auteur.

2. TGI Paris, réf., 20 octobre 2010, *Alexandre B. c. JFG Networks*.

Une personne avait assigné en référé la société JFG NETWORKS, fournisseur d'hébergement d'un blogue sur lequel étaient publiés des articles diffamatoires à son encontre, afin d'en obtenir la suppression, outre une provision en réparation du préjudice subi.

Le juge des référés a estimé que les propos qualifiés de diffamatoires par le demandeur ne revêtaient pas un caractère manifestement illicite au sens de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, en raison même de la qualification de diffamation et du régime juridique applicable à cette dernière :

Le caractère diffamatoire d'un propos n'est pas toujours de nature à convaincre de son caractère illicite – et moins encore manifestement illicite –, ce dernier pouvant être exclusif de toute faute lorsqu'il est prouvé ou se trouve justifié par la bonne foi.

Cette interprétation restrictive du « caractère manifestement illicite » afférente au contenu notifié aux fournisseurs d'hébergement en matière de propos diffamatoires a également été retenue dans une décision rendue par le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris le 4 avril 2013³.

Les sociétés H&M, après avoir constaté la mise en ligne sur différents sites internet de vidéos, images et photographies qu'elles considéraient comme portant gravement atteinte à leurs droits en ce qu'elles les associaient à des images de sang, aux termes « Haine et mort, Harcèlement et mort, valeur de la vie d'une femme et combien de vies pour un vêtement ? » ont sollicité le retrait de ces contenus, auprès des hébergeurs de ces sites, notamment les sociétés Google et YouTube. Ces dernières n'ayant pas déféré à cette demande, les sociétés H&M les ont assignées en référé, sur le fondement de l'article 809 du *Code de procédure civile*, pour obtenir le retrait des contenus litigieux ainsi que leur condamnation au paiement d'une provision.

Le juge des référés rappelle que « la présente instance, à ce stade du référé, n'a pas pour objet de dire si des atteintes ont été commises, tâche éventuelle du juge du fond, mais seulement d'apprécier leur vraisemblance » et précise également que les sociétés défendresses n'ont que le statut d'hébergeur et qu'il convient dans ce cas de « déterminer si elles hébergent des contenus manifestement illicites ».

Il considère que cela suppose

3. TGI Paris, réf., 4 avril 2013, *H&M c. Google*.

une analyse des circonstances ayant présidé à leur diffusion, laquelle échappe par principe à celui qui n'est qu'un intermédiaire technique. Cela a pour conséquence que cet intermédiaire ne peut, par le seul fait de cette diffusion ou du maintien en ligne, être considéré comme ayant eu un comportement fautif étant précisé en outre que la diffamation, à la supposer constituée, n'égalé pas forcément trouble manifestement illicite.

Le juge estime donc que

le caractère éventuellement diffamatoire des contenus litigieux ne peut être discuté au stade du référé, en l'absence de leur auteur qui seul serait à même de donner toutes explications et d'apporter le cas échéant toutes preuves utiles.

Il juge en conséquence que les sociétés défenderesses n'ont commis aucune faute en ne déférant pas à la demande de retrait et déboute les sociétés H&M de leur demande de provision.

C'est une solution différente qui a été retenue le même jour par la Cour d'appel de Paris⁴, qui s'est livrée à une analyse des contenus prétendument diffamatoires, pour en conclure qu'ils n'étaient pas « manifestement illicites » comme relevant de la « libre critique », de sorte que la responsabilité de l'hébergeur ne pouvait être engagée.

Une personne qui considérait qu'un article publié sur le site selenie.fr comportait des allégations portant atteinte à son honneur et à son image avait notifié aux différents hébergeurs concernés le contenu en question, en vue d'en obtenir le retrait. La société JFG NETWORKS n'ayant pas obtempéré et la prescription de la loi du 29 juillet 1881 étant acquise, cette personne a saisi le juge des référés afin qu'il ordonne à JFG NETWORKS de retirer l'article litigieux.

La Cour d'appel confirme la décision des premiers juges selon laquelle le contenu n'était pas manifestement illicite, au motif que l'article demeure dans le champ de la liberté de critique et d'expression, sans dégénérer en abus. Même si elle rappelle que seuls certains contenus expressément visés par la loi en matière de pédopornographie, d'apologie des crimes contre l'humanité et d'incitation à la haine raciale doivent être supprimés par l'hébergeur, sans attendre une décision de justice, cela signifie a contrario que si ces propos n'avaient pas relevé de la liberté de critique, ils auraient pu être considérés comme manifestement illicites et engager la responsabilité de l'hébergeur pour ne pas les avoir retirés promptement.

4. C.A. Paris, 4 avril 2013, *Rose B. c. JFG Networks*.

Cette décision revient à exiger de l'hébergeur qu'il se livre à une analyse du caractère manifestement illicite ou non des propos diffamatoires qui lui sont notifiés, alors que la diffamation est typiquement un domaine où il est très difficile d'établir l'illicéité en dehors d'une procédure contradictoire. En cette matière, seule une décision de justice peut venir établir avec certitude l'illicéité des contenus, et en l'absence d'une telle décision, l'hébergeur ne devrait pouvoir être tenu pour responsable des contenus qu'il héberge.

Cherchant sans doute à parer à cette critique, le Tribunal correctionnel de Brest, dans une décision rendue le 13 juin 2013⁵, a jugé « que la disposition légale susvisée [art. 6-I-1 et 6-I-2], telle qu'interprétée par le conseil constitutionnel, n'exige [...] pas que le contenu soit certainement illicite mais seulement qu'il le soit manifestement ; » et que les propos publiés sur un blogue qui comportent l'imputation de faits dont la vérité est très improbable en raison de leur nature même, de leur caractère outrancier et du contexte dans lequel ils sont émis sont manifestement illicites.

En l'espèce, une femme se plaignait d'être l'objet sur un blogue d'allégations portant atteinte à sa réputation et d'expressions injurieuses. Elle avait mis en demeure la société OVERBLOG, hébergeur dudit blogue, de procéder au retrait de ces propos, ce à quoi il n'avait pas été déféré. Devant le Tribunal, le représentant de la société OBERBLOG avait reconnu avoir été informé de ce contenu et avoir décidé de ne pas retirer les propos litigieux, considérant qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le caractère illicite des contenus publiés.

Le Tribunal relève que cette position de principe est contraire à l'article 6.1 §2 et §3 de la loi du 21 juin 2004 qui impose à l'hébergeur de retirer les informations manifestement illicites dont il a connaissance sans attendre une éventuelle décision judiciaire.

Il relève que les termes et expressions « guenon », « malade bouffie de haines », « immonde » constituent de toute évidence des expressions outrageantes et des termes de mépris constitutifs d'injures et présentent donc un caractère manifestement illicite.

Il ajoute que la plaignante est accusée sur le blogue d'être à la tête d'une bande de « criminels », de manipuler des « malades mentaux » pour commettre ses crimes, de former des complots, d'« éradiquer », de vouloir prostituer des femmes ou les faire « violer par des porcs », etc. et considère que « le cumul et la nature objective-

5. TGI Brest, chambre correctionnelle, 13 juin 2013, *Josette B. c. Catherine L.*

ment délirante de ces accusations, dont il est évident qu'elles portent atteinte à l'honneur et à la considération de la personne qu'elles visent, suffisent amplement à considérer qu'elles sont dénuées de tout fondement et, dès lors, manifestement illicites ».

Le Tribunal estime en conséquence que la responsabilité pénale de la société OVERBLOG en sa qualité d'hébergeur du blogue en cause, qui n'a pas retiré les contenus litigieux malgré la connaissance qu'elle en avait, est donc engagée. Cette dernière est donc déclarée coupable des faits de complicité de diffamation et de complicité d'injures.

Ce jugement qui a été frappé d'appel est tout autant critiquable selon nous : même si l'article 6 de la LCEN, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, n'exige pas que le contenu soit certainement illicite mais seulement qu'il le soit manifestement, ainsi que l'avait relevé le juge des référés parisien dans son ordonnance du 20 octobre 2010, le caractère diffamatoire d'un propos n'est pas toujours de nature à convaincre de son caractère illicite, et encore moins de son caractère « manifestement illicite », ce propos pouvant être exclusif de toute faute s'il est prouvé ou se trouve justifié par la bonne foi.

Ces récentes décisions qui font peser sur les hébergeurs une obligation d'apprécier le caractère diffamatoire ou non d'un contenu qui leur est notifié comme étant illicite risque de les conduire, par peur d'engager leur responsabilité, à censurer d'emblée, sans débat préalable au fond, des propos qui pourraient se justifier du principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression.

L'enjeu est de taille. Il concerne la liberté d'expression en ligne. Nous pensons qu'en la matière les abus dénoncés de la liberté d'expression devraient faire l'objet d'une injonction judiciaire de retrait préalable, pour que l'hébergeur puisse en être déclaré responsable s'il ne procédait pas au retrait.